



Barbara Anna Antczak

***Outsourcing usług w świetle prawa pracy
- w poszukiwaniu rzeczywistego pracodawcy***

Rozprawa doktorska
przygotowana w Katedrze
Prawa Pracy pod kierunkiem
Prof. dr hab. Zbigniewa Górala

Łódź 2023

Spis treści

Wykaz ważniejszych skrótów.....	6
Wstęp.....	8

Rozdział I

Outsourcing usług w ujęciu gospodarczym i prawnym	22
1. Outsourcing w naukach o zarządzaniu	22
1.1. Definicje outsourcingu.....	25
1.2. Rodzaje outsourcingu	29
1.2.1. Kryterium przedmiotu outsourcingu	29
1.2.2. Kryterium geograficzne.....	30
1.2.3 Kryterium powiązań kapitałowych	32
1.2.4 Kryterium zakresu prac powierzonych partnerowi zewnętrznemu.....	33
1.2.5. Kryterium rodzaju zadań zleczanych na zewnątrz.....	33
1.3. Pracownik w outsourcingu z perspektywy nauk o zarządzaniu.....	34
2. Outsourcing usług w naukach prawnych.....	38
2.1. Fragmentaryczne regulacje outsourcingu na gruncie prawa polskiego	38
2.2. Outsourcing usług jako umowa handlowa.....	46
2.3. Pracownik w outsourcingu usług z perspektywy prawa cywilnego	50
3. Outsourcing usług z perspektywy prawa pracy	51
3.1. Definicje i rodzaje outsourcingu usług na gruncie prawa pracy.....	52
3.1.1. Kryterium osobistego świadczenia usług w ramach outsourcingu	52
3.1.2. Kryterium uprzedniego związania z usługobiorcą stosunkiem pracy	54
3.1.3. Kryterium rodzaju powiązań pomiędzy usługodawcą i usługobiorcą	56
3.1.4. Kryterium miejsca świadczenia usług.....	58
3.2. Outsourcing usług a praktyki rynkowe o zbliżonej naturze	58
3.3. Outsourcing pracowniczy jako szczególny podtyp outsourcingu usług.....	61
3.3.1. Outsourcing pracowniczy jako forma zatrudnienia zewnętrznego	67
3.3.2. Outsourcing pracowniczy a zdefiniowane instytucje prawa pracy	79
4. Podsumowanie.....	87

Rozdział II Przypisanie statusu pracodawcy właściwemu podmiotowi jako niezbędny instrument ochrony osób faktycznie wykonujących pracę w ramach outsourcingu usług.....	90
1. Outsourcing usług jako alternatywa dla zatrudniania pracowników własnych.....	90
1.1. Przyczyny korzystania z outsourcingu usług w miejsce zatrudniania pracowników własnych.....	90
1.2. Swoboda wyboru outsourcingu usług jako alternatywy dla zatrudniania pracowników własnych.....	98
1.3. Ograniczenia swobody korzystania z outsourcingu usług wynikające z potrzeby ochrony pracowników.....	100
1.3.1. Pracownicy dotychczas wykonujący zadania zlecane na zewnątrz	101
1.3.2. Pracownicy „przejmowani” w toku transferu zadań i funkcji.....	105
1.3.3. Pracownicy-wykonawcy usług w ramach outsourcingu	114
2. Przypisanie statusu pracodawcy właściwemu podmiotowi zaangażowanemu we współpracę w ramach outsourcingu usług.....	119
2.1. O rosnących trudnościach w identyfikacji pracodawcy wśród kontrahentów współpracujących w ramach outsourcingu usług	119
2.1.1. Oddalanie się głównego beneficjenta pracy od pracodawcy	119
2.1.2. Wzrost wpływu klienta na sposób wykonywania pracy przez pracownika w sektorze usług	122
2.2. Pracodawca konstytucyjny, pośredni, własnościowy, autentyczny i prawdziwy	129
2.3. Pracodawca rzeczywisty	134
2.3.1. Definicja pojęcia	135
2.3.2. Metoda poszukiwania rzeczywistego pracodawcy w odniesieniu do pracowników „przejmowanych” w toku transferu zadań lub funkcji.....	137
2.3.3. Metoda poszukiwania rzeczywistego pracodawcy w odniesieniu do pracowników-wykonawców pracy w ramach outsourcingu	141
3. Ustalenie istnienia stosunku pracy pomiędzy pracownikiem a pracodawcą rzeczywistym jako mechanizm urzeczywistnienia ochrony prawnopracowniczej	149
4. Alternatywne możliwości zapewnienia ochrony pracownikom zatrudnionym w ramach outsourcingu usług.....	152
4.1. Odpowiedzialność podmiotu korzystającego z usług.....	153
4.2. Teoria włączenia	155
4.3. Status współ-pracodawcy w prawie amerykańskim (<i>ang. joint employers</i>).....	157

6. Podsumowanie.....	162
----------------------	-----

Rozdział III

Nabycie statusu pracodawcy rzeczywistego w drodze sukcesji generalnej po stronie pracodawczej w procesie zlecenia na zewnątrz zadań i funkcji..... 166

1. Transfer zakładu pracy lub jego części w procesie zlecenia na zewnątrz zadań lub funkcji.....	168
1.1. Istnienie wyodrębnionej jednostki gospodarczej – zakładu pracy lub jego części	170
1.1.1. Zakład pracy i jego część. Definicje pojęć.....	170
1.1.2. Powiązanie określonego pracownika z zakładem pracy lub jego częścią....	175
1.2. Zachowanie tożsamości jednostki gospodarczej	180
1.2.1. Zachowanie tożsamości jednostki gospodarczej na etapie przekazywania zadań i zasobów	180
1.2.2. Zachowanie przez jednostkę gospodarczą tożsamości po przejęciu przez usługodawcę	211
1.2. Outsourcing pracowniczy w świetle instytucji transferu zakładu pracy lub jego części.....	215
2. Skutki ustalenia statusu rzeczywistego pracodawcy dla ważności czynności prawnych wskazujących inny podmiot jako pracodawcę	220
2.1. Ważność porozumienia o „przejęciu” pracowników przez podmiot niebędący rzeczywistym pracodawcą	220
2.1.1. Przekroczenie granic swobody umów w oparciu o przesłankę sprzeczności z ustawą.....	223
2.1.2. Obejście ustawy.....	224
2.1.3. Pozorność	226
2.2. Ważność „nowej” umowy o pracę zawartej przez pracodawcę rzeczywistego z pracownikiem przejętym w trybie transferu zakładu pracy lub jego części.....	229
3. Uwagi <i>de lege lata</i> i <i>de lege ferenda</i>	232

Rozdział IV

Nabycie statusu pracodawcy rzeczywistego wskutek zawarcia umowy o pracę w sposób dorozumiany pomiędzy usługobiorcą a osobą faktycznie wykonującą pracę na jego rzecz.....238

1. Natężenie cech stosunku pracy w faktycznej relacji pomiędzy pracownikiem a usługobiorcą.....	238
1.1. Kierownictwo.....	240
1.1.1. Koordynacja realizacji zadań w toku outsourcingu usług a pojęcia kierownictwa pracodawcy i zlecającego	240
1.1.2. Przekazanie usługobiorcy całokształtu uprawnień kierowniczych w outsourcingu pracowniczym	249
1.1.3. Podział uprawnień kierowniczych pomiędzy usługodawcę i usługobiorcę w ramach outsourcingu usług	260
1.2. Miejsce i czas wykonywania pracy	275
1.3. Odpłatność	279
1.4. Osobisty charakter świadczenia.....	280
1.5. Ryzyko pracodawcy.....	282
1.6. Ciągłość pracy.....	284
2. Skutki ustalenia statusu rzeczywistego pracodawcy dla ważności czynności prawnych wskazujących inny podmiot jako pracodawcę	288
2.1. Ważność umowy o pracę zawartej przez pracownika z usługodawcą.....	288
2.2. Ważność umowy outsourcingu pracowniczego.....	291
2.2.1. Obejście ustawy.....	292
2.2.2. Sprzeczność z naturą stosunku prawnego	297
2.3. Ważność umowy outsourcingu usług innego rodzaju	301
2.4. Ważność umowy outsourcingu pracowniczego zawartej pod pozorem umowy outsourcingu usług innego rodzaju	302
3. Podsumowanie. Uwagi <i>de lege lata</i> oraz <i>de lege ferenda</i>	304
Zakończenie.....	310
Bibliografia.....	325
Inne źródła	341
Wykaz aktów prawnych	345
Wykaz orzecznictwa	349

Wykaz ważniejszych skrótów

1. Źródła prawa

k.c.	Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1360)
k.p.	Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1510)
k.p.c.	Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1805)
u.s.u.s.	Ustawa z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1009)
u.z.g.	Ustawa z dnia 13 marca 2003 r. o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1969)
u.z.p.t	Ustawa z dnia 9 lipca 2003 r. o zatrudnianiu pracowników tymczasowych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1563)
Konstytucja RP	Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.)
NLRA	National Labor Relations Act
FLSA	Fair Labor Standards Act

2. Organy, urzędy, instytucje, organizacje

GUS	Główny Urząd Statystyczny
EFTA	Europejskie Stowarzyszenie Wolnego Handlu
EOG	Europejski Obszar Gospodarczy
MOP	Międzynarodowa Organizacja Pracy
NIK	Najwyższa Izba Kontroli
NLRB	National Labor Relations Board
NSA	Naczelny Sąd Administracyjny
PIP	Państwowa Inspekcja Pracy
SA	Sąd Apelacyjny

SN	Sąd Najwyższy
TSUE	Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
UE	Unia Europejska
WSA	Wojewódzki Sąd Administracyjny

3. Publikatory i czasopisma

DGP	Dziennik Gazeta Prawna
Dz.U.	Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej
Dz.Urz.	Dziennik Urzędowy
Legalis	System Informacji Prawnej Wydawnictwa C.H.Beck
LEX	System Informacji Prawnej Wydawnictwa Wolters Kluwer
MOPR	Monitor Prawa Pracy
PiP	Państwo i Prawo
PiZS	Praca i Zabezpieczenie Społeczne

4. Inne

bhp	bezpieczeństwo i higiena pracy
r.	rok
red.	redakcja
s.	strona
t.	tom
zob.	zobacz

Wstęp

Konkurencja między przedsiębiorcami weszła na nowy poziom, który stał się dla nich jeszcze bardziej wymagający. Tradycyjne determinanty sukcesu, takie jak zasoby materialne czy kapitał, zastąpiono koniecznością nieustannych poszukiwań niewidzialnych zasobów pozwalających zdobyć przewagę konkurencyjną. Nawet dla szczęśliwych znalazców, gra rynkowa ma jednak bezwzględne reguły. Zwycięstwo nigdy nie jest dane raz na zawsze. Aktualny, w dniu pisania tego tekstu, przykład sukcesu opartego na niewidzianym zasobie, który w mgnieniu oka zmienił się w porażkę, dotyczy spółki Twitter zakupionej przez Elona Muska w październiku 2022 r. za astronomiczną kwotę 44 mld dolarów¹. Po 6 miesiącach od przejęcia wyceniana jest ona na niecałą połowę owej kwoty. Dzisiejszy świat, a szczególnie świat biznesu, określa się akronimem BANI² stworzonym przez Jamais Cascio w 2020 roku. Jego rozwinięcie stanowią angielskie terminy: Brittle, (kruchy); Anxious, (niepokojny); Non-linear (nieliniowy); Incomprehensible (niezrozumiały). Jak zatem osiągnąć sukces rynkowy w tak wymagającym otoczeniu?

Odpowiedź na to pytanie, przynajmniej w teorii, wydaje się prosta: skupić własne zasoby na nieustannym poszukiwaniu i doskonaleniu kluczowych kompetencji, wyszczuplając jednocześnie strukturę organizacyjną w pozostałych obszarach funkcjonowania przedsiębiorstwa na tyle, by umożliwiała ona szybkie i elastyczne dopasowywanie się do zmian zachodzących na rynku³. W praktyce jednak, zrealizowanie tak zarysowanego celu wymaga zastosowania wielu narzędzi. Jednym z najpopularniejszych z nich jest outsourcing. Metoda ta polega na zleceniu zadań i funkcji uznanych przez przedsiębiorstwo za niekluczowe „na zewnątrz” tj. innemu przedsiębiorstwu⁴, współpracującemu z nim na zasadach długotrwałej kooperacji⁵. Korzystanie z outsourcingu pozwala zredukować strukturę przedsiębiorstwa, umożliwiając jednocześnie zachowanie pełnej kontroli nad

¹ Twitter mocno stracił na wartości, odkąd kupił go Elon Musk. Gigantyczna kwota, <https://www.money.pl/gospodarka/oto-ile-twitter-stracil-na-wartosci-odkad-kupil-go-elon-musk-gigantyczna-kwota-6881260712409920a.html> (dostęp: 31.03.2023).

² Zob. J. Kraaijenbrink, *What BANI Really Means (And How It Corrects Your World View)*, Forbes, <https://www.forbes.com/sites/jeroenkraaijenbrink/2022/06/22/what-bani-really-means-and-how-it-corrects-your-world-view/?sh=3ce7123b11bb> (dostęp: 31.03.2023).

³ Wiąże się z tym m.in. popularne dziś koncepcje zarządzania przedsiębiorstwem zwanej anglojęzycznym terminem „lean” oznaczającym tzw. „szczupłe zarządzanie”; czy metoda zarządzania projektami zwana „agile”, co w tłumaczeniu na język polski oznacza „zwinność”.

⁴ Zob. M. Trocki, *Outsourcing. Metoda restrukturyzacji...*, s. 13.

⁵ Zob. T. Kopczyński, *Outsourcing w zarządzaniu...*, s. 50.

pozostawionymi „wewnątrz” kluczowymi obszarami jego działalności. Nieustanną potrzebę ciągłej ich redefinicji wyraźnie ilustruje przykład międzynarodowych przedsiębiorstw odzieżowych i obuwniczych, które zastosowały outsourcing do obszaru działalności uważanego dawniej za podstawowy tj. do produkcji odzieży i obuwia, koncentrując zasoby własne głównie wokół projektowania produktów, ich sprzedaży oraz marketingu⁶. Mamy zatem do czynienia z kolejnymi generacjami outsourcingu, który w swoim pierwotnym kształcie znajdował zastosowanie wyłącznie do obszarów stanowiących działalność uboczną przedsiębiorstw, np. usług sprzątanania, czy ochrony, i miał na celu, przede wszystkim, obniżkę kosztów. Choć dążenie do oszczędności nadal stanowi podstawę wielu decyzji o skorzystaniu z outsourcingu, kryterium to nie zawsze ma charakter decydujący. Ceny usług mogą bowiem kształtować się na wysokim poziomie, zwłaszcza w przypadku outsourcingu procesów opartych na wiedzy np. doradztwa finansowego, czy prawnego, a także realizowanych w obszarach, w których występuje niedobór wykwalifikowanych pracowników (np. IT).

Popularność outsourcingu nie pozostaje obojętna dla sfery zatrudnienia. Jego stosowanie prowadzi bowiem do zjawiska nazwanego przez D. Weila „pękaniem zakładów pracy”⁷. Polega ono na zleceniu fragmentów działalności tradycyjnie wykonywanej w ramach dużego przedsiębiorstwa mniejszym przedsiębiorcom, działającym zazwyczaj w ramach silniejszej konkurencji aniżeli przedsiębiorstwa macierzyste. Duże firmy o ugruntowanej pozycji krajowej i międzynarodowej, będące liderami poszczególnych branż, nadal dominują w krajobrazie sektora prywatnego i odgrywają kluczową rolę w kształtowaniu konkurencji na swoich rynkach. Nie zatrudniają one już jednak bezpośrednio zastępów pracowników. W ich miejsce pracodawcami stają się mniejsze jednostki biznesowe. Dawniej potężne zakłady pracy ulegają w ten sposób rozdrobnieniu, co D. Weil obrazuje metaforą skał pękających pod wpływem żywiołów.

Stworzenie pojęcia „pękania zakładów pracy” stało się impulsem do podjęcia na arenie międzynarodowej dyskusji o skutkach owego zjawiska dla prawa pracy. H. Nakakubo i T. Araki słusznie powiązali przedmiotowe zagadnienie z dwoma wymiarami

⁶ Zob. M.J. Radło, *Outsourcing w strategiach...*, s. 15; T. Kopczyński, *Outsourcing w zarządzaniu...*, s. 86; M.J. Power, K.C. Desouza, C. Bonifazi, *Outsourcing. Podręcznik...*, s. 23.

⁷ Zob. D. Weil, *Enforcing Labour Standards in Fissured Workplaces: The US Experience*, “The Economic and Labour Relations Review”, tom 22, nr 2, s. 33.

dokonującej się na naszych oczach „eksternalizacji” stosunków pracy⁸. Wyróżnili przy tym dwa jej wymiary. Po pierwsze, poprzez outsourcing, zlecenie pracy podwykonawcom lub wykorzystanie mechanizmów łańcucha dostaw, liderzy rynku mogą uwolnić się od odpowiedzialności za zatrudnienie, pomimo że nadal wywierają znaczny wpływ na losy osób faktycznie wykonujących na ich rzecz pracę. Chodzi tu o pojęcie "pracodawcy" lub o to, kto powinien ponosić odpowiedzialność prawną jako pracodawca. Po drugie, w procesie „pęknięcia zakładów pracy”, tradycyjni pracownicy i zatrudnieni poddawani są błędnej kwalifikacji jako samozatrudnieni lub niezależni przedsiębiorcy. Jest to kwestia pojęcia "pracownika". W nauce prawa pracy wiele uwagi poświęca się temu, kogo uznać za pracownika, a stosunkowo niewiele temu kogo uznać za pracodawcę. Obserwacja D. Weila wyraźnie ukazuje jednak rosnącą potrzebę eksploracji pojęcia pracodawcy z uwagi na zasadniczą zmianę w strukturze przedsiębiorstw, która powinna znaleźć odzwierciedlenie także w regulacjach prawnych. Popularność outsourcingu doprowadziła bowiem do sytuacji, w której podmioty mające rzeczywisty wpływ na losy zatrudnionych są zwolnione z odpowiedzialności jaką ponoszą pracodawcy. Z kolei obowiązki pracodawcy tradycyjnie nie wykraczają poza granicę osobowości prawnej jednego podmiotu. Spoczywają zatem wyłącznie na podmiocie bezpośrednio zatrudniającym pracowników, niezależnie od sposobu podziału korzyści płynących z zatrudnienia pomiędzy nim a jego kontrahentem. W skrajnej sytuacji obowiązki obciążają podmiot, który nie jest w stanie ich realizować, natomiast korzyści przypadają przedsiębiorstwom umacniającym w tego sposób pozycję lidera rynku⁹.

Poczynione na arenie międzynarodowej uwagi, odnieść można z łatwością do dorobku polskiej doktryny prawa pracy. Rozważania poświęcone zagadnieniu identyfikacji pracownika zdecydowanie przeważają nad badaniami pojęcia pracodawcy. Nie oznacza to jednak całkowitego braku dyskusji na ten temat. W jej ramach wyróżnić można dwa nurty. Jeden sprowadza się do sporu na temat zarządczej i właścicielskiej koncepcji pracodawcy. Jego istota zawiera się w pytaniu czy za pracodawcę powinno

⁸ Zob. H. Nakakubo, T. Araki, *Introduction* [w:] *The Notion of Employer in the Era of the Fissured Workplace. Should Labour Law Responsibilities Exceed the Boundary of the Legal Entity?*, red. R. Blanpain, F. Hendrickx, The Netherlands 2017, s. 2.

⁹ Szczegółowo praktykę tę opisuje na przykładzie australijskiego sektora produkcji M.J. Rawling, *A Generic Model of Regulating Supply Chain Outsourcing. Labour Law and Labour Market Regulation: Essays on The Construction, Constitution and Regulation of Labour Markets and Work Relationships*, s. 3, Sydney 2006, ANU College of Law Research Paper No. 07-07, <https://ssrn.com/abstract=982748> (dostęp: 22.02.2023 r.).

uznawać się jednostką organizacyjną wchodzącą w skład większej struktury i pozbawioną osobowości prawnej (np. oddział). Zagadnienie poszukiwania pracodawcy poza zakresem osobowości prawnej jednego podmiotu podjęto w drugim nurcie rozważań, poświęconym statusowi, jaki na gruncie prawa pracy przypisać należy grupom spółek. Wiąże się on bezpośrednio ze stosowaniem strategii outsourcingu. W naukach o zarządzaniu pojęcie to obejmuje bowiem także zlecenie zadań na zewnątrz, w ramach jednej grupy spółek (tzw. outsourcing kapitałowy)¹⁰. Nieodkrytym, z perspektywy polskiej nauki prawa pracy, obszarem pozostaje kwestia ustalenia pracodawcy w outsourcingu kontraktowym, realizowanym na podstawie umów cywilnoprawnych.

Zidentyfikowana luka badawcza ma doniosłe znaczenie praktyczne. W dniu pisania niniejszego tekstu, w bazie Lex odnaleźć można 483 orzeczenia sądów powszechnych i administracyjnych¹¹, w których wystąpił problem wskazania właściwego pracodawcy w układzie podmiotowym występującym na gruncie współpracy w ramach outsourcingu. Liczba ta, pozwala jedynie wnioskować na temat rzeczywistej skali problemu napotykanego w praktyce przez polskich pracodawców i pracowników. Warto dodać, iż pojęcie outsourcingu uznać należy za stosunkowo młode - pojawiło się ono w orzecznictwie z zakresu prawa pracy i ubezpieczeń społecznych niespełna 15 lat temu¹². Choć pochodzi z języka angielskiego, nie doczekało się polskiego odpowiednika, na stałe wchodząc do dyskursu doktrynalnego i jurydycznego. Moim zdaniem, złożona natura terminu oraz jego popularność przemawiają za zasadnością posługiwania się nim w dalszej części wywodu w oryginalnej wersji językowej.

Outsourcing oznacza zjawisko głównie z dziedziny zarządzania przedsiębiorstwem, które podlega analizie prawnej jedynie wówczas gdy wywołuje określone skutki prawne¹³. Jego wieloznaczność implikuje trudności w precyzyjnym określeniu zakresu skutków powodowanych przez stosowanie tej strategii na gruncie prawa pracy.

¹⁰ Zob. M. Trocki, *Outsourcing. Metoda restrukturyzacji...*, s. 28-29, 69.

¹¹ Badanie przeprowadzone w dniu 29.03.2023 na bazie danych Lex poprzez wyodrębnienie w grupie wszystkich orzeczeń wydanych na podstawie kodeksu pracy, orzeczeń zawierających pojęcia „outsourcing” oraz „pracodawca”, w wyniku którego uzyskano liczbę 483 orzeczeń, stanowiących sumę liczby orzeczeń sądów powszechnych oraz administracyjnych.

¹² Wg informacji dostępnych w bazie Lex za najwcześniejsze orzeczenie sądowe dotyczące aspektów zatrudnienia w ramach outsourcingu usług uznać należy wyrok WSA w Warszawie z 28.05.2009 r., VI SA/Wa 580/09, LEX nr 599458.

¹³ Zob. S. Włodyka, M. Spyra, *Ogólna charakterystyka umów handlowych* [w:] *System prawa handlowego, Prawo umów handlowych. Tom 5*, red. M. Stec, Warszawa 2017, s. 26.

Specyfika zatrudnienia zależy bowiem od rodzaju outsourcingu jaki poddaje się badaniu. Istotne różnice pojawiają się w odniesieniu do podziału na outsourcing usług i produkcji. Obydwa zjawiska powodują komplikacje dostrzegalne na płaszczyźnie prawa pracy. W badaniach naukowych dostrzec można wyraźnie rosnące zainteresowanie wyzwaniem wynikającym z zatrudnienia w tzw. międzynarodowych łańcuchach dostaw, które powstają w wyniku wielokrotnego stosowania outsourcingu w obszarze produkcji¹⁴. Nieco mniej uwagi poświęca się pracownikom faktycznie wykonującym pracę w ramach outsourcingu usług, co świadczy o istnieniu w tym zakresie luki badawczej. Za decyzją o podjęciu rozważań dotyczących przedmiotowego zagadnienia przemawia także fakt, iż właśnie tego rodzaju outsourcingu dotyczą, w zdecydowanej większości, praktyczne problemy pojawiające się dziś w polskiej judykaturze.

Rdzeń sporów co do statusu pracodawcy w outsourcingu ma dwa wymiary. Pierwszy, wiąże się z wątpliwościami czy zleceniu zadań na zewnątrz towarzyszył transfer zakładu pracy lub jego części. Stanowi on oś postępowania sądowych dotyczących tzw. „afery outsourcingowej¹⁵”, która wybuchła w wyniku działalności Grupy spółek oferującej usługi „przejęcia” pracowników. Przejęcie odbywało się jedynie na płaszczyźnie formalnej. W rzeczywistości pracownicy nadal wykonywali pracę u dotychczasowego pracodawcy. Spółki należące do grupy oferowały 40% zniżki na kosztach pracy „przejętych” pracowników, tłumacząc klientom, iż kwoty oszczędności wynikają z dotacji unijnych¹⁶. Po pewnym czasie okazało się jednak, że oszczędności miały swoje źródło w nieuiszczaniu przez podmioty wchodzące w skład grupy należności publicznoprawnych związanych z zatrudnianiem „przejętych” pracowników.

¹⁴ Zob. S. Davies, N. Hammer, G. Williams, R. Raman, C. S. Ruppert, L. Volynets, *Labour standards and capacity in global subcontracting chains: evidence from a construction MNC*, “Industrial Relations Journal”, 2011/2, t. 42, s. 129-135; S. W. Barrientos, ‘Labour Chains’: *Analysing the Role of Labour Contractors in Global Production Networks*, “The Journal of Development Studies”, 2013/8, t. 49, s. 1065; A. Sobczak, *Legal dimensions of international framework agreements in the field of corporate social responsibility* [w:] “Industrial Relations 3/2007”, t. 62, s. 466; A. Adamczyk, B. Surdykowska, *Ponadnarodowe układy ramowe jako próba odpowiedzi związków zawodowych na wyzwania globalizacji*, PiZS 2012/1, s. 2-3, B. Antczak, *O roli MOP w zapewnieniu godnej pracy w świecie offshoringu produkcji*, PiZS 2022/12, s. 4-11.

¹⁵ Zob. P. Ciszak, *Oszustwo na 66 mln zł. 15 tys. pracowników bez składek ZUS, NIK miażdży organy państwa*, <https://www.money.pl/gospodarka/wiadomosci/artukul/zus-outsourcing-pracowniczy-raportnik,146,0,2166418.html> (dostęp: 3.05.2021 r.)

¹⁶ Zob. Najwyższa Izba Kontroli, Departament Pracy, Spraw Społecznych i Rodziny, *Wystąpienie Pokontrolne. Prawidłowość działań Zakładu Ubezpieczeń Społecznych i organów podatkowych w zakresie ścisłości i egzekucji składek na ubezpieczenia społeczne i należności podatkowych wynikających z zatrudniania pracowników w ramach umów outsourcingowych*, nr KPS.410.003.03.2015, Warszawa 2016, s. 4, www.nik.gov.pl/.../pobierz,kps~p_15_111_201602171152361455709956~id2~01,typ,kj.pdf (dostęp: 5.11.2020 r.).

W świetle danych Ministerstwa Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej za rok 2015, szacowana łączna kwota, na jaką oszukano Skarb Państwa w wyniku zaistniałego incydentu określona została na ok. 180 mln zł¹⁷. W sprawę zaangażowały się organy skarbowe¹⁸, Zakład Ubezpieczeń Społecznych¹⁹, a nawet Najwyższa Izba Kontroli²⁰. To sądy stały jednak przed wyzwaniem określenia czy tzw. „pozorny outsourcing pracowniczy” doprowadził do nabycia przez podmioty należące do grupy spółek statusu pracodawców czy też pracodawcami, w świetle prawa pracy, pozostali ich klienci.

Drugi wymiar sporny dotyczy zarysowanego już powyżej problemu przenoszenia na kontrahenta, posiadającego zazwyczaj słabszą pozycję rynkową, większości obciążeń związanych z występowaniem w roli pracodawcy, przy zachowaniu korzyści przypadających tradycyjnie temu podmiotowi. W szczególności należy rozważyć czy istnieje granica wpływu, jaki podmiot korzystający z outsourcingu może wywierać na pracownika kontrahenta, nie ponosząc względem tej osoby odpowiedzialności charakterystycznej dla pracodawcy. Skrajną postać praktyka ta przybiera w przypadku outsourcingu pracowniczego (tzw. *body leasingu*) polegającego na świadczeniu przez usługodawcę usługi oddania swoich pracowników do dyspozycji usługobiorcy, w zamian za wynagrodzenie. Warto podkreślić, iż umowa stanowiąca jego podstawę zawierana jest w reżimie prawa cywilnego, poza instytucjami prawa pracy umożliwiającymi korzystanie z pracy pracownika innego podmiotu, w szczególności poza instytucją pracy tymczasowej. Praktyczne znaczenie zagadnienia podkreśla od lat Państwowa Inspekcja Pracy, wskazując na liczne przypadki zastępowania pracy tymczasowej outsourcingiem²¹. Problem nie dotyczy wyłącznie Polski. Międzynarodowa Organizacja

¹⁷ Zob. Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej – Departament Rynku Pracy, Informacja o działalności agencji zatrudnienia w 2015 r., s. 39; <https://psz.praca.gov.pl/documents/10828/2740811/Informacja%20Agencje%20Zatrudnienia%202015.pdf/c6875f91-7996-460c-84ec-b89a5c80011b?t=1462354092891>, (dostęp: 3.05.2021 r.).

¹⁸ Zob. D. M. Malinowski, J. Malinowski, *Konsekwencje karne skarbowe afery „outsourcingu pracowniczego”*. Analiza forsowanej przez organy podatkowe koncepcji znamion podmiotowych czynów zabronionych, „Przegląd Podatkowy” 2020/5, s. 3-5.

¹⁹ Zob. *Uwaga na outsourcing*, www.zus.pl, <https://www.zus.pl/o-zus/aktualnosci/-/publisher/aktualnosc/1/uwaga-na-outsourcing/216442> (dostęp: 20.11.2021 r.).

²⁰ Zob. *NIK o tzw. outsourcingu pracowniczym*, <https://www.nik.gov.pl/aktualnosci/nik-o-tzw-outsourcingu-pracowniczym.html> (dostęp: 3.05.2021 r.).

²¹ Zob. m.in. *Sprawozdanie z działalności Państwowej Inspekcji Pracy w 2018 roku*, Warszawa 2019, s. 133; *Sprawozdanie z działalności Państwowej Inspekcji Pracy w 2021 roku*, Warszawa 2022, s.14; <https://www.pip.gov.pl/pl/o-urzedzie/sprawozdania-z-dzialalnosci> (dostęp: 19.03.2023).

Pracy sygnalizuje występowanie trudności w odróżnieniu outsourcingu usług od pracy tymczasowej na gruncie wielu ustawodawstw krajów członkowskich²².

W każdym z opisanych powyżej wymiarów nastąpić może przypisanie statusu pracodawcy, zaangażowanemu we współpracę w ramach outsourcingu podmiotowi, który w świetle złożonych w formie pisemnej oświadczeń woli nie występował w tej roli. Na gruncie niniejszej rozprawy nazywam go „pracodawcą rzeczywistym”. Uznanie za pracodawcę rzeczywistego, w wyniku długotrwałego postępowania sądowego, rodzi dla przedsiębiorców negatywne skutki wynikające m.in. z zaległości w regulowaniu należności z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne oraz zaliczek na podatek dochodowy. Dla pracowników natomiast sama konieczność ustalania pracodawcy w postępowaniu sądowym, o niepewnym wyniku, stawia pod znakiem zapytania efektywność przyznanej im mocą prawa pracy ochrony. Sytuacja ta rodzi poważne wątpliwości natury ogólnej. Pojawia się bowiem pytanie czy obowiązujące prawo pracy reguluje kwestie przypisywania statusu pracodawcy w sposób odpowiedni do rzeczywistości „pękających zakładów pracy”. Jak jednak określić co znaczy „odpowiedni”?

Wydaje się, iż jako wzorzec potraktować można treść Zalecenia MOP nr 198 dotyczącego stosunku pracy z dnia 31 maja 2006 r. (dalej: Zalecenie)²³. Zgodnie z punktem 2 Zalecenia prawo krajowe lub praktyka powinny być *jasne i odpowiednie w celu zapewnienia efektywnej ochrony pracownikom pozostającym w stosunku pracy*²⁴. W świetle punktu 4 lit. b *polityka krajowa w tym zakresie powinna uwzględniać (...) środki zwalczania ukrytego stosunku pracy (...), pamiętając, iż ukryty stosunek pracy występuje wówczas, gdy pracodawca nie traktuje osoby tak jak pracownika, ukrywając jego lub jej prawdziwy status prawny jako pracownika; taka sytuacja może zaistnieć w momencie, gdy postanowienia umowne skutkują pozbawieniem pracowników należnej im ochrony*. Co istotne, do zakresu pojęcia

²² Regulating the Employment Relationship in Europe: A guide to Recommendation No. 198, Geneva, 2013, https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_209280/lang--en/index.htm (dostęp: 31.03.2023r.).

²³ MOP, Zalecenie Nr 198 dotyczące stosunku pracy z dnia 31 maja 2006 r., sesja 95, s. 2-3, <https://archiwum.mrips.gov.pl/prawo-pracy/miedzynarodowa-organizacja-pracy-mop/> (dostęp: 11.03.2023 r.).

²⁴ MOP, Zalecenie Nr 198 dotyczące stosunku pracy z dnia 31 maja 2006 r., sesja 95, s. 2-3, <https://archiwum.mrips.gov.pl/prawo-pracy/miedzynarodowa-organizacja-pracy-mop/> (dostęp: 11.03.2023 r.).

„postanowienia” włącza się ustalenia dotyczące stosunków wielostronnych²⁵. Odnosi się ono także do ukrywania stosunku pracy łączącego pracownika z podmiotem, na rzecz którego rzeczywiście wykonuje on pracę, pod umownym postanowieniem o nawiązaniu stosunku pracy z innym podmiotem. Wymogi stawiane przed krajowym prawem pracy ujęto we fragmencie preambuły Zalecenia, zgodnie z którym *należy zająć się sprawą niepewności istnienia stosunku pracy w celu zagwarantowania uczciwej konkurencji i efektywnej ochrony pracowników pozostających w stosunku pracy.*

W świetle powyższego, uregulowanie zagadnienia statusu pracodawcy w outsourcingu usług powinno spełniać następujące wymagania:

- 1) być jednoznaczne i zrozumiałe dla podmiotów, którym przypisuje się ten status;
- 2) zapewnić efektywną ochronę pracownikom faktycznie wykonującym pracę w ramach outsourcingu usług;
- 3) stanowić gwarancję przestrzegania zasad uczciwej konkurencji.

Kierunek wskazany przez MOP w odniesieniu do stosunku pracy pozostaje spójny z wyrażonymi w art. 20–24 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej²⁶, zasadami stanowiącymi podstawy ustroju gospodarczego państwa polskiego²⁷. Idealne prawo pracy chroni pracowników oraz pracodawców postępujących zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji. Jednocześnie, ingeruje w działanie wolnego rynku jedynie na poziomie niezbędnego minimum. Oprócz odpowiedniej treści norm prawnych, niezbędna jest także możliwość ich egzekucji w drodze sądowej. Tu z kolei pojawia się postulat pewności prawa. Zarówno pracownik, jak i pracodawca występujący z powództwem do sądu pracy powinni wiedzieć, w jaki sposób interpretowane są normy prawne. Niejasna i niespójna wewnętrznie wykładnia zniechęca do dochodzenia ochrony w drodze postępowań sądowych, nawet w sytuacji poważnego naruszenia norm, co zmniejsza faktyczną skuteczność ochronnej funkcji prawa pracy.

Podjęte rozważania prowadzą do postawienia następującej tezy badawczej: w **aktualnym stanie prawnym, zagadnienie tożsamości rzeczywistego pracodawcy w outsourcingu usług:**

²⁵ Punkt 4 lit. c Zalecenia MOP Nr 198 dotyczącego stosunku pracy z dnia 31 maja 2006 r., sesja 95, s. 2-3, <https://archiwum.mriips.gov.pl/prawo-pracy/miedzynarodowa-organizacja-pracy-mop/> (dostęp z dnia 11.03.2023).

²⁶ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

²⁷ Zob. P. Tuleja [w:] P. Czarny, M. Florczak-Wątor, B. Naleziński, P. Radziejewicz, P. Tuleja, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, LEX 2021, art. 20.

- 1) **nie zostało uregulowane w sposób jednoznaczny i zrozumiały dla podmiotów, którym przypisuje się ten status;**
- 2) **nie zapewnia efektywnej ochrony pracownikom faktycznie wykonującym pracę w ramach outsourcingu usług;**
- 3) **nie stanowi gwarancji przestrzegania zasad uczciwej konkurencji.**

Uregulowanie przedmiotowego zagadnienia w sposób zgodny z Zaleceniem MOP oraz zasadami konstytucyjnymi wymaga zarówno ujednolicenia sposobu wykładni istniejącego prawa, jak i interwencji ustawodawcy w jego treść.

Badania zmierzające do potwierdzenia lub zaprzeczenia postawionej tezie podzielono na cztery części odpowiadające poszczególnym rozdziałom rozprawy. Rozpoczynają je, zawarte w rozdziale pierwszym, uwagi wstępne służące przybliżeniu pojęcia outsourcingu z perspektywy nauk o zarządzaniu, a następnie nauk prawnych, ze szczególnym uwzględnieniem prawa cywilnego oraz prawa pracy. Część poświęcona naukom o zarządzaniu, oprócz zagadnień definicyjnych, obejmuje także zarysowanie rodzajów oraz celów korzystania z outsourcingu usług. Część dotyczącą perspektywy prawnej otwiera wskazanie kilku regulacji normatywnych, należących do różnych gałęzi prawa, które konstytuują wymogi i ograniczenia stawiane podmiotom stosującym outsourcing. Następnie, analizie poddawana jest umowa outsourcingu usług oraz rola, jaką w jej realizacji pełni pracownik usługodawcy. Po przejściu na grunt prawa pracy, przedmiotem rozważań stają się pojęcia outsourcingu usług oraz outsourcingu pracowniczego, przedstawione na tle instytucji prawnych oraz praktyk rynkowych o zbliżonej naturze.

Rozdział drugi poświęcono zagadnieniu korzystania z outsourcingu usług jako alternatywy dla zatrudniania pracowników własnych. Wywody rozpoczyna opis statusu pracodawcy przyjętego w prawie pracy oraz zestawienie go ze statusem usługobiorcy korzystającego z outsourcingu usług. Następnie uwaga koncentruje się na potrzebie ochrony osób faktycznie wykonujących pracę w ramach outsourcingu usług. Przyjęta teza badawcza wymaga bowiem zestawienia ze sobą perspektyw obydwu stron stosunku pracy. Przedmiotem znacznej części rozważań staje się poszukiwanie pracodawcy oraz uwagi na temat funkcji, jaką w systemie prawnym pełni właściwa identyfikacja owego podmiotu. Wińczy je propozycja autorskiej definicji pojęcia pracodawcy rzeczywistego oraz sposobu jego identyfikacji, a także opis mechanizmu dochodzenia ochrony praw pracowniczych względem właściwego podmiotu w drodze postępowania sądowego. W ostatniej części przedstawione zostaną możliwości zapewnienia ochrony pracownikom

faktycznie wykonującym pracę w ramach outsourcingu usług, stanowiące alternatywę dla zero-jedynkowej metody przypisania statusu pracodawcy przyjętej w prawie polskim.

Po zbudowaniu fundamentu w rozdziale pierwszym oraz wzniesieniu na nim ram konstrukcyjnych dla dalszych rozważań w rozdziale drugim, kolejne rozdziały poświęcone będą wypełnianiu owych ram treścią natury szczegółowej. Kryterium podziału zagadnień pomiędzy nie stanowi podstawa prawna nabycia statusu rzeczywistego pracodawcy. W rozdziale trzecim opisane zostaną przypadki uzyskania go w drodze sukcesji generalnej po stronie pracodawczej, która może, lecz nie musi towarzyszyć zleceniu na zewnątrz zadań i funkcji. Z uwagi na lakoniczny charakter polskiej normy prawnej konstytuującej instytucję transferu zakładu pracy lub jego części, w szerokim zakresie odnieść się należy do wykładni pronunijnej. Przedstawienia wymaga w szczególności dynamiczna ewolucja poglądów jurystycznych, jaka dokonała się w odniesieniu do outsourcingu usług w bogatym orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz w odwołujących się do niego poglądach Sądu Najwyższego. Analizie prawnej poddany będzie także wspomniany powyżej „pozorny outsourcing pracowniczy” oraz implikacje uznania za pracodawcę podmiotu innego niż ten, któremu podmioty zaangażowane we współpracę w ramach outsourcingu usług przypisały ów status.

W rozdziale czwartym, przedmiotem rozważań stanie się zagadnienie nabycia przez usługobiorcę statusu rzeczywistego pracodawcy wskutek zawarcia dorozumianej umowy o pracę bezpośrednio z pracownikiem faktycznie wykonującym pracę na jego rzecz. Wnikliwej analizie na gruncie stanów faktycznych powiązanych ze stosowaniem outsourcingu usług poddane zostaną poszczególne cechy stosunku pracy występujące w faktycznej relacji pomiędzy pracownikiem a usługobiorcą. Najszerza część rozważań poświęcona będzie zagadnieniu wykonywania przez ten podmiot uprawnień kierowniczych. Szczególna uwaga skoncentrowana zostanie wokół budzącego istotne wątpliwości w doktrynie i judykaturze prawa pracy zagadnienia outsourcingu pracowniczego. Także ten rozdział zwięźcą uwagi na temat skutków jakie w obrocie prawnym wywołuje ustalenie pracodawcy rzeczywistego.

Ze względu na odmienną naturę prawną poruszanych zagadnień, uwagi *de lege lata* oraz *de lege ferenda* formułowane będą odrębnie w częściach podsumowujących rozdział III i IV. Po wypełnieniu ram konstrukcyjnych treścią, w zakończeniu rozprawy przedstawione zostanie zbiorcze podsumowanie najważniejszych problemów, jakie w niej podjęto, oraz ostateczne stanowisko w zakresie potwierdzenia lub

odrzućenia postawionej tezy badawczej. Obejmie ono także przypomnienie wysuniętych postulatów co do zmian, jakie należy wprowadzić w zakresie wykładni poszczególnych pojęć oraz kształtu pożądanej interwencji prawodawcy.

Prowadzenie badań zawartych w niniejszej rozprawie następuje przy wykorzystaniu metody formalno-dogmatycznej z elementami metody komparatystycznej. W istotnej części rozważań zastosowanie znajduje metoda komparatystyczna w ujęciu wertykalnym, służąca do analizy wpływu prawa europejskiego na polski porządek prawny. Jej zastosowanie dostrzec można w szczególności w rozdziale III poświęconym zastosowaniu instytucji przejścia zakładu pracy do przypadków zlecenia na zewnątrz zadań w ramach outsourcingu usług. Metoda komparatystyczna w ujęciu horyzontalnym podlega natomiast użyciu jedynie pomocniczo, dla zobrazowania wypracowanych w prawie obcym rozwiązań dla problemów opisywanych w rozprawie. Moim zdaniem, obecny stan nauki nie pozwala na przeprowadzenie pełnych badań komparatystycznych w odniesieniu do podjętego tematu. Outsourcing stanowi bowiem strategię zarządzania, a nie instytucję prawną. Przedmiotem analizy prawnej mogą zatem być jedynie skutki jakie jego stosowanie wywołuje na gruncie określonej gałęzi prawa. Jej przeprowadzenie wymaga odwołania się do wielu różnych instytucji prawnych, a także podejścia interdyscyplinarnego. Z dużą dozą prawdopodobieństwa należy stwierdzić, iż fragmentaryczna analiza regulacji prawa obcego doprowadziłaby do błędnych wniosków.

Nie oznacza to jednak, iż przedmiotowe zagadnienia nie występują w prawie obcym. We francuskim kodeksie pracy istnieje na przykład wyrażony wprost zakaz wykonywania wszelkich operacji zarobkowych, których jedynym celem jest wypożyczanie siły roboczej, za wyjątkiem ściśle wskazanych instytucji prawnych obejmujących w szczególności pracę tymczasową²⁸. W prawie niemieckim, wyrażono z kolei zasadę iż w przypadku wyjścia podmiotów poza dopuszczalne ramy pracy tymczasowej, umowa o pracę będzie uważana za zawartą między pracownikiem a najemcą [tj. podmiotem korzystającym z usługi outsourcingu

²⁸ Article L8241-1 Code du travail, https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006072050/2023-04-05 (dostęp: 05.04.2023 r.); zob. także R. Dana and T. Ekoukou, D. Associés, Transferring Employees on an Outsourcing in France: Overview, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/9-575-0652?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/9-575-0652?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true), (dostęp: 05.04.2023 r.). O dyskusji związanej z pojęciem outsourcingu na gruncie nowelizacji francuskiego kodeksu pracy zob. szerzej A. Musiała, *Projekt francuskiego Kodeksu pracy 2017 a polska próba kodyfikacji prawa zatrudnienia*, MOPR 2018/6, s. 8-14.

pracowniczego – przyp. B.A.J²⁹. Oprócz wątku outsourcingu pracowniczego, w wielu krajach uregulowano zagadnienie o szerszym charakterze, związane z przypisywaniem podmiotowi korzystającemu z outsourcingu, wykraczającej poza zakres objęty umową, odpowiedzialności za zobowiązania kontrahenta – pracodawcy względem jego pracowników. W systemach *common law* obowiązuje doktryna współ-pracodawców³⁰. W nauce prawa pracy wyrażono pogląd, zgodnie z którym poszerzanie granic odpowiedzialności podmiotów pośrednio korzystających z pracy ludzkiej stanowi jeden z głównych wymiarów eksternalizacji prawa pracy, jaka miała miejsce w ostatnich dekadach³¹.

Złożona natura poruszanego zagadnienia znalazła odzwierciedlenie w przeplataniu się w niniejszej rozprawie podejścia interdyscyplinarnego z podejściem intradyscyplinarnym. Podejście interdyscyplinarne ujawnia się w oparciu wywodów natury prawnej na podstawie wiedzy wypracowanej w naukach o zarządzaniu. Podejście intradyscyplinarne przejawia się natomiast w uwzględnieniu w szerokim zakresie perspektywy prawa cywilnego, bez której analiza praktyk rynkowych opartych na umowie zawieranej w tym reżimie prawnym pozbawiona byłaby sensu. W rozprawie zawarto także odwołania do instytucji prawa ubezpieczeń społecznych, a incydentalnie także do innych gałęzi prawa.

Podjęcie analizy pozaprawnego i niezwykle złożonego zjawiska, jakim jest outsourcing usług, staje się możliwe jedynie przy użyciu zasad idealizacji teorii nauki rozumianych jako przedstawienie w uproszczony sposób modelowanego przedmiotu³². Ze wszystkich cech charakterystycznych dla stosowania strategii outsourcingu usług, wybrano zatem jedynie te, które mogły okazać się istotne w procesie ustalania statusu pracodawcy. Także na gruncie prawnopracowniczych skutków stosowania outsourcingu

²⁹ § 10 ust. 1 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Gesetz (21.02.2017), https://www.gesetze-im-internet.de/a_g/_10.html (dostęp: 05.04.2023); zob. także P. Bräutigam, T. Thalhoffer, P. Mückl, Outsourcing: Germany Overview https://content.next.westlaw.com/practical-law/document/I2ef12a421ed511e38578f7ccc38dcbee/Outsourcing-Germany-Overview?contextData=%28sc.Default%29&transitionType=Default&viewType=FullText#co_anchor_a_218654 (dostęp: 05.04.2023).

³⁰ Zob. w odniesieniu do prawa brytyjskiego np. G. Davidov, *Joint Employer Status in Triangular Employment Relationships*, „An International Journal of Employment Relations” 2004/42, s. 727–746; w odniesieniu do prawa amerykańskiego np. J.M. Hirsch, *Joint Employment in the United States*, „Italian Labour Law e-Journal” 2020/1, t. 13, s. 60, <https://doi.org/10.6092/issn.1561-8048/11204> (dostęp: 22.03.2023 r.).

³¹ A. O. Aviles, *The “externalization” of labour law*, „International Labour Review” 2009/1-2, t. 148, s. 53-54.

³² Zob. L. Nowak, *Wstęp do idealizacyjnej teorii nauki*, Warszawa 1977, s. 62 -63.

usług przyjęto pewne założenia ograniczające zakres rozważań. Przy ich konstruowaniu towarzyszyła mi idea, aby maksymalnie wyodrębnić tytułowe zagadnienie od innych problemów, jakie w praktyce nierzadko mu towarzyszą. Zgodnie z pierwszym założeniem, analizie na gruncie rozprawy podlegać będzie jedynie zatrudnienie o charakterze pracowniczym. W praktyce bowiem faktyczne wykonywanie pracy w ramach outsourcingu rodzi wątpliwości nie tylko co do kwalifikacji podmiotowej stosunku prawnego, ale także w odniesieniu do jego przedmiotu. Nierzadko zdarza się, iż rzeczywisty stosunek pracy ukryty jest pod umową cywilnoprawną łączącą pracownika z innym podmiotem niż pracodawca. Drugie założenie sprowadza się do ograniczenia zakresu rozważań jedynie do indywidualnego prawa pracy, bowiem w jego ramach występuje większość praktycznych wątpliwości dotyczących outsourcingu usług. Warto w tym miejscu nadmienić, iż silne związki dostrzec można pomiędzy zbiorowym prawem pracy a zagadnieniem outsourcingu produkcji. Sama geneza stosowania owej strategii zarządzania wynikała po części z dążenia pracodawców do osłabienia związków zawodowych. Jednymi z pierwszych autorów, którzy wprowadzili pojęcie outsourcingu do dyskursu na temat przemian w zatrudnieniu byli Z. E. Clayson oraz J. L. Halpern prowadzący rozważania nad metodami restrukturyzacji miejsc pracy w przemyśle samochodowym³³. Metody te miały na celu obniżenie kosztów produkcji, w tym kosztów pracy i osłabienie siły przetargowej robotników. Jako jedną z nich autorzy wymienili kontraktowanie pracy³⁴ na zewnątrz (*contracting out*) polegające na korzystaniu z pracy zewnętrznych dostawców oraz pracowników niezrzeszonych w związkach zawodowych.

Dalsze ograniczenia zakresu rozważań dokonane zostaną w rozdziale pierwszym, po uprzednim zarysowaniu potencjalnych skutków, jakie outsourcing usług wywołuje w świetle prawa pracy. Jak już wspomniano powyżej, jego natura zbliża go bowiem do wielu znanych prawu pracy instytucji, a także poddawanych analizom doktrynalnym praktykom rynkowym. Ukazanie podobieństw i różnic pomiędzy nimi, stanowi zatem istotny element fundamentu dla dalszych rozważań.

Na zakończenie, chciałabym dodać jeszcze kilka słów na temat idei towarzyszącej mi przy podjęciu rozważań na temat tego niełatwego do analizy prawnej zagadnienia.

³³ Zob. Z.E. Clayson, J.L. Halpern, *Changes in the Workplace: Implications for Occupational Safety and Health*, Journal of Public Health Policy, sierpień 1983, tom 4, nr 3, s. 282, <http://www.jstor.com/stable/3342110> (dostęp: 13.10.2020 r.).

³⁴ W literaturze polskiej pojęciem kontraktowania pracy posługuje się E. Kryńska. Zob. *Kontraktowanie pracy* [w:] *Europeizacja polskiego prawa pracy*, red. naukowa W. Sanetra, Warszawa 2004, Wydawnictwo Naukowe „scholar” Sp. z o.o., ISBN 83-87890-52-9, s. 110-111.

Trafnie zwerbalizował ją W. Sanetra, wyrażając pogląd, zgodnie z którym *zmiany faktycznych stosunków pracy, czy zmiany rzeczywistego otoczenia i rzeczywistych warunków, w jakich praca jest wykonywana, wywierają wpływ na ustawodawcę, a to prowadzi do modyfikacji normatywnego ukształtowania tego stosunku*³⁵. *Obserwacja zmian w rzeczywistych stosunkach pracy, jak również modyfikacji wprowadzanych w przepisach prawa pracy, pociąga za sobą także zmiany w sposobie patrzenia na stosunek pracy w nauce prawa pracy, w sposobie definiowania jego istoty czy wyjaśniania jego celów i funkcji.* Jeśli stosunek pracy ma zostać uregulowany w sposób bardziej adekwatnie dopasowany do realiów towarzyszących wykonywaniu pracy w XXI wieku, konieczne będzie jeszcze częstsze zapuszczanie się przedstawicieli nauki prawa pracy na tereny dotychczas nieodkryte i wykorzystywanie wniosków płynących z prowadzonych na ich temat badań do refleksji o aktualności fundamentalnych założeń stanowiących niejako dogmaty tej gałęzi prawa. Niniejsza rozprawa dotyczy „pękania” nie tylko zakładów pracy, ale przede wszystkim stosunków pracy. Outsourcing prowadzi bowiem do podziału uprawnień oraz obowiązków pracodawcy pomiędzy dwa lub więcej podmiotów. Pytanie brzmi ile z tych elementów musi zawłaszczyć zewnętrzny podmiot, aby w świetle prawa pracy stał się rzeczywistym pracodawcą.

³⁵ W. Sanetra, *Stosunek pracy i jego przemiany* [w:] *Współczesne problemy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych*. XVIII Zjazd Katedr i Zakładów Prawa Pracy i Ubezpieczeń Społecznych. Warszawa, 26-28 maja 2011 r., ISBN 978-83-7620-644-8, red. L. Florek, Ł. Pisarczyk, LexisNexis, Warszawa 2011, s. 15.

Rozdział I

Outsourcing usług w ujęciu gospodarczym i prawnym

1. Outsourcing w naukach o zarządzaniu

Pojęcie outsourcingu pochodzi z języka angielskiego i stanowi skrót wyrażenia *outside-resource-using*, co w języku polskim oznacza wykorzystanie zasobów zewnętrznych³⁶. Spopularyzował je w latach 80. ubiegłego stulecia koncern General Motors, w którym używane było dla określenia systemu zewnętrznego zaopatrzenia w części³⁷. Outsourcing uznaje się za jedną z najważniejszych strategii zarządzania jaka rozwinęła się w ciągu ostatnich 75 lat³⁸.

Wywodzi się ona z koncepcji *make or buy*, mającej na celu redukcję kosztów³⁹. Jako alternatywa dla decyzji „*make*”, zakładającej wytwarzanie produktów lub usług we własnym zakresie, strategia outsourcingu opiera się na rezygnacji z jednego lub więcej rodzajów wewnętrznej działalności przedsiębiorstwa na rzecz korzystania z usług wykonawców zewnętrznych („*buy*”)⁴⁰. Jej zastosowanie umożliwia dopasowywanie poziomu zasobów do aktualnych potrzeb rynkowych przedsiębiorstwa i „uwolnienie” kapitału, który w przypadku tradycyjnej struktury przedsiębiorstwa byłby zamrożony w zasobach własnych⁴¹. Outsourcing z założenia prowadzi do ograniczenia zatrudnienia w stosującym go przedsiębiorstwie, powodując „wyszczuplenie” jego struktury organizacyjnej⁴². Pośród głównych celów jego stosowania, wskazuje się m.in. na: dostęp do *know-how*, poprawę pozycji konkurencyjnej, uproszczenie struktur i procedur organizacyjnych czy obiektywizację wyników ekonomicznych⁴³.

³⁶ Zob. M. Trocki, *Outsourcing. Metoda restrukturyzacji działalności gospodarczej*, Warszawa 2001, s. 13.

³⁷ Zob. ibidem, s. 43; por. M.J. Radło, *Offshoring i outsourcing. Implikacje dla gospodarki i przedsiębiorstw*, Warszawa 2013, s. 19.

³⁸ Zob. M. Trocki, *Outsourcing. Metoda restrukturyzacji...*, s. 44.

³⁹ Zob. ibidem, s. 44; zob. także E. Marcinkowska, *Outsourcing w zarządzaniu szpitalem publicznym*, Warszawa 2011, s. 11.

⁴⁰ Zob. M. Kłós, *Outsourcing w polskich przedsiębiorstwach*, Warszawa 2017, s. 34.

⁴¹ Zob. K. Nowicka, *Outsourcing w zarządzaniu zasobami przedsiębiorstwa*, Warszawa 2016, s. 19; zob. także J. Marciniak, *Optymalizacja zatrudnienia, wynagrodzeń i struktur organizacyjnych*, Warszawa 2016, s. 175.

⁴² Zob. A. Grześ, *Outsourcing w kształtowaniu zatrudnienia oraz kosztów i produktywności pracy w przedsiębiorstwach*, Białystok 2017, s. 137; T. Kopczyński, *Outsourcing w zarządzaniu przedsiębiorstwami*, Warszawa 2010, s. 49; E. Bukłaha, *Outsourcing w opiece zdrowotnej*, Warszawa 2018, s. 74.

⁴³ Zob. M. Trocki, *Outsourcing. Metoda restrukturyzacji...*, s. 52; M.J. Radło, *Outsourcing w strategiach przedsiębiorstw* [w:] *Outsourcing w praktyce*, red. naukowa D. Ciesielska, M.J. Radło, Warszawa 2014, s. 17, 24; M.J. Power, K.C. Desouza, C. Bonifazi, *Outsourcing. Podręcznik sprawdzonych praktyk*, Warszawa

Nadal jednak na czele listy celów, jakie przedsiębiorstwa zamierzają osiągnąć decydując się na outsourcing, znajduje się obniżenie kosztów⁴⁴.

Jeden z czynników determinujących decyzję o outsourcingu stanowi cena wykonania określonych zadań wewnątrz przedsiębiorstwa, której składową jest cena pracy⁴⁵. Jeżeli wykonanie zadań lub funkcji wewnątrz przedsiębiorstwa okazuje się droższe od zlecenia ich realizacji zewnętrznym kontrahentom, wówczas outsourcing może być dla przedsiębiorstwa właściwym rozwiązaniem⁴⁶. W przypadku outsourcingu całych zadań, obszarów lub procesów potencjalna oszczędność dotyczy tzw. *personal related costs* obejmujących wszelkie koszty związane z danym stanowiskiem pracy, na które składają się np. koszty systemu finansowo-księgowego, czy obsługi IT⁴⁷. Zlecając na zewnątrz część zadań działu finansowego poprzez rozpoczęcie współpracy z biurem rachunkowym, przedsiębiorstwo może zatem liczyć nie tylko na oszczędność w zakresie kosztów zatrudnienia pracowników, ale także na oszczędność wynikającą np. z braku konieczności zapewnienia im obsługi kadrowej, czy możliwości podnajmu pomieszczeń dotychczas zajmowanych przez ów dział. O tym, że wykonanie określonych zadań przez usługodawcę okazuje się tańsze od ich wykonywania przez pracowników własnych usługobiorcy przesądza często specjalizacja tego podmiotu, liczba pracowników różnych szczebli umożliwiająca mu dopasowanie trudności zadań do wiedzy i doświadczenia pracowników, czy sezonowość zapotrzebowania na pracę w pewnych obszarach (konieczność wynagradzania pracowników własnych za gotowość do świadczenia pracy nawet w okresach braku zadań)⁴⁸. W praktyce, przeprowadzenie owej kalkulacji napotyka jednak na wiele trudności, na czele z doбором właściwej metodologii służącej obliczeniu ceny pracy⁴⁹.

Outsourcing najczęściej dotyczy obszarów niezwiązanych z główną działalnością przedsiębiorstwa, tzw. usług wspierających. Zlecenie tego rodzaju usług na zewnątrz

2008, s. 24-27; M. Golarz, *Charakterystyka efektów outsourcingu* [w:] *Współczesne trendy w outsourcingu*, red. S. Wawak, M. Sołtysiak, Kraków 2015, s. 29-30; J. Marciniak, *Optymalizacja zatrudnienia...*, s. 180.

⁴⁴ Zob. M.J. Radło, *Outsourcing w strategiach...*, s. 17, 21.

⁴⁵ Oczywiście nie jedynym. o różnicy pomiędzy *personal costs* (kosztach zatrudnienia pracowników) a *personal related costs* (obejmujących wszelkie koszty związane ze stanowiskiem pracy, na które składają się np. koszty systemu finansowo-księgowego czy obsługi IT) zob. M. Iwaniuk, *Koszty i ryzyko w projektach outsourcingowych* [w:] *Outsourcing w praktyce*, red. naukowa D. Ciesielska, M.J. Radło, Warszawa 2014, s. 128-130.

⁴⁶ Zob. A. Grześ, *Outsourcing w kształtowaniu...*, s. 137; por. T. Kopczyński, *Outsourcing w zarządzaniu...*, s. 36-38.

⁴⁷ Zob. M. Iwaniuk, *Koszty i ryzyko...*, s. 128-130.

⁴⁸ Zob. ibidem, s. 130.

⁴⁹ Zob. A. Grześ, *Outsourcing w kształtowaniu...*, s. 136-138.

umożliwia przedsiębiorstwom skupienie się na własnych kluczowych kompetencjach tzw. *core competencies*, rozumianych jako technologiczne i produkcyjne umiejętności, które zapewniają jednostkom strategicznym przedsiębiorstw szybką adaptację do zmieniających się możliwości⁵⁰.

Strategia outsourcingu ulega ciągłym przeobrażeniom. W naukach o zarządzaniu wyróżnia się trzy, a niekiedy nawet cztery jej generacje⁵¹. Pierwsza, polega na stosowaniu go przede wszystkim w celu obniżki kosztów, w odniesieniu do obszarów niezwiązanych bezpośrednio z główną działalnością gospodarczą przedsiębiorstwa⁵². Druga, określana mianem outsourcingu strategicznego lub transformacyjnego⁵³, opiera się na przekształcaniu modelu biznesowego, w którym przedsiębiorstwo definiuje swoje kluczowe kompetencje, skupiając własne zasoby na doskonaleniu ich, a procesy niekluczowe zleca na zewnątrz⁵⁴. W outsourcingu drugiej generacji na zewnątrz wydzielane są całe procesy biznesowe, z zasady wykraczające swoim zasięgiem poza jeden pion w przedsiębiorstwie⁵⁵. Outsourcing trzeciej generacji dotyczy natomiast wydzielania procesów postrzeganych dotychczas jako element tradycyjnych kluczowych kompetencji⁵⁶. Większość firm z sektorów odzieżowych przekształciła się w firmy projektujące i sprzedające kolekcje odzieży, które praktycznie wszystkie procesy produkcyjne zleciły poddostawcom dysponującym tańszą siłą roboczą⁵⁷. Outsourcing trzeciej generacji wiąże się z redefinicją modelu biznesowego klienta i prowadzi w naturalny sposób do transformacji przedsiębiorstw, które się nań decydują⁵⁸. Można zatem stwierdzić, że jego celem jest ciągle poszukiwanie aktualnej, kluczowej działalności przedsiębiorstwa, nierzadko połączone z odejściem od upatrywania jej w produkcji na rzecz usług⁵⁹. Niekiedy mówi się także o outsourcingu

⁵⁰ Zob. E. Marcinkowska, *Outsourcing w zarządzaniu...*, s. 19-21; T. Koczyński, *Outsourcing w zarządzaniu...*, s. 40-45; E. Bukłaha, *Outsourcing w opiece...*, s. 77-78; M. Kłos, *Outsourcing w polskich...*, s. 95; zob. także: M.J. Power, K.C. Desouza, C. Bonifazi, *Outsourcing. Podręcznik...*, s. 27-28.

⁵¹ Zob. J. Drzewiecki, *Outsourcing jako narzędzie zmiany modelu biznesu. Perspektywa Business Model Canvas*, Wrocław 2019, s. 115-119.

⁵² Zob. K. Nowicka, *Outsourcing w zarządzaniu...*, s. 69.

⁵³ Zob. T. Koczyński, *Outsourcing w zarządzaniu...*, s. 62.

⁵⁴ Zob. *ibidem*.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Zob. M.J. Radło, *Outsourcing w strategiach...*, s. 15.

⁵⁷ *Ibidem*; zob. także: T. Koczyński, *Outsourcing w zarządzaniu...*, s. 86; M.J. Power, K.C. Desouza, C. Bonifazi, *Outsourcing. Podręcznik...*, s. 23.

⁵⁸ M.J. Radło, *Outsourcing w strategiach...*, s. 15.

⁵⁹ Szerzej o generacjach outsourcingu: *ibidem*, s. 14-15; K. Nowicka, *Outsourcing w zarządzaniu...*, s. 69-70; A. Grześ, *Outsourcing w kształtowaniu...*, s. 38-39; T. Koczyński, *Outsourcing w zarządzaniu...*, s. 62; J.P. Foltys, *Outsourcing. Idea. Koncepcja. Standard*, Toruń 2018, s. 65-66.

czwartej generacji, którego cechą charakterystyczną stanowi działanie za pośrednictwem wirtualnej przestrzeni⁶⁰. Tzw. „online outsourcing” polega na wykorzystywaniu platform pracy internetowej, w celu pozyskiwania usług świadczonych przez specjalistów za pośrednictwem takiej platformy⁶¹. Specjaliści ci, nazywani również freelancerami, kontraktowani są do wykonania określonego zadania lub udziału w określonym projekcie i rozliczani na bazie godzinowej lub na podstawie oczekiwanego rezultatu pracy⁶². Platforma internetowa, o międzynarodowym zasięgu, umożliwia im poszukiwanie zadań, rejestrowanych przez zleceniodawców, zleceniodawcom natomiast znalezienie specjalisty o określonych kompetencjach⁶³. Posiada także funkcje takie jak: koordynacja zlecenia, ocena postępów i jakości wykonania pracy⁶⁴. Odpłatność jej działania polega na pobieraniu określonego procentowo wynagrodzenia od każdej tego typu transakcji⁶⁵. Użycie pojęcia „outsourcing” w odniesieniu do zlecania na zewnątrz zadań w ramach tzw. *gig economy*, budzi jednak wątpliwości. Specyfika *gig economy* opiera się na zlecaniu na zewnątrz mikrozadań⁶⁶. Zatrudnienie w jej ramach charakteryzuje dorywczy charakter⁶⁷. W przypadku outsourcingu usług natomiast zlecane na zewnątrz są nierzadko całe obszary zadań lub funkcje, a relacja z usługodawcą ma charakter długotrwały.

1.1. Definicje outsourcingu

Pojęcie outsourcingu posiada wiele odmiennych rodzajowo definicji, które w poniższych rozważaniach podzielone zostały na trzy grupy⁶⁸. Pierwsza z nich obejmuje definicje przedstawiające outsourcing jako proces transferu. M.J. Power, K.C. Desouza i C. Bonifrazi określają outsourcing jako *przeniesienie pracy na zewnątrz (tj.*

⁶⁰ Zob. J.P. Foltys, *Outsourcing. Idea...*, s. 68.

⁶¹ Zob. A. Davy, *Międzynarodowy outsourcing usług IT. Pozycja Polski na światowym rynku outsourcingu usług*, Warszawa 2018, s. 103.

⁶² Ibidem.

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ Zob. S.Ch. Kuek, *The global opportunity in online outsourcing*, „Transport & ICT” 2015/6, s. 7; cyt. za A. Davy, *Międzynarodowy outsourcing...*, s. 104.

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ Zob. B. Bednarowicz, „*Uberyzacja zatrudnienia*” – praca w gospodarce współdziałania w świetle prawa UE, MOPR 2018/2, s. 17.

⁶⁷ Ibidem; szerzej na temat zatrudnienia w ramach *gig economy* zob. M. Kozak, *Zatrudnienie w gig economy na przykładzie Ubera*, Monitor Prawa Pracy, nr 6/2019, s. 18-23; G. Gospodarek, *Status „niezależnego” usługodawcy a trójpodmiotowy model świadczenia usług w gig economy*, cz. 1, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2019/2, s. 11-13.

⁶⁸ Poza owym obszarem zob. np. J.P. Foltys, *Outsourcing. Idea...*, s. 25.

poza organizację) połączone z przeniesieniem odpowiedzialności i uprawnień decyzyjnych⁶⁹. M.J. Mol postrzega go natomiast jako zespół działań, podejmowanych w jasno określonych ramach czasowych, prowadzących do transferu na zewnętrznych dostawców zadań, które wcześniej były wykonywane wewnątrz lub nabywane od innych jednostek w ramach jednej osoby prawnej⁷⁰. Transfer ów może obejmować transfer zasobów, włączając w nie również zasoby ludzkie⁷¹. Zdaniem B.K. Olsena outsourcing polega na *przenoszeniu miejsc pracy i procesów do dostawców zewnętrznych*⁷². W podobnym tonie definicję swoją konstruuje M. Trocki, który uznaje outsourcing za *przedsięwzięcie polegające na wydzieleniu ze struktury organizacyjnej przedsiębiorstwa macierzystego realizowanych przez nie funkcji i przekazaniu ich do realizacji innym podmiotom gospodarczym*⁷³.

W definicjach zakwalifikowanych do pierwszej grupy nacisk położony został na sam proces transferu, choć jego przedmiot został określony odmiennie (zadania funkcje, procesy czy praca). Poza zakresem definicji pozostały natomiast skutki owego procesu, czyli rozpoczęcie współpracy biznesowej polegającej na realizacji, poddanych uprzednio transferowi, zadań czy procesów. Outsourcing nie kończy się bowiem wraz z dokonaniem transferu, można wręcz zaryzykować stwierdzenie, że w owym momencie współpraca dopiero się rozpoczyna. Jak wskazuje się w naukach o zarządzaniu, różnica pomiędzy outsourcingiem a zwykłym zleceniem realizacji [usługi – przyp. B.A.] polega głównie na tym, że outsourcing powoduje zbudowanie trwałych relacji partnerskich⁷⁴.

W drugiej grupie definicji pojęcie outsourcingu utożsamiono z nabywaniem przez przedsiębiorstwo usług bądź produktów lub korzystaniem przez przedsiębiorstwo z zasobów zewnętrznych w celu ich wytworzenia. J.C. Linder uważa, że termin ów oznacza *trwale kupowanie od zewnętrznych przedsiębiorstw usług, które*

⁶⁹ M.J. Power, K.C. Desouza, C. Bonifazi, *Outsourcing. Podręcznik...*, s. 19-20.

⁷⁰ M.J. Mol, *Outsourcing: Design, Process and Performance*, Cambridge 2007, s. 5.

⁷¹ Zob. M.J. Mol, *Outsourcing: Design, Process...*, s. 5; na aspekt możliwości transferu pracowników do zewnętrznego dostawcy usług zwraca uwagę także E. Bukłaha, *Outsourcing w opiece...*, s. 77.

⁷² K.B. Olsen, *Productivity Impacts of Offshoring and Outsourcing: a Review*, „OECD Science Technology and Industry Working Papers” 2006/01, <https://doi.org/10.1787/18151965> (dostęp: 21.08.2020 r.), s. 6.

⁷³ M. Trocki, *Outsourcing. Metoda restrukturyzacji...*, s. 13.

⁷⁴ Zob. E. Banachowicz, *Czy firma wszystko musi robić sama? Outsourcing w strategii zarządzania instytucją*, „Manager” 1998/9; cyt. za M. Trocki, *Outsourcing. Metoda restrukturyzacji...*, s. 14-15; zob. także M.J. Radło, *Kontrakty outsourcingowe [w:] Outsourcing w praktyce*, red. naukowa D. Ciesielska, M.J. Radło, Warszawa 2014, s. 132.

(...) większość organizacji normalnie realizuje dla siebie samodzielnie⁷⁵. Zbliżona pozostaje definicja J. Drzewieckiego uznającego outsourcing za korzystanie przez przedsiębiorstwo z zasobów zewnętrznych przy wytwarzaniu produktów i usług oraz przy innych czynnościach tworzących wartość w sytuacji, gdy występuje możliwość wyboru między zasobami wewnętrznymi przedsiębiorstwa a znajdującymi się w jego otoczeniu⁷⁶.

Trzecią grupę konstytuują definicje określające outsourcing jako umowę z dostawcą zewnętrznym, regulującą współpracę stron na określonych zasadach. I. Oshri, J. Kotlarsky i L.P. Willcocks uważają, że *outsourcing polega na zawarciu z zewnętrznym dostawcą umowy dotyczącej zarządzania i realizacji pewnego nakładu pracy w określonym czasie, o określonych kosztach i poziomie usługi*⁷⁷. Polski przykład definicji outsourcingu jako umowy stanowi definicja stworzona przez K. Nowicką, zgodnie z którą outsourcing warto rozumieć jako *sformalizowane porozumienie pomiędzy klientem a zewnętrznym dostawcą, na podstawie którego dostawca przejmuje zarządzanie i realizację procesów, tworząc wartość klienta*⁷⁸. Zakres outsourcingu wynika z kontraktu, a dostawca jest odpowiedzialny za dostarczenie ustalonych efektów procesów, których jest właścicielem i które są wykonywane z wykorzystaniem jego zasobów lub innych zasobów, w tym przekazanych przez klienta⁷⁹.

Autorzy definicji zaliczonych do trzeciej grupy postrzegają outsourcing jako umowę określającą sprecyzowane cele, za realizację których odpowiedzialność ponosi zewnętrzny dostawca, dysponując przy tym znaczną swobodą w zakresie doboru środków służących ich realizacji. Punkt ciężkości owych definicji przeniesiono zatem na umowne określenie ram współpracy gospodarczej kontrahentów, spychając na drugi plan etap transferu zadań i funkcji pomiędzy dwoma strukturami organizacyjnymi.

Wyróżnić można także definicje o charakterze hybrydowym, łączące poszczególne elementy definicji ujętych w ramach grup wymienionych powyżej. M. Tyrańska uważa, że *outsourcing polega na zleceniu pracy na zewnątrz, poza strukturę organizacyjną przedsiębiorstwa i korzystaniu z produktów i usług oferowanych przez zewnętrznych producentów*⁸⁰. T. Kopczyński określa outsourcing jako *wydzielenie ze struktury*

⁷⁵ J.C. Linder, *Transformational outsourcing*, „Sloan Management Review”, t. 45, nr 2, s. 27; cyt. za M.J. Mol, *Outsourcing: Design, Process...*, s. 3.

⁷⁶ Zob. J. Drzewiecki, *Outsourcing jako narzędzie...*, s. 87.

⁷⁷ I. Oshri, J. Kotlarsky, L.P. Willcocks, *The Handbook of Global Outsourcing and Offshoring*, Basingstoke 2015, s. 8.

⁷⁸ K. Nowicka, *Outsourcing w zarządzaniu...*, s. 9.

⁷⁹ K. Nowicka, *Outsourcing w zarządzaniu...*, s. 9.

⁸⁰ M. Tyrańska, *Istota i znaczenie outsourcingu w działalności przedsiębiorstwa* [w:] *Współczesne trendy w outsourcingu*, red. S. Wawak, M. Sołtysiak, Kraków 2015, s. 14.

organizacyjnej lub przekazanie na podstawie długookresowej umowy kontraktowej określonych funkcji i odpowiedzialności zarządczej do dyspozycji zewnętrznej jednostki organizacyjnej oraz nawiązanie z nią partnerskich relacji w celu podniesienia efektywności funkcjonowania przedsiębiorstwa⁸¹.

Obie definicje dotyczą istotnych dla niniejszej rozprawy zagadnień. M. Tyrańska dostrzega, iż przedmiotem outsourcingu jest zlecenie na zewnątrz pracy. Wydaje się, że pojęcie pracy M. Tyrańska utożsamia z określonymi zadaniami do wykonania. Przedsiębiorstwo macierzyste, w ramach którego pojawia się określona praca do wykonania, staje zatem przed wyborem, czy zrealizować ją wewnątrz poprzez zatrudnienie pracowników własnych, czy też zewnątrz poprzez zlecenie jej wykonania usługodawcy. Outsourcing stanowi dla przedsiębiorstw alternatywę wobec zatrudniania pracowników własnych.

W definicji T. Kopczyńskiego pojawia się największa liczba elementów, takich jak: wydzielanie i przekazywanie funkcji oraz odpowiedzialności, zawarcie długookresowej umowy, nawiązanie partnerskich relacji oraz działanie w celu podniesienia efektywności funkcjonowania przedsiębiorstwa. Również w tym wypadku pojęcie „funkcji” wydaje się odnosić do pewnych zadań jakie powinny zostać zrealizowane by przedsiębiorstwo osiągnęło założone cele. W świetle powyższych definicji outsourcing należałoby zdefiniować jako oparty na podstawie umowy outsourcingu usług proces przeniesienia na usługodawcę obowiązku realizacji zadań lub funkcji, tradycyjnie wykonywanych wewnątrz przedsiębiorstwa, w wyniku którego rozpoczyna się długotrwała współpraca gospodarcza, służąca realizacji celów biznesowych usługobiorcy.

Na marginesie rozważań dotyczących zagadnień definicyjnych, wspomnieć należy także o istnieniu procesu przeciwnego względem outsourcingu, noszącego miano insourcingu. Polega on na przyjęciu do realizacji wewnątrz struktur przedsiębiorstwa, z pomocą jego pracowników, zadań własnych wykonywanych dotychczas poza jego strukturami⁸². Insourcing dotyczy zazwyczaj funkcji mających istotne znaczenie dla działalności kluczowej przedsiębiorstwa macierzystego, których kontrola może być najlepiej realizowana poprzez podporządkowanie i oddziaływanie organizacyjne⁸³.

⁸¹ T. Kopczyński, *Outsourcing w zarządzaniu...*, s. 50.

⁸² Zob. M. Trocki, *Outsourcing. Metoda restrukturyzacji...*, s. 83; K. Nowicka, *Outsourcing w zarządzaniu...*, s. 85.

⁸³ Zob. M. Trocki, *Outsourcing. Metoda restrukturyzacji...*, s. 84.

1.2. Rodzaje outsourcingu

Outsourcing, jako pojęcie o szerokim zakresie znaczeniowym, podlega w literaturze przedmiotu wielu podziałom. Poniżej opisano jedynie niektóre z nich, stanowiące niezbędną bazę dla dalszych rozważań prowadzonych na gruncie nauk prawnych. Warto jednak mieć na uwadze, że wśród nieopisanych poniżej, popularnych kryteriów podziału outsourcingu znaleźć można: złożoność wyodrębnionych funkcji, horyzont czasowy, charakter organizacyjny, wyodrębnienie, czy typ współpracy outsourcingowej⁸⁴.

1.2.1. Kryterium przedmiotu outsourcingu

Podstawowy podział outsourcingu odbywa się w oparciu o kryterium sektora gospodarki, którego outsourcing dotyczy i prowadzi do wyodrębnienia outsourcingu usług oraz outsourcingu produkcji. W obydwu tych sektorach zastosowanie outsourcingu wywołuje efekt w postaci . fragmentacji (fragmentaryzacji) łańcuchów wartości przedsiębiorstw⁸⁵. W obszarze produkcji przybiera ona jednak szczególną postać tzw. łańcucha dostaw (*ang. supply chain*⁸⁶), powstałego w wyniku wielokrotnego stosowania outsourcingu, polegającego na zleceniu coraz mniejszych części procesu produkcji kolejnym podwykonawcom. W efekcie, duże przedsiębiorstwa zaczynają otaczać sieć wertykalnie zorganizowanych dostawców.

Usługami najczęściej zlecanymi na zewnątrz w ramach outsourcingu są usługi z zakresu: zarządzania zasobami ludzkimi, finansów, IT, *call center* oraz innych usług posprzedażowych. Outsourcing dotyczy również coraz częściej tzw. procesów biznesowych opartych na wiedzy, wśród których wymieniane są analizy oraz badania rynku, porady prawne, usługi inżynierskie i projektowe, a także zbieranie i opracowywanie danych statystycznych⁸⁷. Pojęcie usług, choć powszechnie

⁸⁴ Zob. A. Grześ, *Outsourcing w kształtowaniu...*, s. 36 oraz literatura tam powołana.

⁸⁵ Zob. E. Chilimoniuk-Przeździecka, *Offshoring we współczesnej gospodarce światowej*, Warszawa 2018, s. 10-11; zob. także J. Urry, *Offshoring*, Warszawa 2015, s. 44; K. Nowicka, *Outsourcing w zarządzaniu...*, s. 44.

⁸⁶ Zob. M.J. Rawling, *A Generic Model of Regulating Supply Chain Outsourcing. Labour Law and Labour Market Regulation: Essays on The Construction, Constitution and Regulation of Labour Markets and Work Relationships*, s. 3, Sydney 2006, ANU College of Law Research Paper No. 07-07, <https://ssrn.com/abstract=982748> (dostęp: 22.02.2023 r.).

⁸⁷ Zob. J. Czekaj, A. Wodecka-Hyjek, *Kierunki rozwoju outsourcingu procesów biznesowych [w:] Metody zarządzania procesami w świetle studiów i badań empirycznych*, red. J. Czekaj, „Studia i Prace Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie” 2009/5, s. 56-57.

używane, nastęrcza trudności definicyjnych. W literaturze ekonomicznej scharakteryzowano je jako: niematerialne - nie można ich dotknąć ani zobaczyć; nietrwałe - nie można ich produkować na zapas, magazynować i transportować; niejednolite - często trudno je zestandaryzować, ponieważ w dużej mierze dostosowywane są do potrzeb klientów; nierozdzielne - często są produkowane i konsumowane jednocześnie, a klienci uczestniczą w procesie produkcji⁸⁸. W odniesieniu do outsourcingu usług podkreślić także należy, że nie każde zlecenie usługi na zewnątrz stanowi outsourcing, bowiem ten charakteryzuje się powtarzalnością⁸⁹. Należy go zatem odróżnić od incydentalnego świadczenia usług.

W realiach polskich, początki rozwoju outsourcingu sięgają okresu przejścia z gospodarki centralnie planowanej do gospodarki rynkowej⁹⁰. Obecnie, uznaje się, iż mamy do czynienia z rozwiniętym rynkiem usług outsourcingowych w zakresie wszystkich prawie funkcji gospodarczych⁹¹.

1.2.2. Kryterium geograficzne

Strategia oparta na outsourcingu o zasięgu międzynarodowym nosi miano offshoringu. Jego kluczową cechą stanowi wykraczająca poza granice jednego kraju odległość dzieląca partnerów⁹². Praktyki offshoringowe stały się możliwe dzięki „postnarodowym” systemom współczesnej mobilności obejmującym morski transport kontenerowy, nasilony ruch powietrzny, niezliczone światy wirtualne, transport samochodowy, elektroniczne systemy transferu pieniędzy, firmy doradztwa podatkowego, prawnego i finansowego pomagające obchodzić państwowe systemy regulacji, wreszcie mnożące się formy „życia w ruchu”, powstałe dzięki częstemu legalnemu i nielegalnemu przekraczaniu granic⁹³. Nie sposób nie dostrzec powiązania offshoringu w obszarze usług z możliwościami płynącymi z digitalizacji⁹⁴.

⁸⁸ Zob. M. Rudnicka, *Teoretyczne ujęcie usług wymiennalnych w skali międzynarodowej* [w:] *Procesy globalizacji*, red. J. Rymarczyk, B. Skulska, W. Michalczyk, Wrocław 2009, s. 418-419; zob. także A. Kuźniar, *Długofalowe tendencje wzrostu roli usług w handlu międzynarodowym* [w:] *Globalizacja usług. Outsourcing, offshoring i shared services centers*, red. A. Szymaniak, Poznań 2007, s. 104.

⁸⁹ Zob. J.P. Foltys, *Outsourcing. Idea...*, s. 24; zob. także J. Drzewiecki, *Outsourcing jako narzędzie...*, s. 89.

⁹⁰ Zob. M. Trocki, *Outsourcing. Metoda restrukturyzacji...*, s. 65.

⁹¹ Zob. M. Trocki, *Outsourcing. Metoda restrukturyzacji...*, s. 65-66.

⁹² Zob. D. Ciesielska, *Offshoring usług. Wpływ na rozwój przedsiębiorstwa*, Warszawa 2009, s. 25.

⁹³ Zob. J. Urry, *Offshoring...*, s. 18-19.

⁹⁴ Zob. J. Czekaj, A. Wodecka-Hyjek, *Kierunki rozwoju...*, s. 52-55.

Offshoring definiowany jest jako wyodrębnienie ze struktury organizacyjnej przedsiębiorstwa macierzystego realizowanych przez nie funkcji oraz przekazanie ich do wykonania innym podmiotom gospodarczym, powiązanim lub niepowiązanim kapitałowo z przedsiębiorstwem macierzystym i zlokalizowanym za granicą⁹⁵. Przeniesienie owo odbywa się najczęściej do krajów o niskich kosztach pracy i działalności gospodarczej⁹⁶. Tym samym przedsiębiorstwa stosujące offshoring uzyskują możliwość obniżenia kosztów działalności, natomiast kraje, w których zlokalizowane są podmioty świadczące usługi offshoringowe zyskują szansę wkroczenia na drogę intensywnego rozwoju. Offshoring uznaje się za jeden z czynników rozwoju gospodarczego krajów należących do grupy BRICS, czyli Brazylii, Rosji, Indii, Chin i RPA⁹⁷.

Outsourcing międzynarodowy (offshoring) powoduje istotne zmiany w międzynarodowym podziale pracy⁹⁸. Kontrowersje społeczne związane ze stosowaniem owej koncepcji w globalnej skali budzi nie tylko odpływ miejsc pracy z krajów wysokorozwiniętych, ale także warunki świadczenia pracy w krajach, do których są one przenoszone. W literaturze socjologicznej offshoring bywa opisywany jako proces eksportu miejsc pracy⁹⁹. Jego globalny charakter uwidacznia ograniczenia narodowych regulacji mających na celu ochronę miejsc pracy i kształtowania warunków dla rozwoju zatrudnienia, czyli tzw. promocyjnej funkcji prawa pracy¹⁰⁰. Nierzadko okazuje się bowiem, że konkurencja pomiędzy zatrudnionym a bezrobotnym ma charakter ponadnarodowy, bowiem aktualne miejsce pracy pracownika, istniejące w strukturze przedsiębiorstwa z siedzibą w Polsce, poddane zostaje offshoringowi i „trafia” do pracownika indyjskiego czy filipińskiego kontrahenta¹⁰¹. Dzieje się tak najczęściej w przypadku offshoringu produkcji, offshoring usług prowadzi natomiast do wykształcenia nowej formy organizacji pracy - rozproszonych globalnie zespołów¹⁰². Jego popularność wywiera pozytywny wpływ na warunki

⁹⁵ Zob. M.J. Radio, *Offshoring i outsourcing...*, s. 35.

⁹⁶ Zob. T. Kopczyński, *Outsourcing w zarządzaniu...*, s. 60-61; zob. również: E. Bukłaha, *Outsourcing w opiece...*, s. 83.

⁹⁷ Zob. J. Urry, *Offshoring...*, s. 44.

⁹⁸ Zob. E. Chilimoniuk-Przeździecka, *Offshoring we współczesnej...*, s. 10-11; zob. także J. Urry, *Offshoring...*, s. 44.

⁹⁹ Zob. J. Urry, *Offshoring...*, s. 46-47.

¹⁰⁰ Zob. M. Skąpski, *Ochronna funkcja prawa pracy w gospodarce rynkowej*, Zakamycze 2006, LEX.

¹⁰¹ Zob. A. Blinder, *Offshoring: the next industrial revolution*, „Foreign Affairs” 2006/2, t. 85, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/fora85&div=31> (dostęp: 12.10.2020 r.).

¹⁰² Zob. E. Mattarelli, M.R. Tagliaventi, *Changing work practices. Acceptance of virtual work among knowledge professionals engaged in offshoring activities*, s. 267; S.M. Ansari, J.S. Sidhu, H.W. Volberda,

zatrudnienia w naszym kraju¹⁰³. Z uwagi na relatywnie niską cenę pracy wykwalifikowanych pracowników, Polska stała się popularną lokalizacją dla tworzenia centrów usług wspólnych (*ang. Shared Services Centers*), czyli jednostek wyspecjalizowanych w świadczeniu określonych rodzajów usług np. księgowych, informatycznych czy kadrowych dla innych spółek funkcjonujących w ramach danej międzynarodowej grupy kapitałowej¹⁰⁴. Od pewnego czasu sygnalizuje się jednak, że nasz kraj traci przewagi komparatywne na rzecz regionalnych konkurentów- głównie tych dysponujących tańszą siłą roboczą¹⁰⁵.

1.2.3 Kryterium powiązań kapitałowych

M. Trocki wyróżnia outsourcing kapitałowy oraz kontraktowy¹⁰⁶. Outsourcing kapitałowy zachodzi gdy podmiot zlecający oraz jednostka zewnętrzna należą do tej samej grupy kapitałowej, tj. gdy wydzielenie następuje pomiędzy przedsiębiorstwem a powiązaną z nim kapitałowo spółką-córką¹⁰⁷. Konsekwencją jego przeprowadzenia jest powstanie holdingowej struktury organizacyjnej stanowiącej alternatywę dla przedsiębiorstwa wielozakładowego¹⁰⁸. Outsourcing kontraktowy dotyczy natomiast współpracy gospodarczej pomiędzy samodzielnymi prawnie i niezależnymi podmiotami¹⁰⁹ i to on stanie się przedmiotem rozważań niniejszej rozprawy.

W strukturze tradycyjnego przedsiębiorstwa, zatrudniającego pracowników własnych do realizacji zadań oraz funkcji, znajdują się niesamodzielnie prawnie podmioty gospodarcze: jednostki, komórki i stanowiska organizacyjne różnych szczebli¹¹⁰. Pomiedzy nimi istnieje oddziaływanie organizacyjne, polegające na

I. Oshri, *Managing globally disaggregated teams. The role of organizational politics* [w:] *Global outsourcing and offshoring: an integrated approach to theory and corporate strategy*, red. F.J. Contractor, V. Kumar, S.K. Kundu, T. Pedersen, Cambridge 2011, s. 300.

¹⁰³ Zob. A. Grześ, *Outsourcing w kształtowaniu...*, s. 15 oraz literatura tam powołana.

¹⁰⁴ Zob. S.M. Szukalski, M. Wodnicka, *Outsourcing. Metodyka przygotowywania procesów i ocena efektywności*, Warszawa 2016, s. 46, 188-189; K. Piotrowska, *Korzyści i zagrożenia związane z wykorzystaniem outsourcingu w polskim przedsiębiorstwie* [w:] *Współczesne trendy w outsourcingu*, red. S. Wawak, M. Sołtysiak, Kraków 2015, s. 57-58.

¹⁰⁵ Zob. A. Szymaniak, *Polska w rankingach atrakcyjności dla offshoringu usług* [w:] *Globalizacja usług. Outsourcing, offshoring i shared services centers*, red. A. Szymaniak, Poznań 2007, s. 301.

¹⁰⁶ Zob. M. Trocki, *Outsourcing. Metoda restrukturyzacji...*, s. 28-29, 33, 37-38.

¹⁰⁷ Zob. ibidem, s. 28-29, 69.

¹⁰⁸ Zob. M. Kłós, *Outsourcing w polskich...*, s. 47.

¹⁰⁹ Zob. M. Trocki, *Outsourcing. Metoda restrukturyzacji...*, s. 28-29, 69.

¹¹⁰ Zob. ibidem, s. 28-29.

wydawaniu przez podmiot nadrzędny bezpośrednich i pośrednich dyspozycji co do działania podmiotów podrzędnych, przydziale zasobów, wynagradzaniu i karaniu¹¹¹. W outsourcingu kontraktowym, istniejącym pomiędzy samodzielnymi prawnie i niezależnymi podmiotami, oddziaływanie ma charakter kapitałowy i polega na egzekwowaniu przez podmiot nadrzędny warunków i wyników umów od podmiotów podrzędnych¹¹². Decydując się na outsourcing przedsiębiorstwo macierzyste rezygnuje zatem z możliwości oddziaływania organizacyjnego na rzecz oddziaływania kontraktowego.

1.2.4 Kryterium zakresu prac powierzonych partnerowi zewnętrznemu

Na podstawie kryterium zakresu prac powierzonych partnerowi zewnętrznemu wyróżnić można outsourcing indywidualny oraz outsourcing funkcjonalny¹¹³. Outsourcing indywidualny to outsourcing pojedynczych stanowisk pracy, polegający na tym że pracownik kontrahenta obsługuje określone stanowisko pracy poświęcając na to część swojego czasu pracy i będąc dostępnym w razie potrzeby¹¹⁴. Outsourcing funkcjonalny polega zaś na zleceniu na zewnątrz określonej dziedziny funkcjonowania organizacji np. obsługi kadrowo-płacowej, czy IT¹¹⁵. Zaangażowane są w niego całe grupy osób.

1.2.5. Kryterium rodzaju zadań zlecanych na zewnątrz

M. Gilley oraz A. Rasheed¹¹⁶ wyróżniają dwa rodzaje outsourcingu. *Substitution-based outsourcing* polega na przekazaniu zewnętrznemu dostawcy obszaru, który dotychczas znajdował się w ramach struktury przedsiębiorstw¹¹⁷. *Abstention-based outsourcing* odejmuje natomiast przekazanie zadań, które dotychczas nie były realizowane wewnątrz struktury przedsiębiorstwa¹¹⁸, w szczególności dotyczy zatem działań nowych lub uprzednio realizowanych przez innego dostawcę zewnętrznego.

¹¹¹ Zob. ibidem.

¹¹² Zob. ibidem.

¹¹³ Zob. M. Tyrańska, *Istota i znaczenie outsourcingu...*, s. 18.

¹¹⁴ Zob. ibidem.

¹¹⁵ Zob. ibidem.

¹¹⁶ K.M. Gilley, A. Rasheed, *Making more by doing less: An analysis of outsourcing and its effects on firm performance*, „Journal of Management” 2000/26, s. 764-765.

¹¹⁷ Zob. ibidem.

¹¹⁸ Zob. ibidem.

1.3. Pracownik w outsourcingu z perspektywy nauk o zarządzaniu

Wśród przedstawicieli nauk o zarządzaniu istnieje powszechnie przyjęty pogląd, że kluczem do sukcesu projektu outsourcingu są kwestie dotyczące komunikacji z pracownikami oraz budowania dobrych relacji międzyludzkich w toku współpracy outsourcingowej¹¹⁹. Zjawisko to budzi bowiem wiele obaw wśród załogi pracodawcy macierzystego obawiającej się zwolnień, przeniesienia do innego rodzaju pracy w ramach przedsiębiorstwa macierzystego lub transferu do usługodawcy¹²⁰. Istnieją także pracodawcy macierzyści, którzy decydują się kontynuować współpracę z pracownikami własnymi zatrudnionymi do wykonywania zadań stanowiących przedmiot outsourcingu. Może doprowadzić to do tzw. błędu „śmieciowej infrastruktury” polegającego na dublowaniu się personelu odpowiedzialnego za realizację zadań stanowiących przedmiot outsourcingu¹²¹. Aby uniknąć owego błędu, pracownikom przedstawia się niekiedy propozycje przeniesienia ich do pracy innego rodzaju w ramach organizacji. W obydwu wypadkach osiągnięcie celu outsourcingu pozostaje jednak zagrożone, gdyż z założenia powinien on prowadzić do „wyszczuplenia” struktury organizacyjnej. Decydując się natomiast na rozwiązanie umów o pracę z pracownikami dotychczas wykonującymi zadania stanowiące przedmiot outsourcingu usług, przedsiębiorstwa nierzadko podejmują próby łagodzenia negatywnego wpływu outsourcingu na ich sytuację m.in. poprzez poprzedzenie outsourcingu programem dobrowolnych odejść czy objęcie pracowników wsparciem w ramach tzw. outplacementu¹²².

Wiele firm w celu uniknięcia zwolnień i negatywnego oddźwięku publicznego wybiera transfer pracowników do usługodawcy¹²³. Choć pozornie jest to działanie ochronne, podjęte w interesie pracowników, nie zawsze przynosi ono pozytywne skutki¹²⁴. Przede wszystkim, z powodu oporu usługodawców, którzy niechętnie

¹¹⁹ Zob. T. Kopczyński, *Outsourcing w zarządzaniu...*, s. 166; M. Kłos, *Outsourcing w polskich...*, s. 149; M. Trocki, *Outsourcing. Metoda restrukturyzacji...*, s. 92; M.J. Power, K.C. Desouza, C. Bonifazi, *Outsourcing. Podręcznik...*, s. 40-41.

¹²⁰ Zob. A. Grześ, *Outsourcing w kształtowaniu...*, s. 14.

¹²¹ Zob. K. Vitasek, M. Ledyard, K. Manrodt, *Zaangażowany outsourcing. Pięć zasad, które zmieniają oblicze outsourcingu*, Warszawa 2011, s. 45-58.

¹²² Zob. M. Kłos, *Outsourcing w polskich...*, s. 146.

¹²³ Zob. E. Marcinkowska, *Outsourcing w zarządzaniu...*, s. 14; zob. również A. Grześ, *Outsourcing w kształtowaniu...*, s. 140.

¹²⁴ Zob. E. Marcinkowska, *Outsourcing w zarządzaniu...*, s. 14; zob. także T. Kopczyński, *Outsourcing w zarządzaniu...*, s. 76; C. Perraudin, N. Thèvenot, J. Valentin, *Avoiding the employment relationship:*

„przejmują”, tłumacząc, że trudno im obniżyć koszty realizacji przejętych zadań bez redukcji kosztów pracy¹²⁵.

Pracownicy oddelegowani do firmy zewnętrznej nierzadko borykają się z negatywnymi emocjami związanymi ze zmianą: czują się przegrani, tracą poczucie bezpieczeństwa zatrudnienia¹²⁶. W nowym miejscu pracy spada ich wydajność, znika lojalność wobec zakładu pracy¹²⁷. Dalsze losy w strukturach usługodawcy mogą być różne: zmiana pracodawcy wiąże się z jednej strony z wyższym ryzykiem zwolnienia wywołanego przez niedopasowanie kwalifikacji pracownika do wymagań pracodawcy, z drugiej, otwiera przed pracownikami nowe możliwości, które mogą wykorzystać w celu rozwoju kariery zawodowej¹²⁸. Często jednak zmiana pracodawcy, w dalszej perspektywie, powoduje dla owych pracowników pogorszenie warunków zatrudnienia¹²⁹. Pod pojęciem pogorszenia warunków zatrudnienia rozumieć należy nie tylko pogorszenie warunków płacowych, ale także stosowanie w miejsce zatrudnienia pracowniczego w pełnym wymiarze czasu pracy i na czas nieokreślony rozmaitych nietypowych form zatrudnienia¹³⁰.

W przypadku outsourcingu produkcji istnieje wyraźne powiązanie pomiędzy wysokością wynagrodzenia a tym, u której ze stron umowy outsourcingu zatrudniony jest pracownik - zatrudniając się w jednostce zewnętrznej (u podwykonawcy), statystyczny pracownik musi liczyć się z niższym wynagrodzeniem¹³¹. W sektorze outsourcingu usług zależność ta nie jest tak oczywista z uwagi na jego złożoną strukturę obejmującą nie tylko usługi proste polegające np. na zapewnieniu utrzymania czystości obiektów, czy ich ochrony, ale także usługi oparte na wiedzy p.. z zakresu IT, finansów, czy doradztwa prawnego¹³². O ile w przypadku outsourcingu usług prostych celem najczęściej jest obniżka kosztów, o tyle w przypadku outsourcingu usług opartych na wiedzy motywacją

Outsourcing and labour substitution among French manufacturing firms, 1984-2003, „International Labour Review” 2013/3-4, t. 152, s. 537.

¹²⁵ Zob. M. Kłós, *Outsourcing w polskich...*, s. 145.

¹²⁶ Zob. E. Marcinkowska, *Outsourcing w zarządzaniu...*, s. 14.

¹²⁷ Ibidem.

¹²⁸ Zob. M. Kłós, *Outsourcing w polskich...*, s. 147.

¹²⁹ Zob. A. Grześ, *Outsourcing w kształtowaniu...*, s. 145; zob. także T. Kopczyński, *Outsourcing w zarządzaniu...*, s. 110-111. M. Freedland, *From the Contract of Employment to the Personal Work Nexus*, „Industrial Law Journal” 2006/1, t. 35, s. 9; A. Grześ, *Outsourcing w kształtowaniu...*, s. 143-145, 172.

¹³⁰ M. Freedland, *From the Contract...*, s. 9; A. Grześ, *Outsourcing w kształtowaniu...*, s. 143-145, 172.

¹³¹ Zob. C. Perraudin, N. Thèvenot, J. Valentin, *Avoiding the employment...*, s. 525 – w odniesieniu do sytuacji na rynku francuskim i literatura tam powołana dotycząca rynku amerykańskiego.

¹³² Zob. *Najbardziej poszukiwani specjaliści na rynku pracy w 2022 r.*, Aplikuj.pl, <https://www.pap.pl/mediaroom/1270101%2Cnajbardziej-poszukiwani-specjalisci-na-ryнку-pracy-w-2022-roku.html> (dostęp: 24.07.2022 r.).

może byp.np. brak możliwości pozyskania przez usługobiorcę odpowiedniego kandydata, co w dzisiejszym świecie zdarza się najczęściej w branży IT, lub brak potrzeby zatrudnienia specjalisty w pełnym wymiarze czasu pracy. W odniesieniu do drugiej grupy usług, usługobiorca może zdecydować się na współpracę z podmiotami wyspecjalizowanymi, które oferują pracownikom nierzadko lepsze warunki zatrudnienia niż mogliby zaoferować im ich klienci. Największe zagrożenia dla pracowników niestie za sobą zatem stosowanie outsourcingu usług pierwszej generacji nakierowanego na obniżkę kosztów. Przeróżający obraz patologii, jakie funkcjonowały w tym obszarze wyłania się z raportu autorstwa K. Dudy pt. Outsourcing usług ochrony oraz utrzymania czystości w instytucjach publicznych¹³³. Nieprawidłowości dotyczące warunków zatrudnienia pracowników przez usługodawców obejmowały m.in. brak snu i wypoczynku, brak premii stażowej, pełnienie dyżurów przez kilkadziesiąt godzin z rzędu powodowane przymusem organizacyjnym (zatrudnionym grożono utratą pracy), brak płatnego urlopu, niepewność co do otrzymania wynagrodzenia i konieczność pracy za wielu, brak czasu na życie prywatne¹³⁴.

Aby utrzymać opłacalność outsourcingu usług, nawet w przypadku szczególnego zaangażowania w pracę świadczoną przez pracowników usługobiorcy na rzecz usługodawcy, pozbawia się ich dodatkowych nagród czy przywilejów. Najczęściej nie mają oni również szans na rozwój (szkolenie, awans) w strukturach organizacyjnych usługobiorcy, bowiem to wymagałoby zatrudnienia ich bezpośrednio. Warto podkreślić także, iż przynależność do grupy „nie-pracowników” nie wywiera jedynie skutków w sferze materialnej (warunki pracy, wynagrodzenie), ale także deprecjonuje te osoby w grupie załogi zakładu pracy, odbierając im część korzyści, jakie świadczenie pracy generuje na płaszczyźnie społecznej czy psychologicznej¹³⁵.

Niewątpliwie, decyzja o losie pracowników zatrudnionych dotychczas przy wykonywaniu zadań będących przedmiotem outsourcingu należy do jednej z najtrudniejszych w całym procesie. Pozostawienie ich w strukturach przedsiębiorstwa macierzystego może prowadzić do rozbudowania struktury

¹³³ *Outsourcing usług ochrony oraz utrzymania czystości w instytucjach publicznych. Wpływ publicznego dyktatu najniższej ceny usług na warunki zatrudniania pracowników przez podmioty prywatne*, Wrocław 2016, https://odpowiedzialnybiznes.pl/wp-content/uploads/2016/03/OMSL_Outsourcing_uslug-ochrony_i_sprzatania.pdf (dostęp: 22.03.2023 r.).

¹³⁴ Zob. Ibidem.

¹³⁵ Zob. E. Wichrowska-Janikowska, *Praca a godność człowieka [w:] Godność człowieka a prawa ekonomiczne i socjalne. Księga jubileuszowa wydana w piętnastą rocznicę ustanowienia Rzecznika Praw Obywatelskich*, Warszawa 2003, s. 86.

przedsiębiorstwa w miejsce jej wyszczuplenia, natomiast zwolnienia grupowe lub transfer do usługodawcy grożą upadkiem morale nie tylko wśród bezpośrednio zainteresowanych, ale także pozostałych pracowników własnych przedsiębiorstwa macierzystego, wynikającym z niepewności i tzw. syndromu przetrwania korporacyjnego¹³⁶.

Po zakończeniu procesu transferu zadań, któremu towarzyszy niekiedy transfer pracowników, rozpoczyna się etap współpracy partnerów w ramach outsourcingu. Jak zauważa J. P. Foltys, rolę pracownika usługodawcy charakteryzuje dualność¹³⁷. Z jednej strony bowiem jest on pracownikiem usługodawcy ze wszystkimi tego konsekwencjami, z drugiej, realizatorem uzgodnionych w kontrakcie outsourcingowym obszarów, zadań i funkcji¹³⁸. W literaturze z zakresu nauk o zarządzaniu wskazuje się, że aby outsourcing się powiódł, pracownicy zleceniobiorcy powinni poczuć się po części również pracownikami firmy-klienta¹³⁹. Tak ścisła współpraca z firmą zewnętrzną bardziej mobilizuje do dobrej pracy, do przestrzegania procedur¹⁴⁰. Z kolei brak porozumienia między pracownikami zleceniodawcy oraz firmy zewnętrznej wskazywany jest jako jedna z przyczyn braku powodzenia outsourcingu¹⁴¹. W przypadku offshoringu problem ten nasila się ze względu na barierę wynikającą z różnic kulturowych¹⁴².

Sytuacja pracownika zatrudnionego w ramach outsourcingu usług staje się jeszcze bardziej złożona w przypadku tzw. outsourcingu pracowniczego. Jego przedmiotem jest realizacja usługi polegającej na „wypożyczeniu” pracownika innemu pracodawcy. W literaturze ekonomicznej wskazuje się, że zatrudnianie tzw. „pracowników zewnętrznych”, oddelegowanych do pracy w danym przedsiębiorstwie przez inny podmiot wymaga większego zaangażowania w zarządzanie zasobami ludzkimi (tzn. nie tylko pracownikami, ale i współpracownikami), właściwej organizacji pracy oraz dobrych stosunków ze współpracownikami i przełożonymi¹⁴³.

Relacja pojęć zatrudnienia zewnętrznego oraz outsourcingu, czy outsourcingu pracowniczego nie jest na gruncie nauk o zarządzaniu transparentna. Pojęcia te bywają

¹³⁶ Zob. E. Marcinkowska, *Outsourcing w zarządzaniu...*, s. 14.

¹³⁷ Zob. J.P. Foltys, *Outsourcing. Idea...*, s. 283-284.

¹³⁸ Ibidem.

¹³⁹ Zob. E. Bukłaha, *Outsourcing w opiece...*, s. 98.

¹⁴⁰ Ibidem.

¹⁴¹ Zob. T. Kopczyński, *Outsourcing w zarządzaniu...*, s. 165.

¹⁴² Zob. M. Kłós, *Outsourcing w polskich...*, s. 109-110; M.J. Power, K.C. Desouza, C. Bonifazi, *Outsourcing. Podręcznik...*, s. 45-46; D. Ciesielska, *Offshoring usług...*, s. 133.

¹⁴³ Zob. P. Leighton, M. Syrett, R. Hecter, P. Holland, *Nowoczesne formy zatrudnienia*, Kraków 2007, s. 11.

utożsamiane zarówno z korzystaniem z pracy pracowników tymczasowych oraz samozatrudnionych¹⁴⁴, jak i umowami outsourcingu usług, których przedmiot stanowi usługa polegająca na wynajęciu, udostępnieniu, oddelegowaniu bądź leasingu określonych pracowników¹⁴⁵. Rozwiązanie to jest popularne w Stanach Zjednoczonych zarówno w wariantcie zatrudnienia za pośrednictwem agencji pracy tymczasowej, jak i poza nimi. Na gruncie polskiego prawa pracy praktyka ta budzi istotne wątpliwości i stanowić będzie przedmiot szczegółowej analizy w dalszej części niniejszej rozprawy.

2. Outsourcing usług w naukach prawnych

Outsourcing to zjawisko głównie z dziedziny zarządzania przedsiębiorstwem, które w pewnych jednak przypadkach nabiera również znaczenia prawnego, gdy wywołuje określone skutki prawne¹⁴⁶. W świetle prawa polskiego to przede wszystkim: 1) *sprawa rodzaju umów zawieranych w systemie outsourcingu i pozycji prawnej outsourcingowca*; 2) *dopuszczalnego zakresu outsourcingu*; 3) *ochrony tajemnic przedsiębiorstwa ujawnianych w systemie outsourcingu*; 4) *nadzoru nad outsourcingiem*¹⁴⁷. Outsourcing jest pojęciem prawnym, zdefiniowanym zarówno na gruncie prawa unijnego, jak również polskiego. Jego definicje nie mają jednak charakteru uniwersalnego, odnoszą się bowiem do zagadnienia jedynie fragmentarycznie, na potrzeby zabezpieczenia funkcjonowania obrotu na poszczególnych obszarach, najczęściej powiązanych z szeroko pojętym sektorem finansowym.

2.1. Fragmentaryczne regulacje outsourcingu na gruncie prawa polskiego

Na szczeblu ustawodawstwa unijnego, ramy dla outsourcingu wyznaczono w odniesieniu do działalności podmiotów o szczególnym znaczeniu dla

¹⁴⁴ Zob. T. Kopczyński, *Outsourcing w zarządzaniu...*, s. 89-93.

¹⁴⁵ Zob. M. Wesołowska, *Restrukturyzacja przedsiębiorstwa a możliwości zastosowania outsourcingu w obszarze zarządzania zasobami ludzkimi* [w:] *Współczesne trendy w outsourcingu*, red. S. Wawak, M. Sołtysiak, Kraków 2015, s. 149.

¹⁴⁶ Zob. S. Włodyka, M. Spyra, *Ogólna charakterystyka...*, s. 26; K. Zacharzewski [w:] *Prawo rynku kapitałowego. Komentarz*, red. M. Wierzbowski, L. Sobolewski, P. Wajda, wyd. 2, Warszawa 2014, Art. 81a ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, Legalis.

¹⁴⁷ S. Włodyka, M. Spyra, *Ogólna charakterystyka...*, s. 26.

praktyki obrotu, m.in. dla przedsiębiorstw inwestycyjnych¹⁴⁸, instytucji pracowniczych programów emerytalnych¹⁴⁹, instytucji płatniczych¹⁵⁰, czy zakładów ubezpieczeń albo zakładów reasekuracji¹⁵¹. W przypadku działalności inwestycyjnej outsourcing zdefiniowano jako dowolnego rodzaju umowę między przedsiębiorstwem inwestycyjnym i dostawcą usług, na podstawie której dostawca wykonuje proces, usługę lub działalność, które w innym przypadku zostałyby wykonane przez samo przedsiębiorstwo inwestycyjne¹⁵². Analogiczna, choć nieznacznie bardziej złożona, definicja przytoczona została na gruncie dyrektywy w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej, zgodnie z którą outsourcing oznacza *dowolnego rodzaju umowę między zakładem ubezpieczeń lub zakładem reasekuracji a dostawcą usług, będącym jednostką nadzorowaną lub nie, na podstawie której dostawca - bezpośrednio bądź w drodze suboutsourcingu - wykonuje proces, usługę lub działanie, które w innym przypadku zostałyby wykonane przez sam zakład ubezpieczeń lub zakład reasekuracji*¹⁵³. W implementującej ją polskiej ustawie o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej¹⁵⁴ definicję przeformułowano zastępując pojęcie „suboutsourcingu” pojęciem „umowy, na podstawie której dostawca usług powierza wykonanie takiego procesu, usługi lub działania innym podmiotom, za pośrednictwem których wykonuje on dany proces, usługę lub działanie”.

¹⁴⁸ Motywy 3, 14, 18-22 oraz art. 13-15 dyrektywy Komisji 2006/73/WE z 10.08.2006 r. wprowadzającej środki wykonawcze do dyrektywy 2004/39/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do wymogów organizacyjnych i warunków prowadzenia działalności przez przedsiębiorstwa inwestycyjne oraz pojęć zdefiniowanych na potrzeby tejże dyrektywy (Dz.U. UE L 2006.241.26 z 2.09.2006 r.); motywy 29 preambuły, art. 16 ust. 5 oraz art. 40 lit. b dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/65/UE z 15.05.2014 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych oraz zmieniająca dyrektywę 2002/92/WE i dyrektywę 2011/61/UE, wersja przekształcona (Dz.U. UE L 2014.173.349 z 12.06.2014 r.).

¹⁴⁹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/2341 z 14.12.2016 r. w sprawie działalności instytucji pracowniczych programów emerytalnych oraz nadzoru nad takimi instytucjami (IORP), wersja przekształcona (Dz.Urz. UE L 2016.354.37 z 23.12.2016 r.).

¹⁵⁰ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2366 z 25/11.2015 r. w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego, zmieniająca dyrektywy 2002/65/WE, 2009/110/WE, 2013/36/UE i rozporządzenie (UE) nr 1093/2010 oraz uchylająca dyrektywę 2007/64/WE (tekst mający znaczenie dla EOG), (Dz.Urz. UE L 2015.337.35 z 23.12.2015 r.).

¹⁵¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/138/WE z 25.11.2009 r. w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (wyplacalność II), (Dz.Urz. UE L 2009.335.1 z 17.12.2009 r.). Niniejsze wyliczenie ma charakter przykładowy. Na szczęblu wspólnotowym istnieje ponadto ponad 100 aktów prawnych posługujących się pojęciem outsourcingu.

¹⁵² Art. 2 pkt 6 dyrektywy Komisji 2006/73/WE.

¹⁵³ Art. 13 pkt 28 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/138/WE.

¹⁵⁴ Art. 3 ust. 1 pkt 27 Ustawy z 11.09.2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (Dz.U. 2020.895 z 20.05.2020 r.).

W prawie unijnym istnieje wiele typów ograniczeń działalności outsourcingowej, takich jak:

- wymóg zawarcia z usługodawcą umowy w formie pisemnej¹⁵⁵;
- wymogi związane z zapewnieniem efektywnego nadzoru nad działalnością usługodawcy obejmujące w szczególności: wymóg dostępu do danych posiadanych przez usługodawców¹⁵⁶, prawo do kontroli przez właściwe organy¹⁵⁷; czy zapewnienia skutecznej funkcji audytu wewnętrznego¹⁵⁸;
- zakaz przeprowadzania outsourcingu w sposób prowadzący do określonych, negatywnych skutków, jak np. zwiększenie ryzyka działalności, zmniejszenie możliwości monitorowania działalności przez organy właściwe, pogorszenie jakości świadczonych usług¹⁵⁹;
- zakaz ograniczania odpowiedzialności usługobiorcy za spełnienie standardów określonych w przepisach prawa¹⁶⁰;
- obowiązek powiadomienia właściwych organów o rozpoczęciu outsourcingu¹⁶¹;
- obowiązek informowania właściwych organów o wszelkich zmianach dotyczących korzystania z podmiotów świadczących usługi w ramach outsourcingu¹⁶².

Na szczeblu krajowym dość obszerna prawna regulacja outsourcingu znajduje się w ustawie o obrocie instrumentami finansowymi, wspomnianej już powyżej ustawie o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej, a także w prawie bankowym. W pierwszej z nich, outsourcing zdefiniowano dwojako: na potrzeby

¹⁵⁵ Motyw 61 preambuły dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/2341 z 14.12.2016 r. w sprawie działalności instytucji pracowniczych programów emerytalnych oraz nadzoru nad takimi instytucjami (IORP), wersja przekształcona (Dz.Urz. UE L 2016.354.37 z 23.12.2016 r.).

¹⁵⁶ Motyw 72 preambuły dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/2341 z 14.12.2016 r. w sprawie działalności instytucji pracowniczych programów emerytalnych oraz nadzoru nad takimi instytucjami (IORP), wersja przekształcona (Dz.Urz. UE L 2016.354.37 z 23.12.2016 r.).

¹⁵⁷ Motyw 72 preambuły oraz art. 49 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/2341 z 14.12.2016 r. w sprawie działalności instytucji pracowniczych programów emerytalnych oraz nadzoru nad takimi instytucjami (IORP), wersja przekształcona (Dz.Urz. UE L 2016.354.37 z 23.12.2016 r.); art. 23 ust. 1 lit. b dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2366.

¹⁵⁸ Art. 26 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/2341.

¹⁵⁹ Art. 31 ust. 3 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/2341.

¹⁶⁰ Art. 20 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2366.

¹⁶¹ Art. 31 ust.6 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/2341; art. 19 ust. 6 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2366; art. 28 ust. 1 *in fine* dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2366.

¹⁶² Art. 28 ust. 4 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2366.

zastosowania w odniesieniu do czynności z zakresu prowadzenia rynku regulowanego utożsamiono go ze zleceniem przedsiębiorcy lub przedsiębiorcy zagranicznemu wykonywania czynności związanych z działalnością prowadzoną przez spółkę, w drodze umowy zawieranej w formie pisemnej¹⁶³, natomiast w odniesieniu do outsourcingu stosowanego przez firmy inwestycyjne zastosowano odesłanie do unijnego rozporządzenia definiującego outsourcing jako dowolnego rodzaju umowę między firmą inwestycyjną i dostawcą usług, na podstawie której dostawca wykonuje proces, usługę lub działalność, które w innym przypadku zostałyby wykonane przez samą firmę inwestycyjną¹⁶⁴.

Pozostałe wymagania ustanowione ustawą, jak np. obowiązek uzyskania zgody Komisji Nadzoru Finansowego przed zawarciem umowy, czy nadzoru nad czynnościami wykonywanymi przez kontrahenta, powiązane zostały z obszarem działalności, których outsourcing dotyczy¹⁶⁵. W zakresie rozbudowanej listy warunków, które zlecający outsourcing musi zapewnić przed zawarciem umowy outsourcingu oraz w czasie jej obowiązywania, polska ustawa odsyła do rozporządzeń unijnych¹⁶⁶.

Outsourcing zdefiniowano także w ustawie o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej, określając go jako umowę między zakładem ubezpieczeń albo zakładem reasekuracji a dostawcą usług, na podstawie której dostawca usług wykonuje proces, usługę lub działanie, które w innym przypadku zostałyby wykonane przez zakład ubezpieczeń lub zakład reasekuracji, a także umowę, na podstawie której dostawca usług powierza wykonanie takiego procesu, usługi lub działania innym podmiotom, za pośrednictwem których wykonuje on dany proces, usługę lub działanie¹⁶⁷. Na zakłady ubezpieczeń i zakłady reasekuracji narzucono mocą owej ustawy obowiązki

¹⁶³ Art. 16b ust. 1 ustawy z 29.07.2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 646).

¹⁶⁴ Art. 2 ust. 3 rozporządzenia delegowanego Komisji (UE) 2017/565 z 25.04.2016 r. uzupełniającego dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/65/UE w odniesieniu do wymogów organizacyjnych i warunków prowadzenia działalności przez firmy inwestycyjne oraz pojęć zdefiniowanych na potrzeby tej dyrektywy (Dz.Urz. UE L 2017.87.1 z 31.03.2017 r.).

¹⁶⁵ Art. 16b ust. 2 i 3 ustawy z 29.07.2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi.

¹⁶⁶ Art. 6 ust. 3 rozporządzenia delegowanego Komisji (UE) 2017/584 z 14.07.2016 r. uzupełniającego dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/65/UE w odniesieniu do regulacyjnych standardów technicznych określających wymogi organizacyjne w zakresie systemów obrotu (Dz.Urz. UE L 2017.87.350 z 31.03.2017 r.); art. 30-32 rozporządzenia delegowanego Komisji (UE) 2017/565 z 25.04.2016 r. uzupełniające dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/65/UE w odniesieniu do wymogów organizacyjnych i warunków prowadzenia działalności przez firmy inwestycyjne oraz pojęć zdefiniowanych na potrzeby tej dyrektywy (Dz.Urz. UE L 2017.87.1 z 31.03.2017 r.).

¹⁶⁷ Art. 3 ust. 1 pkt 27 ustawy z 11.09.2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 656).

sporządzenia na piśmie zasad związanych m.in. z wykazem funkcji, które mają zostać powierzone, kryteriów wyboru podmiotu, któremu mają zostać powierzone, czy zarządzania ryzykiem związanym z powierzeniem oraz zawiadomieniem organu nadzoru o zamiarze wprowadzenia zasad dotyczących outsourcingu oraz o istotnej ich zmianie¹⁶⁸. Ponadto, wprowadzono także zakaz wyłączenia bądź ograniczania odpowiedzialności zakładów ubezpieczeń oraz zakładów reasekuracji za szkody wyrządzone ubezpieczającym, ubezpieczonym, uprawnionym z umów ubezpieczenia, jak również cedentom wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania outsourcingu¹⁶⁹.

Regulację o zbliżonym charakterze odnaleźć można w ustawie - prawo bankowe¹⁷⁰, która stanowi najszerzej komentowany w polskiej literaturze obszar prawnej regulacji outsourcingu¹⁷¹. Choć w treści ustawy próżno szukać samego pojęcia „outsourcing”, to przewidziano w niej możliwość powierzenia przez bank przedsiębiorcy lub przedsiębiorcy zagranicznemu, wykonywania określonych czynności, w drodze umowy zawartej na piśmie¹⁷². Ustawodawca wyodrębnił trzy obszary czynności, wliczając enumeratywnie te, które mogą zostać poddane procesowi outsourcingu¹⁷³, te, których powierzanie na zewnątrz nie jest możliwe¹⁷⁴ oraz pozostałe, „inne czynności”, w odniesieniu do których dopuszczalność outsourcingu uzależniono od zgody Komisji Nadzoru Finansowego¹⁷⁵. Podobnie jak w ustawie o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej, również w prawie bankowym ustanowiono zakazy umownego wyłączenia i ograniczania odpowiedzialności za szkody wyrządzone klientom w przypadku outsourcingu określonych rodzajów działalności bankowej¹⁷⁶. Ponadto, w zakresie określonej ustawą części działalności bankowej, obejmującej czynności z zakresu pośrednictwa w zawieraniu umów i dokonywaniu wpłat,

¹⁶⁸ Art. 46 ust. 1 pkt 4 oraz ust. 4 Ustawy z 11.09.2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej.

¹⁶⁹ Art. 76 ustawy z 11.09.2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej; szerzej na temat stosowania outsourcingu w tym obszarze: W. Baranowska-Zajac, *Warunki zlecenia przez zakłady ubezpieczeń czynności w drodze outsourcingu na podstawie dyrektywy 2009/138/WE oraz ustawy z 22.5.2003 r. o działalności ubezpieczeniowej*, „Monitor Prawniczy” 2004/18, Legalis.

¹⁷⁰ Art. 6a-6e Ustawy z 29.08.1997 r. – Prawo bankowe (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 2324).

¹⁷¹ Zob. W. Robaczyński, *Umowa outsourcingu [w:] Prawo zobowiązań – umowy nienazwane*, t. 9, red. naukowa W.J. Katner, Warszawa 2018, s. 487-494; J. Byrski, *Tajemnica prawnie chroniona w działalności bankowej*, Warszawa 2010, Legalis.

¹⁷² Art. 6a ust. 1 ab initio ustawy z 29.08.1997 r. – Prawo bankowe.

¹⁷³ Art. 6a ust. 1 pkt 1 lit. a-1 oraz ust. 2 ustawy z 29.08.1997 r. – Prawo bankowe.

¹⁷⁴ Art. 6a ust 3 ustawy z 29.08.1997 r. – Prawo bankowe.

¹⁷⁵ Art. 6a ust. 1 pkt 1 lit. m ustawy z 29.08.1997 r. – Prawo bankowe.

¹⁷⁶ Art. 6b ust. 1-2 ustawy z 29.08.1997 r. – Prawo bankowe.

outsourcing umożliwiono wyłącznie na podstawie umowy agencyjnej¹⁷⁷. Przytoczone powyżej ograniczenia doprowadziły do powstania sporu czy w polskim prawie bankowym obowiązuje, co do zasady, zakaz outsourcingu, z wyjątkami wskazanymi w art. 6a prawa bankowego, czy też przeciwnie – zasadą jest swoboda w tym zakresie, jednak z ograniczeniami wynikającymi z ustawy¹⁷⁸. T. Czech wyraża pogląd, zgodnie z którym bank może prowadzić działalność z wykorzystaniem zasobów własnych i obcych (...), chyba że przepis ustawy – z uwzględnieniem wymagania proporcjonalności – mu tego zakazuje¹⁷⁹. Zwolennikiem poglądu przeciwnego jest natomiast M. Olszak, który wskazuje na *numerus clausus* czynności, których wykonywanie pozostaje w zakresie działalności bankowej i w konsekwencji zakaz powierzania przez bank podmiotom zewnętrznym podejmowania działań nieujętych wprost w ustawie¹⁸⁰.

Analogiczne rozwiązania zawarto także w ustawie o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych, w której obok ograniczenia obszarów, które objąć można outsourcingiem oraz sformułowania obowiązków stron umowy outsourcingowej związanych z nadzorem nad działalnością kas, szczególny nacisk położono na zapewnienie poufności tajemnic prawnie chronionych w toku outsourcingu¹⁸¹. Kryteria dopuszczalności outsourcingu w określonych obszarach statuują ponadto następujące akty prawne: ustawa o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi¹⁸², ustawa o usługach płatniczych¹⁸³, ustawa o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych¹⁸⁴, ustawa o pracowniczych planach kapitałowych¹⁸⁵ czy ustawa – prawo telekomunikacyjne¹⁸⁶.

¹⁷⁷ Art. 6a ust. 2 ustawy z 29.08.1997 r. – Prawo bankowe.

¹⁷⁸ W. Robaczyński, *Umowa outsourcingu...*, s. 490; T. Czech, *Zasada swobody outsourcingu w działalności bankowej*, „Monitor Prawniczy” 2008/17, Legalis.

¹⁷⁹ T. Czech, *Zasada swobody...*, Legalis.

¹⁸⁰ M. Olszak, *Outsourcing w działalności bankowej*, Warszawa 2006, Legalis.

¹⁸¹ Art. 9a-9f ustawy z 5.11.2009 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 924).

¹⁸² Art. 45a-46c, art. 70g, art. 81i-81m ustawy z 27.05.2004 r. o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 681).

¹⁸³ Art. 86 -87, art. 121 i art. 132v ustawy z 19.08.2011 r. o usługach płatniczych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 2360)

¹⁸⁴ Art. 26b oraz art. 173a ustawy z 28.08.1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 2342).

¹⁸⁵ Art. 65 ustawy z 4.10.2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 46).

¹⁸⁶ Art. 179 ust. 7, art. 180b ust. 2 ustawy z 16.07.2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1648).

Wśród aktów rangi podustawowej, istotne znaczenie dla dalszych rozważań przypisać należy rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 24 grudnia 2007 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD)¹⁸⁷. Zgodnie z terminologią owego aktu zlecenie wykonania usług na zewnątrz (outsourcing) to kontrakt, zgodnie z którym zleceniodawca wymaga od zleceniobiorcy wykonania określonego zadania, np. części lub całego procesu produkcyjnego, usług związanych z zatrudnieniem lub usług pomocniczych¹⁸⁸. Zleceniodawcą (Principal) jest jednostka, która zawiera umowę z inną jednostką (tu zwaną zleceniobiorcą) na wykonanie określonych zadań, np. części lub całego procesu produkcyjnego, usług związanych z zatrudnieniem lub usług pomocniczych¹⁸⁹, a Zleceniobiorcą (Contractor) jednostka wykonująca określone zadanie, np. część lub cały proces produkcyjny, usługi związane z zatrudnieniem lub usługi pomocnicze, na podstawie umowy zawartej ze zleceniodawcą¹⁹⁰. Stosuje się tu również określenie "podwykonawca" ("subcontractor")¹⁹¹.

W przypadku outsourcingu usług związanych z zatrudnieniem, zakwalifikowanie danego Zleceniodawcy lub Zleceniobiorcy do określonej kategorii działalności zależy od tego, czy usługi świadczone są na podstawie umowy stałej czy tymczasowej oraz czy zleceniobiorca świadczy usługi tylko jednemu zleceniodawcy czy wielu¹⁹². W większości przypadków zleceniobiorca lub zleceniodawca są kwalifikowani zgodnie z działalnością, którą wykonują. Istnieją jednak dwie specyficzne formy działalności „outsourcingu usług związanych z zatrudnieniem”. Pierwsza to działalność agencji tymczasowej która dotyczy sytuacji, gdy outsourcing ma charakter tymczasowy i zleceniobiorca świadczy usługi więcej niż jednemu zleceniodawcy¹⁹³. Druga, to kategoria bardziej enigmatyczna, zwana „pozostałą działalnością związaną z udostępnianiem pracowników”, do której kwalifikuje się działalność zleceniobiorcy, gdy outsourcing ma charakter stały i zleceniobiorca świadczy usługi więcej niż jednemu zleceniodawcy, a rodzaj wykonywanych usług ma różny charakter u każdego zleceniodawcy¹⁹⁴. W świetle PKD istnieje zatem działalność polegająca na

¹⁸⁷ Rozporządzenie Rady Ministrów z 24.12.2007 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD), wydane na podstawie art. 40 ust. 2 Ustawy z 29.06.1995 r. o statystyce publicznej (Dz. U. Nr 251, poz. 1885 z późn. zm.).

¹⁸⁸ Pkt 27 tiret trzeci Załącznika do PKD.

¹⁸⁹ Pkt 27 tiret pierwszy Załącznika do PKD.

¹⁹⁰ Pkt 27 tiret drugi Załącznika do PKD.

¹⁹¹ Pkt 27 tiret drugi Załącznika do PKD.

¹⁹² Pkt 35 *ab initio* Załącznika do PKD.

¹⁹³ Pkt 35 tiret drugi Załącznika do PKD.

¹⁹⁴ Pkt 35 tiret drugi Załącznika do PKD.

udostępnianiu pracowników poza ramami działalności agencji pracy tymczasowej, lecz nie można mówić o odrębnym typie usługi polegającej na udostępnieniu innemu podmiotowi swoich pracowników. Zakwalifikowanie działalności zleceniobiorcy do kategorii „pozostałej działalności związanej z udostępnianiem pracowników” wymaga bowiem, aby usługi świadczone przez ów podmiot u każdego zleceniodawcy miały różny charakter.

Ograniczeń w swobodzie zlecenia zadań przedsiębiorstw podmiotom zewnętrznym można dopatrzeć się również w narzucanych prawem wymogach posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, jak np. wykonywania czynności z zakresu usługowego prowadzenia ksiąg rachunkowych¹⁹⁵. Autonomiczne zasady outsourcingu istnieją w opisywanym zakresie obszarach działalności objętych reżimem ustawy – Prawo zamówień publicznych¹⁹⁶. Ustawa ta posługuje się pojęciem „łańcucha dostaw”, w zakres którego zaliczono wszystkie zasoby i działania niezbędne do wykonania dostaw, usług i robót budowlanych, które są przedmiotem zamówienia¹⁹⁷, zatem w szczególności działania i zasoby objęte outsourcingiem usług.

Przyglądając się istniejącym w polskim porządku prawnym regulacjom dotyczącym outsourcingu wysunąć można wniosek, że regulacje te mają na celu: zwiększenie bezpieczeństwa obrotu m.in. poprzez rozszerzenie odpowiedzialności zlecającego, tak aby stosując outsourcing nie mógł on uwolnić się od odpowiedzialności względem klientów za kluczowe obszary własnej działalności, zapewnienie efektywności sprawowania nadzoru nad działalnością stanowiącą przedmiot outsourcingu¹⁹⁸, jak również transparentności outsourcingu poprzez konieczność dokumentowania całego procesu. Wydaje się, iż regulacje te zmierzają do zminimalizowania ryzyka użycia outsourcingu jako mechanizmu służącego obchodzeniu pewnych obowiązków przez usługobiorców poprzez transfer ryzyka ich niewykonania lub nienależytego wykonania na usługodawców¹⁹⁹.

Poza fragmentarycznymi regulacjami ograniczającymi zawieranie umów outsourcingowych w odniesieniu do wyodrębnionych rodzajów działalności gospodarczej, outsourcing nie doznaje w polskim systemie prawnym ograniczeń

¹⁹⁵ Art. 76a ust. 3 pkt 1 i 2 Ustawy z 29.09.1994 r. o rachunkowości (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 120).

¹⁹⁶ Ustawa z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710).

¹⁹⁷ Art. 7 pkt 10 Ustawy z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych.

¹⁹⁸ W odniesieniu do nadzoru zob. S. Włodyka, M. Spyra, *Ogólna charakterystyka...*, s. 29; K. Zacharzewski [w:] *Prawo rynku kapitałowego...*, Legalis.

¹⁹⁹ Ibidem.

prawnych. Utożsamia się go wówczas z nienazwaną umową o świadczenie usług, do której zastosowanie znajduje zasada swobody umów ujęta w art. 353¹ kodeksu cywilnego²⁰⁰.

2.2. Outsourcing usług jako umowa handlowa

Umowa outsourcingu to umowa, na podstawie której przedsiębiorca powierza wykonanie określonych czynności faktycznych lub prawnych związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa albo przedmiotem swojej właściwej działalności podmiotowi zewnętrznemu, zaś wykonujący usługi outsourcingowe zobowiązuje się do ich realizacji w zamian za wynagrodzenie lub zapłatę ceny²⁰¹. Najszerzej komentowane w doktrynie prawa cywilnego²⁰² orzeczenie zawierające definicję outsourcingu stanowi wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 października 2009 r.²⁰³, zgodnie z którym *outsourcing jest to system umów o przedsiębiorstwie, polegający na tym, że obsługę przedsiębiorstwa powierza się podmiotom zewnętrznym, nie będącym jego pracownikami. Istotą outsourcingu jest więc jego zewnętrzność i równorzędny charakter stosunków pomiędzy przedsiębiorcą zlecającym a przedsiębiorcą przyjmującym zlecenie*. W wielu orzeczeniach sądy posługują się także cytowaną już definicją outsourcingu stworzoną przez M. Trockiego²⁰⁴, zgodnie z którą outsourcing można zdefiniować jako przedsięwzięcie polegające na wydzieleniu ze struktury organizacyjnej przedsiębiorstwa macierzystego realizowanych przez nie funkcji i przekazanie ich do realizacji innym podmiotom gospodarczym²⁰⁵. Nieco odmiennie postrzega outsourcing Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, upatrując w nim zjawiska powierzania świadczenia specjalistycznych usług lub produkcji podzespołów i elementów niewielkim podmiotom zewnętrznym²⁰⁶.

²⁰⁰ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1360).

²⁰¹ J. Wiak, *Umowa outsourcingu* [w:] *Pozakodeksowe umowy handlowe*, red. A. Kidyba, 2018, LEX.

²⁰² Zob. L. Ogiegło [w:] *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 450–1088. Przepisy wprowadzające*, wyd. 10, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2021, Legalis, art. 750; R. Morek, M. Raczkowski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, 2020, Legalis, art. 750.

²⁰³ V ACa 418/09, LEX nr 574511.

²⁰⁴ M. Trocki, *Outsourcing. Metoda restrukturyzacji...*, s. 13.

²⁰⁵ Zob. m.in. wyrok SN z 27.01.2016 r., I PK 21/15, LEX nr 1975836; wyrok SA w Katowicach z 10.01.2019 r., III AUa 1162/18, LEX nr 2623264.

²⁰⁶ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 21.03.2005 r., XVII Ama 29/04, LEX nr 156798.

Sprowadzenie outsourcingu do systemu umów lub jednej umowy outsourcingowej stanowi w istocie pewne uproszczenie. Jak słusznie zauważa się w literaturze, outsourcing jest strategią zarządzania, a nie konkretną instytucją prawną²⁰⁷. Z prawnego punktu widzenia, podstawą outsourcingu nie jest jednorodnego typu umowa nazwana, czy nienazwana²⁰⁸. Pojęciem owym określić można wiele przedsięwzięć biznesowych realizowanych w oparciu o określone umowy nazwane, w szczególności: umowy zlecenia, np. w przypadku outsourcingu obsługi prawnej, umowy o dzieło, np. w zakresie outsourcingu zadań z zakresu IT polegających na budowie określonej sieci teleinformatycznej, czy umowy agencyjnej np. w przypadku pośrednictwa w działalności bankowej²⁰⁹. Zazwyczaj jednak, jak zauważono już powyżej, podstawę współpracy stanowi nienazwana umowa o świadczenie usług, do której na mocy odesłania w art. 750 kodeksu cywilnego (dalej: k.c.), jeżeli strony nie postanowią inaczej, stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu, tj. art. 734 i n. k.c.²¹⁰

Zdaniem W. Robaczyńskiego, nie wydaje się celowe poszukiwanie cech charakterystycznych owej umowy, aby można było dokonać „formalnego” zakwalifikowania konkretnej umowy o świadczenie usług właśnie jako umowy outsourcingowej i wyodrębnić w ten sposób np. „umowę zlecenia outsourcingowego”, czy też „umowę agencji outsourcingowej”. Biorąc pod uwagę wieloznaczność pojęcia outsourcingu, co do zasady pogląd ten należy zaaprobować, bowiem zestaw uniwersalnych cech współpracy w ramach outsourcingu usług wydaje się niezwykle wąski. Swoistym wytłumaczeniem owego stanu rzeczy może być stawiany w naukach o zarządzaniu wymóg, aby umowa outsourcingu była „szyta na miarę²¹¹”. Jeżeli bowiem usługobiorca rezygnuje z podejmowania działań w obszarach, które tradycyjnie powinny znajdować się wewnątrz jego struktury, na rzecz nawiązania trwałej współpracy w owych zakresach z usługodawcą, konstrukcja umowy powinna w możliwie szerokim zakresie odzwierciedlać zindywidualizowane

²⁰⁷ W. Robaczyński, *Umowa outsourcingu...*, s. 481; zob. K. Zacharzewski [w:] *Prawo rynku kapitałowego...*, Legalis.

²⁰⁸ A. Giedrewicz-Niewińska, *Pracownicze aspekty outsourcingu* [w:] *Elastyczne formy zatrudnienia i organizacji czasu pracy*, red. naukowa A. Bieliński, A. Giedrewicz-Niewińska, M. Szablowska-Juckiewicz, Warszawa 2015, s. 218; odmiennie: wyrok SN z 18.06.2019 r., I UK 159/18, LEX nr 2684741.

²⁰⁹ Zob. wyrok SN z 18.06.2019 r., I UK 159/18, LEX nr 2684741; W. Robaczyński, *Umowa outsourcingu...*, s. 485.

²¹⁰ J. Wiak, *Umowa outsourcingu...*, LEX; K. Kopaczyńska-Pieczniak, *Komentarz do art. 750 k.c.* [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania – część szczególna*, wyd. II, red. A. Kidyba, 2014, LEX; wyrok SN z 18.06.2019 r., I UK 159/18, LEX nr 2684741.

²¹¹ Zob. K. Nowicka, *Outsourcing w zarządzaniu...*, s. 141.

oczekiwania tego podmiotu. Niemniej jednak przybliżenie choć kilku uniwersalnych cech umów outsourcingowych, jakie zostały dotychczas wyodrębnione w doktrynie prawa cywilnego oraz prawa handlowego, wydaje się niezbędne dla prowadzenia dalszych rozważań.

Umowa outsourcingu jest, co do zasady, umową dwustronnie handlową z racji tego, że powierzający zawsze, a wykonujący usługi outsourcingowe z reguły są profesjonalistami²¹². Jej zawarcie najczęściej nie wymaga zachowania określonej formy, za wyjątkiem obszarów objętych autonomicznymi regulacjami prawnymi, w których najczęściej występuje wymóg zachowania formy pisemnej. Przedmiot umowy outsourcingu stanowi dokonanie czynności faktycznych lub prawnych związanych z prowadzonym przez powierzającego przedsiębiorstwem²¹³. Treść owej umowy zależy od woli stron, ograniczonej jedynie ogólnymi granicami zasady swobody umów, wyrażonymi w art. 353¹ k.c. Z natury rzeczy umowę outsourcingu kwalifikuje się jako konsensualną, dwustronnie zobowiązującą, odpłatną i wzajemną²¹⁴.

Istotna wątpliwość powstaje w odniesieniu do nazewnictwa stron owej umowy. Wśród licznych przykładów pojęć używanych w literaturze i orzecznictwie wyróżnić można m.in. przedsiębiorstwo macierzyste oraz jednostkę zewnętrzną, partnerów outsourcingowych, klienta i outsourcera, insourcera i outsourcera, wykonawcę i zlecającego, zleceniobiorcę i zleceniodawcę, outsourcingodawcę i outsourcingobiorcę, nabywcę i dostawcę, etc.²¹⁵ W orzecznictwie z zakresu prawa pracy²¹⁶ używane bywają określenia outsourcer i insourcer, które w moim przekonaniu nie są w pełni poprawne. Pojęcie insourcer oznacza kontrahenta zaangażowanego we współpracę w ramach insourcingu będącego w swoich założeniach koncepcją przeciwstawną do outsourcingu. Moim zdaniem, nie należy go używać w charakterze nazwy kontrahenta w procesie outsourcingu. Zarówno outsourcing, jak i insourcing dotyczą bowiem zlecenia na zewnątrz bądź przejmowania do realizacji wewnątrz przedsiębiorstwa jego działań własnych. Posługując się przykładem: kancelaria prawna może być insourcerem, jeśli przejmuje do realizacji wewnętrznej własne zadania dotychczas zlecane na zewnątrz np. zatrudnia księgową w miejsce korzystania z usług

²¹² J. Wiak, *Umowa outsourcingu...*, LEX; zob. także W. Robaczyński, *Umowa outsourcingu...*, s. 485.

²¹³ J. Wiak, *Umowa outsourcingu...*, LEX.

²¹⁴ Zob. W. Robaczyński, *Umowa outsourcingu...*, s. 485; J. Wiak, *Umowa outsourcingu...*, LEX.

²¹⁵ Szerzej o nazewnictwie stron umowy outsourcingowej piszą: A. Davy, *Międzynarodowy outsourcing...*, s. 15, oraz J. Wiak, *Umowa outsourcingu...*, LEX; R. Tanajewska, *Charakter prawny zarządu w spółce akcyjnej*, wyd. 1, 2017, Legalis.

²¹⁶ Zob. wyrok SN z 27.01.2016 r., I PK 21/15, LEX nr 1975836.

biura rachunkowego. Jeśli natomiast rozpoczyna świadczenie usług w ramach stałej obsługi prawnej dla przedsiębiorstwa, które zamierza korzystać z nich w miejsce zatrudniania własnego prawnika wewnętrznego, to nie można nazwać jej insourcerem, bowiem przyjmuje do realizacji zadania klienta, a nie zadania własne.

W języku angielskim przeciwieństwem pojęcia „outsourcera” jest pojęcie „outsourcee”, przy czym nie jest do końca jasne, który z podmiotów powinien nosić które miano. W słowniku Merriam-Webster pod hasłem „outsourcer” widnieją dwie definicje, które w tłumaczeniu na język polski brzmią następująco:

- 1: *przedsiębiorstwo, które nabywa część swoich towarów lub usług od zazwyczaj mniejszych wyspecjalizowanych przedsiębiorstw;*
- 2: *wyspecjalizowane przedsiębiorstwo, które dostarcza towary lub usługi dla zazwyczaj większej firmy*²¹⁷.

Powyższe sugeruje jakoby pojęcie to obejmowało swoim zakresem nazwy obydwu strony umowy, co nie jest możliwe do zaakceptowania w rozważaniach natury prawnej. Z uwagi na wątpliwości związane z poprawnością używania anglojęzycznych terminów „outsourcer” oraz „insourcer”, które zostały opisane we wcześniejszej części wywodu, na gruncie niniejszej rozprawy posługuję się pojęciami „usługodawcy” i „usługobiorcy”. W przypadku dwuetapowego outsourcingu, połączonego z „przejęciem pracowników” usługodawcę nazywam także „pracodawcą macierzystym”. Używanie pojęć „usługodawca” oraz „usługobiorca” dla określenia stron umowy outsourcingu usług wymaga jednak dokonania pewnego zastrzeżenia. Jak już wspomniano, nie każde świadczenie usług należy kwalifikować jako outsourcing, bowiem ten oznacza współpracę o charakterze trwałym²¹⁸, na podstawie długookresowej umowy²¹⁹. W języku prawniczym należałoby zatem przyjąć, iż aby można było mówić o usłudze realizowanej w ramach outsourcingu usługa ta powinna być świadczona w sposób ciągły²²⁰. Pojęcia usługodawcy i usługobiorcy używane będą zatem w niniejszej rozprawie w odpowiednio węższym zakresie znaczeniowym.

Umowy outsourcingu zawierane są zazwyczaj na czas określony, od 3 do 10 lat²²¹, choć długość ich trwania zależy od wielu czynników – często np. od branży, w której

²¹⁷ *Dictionary Mirriam Webster*, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/outsourcer> (dostęp z 13.11.2022 r.).

²¹⁸ Zob. M.J. Radło, *Kontrakty outsourcingowe...*, s. 132.

²¹⁹ Zob. T. Kopczyński, *Outsourcing w zarządzaniu...*, s. 50.

²²⁰ W doktrynie prawa pracy zob. Ł. Pisarczyk, *Różne formy zatrudnienia*, Warszawa 2003, s.123.

²²¹ J.P. Foltys, *Outsourcing. Idea...*, s. 172.

działa usługobiorca²²². Za najistotniejsze elementy tego typu uważa się zakres prac wraz z opisem procesów zleczanych dostawcy oraz porozumienie dotyczące jakości usług (ang. *Service Level Agreement – SLA*), któremu towarzyszyć powinna definicja, jakiej jakości usługi są uznawane za akceptowalne oraz mierników służących do ich oceny²²³. Istnieją także głosy, że w kontrakcie outsourcingowym powinni zostać wyszczególnieni z imienia i nazwiska pracownicy, za pośrednictwem których firma outsourcingowa będzie świadczyła swoje usługi²²⁴.

Ważną część umowy outsourcingowej stanowią postanowienia dotyczące odpowiedzialności usługodawcy w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Z jednej strony zakres jego ustawowej odpowiedzialności bywa ograniczany, z drugiej nierzadko wprowadza się instrumenty służące zwiększeniu efektywności zabezpieczenia należytego wykonania przez niego zobowiązania, jak np. kary umowne²²⁵. Kwestia zakresu odpowiedzialności usługodawcy za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zadań stanowiących przedmiot outsourcingu uwypukla uprzywilejowaną pozycję usługobiorcy korzystającego z outsourcingu względem pracodawcy zatrudniającego dla wykonania tożsamych zadań pracowników własnych.

2.3. Pracownik w outsourcingu usług z perspektywy prawa cywilnego

W świetle prawa cywilnego pracownik jest osobą, z pomocą której usługodawca wykonuje swoje zobowiązanie w rozumieniu art. 474 k.c.²²⁶. W artykule tym wymieniono jeszcze jedną kategorię osób – osoby, którym dłużnik powierza wykonanie zobowiązania. W orzecznictwie²²⁷ i doktrynie²²⁸ prawa cywilnego wskazuje się, że choć pomiędzy

²²² H. Lewandowska wskazuje, że w podmioty sektora ochrony zdrowia zawierały w latach intensywnych „działań” outsourcingowych kontrakty średnio na 29-32 miesiące, a w kolejnych latach czas trwania kontraktów ulegał redukcji, zob. H. Lewandowska, *Outsourcing. Model zarządzania w podmiotach sektora ochrony zdrowia*, Warszawa 2010, s. 88-106.

²²³ Zob. M.J. Radło, *Kontrakty outsourcingowe...*, s. 136; zob. także: Ch.L. Gay, J. Essinger, *Outsourcing strategiczny. Koncepcja, modele i wdrożenie*, Kraków 2002, s. 108-111; J.P. Foltys, *Outsourcing. Idea...*, s. 158-170; J. Drzewiecki, *Outsourcing jako narzędzie...*, s. 134-139; R. Tanajewska, *Charakter prawny...*; M. Kłós, *Outsourcing w polskich...*, s. 194-195; A. Malarewicz-Jakubów, R. Tanajewska, *Prawne i ekonomiczne aspekty outsourcingu*, „Optimum. Studia ekonomiczne” 2014/ 4 (70), s. 239.

²²⁴ Zob. R. Osmólski, *Okiem praktyka: Początek i koniec – czyli umowa [w:] Outsourcing w praktyce*, red. naukowa D. Ciesielska, M.J. Radło, Warszawa 2014, s. 143; J.P. Foltys, *Outsourcing. Idea...*, s. 284.

²²⁵ Zob. J.P. Foltys, *Outsourcing. Idea...*, s. 173-174.

²²⁶ Zob. A. Niewęglowski, *Charakter prawny umowy outsourcingu. Glosa do wyroku SA w Katowicach z dnia 28 października 2009 r.*, V ACa 418/09, LEX.

²²⁷ Zob. np. postanowienie SN z 18.06.2019 r., II CSK 672/18, LEX nr 2683750.

²²⁸ Zob. np. A. Rzetecka-Gil [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania – część ogólna*, LEX 2011, art. 474; R. Tanajewska [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. J. Ciszewski, P. Nazaruk, Warszawa 2019, art. 474.

dłużnikiem a osobą, z której pomocą zobowiązanie wykonuje lub której powierza jego wykonanie, musi istnieć określony stosunek prawny, to z punktu widzenia tego przepisu nie ma znaczenia charakter i rodzaj tego stosunku prawnego. W szczególności nie ma znaczenia czy wykonujący zobowiązanie jest podwładnym dłużnika (np. pracownikiem), czy tylko działa na jego zlecenie. Pracowników należy zaliczyć do kategorii pomocników, ponieważ *zastępca działa samodzielnie, natomiast pomocnik podlega kierownictwu i nadzorowi przyjmującego zlecenie*²²⁹. Za ich działania i zaniechania usługodawca ponosi względem usługobiorcy odpowiedzialność kontraktową na zasadach ryzyka. Dla zaistnienia owej odpowiedzialności nie wymaga się imiennego określenia przez dłużnika osoby, której zobowiązanie powierza, co ma znaczenie zwłaszcza w sytuacjach zatrudnienia takiej osoby u dłużnika²³⁰. Oznacza to, że usługodawca ponosi odpowiedzialność również wówczas gdy w umowie outsourcingu nie wskazano imiennie pracowników, którym powierzono świadczenie usług na rzecz usługobiorcy. Zostaje on jednak zwolniony od odpowiedzialności, jeżeli wykonawca [pracownik – przyp. B.A.] dochował należytej staranności w rozumieniu art. 355 k.c.²³¹.

Pracownik świadczy bowiem usługę na rzecz usługobiorcy w imieniu usługodawcy (pracodawcy). To na usługodawcy, zatrudniającego pomocników, ciąży zatem obowiązek dochowania należytej staranności, respektowania imperatywnych wskazówek usługodawcy²³² oraz działania w interesie usługodawcy, a także w zgodzie z celem społeczno-gospodarczym zobowiązania.

3. Outsourcing usług z perspektywy prawa pracy

Związek outsourcingu usług z prawem pracy przejawia się w tym, iż outsourcing usług stanowi alternatywę dla zatrudniania pracowników własnych. Podejmując decyzję o outsourcingu pracodawca macierzysty decyduje się zrezygnować z realizacji zadań w określonym obszarze przez pracowników własnych, powierzając ich wykonanie usługodawcy. Outsourcing usług stanowi zatem konstrukcję zatrudnienia za pośrednictwem innego podmiotu, który przejmuje całość lub część obciążeń właściwych

²²⁹ Wyrok SN z 29.04.2015 r., IV CSK 489/14, Legalis.

²³⁰ Zob. M. Piekarski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. Z. Resich, J. Ignatowicz, J. Pietrzykowski, J. Bielski, Warszawa 1972, s. 1170.

²³¹ M. Załucki (red.) [w:] *Kodeks cywilny*, Warszawa 2019, Legalis, art. 474.

²³² Zob. P. Drapała [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom V. Zobowiązania. Część szczegółowa*, wyd. 2, red. J. Gudowski, Warszawa 2017, LEX, art. 737.

zatrudnieniu pracowniczemu²³³. Jak zauważa Ł. Pisarczyk, w następstwie zastosowania outsourcingu usługa realizowana dotychczas w ramach przedsiębiorstwa jest świadczona przez podmiot zewnętrzny, który w wielu przypadkach przejmuje pracowników zatrudnionych u beneficjenta usług (art. 23¹ § 1 k.p.²³⁴)²³⁵. W podobnym tonie outsourcing określa M. Skąpski upatrując w nim sposobu pozyskiwania pracy spoza przedsiębiorstwa powodującego, że znaczna liczba dotychczasowych miejsc pracy w firmach zostaje zastąpiona przez współpracę zewnętrznych kooperantów²³⁶.

3.1. Definicje i rodzaje outsourcingu usług na gruncie prawa pracy

Warto przypomnieć, iż outsourcing to strategia zarządzania przedsiębiorstwem, która jest istotna z perspektywy prawnej jedynie w zakresie skutków, jakie implikuje²³⁷. Bazując na podziałach outsourcingu opisanych w pierwszej części niniejszego rozdziału, przedstawić należy te podziały outsourcingu usług, które mają znaczenie na gruncie prawa pracy, bowiem znajdują do nich zastosowanie odrębne instytucje prawne.

3.1.1. Kryterium osobistego świadczenia usług w ramach outsourcingu

Zdaniem A. Patulskiego outsourcing powinien zostać podzielony na dwie grupy: outsourcing kapitałowy oraz outsourcing personelu, który w literaturze bywa także określany jako outsourcing personalny²³⁸. Outsourcing kapitałowy²³⁹ to, według autora, sytuacja, gdy dotychczasowy pracodawca przekazuje część swojej działalności innej firmie, która specjalizuje się w świadczeniu określonych usług²⁴⁰. Pod pojęciem outsourcingu personelu autor rozumie natomiast formę współpracy z samozatrudnionymi

²³³ Zob. Ł. Pisarczyk, *Praca tymczasowa a ryzyko pracodawcy* [w:] *Z problematyki zatrudnienia tymczasowego*, red. A. Sobczyk, Warszawa 2011, LEX.

²³⁴ Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1510).

²³⁵ Zob. Ł. Pisarczyk, *Praca tymczasowa...*, LEX.

²³⁶ Zob. M. Skąpski, *Ochronna funkcja prawa pracy...*, LEX.

²³⁷ Zob. cytowany już S. Włodyka, M. Spyra, *Ogólna charakterystyka...*, s. 26; zob. K. Zacharzewski [w:] *Prawo rynku kapitałowego...*, Legalis.

²³⁸ Zob. A. Patulski, *Nietypowe formy zatrudnienia. Elastyczność czy stabilizacja? Część 2*, MOPR 2008/3, s.129.

²³⁹ Dla uniknięcia wątpliwości zaznaczam, że autor nadaje pojęciu outsourcingu kapitałowego nieco odmienne znaczenie, niż przyjęte na gruncie niniejszej rozprawy.

²⁴⁰ Zob. A. Patulski, *Nietypowe formy zatrudnienia. Elastyczność czy stabilizacja? Część 2*, MOPR 2008/3, s.129.

usługodawcami²⁴¹. Zwraca przy tym uwagę na nierzadką w praktyce sytuację nakłaniania pracowników, aby zawierali umowy cywilnoprawne, których przedmiot pokrywać się będzie z ich dotychczasowymi obowiązkami pracowniczymi, a następnie świadczyli dotychczasowe usługi na rzecz byłych pracodawców²⁴². W judykaturze dopuszczono zastosowanie tego rodzaju outsourcingu w stosunku do radców prawnych, głównych księgowych²⁴³.

Podział na outsourcing personalny i kapitałowy odnieść można do wypracowanego na gruncie nauk o zarządzaniu podziału na outsourcing indywidualny oraz funkcjonalny. W outsourcingu indywidualnym stanowisko pracy może zostać „przekazane” na zewnątrz samozatrudnionemu usługodawcy. W doktrynie prawa pracy występuje pogląd, utożsamiający outsourcing ze współpracą z byłymi pracownikami, *którzy zakładają swoją działalność gospodarczą i stają się przedsiębiorcami prowadzącymi rejestrowaną działalność gospodarczą*²⁴⁴. Praktyka wypaczyła jednak nieco konstrukcję outsourcingu indywidualnego, którego stroną powinien być niezależny ekonomicznie samozatrudniony, a nie podmiot całkowicie uzależniony ekonomicznie od swojego jedyne go usługobiorcy, nierzadko przekonany do owej formy współpracy korzyściami finansowymi płynącymi z „oszczędności” w zakresie obciążeń publicznoprawnych odprowadzanych od wynagrodzenia²⁴⁵. Zdaniem J. Wratnego, *na przykładzie outsourcingu stosowanego przez pracodawców względem własnych pracowników można dostrzec najbardziej namacalnie proces wypierania stosunków pracy przez stosunki wynikające z umów cywilnoprawnych występujące w postaci złożonej, gdy praca na rzecz podmiotu zatrudniającego wykonywana jest jednocześnie na własny rachunek*²⁴⁶.

²⁴¹ Zob. A. Patulski, *Modele prawodawstwa pracy a nowelizacja Kodeksu pracy*, „Zarządzanie Zasobami Ludzkimi”, 2003/3-4, s. 37-38.

²⁴² Zob. A. Patulski, *Nietypowe formy...*, s.129; zob. także A. Patulski, G. Orłowski, *Ewolucja europejskiego prawa pracy a model polski*, MOPR 2004/1, Legalis; M. Skąpski, *Ochronna funkcja prawa pracy...*, LEX.

²⁴³ Zob. A. Patulski, M. Winter, *Status prawno-organizacyjny głównego księgowego w dobie transformacji [w:] z zagadnień współczesnego prawa pracy*, red. Z. Góral, 2009, LEX.

²⁴⁴ Zob. J. Wratny, *Przemiany stosunku pracy w III RP [w:] Współczesne problemy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych*, red. L. Florek, Ł. Pisarczyk, Warszawa 2011, s. 42-43; A. Woźniak, *Nowelizacja prawa podatkowego a outsourcing i prawo pracy*, PiZS 2007/1, s. 56.

²⁴⁵ W zakresie problematyki samozatrudnienia zależnego zob.: A. Ludera-Ruszel, *Samozatrudnienie ekonomicznie zależne a konstytucyjna zasada ochrony pracy*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2017/1, t. XXVII, <http://dx.doi.org/10.18290/rnp.2017.27.1-3> (dostęp: 22.03.2023 r.); T. Duraj, *Zależność ekonomiczna jako kryterium identyfikacji stosunku pracy – analiza krytyczna*, PiZS 2013/6, s. 9; I. Boruta, *w sprawie przyszości prawa pracy*, PiZS 2005/4, s. 3; A.O. Avilés, *The „externalization” of labour law*, „International Labour Review” 2009/1-2, t. 148, s. 53.

²⁴⁶ J. Wratny, *Przemiany stosunku pracy w III RP [w:] Współczesne problemy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych*, red. L. Florek, Ł. Pisarczyk, Warszawa 2011, s. 42-43.

Moim zdaniem, przytoczone powyżej rozważania prowadzą do konieczności wyodrębnienia dwóch podziałów outsourcingu usług. Pierwszy z nich dotyczy tego, czy kontrahent usługobiorcy osobiście realizuje usługę będącą przedmiotem outsourcingu, czy też działa z pomocą pracowników własnych. Drugi, zagadnienia uprzedniego związania stosunkiem pracy usługodawcy lub zatrudnianych przez niego pracowników własnych z usługobiorcą.

W przypadku opisywanego w polskiej doktrynie prawa pracy problemu „samozatrudnienia zależnego” mamy do czynienia z outsourcingiem indywidualnym realizowanym osobiście przez usługodawcę. Co do zasady, zleceniu na zewnątrz podlegają wówczas zadania przypisane tradycyjnie do jednego stanowiska. Istnieje także outsourcing funkcjonalny obejmujący zlecenie na zewnątrz zadań związanych z całą dziedziną funkcjonowania organizacji np. obsługi kadrowo-płacowej, czy IT, a zatem wykraczających poza jedno stanowisko pracy. Wówczas zadania te co do zasady realizowane będą przez więcej niż jedną osobę zatrudnioną przez usługodawcę. Nie można jednak wykluczyć sytuacji, w której ich wykonania podejmie się jeden pracownik usługodawcy.

Z perspektywy stosunków prawnych, na podstawie których faktycznie świadczona jest praca, istotny będzie zatem nie tyle podział na outsourcing indywidualny i funkcjonalny, ale podział na outsourcing realizowany osobiście przez usługodawcę (w ramach samozatrudnienia) oraz realizowany przez usługobiorcę za pomocą jego pracowników.

3.1.2. Kryterium uprzedniego związania z usługobiorcą stosunkiem pracy

Drugi z wymienionych podziałów dotyczy zagadnienia uprzedniego związania usługodawcy lub zatrudnianych przez niego pracowników własnych z usługobiorcą stosunkiem pracy²⁴⁷. Także i on przypomina występujący w naukach o zarządzaniu podział na *substitution-based outsourcing* polegający na przekazaniu zewnętrznemu dostawcy obszaru, który dotychczas znajdował się w ramach struktury przedsiębiorstw²⁴⁸ i *abstention-based outsourcing* obejmujący przekazanie zadań, które

²⁴⁷ Stanowi to pewne uproszczenie prowadzonych tu rozważań.

²⁴⁸ Zob. K.M. Gilley, A. Rasheed, *Making more...*, s. 764-765.

dotychczas nie były realizowane wewnątrz struktury przedsiębiorstwa²⁴⁹. Z perspektywy prawa pracy, mniej istotne jest jednak to czy zadania były uprzednio wykonywane wewnątrz przedsiębiorstwa usługobiorcy, ale kto je wykonywał. Pomocnikami usługodawcy faktycznie realizującymi zadania na rzecz usługobiorcy mogą być albo byli pracownicy usługobiorcy, którzy wykonywali te zadania przed rozpoczęciem współpracy w ramach outsourcingu usług, albo pracownicy usługodawcy niezwiązani uprzednio stosunkami pracy z usługobiorcą.

Jak wynika z definicji T. Kopczyńskiego, outsourcing usług składa się z dwóch etapów. Pierwszy polega na wydzieleniu i przekazaniu zadań na podmiot zewnętrzny, drugi, na partnerskiej relacji, opartej na długookresowej umowie i mającej na celu podniesienie efektywności funkcjonowania przedsiębiorstwa²⁵⁰. W przypadku, gdy usługobiorca zatrudniał pracowników własnych dla realizacji zadań objętych zakresem outsourcingu usług, przygotowując się do rozpoczęcia współpracy z zewnętrznym usługodawcą może on podjąć decyzję o: rozwiązaniu stosunku pracy z pracownikami wykonującymi określone zadania, powierzeniu pracownikom wykonywania innego rodzaju pracy wewnątrz przedsiębiorstwa macierzystego lub kontynuowaniu z nimi współpracy na dotychczasowych zasadach, co jednak może doprowadzić do opisanego powyżej „błędu śmieciowej infrastruktury”.

Po zakończeniu fazy przygotowawczej, następuje pierwszy etap outsourcingu usług, który polega na przejściu przez usługodawcę zadań i funkcji. Może towarzyszyć mu także „przejęcie” pracowników pracodawcy macierzystego. Z perspektywy prawa pracy, pierwszy etap outsourcingu usług polegający na przejściu zadań i funkcji bez „przejęcia” pracowników rodzi pytania w odniesieniu do trybu jaki znajduje zastosowanie do rozwiązania umów o pracę osób dotychczas realizujących zadania zlecane na zewnątrz. Outsourcing usług, któremu towarzyszy „przejęcie” pracowników rodzi natomiast wątpliwość czy w danym stanie faktycznym doszło do przejścia zakładu pracy lub jego części. Technicznie, „przejęcie” pracowników może przebiegać dwojako: poprzez zawarcie przez kontrahentów porozumienia o „przejściu” pracowników lub poprzez rozwiązanie przez pracodawcę macierzystego stosunków pracy z pracownikami i nawiązanie stosunków pracę przez usługodawcę.

Drugi etap, polega na świadczeniu przez usługodawcę usług outsourcingu osobiście lub z pomocą pracowników własnych. Pracownicy usługodawcy dzielą się na dwie

²⁴⁹ Ibidem.

²⁵⁰ Zob. T. Kopczyński, *Outsourcing w zarządzaniu...*, s. 50.

grupy: pracowników uprzednio związanych z usługobiorcą stosunkiem pracy („przejętych” od tego podmiotu) lub pracowników, którzy nie byli z nim uprzednio związani. W przypadku outsourcingu usług świadczonych z pomocą pracowników własnych, analogicznie jak w przypadku outsourcingu usług świadczonych osobiście przez usługobiorcę największe wątpliwości praktyczne pojawiają się w odniesieniu do sytuacji związanych ze świadczeniem usług przez podmioty uprzednio zatrudniane przez usługobiorcę.

3.1.3. Kryterium rodzaju powiązań pomiędzy usługodawcą i usługobiorcą

Kolejny wątek rozważań opiera się na opisanym przez M. Trockiego podziale na outsourcing kapitałowy i kontraktowy. Outsourcing kapitałowy zachodzi, gdy podmiot zlecający oraz jednostka zewnętrzna należą do tej samej grupy kapitałowej, a jego konsekwencją jest powstanie holdingowej struktury²⁵¹. Outsourcing kontraktowy dotyczy natomiast współpracy gospodarczej pomiędzy samodzielnymi prawnie i niezależnymi podmiotami²⁵².

Zatrudnienie w ramach struktur powstałych w wyniku zastosowania outsourcingu kapitałowego tj. w grupie spółek (holdingu) wiąże się w praktyce z licznymi wątpliwościami prawnymi, zarówno w obszarze indywidualnego prawa pracy, np. problematyka delegowania pracownika do pracy w innych podmiotach należących do tożsamej grupy spółek, czy rozliczania czasu pracy w przypadku równoległego zatrudnienia w dwóch lub większej liczbie podmiotów wchodzących w skład jednej struktury, jak i zbiorowego prawa pracy, np. zagadnienie sporu zbiorowego w grupie spółek, czy zawierania w tego typu strukturze układów zbiorowych pracy lub innych zbiorowych porozumień normatywnych²⁵³. W praktyce najbardziej problematyczne okazują się sytuacje obchodzenia ochronnych przepisów prawa pracy przy użyciu outsourcingu kapitałowego, np. przepisów o pracy w godzinach nadliczbowych przy

²⁵¹ Zob. M. Trocki, *Outsourcing. Metoda restrukturyzacji...*, s. 28-29, 69; Zob. M. Kłos, *Outsourcing w polskich...*, s. 47.

²⁵² Zob. M. Trocki, *Outsourcing. Metoda restrukturyzacji...*, s. 28-29, 69.

²⁵³ Zob. M. Raczkowski, *Grupa spółek w świetle prawa pracy. Koncepcja pracodawców powiązanych*, Warszawa 2019 ; M. Raczkowski, *Pomijanie prawnej odrębności członków holdingu w indywidualnym prawie pracy*, cz. 2, PiZS 2016/9, s. 11-18; M. Raczkowski, *Holding jako pracodawca? Problemy indywidualnego prawa pracy w grupie spółek*, „Przegląd Prawa i Administracji” CXIII 2018/3844, doi: 10.19195/0137-1134.113.9 (dostęp: 22.03.2023 r.).

użyciu umowy cywilnoprawnej zawieranej przez pracownika z inną spółką grupy, w ramach której wykonuje on określone usługi na rzecz swojego pracodawcy. Praktyka ta wpisuje się w szersze zagadnienie nazwane nadużywaniem osobowości prawnej. Odpowiedzią judykatury na niektóre z problemów jaki się z nim wiążą stała się praktyka tzw. unoszenia zasłony korporacyjnej czy przebijania zasłony osobowości prawnej²⁵⁴. Pozwala ona, w określonych przypadkach, pominąć prawną odrębność członków holdingu lub grupy kapitałowej²⁵⁵. Wyjaśnił ją szerzej Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 18 września 2014 r.²⁵⁶, zgodnie z którym *istota omawianej instytucji (określanej również jako "pomijanie osobowości prawnej", "pomijanie prawnej odrębności osób prawnych" lub "przebijanie welonu korporacyjnego") na gruncie prawa pracy polega na tym, że rzeczywisty "właściciel" zakładu pracy doprowadza swoim działaniem (przekształcając odpowiednio struktury organizacyjne) do formalnego związania pracownika stosunkiem umownym z podmiotem od siebie uzależnionym i pozbawionym uprawnień "właścicielskich", co może prowadzić do obejścia prawa i uniknięcia zobowiązań wobec pracowników. Korzystanie przez "właściciela" ze swobody w kreowaniu osób prawnych (w szczególności dotyczy to przypadków zakładania spółek zależnych) niejednokrotnie prowadzi do negatywnych konsekwencji w stosunku do pozostałych uczestników obrotu prawnego, zwłaszcza wobec pracowników. Z tej też przyczyny - w celu realizacji funkcji ochronnej prawa pracy - zachodzi konieczność doboru odpowiednich instrumentów prawnych, które będą skutecznie przeciwdziałać takim niepożądanym (a czasami wręcz patologicznym) zjawiskom. W doktrynie wyrażono jednak pogląd, iż tylko niebudzące wątpliwości nierówne traktowanie w ramach grupy spółek w warunkach nadużycia osobowości prawnej (art. 8 k.p.) uprawniają do dokonywania porównania sytuacji płacowej w grupie spółek, a nie-co powinno być zasadą – u konkretnego pracodawcy²⁵⁷.*

Problematyka zatrudnienia w grupie spółek doczekała się już w doktrynie polskiego prawa pracy kompleksowego opracowania²⁵⁸, wykraczającego nawet zakresem rozważań

²⁵⁴ Zob. Uchwała SN z 16.06.2016 r., III UZP 6/16, LEX nr 2053819; Wyrok SN z 5.09.2017 r., II UK 365/16, LEX nr 2401069.

²⁵⁵ Zob. m.in. wyrok SN z 17.03.2015 r., I PK 179/14, LEX nr 1663396; wyrok SN z 15.03.2016 r., II PK 24/15, LEX nr 2019610; wyrok SN z 8.07.2015 r., II PK 282/14, LEX nr 1771522.

²⁵⁶ III PK 136/13, LEX nr 1554335.

²⁵⁷ M. Raczkowski, *Grupa spółek...*, s. 231; Zob. także M. Raczkowski, *Powiązania kapitałowe pracodawcy a stosunek pracy*, PiP 2009/3, s. 60 – 71; M. Raczkowski [w:] *Zatrudnieni i zatrudniający na aktualnym rynku pracy*, red. M. Gersdorf, Warszawa 2012, s. 61-63; 84-97.

²⁵⁸ Zob. M. Raczkowski, *Grupa spółek w świetle prawa pracy. Koncepcja pracodawców powiązanych*, Warszawa 2019.

poza granice outsourcingu kapitałowego. M. Raczkowski definiuje bowiem holding jako formę zgrupowania gospodarczego samodzielnych prawnie podmiotów utworzonego w celu realizacji wspólnych celów gospodarczych, w ramach którego występują zależności o charakterze osobowym lub kapitałowym²⁵⁹. Rozważania przedstawione w niniejszej rozprawie chciałabym poświęcić analizie z perspektywy prawnej zagadnienia outsourcingu kontraktowego, stanowiącego nadal istotną lukę badawczą. Warto jednak zaznaczyć, iż *de lege lata* w polskim prawie pracy nie istnieją jeszcze regulacje uzależniające sytuację prawną pracowników od rodzaju powiązań występujących pomiędzy usługodawcą a usługobiorcą²⁶⁰. Część rozważań dotyczących outsourcingu kapitałowego będzie miała zatem zastosowanie do outsourcingu kontraktowego.

3.1.4. Kryterium miejsca świadczenia usług

Kryterium miejsca świadczenia usług ma znaczenie dla skutków prawnopracowniczych korzystania z outsourcingu usług w dwóch wymiarach. Przede wszystkim determinuje podział na outsourcing krajowy i *offshoring*, a w konsekwencji prawo właściwe dla stosunków pracy. Wzmózona mobilność pracowników świadczących pracę w ramach globalnie rozproszonych zespołów w niektórych przypadkach współpracy outsourcingowej powoduje istotne trudności w tym zakresie²⁶¹. W przypadku outsourcingu krajowego, zagadnienie miejsca pracy ma istotne znaczenie w sytuacji oddelegowania pracownika usługodawcy do świadczenia pracy w zakładzie pracy usługobiorcy, co będzie objęte zakresem rozważań zawartych w dalszej części wyводу. Co do zasady jednak nie sposób pominąć faktu, iż w dobie coraz powszechniejszego stosowania pracy zdalnej, znaczenie podziałów dotyczących miejsca świadczenia pracy stopniowo maleje.

3.2. Outsourcing usług a praktyki rynkowe o zbliżonej naturze

²⁵⁹ Zob. M. Raczkowski, *Grupa spółek...*, s. 36.

²⁶⁰ Zob. M. Raczkowski, *Grupa spółek...*, s. 84.

²⁶¹ Zob. art. 8 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z 17.06.2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I), (Dz. U. UE. L. z 2008 r. Nr 177, str. 6 z późn. zm.).

Outsourcing pracowniczy²⁶², outsourcing personalny²⁶³, outsourcing funkcji personalnej²⁶⁴, outsourcing kadrowo-płacowy²⁶⁵, zatrudnienie zewnętrzne²⁶⁶, leasing, wypożyczanie i wynajem pracowników bądź ich grup (ang. *body leasing* i *team leasing*), *secondment* czy subkontrakt²⁶⁷ to jedynie część pojęć używanych w obrocie dla określenia konstrukcji outsourcingu zastosowanej do obszaru HR. Precyzyjne rozgraniczenie zakresu znaczeniowego wymienionych pojęć następuje z trudnością. Główne nurty interpretacji prowadzą do utożsamiania ich z zatrudnieniem zewnętrznym obejmującym korzystanie z pracy pracowników tymczasowych oraz samozatrudnionych²⁶⁸, jak również ze świadczeniem usług polegających na wynajęciu, udostępnieniu, oddelegowaniu bądź leasingu pracowników²⁶⁹.

Pojęcie subkontraktu definiuje, powołując się na literaturę francuską²⁷⁰, D. Makowski jako sytuację gdy *peuue prae, mające charakter peryferyjny i niewchodzące w zakres działalności podstawowej pracodawcy, są powierzone do wykonania innym podmiotom (prae te mogą dotyczyć np. obsługi w dziedzinie informatyki, ochrony mienia, czynności porządkowych, doradztwa prawnego, transportu)*²⁷¹. W tłumaczeniu na język polski wydaje się, iż subkontrakt należałoby uznać za „umowę podwykonawstwa pracy”. Pojęcie to pozostaje w związku z wykształconym w Wielkiej Brytanii pojęciem „kontraktowania pracy²⁷² na zewnątrz” (*contracting out*) polegającym na korzystaniu z pracy

²⁶² Zob. w judykaturze m.in. wyrok SN z 27.01.2016 r., I PK 21/15, LEX nr 1975836; wyrok SN z 2.10.2019 r., II UK 103/18, LEX nr 2751810; wyrok SN z 18.06.2019 r., I UK 159/18, LEX nr 2684741; w doktrynie: M. Raczkowski, *Outsourcing pracowniczy...*, s. 353-355; B. Antczak [w:] *Jurisprudencja 19. Zatrudnienie tymczasowe jako nietypowa forma świadczenia pracy*, red. T. Duraj, Łódź 2022, s. 207-215.

²⁶³ Zob. m.in. E. Bąk, *Elastyczne...*, Legalis.

²⁶⁴ Zob. m.in. M.F. Cook, *Outsourcing funkcji personalnej*, Kraków 2003; A. Grześ, *Outsourcing w kształtowaniu...*, s. 158-159; A. Davy, *Międzynarodowy outsourcing...*, s. 103; W. Robaczyński, *Umowa outsourcingu...*, s. 486.

²⁶⁵ Zob. m.in. wyrok SN z 8.02.2017 r., I PK 72/16, LEX nr 2268316; wyrok SA w Krakowie z 5.11.2015 r., III AUa 1821/14, LEX nr 1927539; wyrok SA w Białymstoku z 2.12.2015 r., III AUa 569/15, LEX nr 1960699.

²⁶⁶ Zob. A. Miętek, *Zatrudnienie zewnętrzne a swoboda umów stron stosunku pracy – analiza zjawiska*, MOPR 2015/10, Legalis.

²⁶⁷ R. Trzeciakowski, *Prawne uwarunkowania oraz formy zatrudnienia w podmiotach sektora publicznego i w działalności gospodarczej* [w:] *Prawo gospodarcze – zagadnienia wybrane 2016*, wyd. 1, red. M. Bidziński, D. Jagiełło, Legalis.

²⁶⁸ Zob. T. Kopczyński, *Outsourcing w zarządzaniu...*, s. 89-93.

²⁶⁹ Zob. M. Wesołowska, *Restrukturyzacja przedsiębiorstwa...*, s. 149.

²⁷⁰ V. Baudet, S. Delacroix, *Travail temporaire*, dodatek do „*Liasons Sociales*” z 19.02.1999 r., nr 1285, s. 9; cyt. za D. Makowski, *Praca tymczasowa jako nietypowa forma zatrudnienia*, Warszawa 2006, s. 34.

²⁷¹ D. Makowski, *Praca tymczasowa...*, s. 34.

²⁷² W literaturze polskiej pojęciem kontraktowania pracy posługuje się E. Kryńska. Zob. *Kontraktowanie pracy* [w:] *Europeizacja polskiego prawa pracy*, red. naukowa W. Sanetra, Warszawa 2004, s. 110-11.

zewnętrznych dostawców oraz pracowników niezrzeszonych w związkach zawodowych²⁷³. Oba terminy opierają się na zewnętrznych dostawach dóbr i usług, zatem w przytoczonym powyżej rozumieniu należałoby uznać je za pokrewne względem pojęcia outsourcingu.

Popularna w praktyce obrotu usługa *secondmentu* polega natomiast na zatrudnieniu, a następnie tymczasowym oddelegowywaniu (wypożyczeniu) specjalistów, ekspertów czy menadżerów do realizacji konkretnego zadania czy bardziej złożonego projektu²⁷⁴. *Secondment* może odbywać się w ramach danej organizacji (wypożyczenie pracownika do innego działu), bądź do innej firmy²⁷⁵. (...) *Secondment* nazywany jest inaczej *outsourcingiem personalnym* i jest formą pośrednią pomiędzy usługą pracy tymczasowej i *outsourcingiem*²⁷⁶. *Secondment* może być krótko- lub długoterminowy, co oznacza, że może trwać od ok. 3 miesięcy do 1 roku – choć bywa, że i dłużej²⁷⁷. W tłumaczeniu na język polski *secondment* oznacza „oddelegowanie”. Bazując na przytoczonej definicji, należałoby uznać, iż co do zasady *secondment* nie spełnia przesłanki długotrwałości oraz ciągłości, charakterystycznej dla outsourcingu. Rodzajem outsourcingu usług byłby zatem jedynie *secondment* realizowany długoterminowo i niepowiązany ściśle z określonym projektem, a ze świadczeniem usługi określonego rodzaju.

Outsourcing usług kadrowo-płacowych polega na zleceniu na zewnątrz wykonywania czynności administracyjnych związanych z zatrudnianiem pracowników²⁷⁸. W orzecznictwie bywa utożsamiany z tzw. „pozornym outsourcingiem pracowniczym” polegającym na przejęciu przez nowy podmiot samych pracowników, bez przejęcia zadań i substancji majątkowej²⁷⁹, co moim zdaniem stanowi błędny sposób interpretacji tego pojęcia. Outsourcing usług kadrowo-płacowych nie ma bowiem na celu

²⁷³ Zob. Z.E. Clayson, J.L. Halpern, *Changes in the Workplace: Implications for Occupational Safety and Health*, „Journal of Public Health Policy” 1983/3, t. 4, s. 282, <http://www.jstor.com/stable/3342110> (dostęp: 13.10.2020 r.).

²⁷⁴ M. Rzewuska, *Secondment – nowa forma zatrudnienia na rynku pracy w branży inżynierskiej i technologicznej*, <https://www.prawo.pl/kadry/secondment-nowa-forma-zatrudnienia-na-ryнку-pracy-w-branży-inżynierskiej-i-technologicznej,271517.html> (dostęp: 19.02.2023 r.).

²⁷⁵ Ibidem.

²⁷⁶ Ibidem.

²⁷⁷ Ibidem.

²⁷⁸ Zob. M.M. Stuss, *Payrolling jako narzędzie rozwoju zarządzania zasobami ludzkimi we współczesnych przedsiębiorstwach*, cz. 2, „Ekonomiczne Problemy Usług” 2009/44, s. 276-277, https://bazhum.muzhp.pl/media/files/Ekonomiczne_Problemy_Uslug/Ekonomiczne_Problemy_Uslug-r2009-t-n44_cz_2-s275-281/Ekonomiczne_Problemy_Uslug-r2009-t-n44_cz_2-s275-281.pdf (dostęp: 20.02.2023 r.).

²⁷⁹ Zob. wyrok SA w Katowicach z 10.01.2019 r., III AUa 1162/18, LEX nr 2623264; wyrok SA w Katowicach z 31.01.2019 r., III AUa 1238/18, LEX nr 2635181.

„przejęcia” pracowników tj. dokonania zmiany podmiotowej po stronie pracodawczej i „oddania ich do dyspozycji”, ale świadczenie usług w zakresie realizacji administracyjnych obowiązków pracodawcy będącego również płatnikiem, np. prowadzenia dokumentacji pracowniczej czy prawidłowego obliczenia wysokości wynagrodzeń, należnych składek na ubezpieczenie społeczne lub zaliczek na podatek dochodowy od osób fizycznych. W opisanym rozumieniu outsourcing kadrowo-płacowy stanowi jeden z obszarów tradycyjnie zleczanych na zewnątrz w ramach outsourcingu usług pierwszej generacji.

3.3. Outsourcing pracowniczy jako szczególny podtyp outsourcingu usług

Najwięcej wątpliwości na gruncie prawa pracy budzi wieloznaczne pojęcie „outsourcingu pracowniczego”. Moim zdaniem, jego najpełniejszą definicję przedstawiono w wystąpieniu pokontrolnym Najwyższej Izby Kontroli²⁸⁰. Wyodrębniono w niej 3 warianty outsourcingu pracowniczego:

1. *zawieranie porozumienia z pracodawcą, na podstawie którego przejmowani byli jego pracownicy (w sposób formalny), a następnie delegowani do pracy u tego samego pracodawcy;*
2. *zatrudnianie pracowników uprzednio zwolnionych u pracodawcy, w celu ich delegowania do wykonywania pracy u dotychczasowego pracodawcy²⁸¹;*
3. *„wypożyczanie” swoich [usługodawcy – przyp. B.A.] pracowników, którzy nie byli uprzednio związani z pracodawcą²⁸².*

Przyglądając się definicji stworzonej przez NIK, także w przypadku outsourcingu pracowniczego dostrzec można wyraźnie podział na outsourcing dwuetapowy i jednoetapowy:

- 1) **dwuetapowy outsourcing pracowniczy- składa się z fazy „przejęcia” pracowników pracodawcy macierzystego przez usługodawcę oraz fazy oddania owych pracowników przez usługodawcę do**

²⁸⁰ Zob. Najwyższa Izba Kontroli, Departament Pracy, Spraw Społecznych i Rodziny, *Wystąpienie Pokontrolne...*, s. 4.

²⁸¹ Zob. Najwyższa Izba Kontroli, Departament Pracy, Spraw Społecznych i Rodziny, *Wystąpienie Pokontrolne...*, s. 4.

²⁸² Zob. Najwyższa Izba Kontroli, Departament Pracy, Spraw Społecznych i Rodziny, *Wystąpienie Pokontrolne...*, s. 4.

dyspozycji pracodawcy macierzystego (usługobiorcy) na podstawie umowy outsourcingu pracowniczego (wariant 1 i 2 wg definicji NIK);

- 2) **jednoetapowy** – składa się wyłącznie z fazy oddania przez usługodawcę pracowników własnych do dyspozycji usługobiorcy na podstawie umowy outsourcingu pracowniczego (wariant 3 wg definicji NIK).

Współpraca kontrahentów na drugim etapie outsourcingu pracowniczego różni się celem, jaki chce osiągnąć usługobiorca. W przypadku outsourcingu dwuetapowego usługobiorca (pracodawca macierzysty) chce nadal korzystać z pracy tych samych osób (byłych pracowników) zmieniając jedynie formę prawną współpracy. W przypadku outsourcingu jednoetapowego, usługobiorca chce natomiast „wypożyczyć cudzych pracowników” tj. pracowników usługodawcy, którzy nie byli z nim uprzednio związani stosunkami pracy.

Definicje outsourcingu pracowniczego wypracowane w doktrynie podzielić można zatem na te dotyczące outsourcingu jednoetapowego oraz dwuetapowego. Do pierwszej kategorii zakwalifikować należy definicje M. Mędrali i M. Raczkowskiego. M. Mędrała twierdzi, że *generalnie outsourcing polega na przeniesieniu pracowników z zewnętrznego, wyspecjalizowanego przedsiębiorstwa do pracodawcy, który potrzebuje siły roboczej*²⁸³. M. Raczkowski określa outsourcing pracowniczy jako *praktykę delegowania własnych pracowników do wykonywania pracy dla innego podmiotu, na terenie Polski*²⁸⁴. W obydwu definicjach punkt ciężkości postawiono na zapewnianiu pracowników usługobiorcy korzystającemu z outsourcingu pracowniczego.

Dwuetapowy wariant outsourcingu pracowniczego opisuje²⁸⁵ M. Chakowski, który uważa, że dotyczy on *kwestii związanych ze stanami faktycznymi, w których pracownicy zostali przejęci przez inny podmiot, a następnie wykonywali te same prace na rzecz uprzedniego pracodawcy, jednak już jako pracownicy podwykonawcy (firmy świadczącej usługi outsourcingu pracowniczego)*²⁸⁶. A. Patulski, zwraca uwagę na podobnie zakreślony katalog stanów faktycznych, w których *dotychczasowy pracodawca*

²⁸³ M. Mędrała, *Outsourcing pracowniczy...*, s. 186.

²⁸⁴ M. Raczkowski, *Outsourcing pracowniczy...*, s. 353.

²⁸⁵ Dwuetapowy outsourcing pracowniczy opisuje także E. Pachała zob. *Outsourcing – ryzyko z perspektywy prawa pracy*, MOPR 2021/2, s. 37.

²⁸⁶ M. Chakowski, *Umowy outsourcingu pracowniczego w praktyce polskich przedsiębiorstw* [w:] *Zatrudnienie w epoce postindustrialnej*, red. B. Godlewska-Bujok, K. Walczak, 2021, Legalis.

przekazuje część swojej działalności innej firmie, która specjalizuje się w przejmowaniu pracowników w trybie art. 23¹ k.p. w celu oddania ich do ponownej dyspozycji poprzedniego pracodawcy (chodzi tu m.in. o służby remontowe, straż przemysłową, usługi porządkowe i transportowe)²⁸⁷. Kwalifikuje je jako zjawisko polegające na łączeniu leasingu pracowników z instytucją tzw. outsourcingu kapitałowego²⁸⁸. Outsourcing kapitałowy, jak wskazano już powyżej, zachodzi jego zdaniem, gdy dotychczasowy pracodawca przekazuje część swojej działalności innej firmie, która specjalizuje się w świadczeniu określonych usług²⁸⁹, natomiast leasing pracowniczy wiąże się ze swoistym trójstronnym porozumieniem między dotychczasowym i nowym pracodawcą oraz pracownikiem, zawierającym na podstawie art. 174¹ § 1 k.p., które opisane zostanie szerzej w dalszej części rozważań²⁹⁰.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego outsourcing najczęściej definiowany jest przy użyciu definicji M. Trockiego tj. jako *przedsięwzięcie polegające na wydzieleniu ze struktury organizacyjnej przedsiębiorstwa macierzystego realizowanych przez nie funkcji i przekazaniu do realizacji innym podmiotom gospodarczym*²⁹¹, co sugerowałoby skoncentrowanie sądów jedynie na pierwszym etapie dwuetapowego outsourcingu. Najczęściej jednak zaraz po przytoczonej definicji pojawia się teza wyroku Sądu Najwyższego z dnia w wyroku z 27 stycznia 2016 r.²⁹², zgodnie z którą *cechą odróżniającą outsourcing pracowniczy od zatrudnienia pracowników własnych lub też świadczenia pracy przez pracowników tymczasowych jest brak bezpośredniego i stałego podporządkowania (zarówno prawnego i faktycznego) wykonawców w stosunku do podmiotu (insourcera), u którego takie usługi lub praca są wykonywane*²⁹³. Zacytowana teza wyraźnie odnosi się już do drugiego etapu współpracy w ramach outsourcingu pracowniczego.

²⁸⁷ A. Patulski, *Nietypowe formy...*, s. 129; zob. także A. Patulski, G. Orłowski, *Ewolucja...*, Legalis .

²⁸⁸ A. Patulski, *Nietypowe formy...*, s. 129 zob. także A. Patulski, G. Orłowski, *Ewolucja...*, Legalis.

²⁸⁹ A. Patulski, *Nietypowe formy...*, s.129.

²⁹⁰ Ibidem, s. 126.

²⁹¹ Postanowienia SN z 11.05.2021 r.: I USK 41/21, LEX nr 3252651; I USK 42/21, LEX nr 3177815; I USK 45/21, LEX nr 3177886; postanowienia SN z 22.04.2021 r.: I USK 43/21, LEX nr 3181963; I USK 44/21, LEX nr 3181919; postanowienie SN z 13.04.2021 r., I USK 6/21, LEX nr 3159922; wyrok SN z 28.01.2021 r., I USKP 4/21, LEX nr 3113282.

²⁹² I PK 21/15, LEX Nr 1975836.

²⁹³ Postanowienia SN z 11.05.2021 r.: I USK 41/21, LEX nr 3252651; I USK 42/21, LEX nr 3177815; I USK 45/21, LEX nr 3177886; postanowienia SN z 22.04.2021 r.: I USK 43/21, LEX nr 3181963; I USK 44/21, LEX nr 3181919; postanowienie SN z 13.04.2021 r., I USK 6/21, LEX nr 3159922; wyrok SN z 28.01.2021 r., I USKP 4/21, LEX nr 3113282.

Sądowe rozstrzygnięcia odnoszą się w większości do tzw. „pozornego outsourcingu pracowniczego” polegającego na instrumentalnym wykorzystaniu dwuetapowego outsourcingu pracowniczego w celu osiągnięcia optymalizacji podatkowej lub składkowej²⁹⁴. W Sprawozdaniu z działalności Państwowej Inspekcji Pracy za rok 2018 *outsourcing „pozorowany” określono jako sytuację, gdy pracodawca tylko formalnie przestaje być pracodawcą dla pracowników przejmowanych przez firmę outsourcingową, faktycznie jednak nadal decyduje o zakresie zadań i obowiązków pracowniczych, sprawując bieżący nadzór nad pracownikami i realizując dużą część obowiązków związanych z ich zatrudnieniem*²⁹⁵. Opisany problem zaistniał w praktyce w sprawach dotyczących tzw. „pozornego” outsourcingu pracowniczego²⁹⁶. Pojęcie to ukute zostało w orzecznictwie sądowym dla określenia niezgodnych z prawem praktyk nakierowanych na uniknięcie obowiązków ciążących na pracodawcy jako płatniku składek z tytułu ubezpieczeń społecznych oraz płatniku zaliczek na podatek dochodowy. Działanie owego mechanizmu opisano w wystąpieniu pokontrolnym NIK: *Podmioty z Grupy Spółek [usługodawcy – przyp. B.A.], (...) przedstawiały przedsiębiorcom ofertę współpracy, przedmiotem której była usługa przejścia pracowników w formie tzw. outsourcingu pracowniczego. Podstawowym elementem oferty, która miała skłonić przedsiębiorców do skorzystania z niej, miała być „ulga” w świadczeniach z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne i podatków należnych budżetowi państwa. Przedsiębiorcy, którzy skorzystali z tej oferty, po zawarciu umów z jednym z podmiotów z Grupy Spółek, w trybie art. 23¹ Kodeksu pracy wysyłali do ZUS dokumenty wyrejestrowujące pracowników z ubezpieczeń. Podmioty z Grupy Spółek, mimo iż zarejestrowały w ZUS pracowników wyrejestrowanych przez przedsiębiorców, nie odprowadzały jednak z tego tytułu należnych ZUS składek na ubezpieczenia społeczne oraz stosownych podatków do urzędów skarbowych*²⁹⁷.

Rzekoma ulga sięgała zazwyczaj około 40% łącznych kosztów pracy²⁹⁸, stanowiąc w rzeczywistości kwotę zbliżoną do wartości nieuiszczonych należności

²⁹⁴ Zob. postanowienie SN z 29.06.2022 r., I USK 405/21, LEX nr 3477815.

²⁹⁵ *Sprawozdanie z działalności Państwowej Inspekcji Pracy w 2018 roku*, Warszawa 2019, <https://www.pip.gov.pl/pl/o-urzedzie/sprawozdania-z-dzialalnosci>, s. 92 (dostęp: 20.02.2023 r.).

²⁹⁶ Zob. m.in. wyrok SN z 2.10.2019 r., II UK 103/18, LEX nr 2751810; wyrok SN z 27.01.2016 r., I PK 21/15, LEX nr 1975836.

²⁹⁷ Najwyższa Izba Kontroli, Departament Pracy, Spraw Społecznych i Rodziny, *Wystąpienie Pokontrolne...*, s. 3.

²⁹⁷ Najwyższa Izba Kontroli, Departament Pracy, Spraw Społecznych i Rodziny, *Wystąpienie Pokontrolne...*, s. 3.

²⁹⁸ Zob. m. in. wyrok SN z 30.09.2020 r., I UK 51/19, LEX nr 3077394; zob. także wyrok SA w Białymstoku z 20.05.2014 r., III AUa 146/14, LEX nr 1480371.

publicznoprawnych. Według narracji Grupy Spółek pochodziła ona z dofinansowania otrzymywanego w ramach dopłat unijnych²⁹⁹, a także posiadanych względem Skarbu Państwa wierzytelności, które ZUS miałby usługodawcom potrącać właśnie ze składek ubezpieczeniowych³⁰⁰.

W istocie jednak rola usługodawców w „pozornym outsourcingu pracowniczym” polegała na pełnieniu funkcji pośredników finansowych, dokonujących wyłącznie technicznych operacji przelewów bankowych w granicach środków udostępnionych przez pracodawcę macierzystego³⁰¹. Jedyną zmianą, jaka zachodziła w stosunku do pracowników po przejściu do nowego pracodawcy było wypłacanie wynagrodzenia przez nowy podmiot, prowadzący dokumentację kadrowo-płacową³⁰². W rzeczywistości zarówno przed rozpoczęciem rzekomego procesu outsourcingu pracowniczego, jak i po jego zakończeniu zatrudnieni wykonywali taką samą pracę, za takim samym wynagrodzeniem i w tym samym miejscu pracy³⁰³.

Oferta była na tyle atrakcyjna, że według stanu na 26 listopada 2015 r. zadłużenie płatników składek, powiązanych z owym zjawiskiem wyniosło ogółem 41,3 mln zł, w tym wobec Funduszu Ubezpieczeń Społecznych – 30,4 mln zł³⁰⁴. W świetle danych Ministerstwa Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej za rok 2015 szacowana kwota na jaką został oszukany Skarb Państwa w wyniku zaistniałego incydentu wynosi ok. 180 mln zł³⁰⁵. W związku ze skalą procederu media okrzyknęły go „afery outsourcingową”³⁰⁶. Względem właściciela Grupy Spółek, o której mowa w Wystąpieniu Pokontrolnym NIK

²⁹⁹ Zob. P. Ciszak, *Oszustwo na 66 mln zł. 15 tys. pracowników bez składek ZUS, NIK miażdży organy państwa*, <https://www.money.pl/gospodarka/wiadomosci/arttykul/zus-outsourcing-pracowniczy-raportnik,146,0,2166418.html> (dostęp: 3.05.2021 r.); *NIK o tzw. outsourcingu pracowniczym*, <https://www.nik.gov.pl/aktualnosci/nik-o-tzw-outsourcingu-pracowniczym.html> (dostęp: 3.05.2021 r.).

³⁰⁰ D. Maciejasz, J. Sidorowicz, *Kasa płynie, omija ZUS*, <https://classic-1.wyborcza-1pl-1r4i217zq009b.han3.lib.uni.lodz.pl/archiwumGW/7688855/Kasa-plynie--omija-ZUS> (dostęp: 20.11.2021 r.).

³⁰¹ Zob. wyrok SN z 19.09.2018 r., I UK 210/17, LEX nr 2558652.

³⁰² Zob. wyrok SN z 18.06.2019 r., I UK 159/18, LEX nr 2684741; wyrok SN z 19.09.2018 r., I UK 210/17, LEX nr 2558652.

³⁰³ Zob. wyrok SN z 27.01.2016 r., I PK 21/15, LEX nr 1975836; postanowienie SN z 30.08.2018 r., I UZ 22/18, LEX nr 2538819.

³⁰⁴ Zob. Najwyższa Izba Kontroli, Departament Pracy, Spraw Społecznych i Rodziny, *Wystąpienie Pokontrolne...*, s. 14.

³⁰⁵ Zob. Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej, Departament Rynku Pracy, *Informacja o działalności agencji zatrudnienia w 2015 r.*, <https://psz.praca.gov.pl/documents/10828/2740811/Informacja%20Agencje%20Zatrudnienia%202015.pdf/c6875f91-7996-460c-84ec-b89a5c80011b?t=1462354092891>, s. 39 (dostęp: 3.05.2021 r.).

³⁰⁶ Zob. P. Ciszak, *Oszustwo na 66 mln zł. 15 tys. pracowników bez składek ZUS, NIK miażdży organy państwa*, <https://www.money.pl/gospodarka/wiadomosci/arttykul/zus-outsourcing-pracowniczy-raportnik,146,0,2166418.html> (dostęp: 3.05.2021 r.);

rozpoczęto postępowanie karne, oparte m.in. o zarzut oszustwa³⁰⁷. Naraziła także wielu przedsiębiorców korzystających z tego typu usług na odpowiedzialność karnoskarbową³⁰⁸. „Afera outsourcingowa” wymusiła także na ustawodawcy wprowadzenie zmian w przepisach o ubezpieczeniach społecznych³⁰⁹.

W judykaturze pojawiają się także orzeczenia dotyczące outsourcingu pracowniczego jednoetapowego. W wyroku z 2 października 2019 r. Sąd Najwyższy uznał, że *umowa outsourcingu w praktyce może przyjmować różne formy, np. tzw. outsourcing pracowniczy, czyli korzystanie z pracowników firmy zewnętrznej dla wykonywania określonych usług, co w aspekcie finansowym może stanowić korzystną alternatywę wobec zatrudniania własnych pracowników*³¹⁰. Inne formy outsourcingu występujące w obrocie mogą dotyczyć np. usług: informatycznych, księgowych, logistycznych, transportowych, obsługi administracyjnej czy marketingowych³¹¹. Na tle cytowanego orzeczenia rodzi się wątpliwość interpretacyjna w odniesieniu do wyrażenia „korzystanie z pracowników firmy zewnętrznej dla wykonywania określonych usług”. Nie jest bowiem jasne czy SN uznaje za przedmiot umowy outsourcingu pracowniczego „korzystanie z pracowników”, czy też „korzystanie z usług” świadczonych przez usługodawcę z ich pomocą, np. powołanych w dalszej części wyroku usług informatycznych czy księgowych. Wydaje się, iż intencją Sądu Najwyższego było wyróżnienie outsourcingu pracowniczego jako odrębnego rodzaju outsourcingu usług.

Outsourcing pracowniczy w wariantcie jednoetapowym stanowi pojęcie tożsame z anglojęzycznym terminem „*body leasing*”³¹², o którym mowa w wyroku SN z dnia 3 października 2017 r.³¹³ Sąd Najwyższy wyraził w nim pogląd,

³⁰⁷ Państwo przegrało z outsourcingiem pracowniczym, <https://www.rp.pl/kraj/art3243121-panstwo-przegralo-z-outsourcingiem-pracowniczym> (dostęp: 20.11.2021 r.).

³⁰⁸ Ł. Guza, *Nierzetelny outsourcing pracowników może mieć skutki karne*, DGP 2016/149.

³⁰⁹ Zob. m.in. zmiany wprowadzone Ustawą z 11.05.2017 r. o zmianie ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych oraz ustawy o zmianie ustawy – Kodeks pracy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1027); załącznik nr 25 do rozporządzenia Ministra Rodziny i Polityki Społecznej z 20.12.2020 r. w sprawie określenia wzorów zgłoszeń do ubezpieczeń społecznych i ubezpieczenia zdrowotnego, imiennych raportów miesięcznych i imiennych raportów miesięcznych korygujących, zgłoszeń płatnika składek, deklaracji rozliczeniowych i deklaracji rozliczeniowych korygujących, zgłoszeń danych o pracy w szczególnych warunkach lub o szczególnym charakterze, raportów informacyjnych, oświadczeń o zamiarze przekazania raportów informacyjnych, informacji o zawartych umowach o dzieło oraz innych dokumentów (Dz.U. poz. 2366 z późn. zm.).

³¹⁰ II UK 103/18, LEX nr 2751810.

³¹¹ II UK 103/18, LEX nr 2751810.

³¹² Pojęcia są tożsame, przyjmując definicję body leasingu przedstawioną przez Sąd Najwyższy w cytowanym wyroku. Zdaniem autorki pojęcie to można zdefiniować szerzej od pojęcia outsourcingu pracowniczego, gdyż na rynku wskazać można przykłady body leasingu, w który zaangażowani są nie pracownicy usługodawcy, lecz osoby samozatrudnione.

³¹³ II UK 488/16, LEX nr 2361596.

zgodnie z którym *umowa (...) nazywana "body leasing" (inaczej: outsourcing personalny, kompetencyjny), na mocy której jeden z podmiotów kieruje swoich pracowników do wykonywania pracy w innym podmiocie i otrzymuje za to wynagrodzenie, w rzeczywistości jest umową o świadczenie usług między podmiotami gospodarczymi - sprzedającym usługę (pracodawcą) i nabywcą usługi (podmiotem trzecim). (...) Przedmiotem obrotu gospodarczego, niezależnie od nazwy umowy, nie są pracownicy, ale ich praca*³¹⁴. W świetle zacytowanego wyroku, należałoby zatem doprecyzować definicję **outsourcingu pracowniczego określając go jako szczególnie podtyp outsourcingu usług, realizowanego na podstawie umowy o świadczenie usług outsourcingu, której przedmiot stanowi realizacja usługi polegającej na oddaniu pracowników własnych usługodawcy do dyspozycji usługobiorcy, w zamian za wynagrodzenie (outsourcing pracowniczy jednoetapowy). Rozpoczęcie współpracy w ramach outsourcingu pracowniczego poprzedzać może, choć nie musi, „przejęcie” przez usługodawcę pracowników usługobiorcy (outsourcing pracowniczy dwuetapowy).**

3.3.1. Outsourcing pracowniczy jako forma zatrudnienia zewnętrznego

Uznanie outsourcingu pracowniczego za podtyp outsourcingu usług budzi wątpliwości. Zarówno na gruncie nauk prawnych, jak i nauk o zarządzaniu, rysują się wyraźnie dwa poglądy co do relacji tych terminów. W myśl pierwszego, outsourcing pracowniczy to podtyp outsourcingu usług – jego zakres znaczeniowy zawiera się zatem w zakresie znaczeniowym pojęcia outsourcing. W myśl drugiego, outsourcing pracowniczy to pojęcie wykraczające poza zakres pojęcia outsourcingu, a w konsekwencji wewnętrznie sprzeczne.

A. Sobczyk uważa, że sam „outsourcing” sprowadza się już do świadczenia na rzecz innego podmiotu usługi wykonywanej przez pracowników własnych i podporządkowanych świadczącemu usługę³¹⁵. Zbliżony pogląd wyraża A. Miętek, która twierdzi, że zatrudnienie zewnętrzne, rozumiane jako korzystanie z pracy pracowników innego podmiotu, w ramach którego pracownik pozostaje do wyłącznej

³¹⁴ Cytowany fragment wyroku należałoby uznać za kontrowersyjny na gruncie aksjologii prawa pracy, o czym szerzej piszę w jednym z kolejnych podrozdziałów.

³¹⁵ A. Sobczyk, *Ustawa o zatrudnianiu pracowników tymczasowych. Komentarz*, Zakamycze 2005, art. 1, Legalis.

dyspozycji korzystającego, nie obejmuje typowego outsourcingu (*ang. outside-resource-using*), polegającego na wydzieleniu zadań dotychczas realizowanych samodzielnie przez podmiot A i przekazaniu ich podmiotowi zewnętrznemu B, wyspecjalizowanemu w działalności obejmującej przejęte zadania³¹⁶. Zdaniem autorki efektem końcowym wdrożenia outsourcingu nie jest, a przynajmniej nie powinno być, wykonywanie pracy przez pracowników jednego podmiotu na rzecz i pod kierownictwem innego³¹⁷. Zbliżone stanowisko zajął Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 czerwca 2021 r. Zdaniem SN w *przypadku typowego outsourcingu nie dochodzi do przekazania pracowników outsourcerowi, skoro ten podmiot dysponuje własnymi zasobami kadrowymi, które umożliwiają realizację powierzonych mu zadań. Wykonanie określonego zadania (usługi) odbywa się za pomocą zatrudnienia realizowanego "własnym kosztem" przez outsourcera (tzw. zatrudnienie zewnętrzne)*³¹⁸.

Udzielenie odpowiedzi na pytanie czy „outsourcing pracowniczy” stanowi pojęcie wykraczające poza zakres znaczeniowy samego terminu „outsourcing”, wymaga cofnięcia się do definicji outsourcingu przytoczonych w rozdziale pierwszym. W ich świetle outsourcing łączony jest z umową, na mocy której:

- 1) zarządzanie nakładem pracy³¹⁹ bądź procesem³²⁰ powierzone zostało zewnętrznemu dostawcy³²¹;
- 2) następuje przeniesienie pracy na zewnątrz (tj. poza organizację) połączone z przeniesieniem odpowiedzialności i uprawnień decyzyjnych³²²;
- 3) odbywa się przekazanie określonych funkcji i odpowiedzialności zarządczej do dyspozycji zewnętrznej jednostki organizacyjnej³²³.

W tym ujęciu outsourcing pracowniczy zdaje się wykraczać poza granice pojęcia outsourcingu. Zgodzić się zatem należy z twierdzeniem, że typowy outsourcing nie polega na oddawaniu pracowników do dyspozycji innego podmiotu.

Nieco liczniejsza pozostaje jednak grupa definicji, w myśl których, zakres znaczeniowy pojęcia outsourcingu obejmuje możliwość korzystania z usług

³¹⁶ A. Miętek, *Zatrudnienie...*, Legalis .

³¹⁷ Ibidem.

³¹⁸ I USKP 37/21, LEX nr 3363480.

³¹⁹ Zob. I. Oshri, J. Kotlarsky, L.P. Willcocks, *The Handbook of Global...*, s. 8.

³²⁰ Zob. cytowana już w rozdziale pierwszym K. Nowicka, *Outsourcing w zarządzaniu...*, s. 9.

³²¹ Zob. I. Oshri, J. Kotlarsky, L.P. Willcocks, *The Handbook of Global...*, s. 8.

³²² M.J. Power, K.C. Desouza, C. Bonifazi, *Outsourcing. Podręcznik...*, s. 19-20.

³²³ Zob. T. Kopczyński, *Outsourcing w zarządzaniu...*, s. 50.

„wypożyczenia” pracowników. W skład owej grupy wchodzi większość definicji określających outsourcing jako proces nabywania przez przedsiębiorstwo usług bądź produktów³²⁴. Składają się na nią również definicje ujmujące outsourcing jako *proces transferu zadań i funkcji na zewnętrzną jednostkę*³²⁵, w tym ciesząca się popularnością w polskiej judykaturze definicja M. Trockiego, który uznaje outsourcing za *przedsięwzięcie polegające na wydzieleniu ze struktury organizacyjnej przedsiębiorstwa macierzystego realizowanych przez nie funkcji i przekazaniu ich do realizacji innym podmiotom gospodarczym*³²⁶. W outsourcingu pracowniczym przekazywaną funkcją jest rozumiana kompleksowo funkcja personalna.

Outsourcing funkcji personalnej to popularny model współpracy w Stanach Zjednoczonych, w którym partner outsourcingowy przejmuje *obsługę prawnoadministracyjną, pozostając formalnym pracodawcą oddelegowanych pracowników*³²⁷. Stanowi on podtyp outsourcingu usług³²⁸, w ramach którego realizowana jest usługa „wypożyczenia pracowników” lub ich „leasingu”. *Firma leasingowa zobowiązuje się do udostępnienia klientowi, a on wyraża zgodę na wynajem od firmy leasingowej, pracowników na [określone – przyp. B.A.] stanowiska (...)*³²⁹. W przypadku leasingu pracowników klient zazwyczaj płaci podmiotowi leasingującemu pracowników stałe wynagrodzenie na pokrycie pensji pracowników oraz innych świadczeń pracowniczych, jak również koszty ogólne dla agencji. *Przedsiębiorstwo klienta nie ponosi odpowiedzialności za świadczenia takie jak ubezpieczenie zdrowotne, płatne urlopy, czy wynagrodzenia za czas gdy pracownik nie świadczy pracy*³³⁰. W szerokim rozumieniu pojęcie outsourcingu usług obejmuje zatem także podtyp, jakim jest outsourcing pracowniczy.

Moim zdaniem, w świetle wieloznaczności pojęcia „outsourcingu”, na płaszczyźnie terminologicznej nie można wykluczyć posługiwania się pojęciem „outsourcingu pracowniczego” dla określenia współpracy w ramach podtypu outsourcingu usług

³²⁴ Zob. J. Drzewiecki, *Outsourcing jako narzędzie...*, s. 87.

³²⁵ Zob. M.J. Mol, *Outsourcing: Design, Process...*, s. 5; E. Bukłaha, *Outsourcing w opiece...*, s. 77; K. B. Olsen, *Productivity Impacts...*, s. 6.

³²⁵ M.J. Mol, *Outsourcing: Design, Process...*, s. 5; na aspekt możliwości transferu pracowników do zewnętrznego dostawcy usług zwraca uwagę także E. Bukłaha, *Outsourcing w opiece...*, s. 77.

³²⁶ M. Trocki, *Outsourcing. Metoda restrukturyzacji...*, s. 13.

³²⁷ Zob. J. Drzewiecki, *Outsourcing jako narzędzie...*, s. 97.

³²⁸ Zob. C. von Hippel, *Operationalizing the Shadow Workforce. Toward an Understanding of the Participants in Nonstandard Employment Relationships* [w:] *The Shadow Workforce: Perspectives on Contingent Work in the United States, Europe and Japan*, red. S.E. Gleason, Kalamazoo 2006, s. 48.

³²⁹ M.F. Cook, *Outsourcing funkcji...*, s. 138.

³³⁰ Zob. von Hippel et al., *Operationalizing the Shadow...*, s. 48.

polegającego na korzystaniu z zewnętrznych zasobów ludzkich, tj. przekazaniu na zewnątrz funkcji personalnej w szerokim jej rozumieniu. Powstaje jednak pytanie czy pojęcie „zatrudnienie zewnętrzne” nie wyraża w sposób bardziej trafny prawnopracowniczych skutków tej współpracy.

Na gruncie prawa pracy pojęcie „zatrudnienia” obejmuje stosunki prawne, których przedmiotem jest wykonywanie określonej pracy zarobkowej na rzecz innego podmiotu³³¹. Zastosowanie go w odniesieniu do outsourcingu pracowniczego rodzi pytanie o to, czy można uznać, iż pracownik usługodawcy „pracuje na rzecz usługobiorcy”. Odpowiedź na nie wymaga zgłębienia pojęć „praca” oraz „wykonywanie pracy na rzecz”.

Zgodnie z dominującym poglądem, pojęciu pracy, przypisuje się neutralne znaczenie, co oznacza iż nie odnosi się ono jedynie do pracy wykonywanej w warunkach pracowniczego podporządkowania³³², lecz może być przedmiotem wielu stosunków prawnych³³³. Zgodnie z definicją zawartą w Słowniku Języka Polskiego praca stanowi *celową działalność człowieka zmierzająca do wytworzenia określonych dóbr materialnych lub kulturalnych*³³⁴. W naukach ekonomicznych bywa definiowana jako *zespół świadomych i celowych czynności człowieka, dzięki którym oddziałuje on na otaczającą go przyrodę, przekształca ją*³³⁵, a także jako *wysilek fizyczny i umysłowy człowieka potrzebny do wytwarzania dóbr i usług*³³⁶. T. Kotarbiński określił ją natomiast jako *wszelki splot czynów, mających charakter pokonywania trudności dla uczynienia zadość czyimś potrzebom istotnym*³³⁷.

Wąskie ujęcie „pracy” pojawia się na gruncie kodeksu pracy, gdzie rozumiana jest ona jako *działalność człowieka, polegająca na zarobkowym wykonywaniu na rzecz innej osoby czynności mających wartość materialną lub niematerialną, w sposób powtarzający się, z reguły w warunkach tzw. podporządkowania, tzn. pod kierownictwem podmiotu organizującego proces pracy (pracodawcy – art. 3)*³³⁸. Wąski sposób rozumienia pojęcia

³³¹ Zob. A. Kijowski, *Zakres swobody pracodawcy w korzystaniu z zatrudnienia cywilnoprawnego* [w:] *Prawo pracy a wyzwania XXI wieku. Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego*, red. M. Matej-Tyrowicz, L. Nawacki, B. Wagner, Warszawa 2002, s. 217.

³³² Zob. A. Sobczyk, *Prawo pracy w świetle Konstytucji RP. Tom I. Teoria publicznego i prywatnego indywidualnego prawa pracy*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 46.

³³³ Zob. K. Rączka, *Stosunek pracy a cywilnoprawne umowy o świadczenie pracy*, PiZS 1996/11, s. 39.

³³⁴ Słownik języka polskiego, <https://sjp.pwn.pl/szukaj/praca.html> (dostęp: 24.10.2021 r.); zob. też wyrok NSA z 22.01.2010 r., II OSK 1834/09, LEX nr 579719.

³³⁵ R. Milewski, E. Kwiatkowski, *Podstawy ekonomii*, wyd. III zmienione, Warszawa 2005, s. 6.

³³⁶ N.G. Mankiw, M.P. Taylor, *Mikroekonomia*, wyd. II zmienione, Warszawa 2015, s. 26.

³³⁷ T. Kotarbiński, *Traktat o dobrej robocie*, Wrocław – Warszawa 1975, s. 80.

³³⁸ G. Goździewicz, T. Zieliński [w:] *Kodeks pracy...*, LEX, art. 1.

„praca” postuluje także A. Sobczyk, który wyraźnie rozgranicza pojęcie „pracy” i „usługi”. Autor twierdzi, iż *pojęcie pracy jawi się jako skierowane do wewnątrz (dla siebie lub do organizacji) podczas gdy pojęcie „usługa” skierowane jest na zewnątrz (do klienta)*³³⁹. *Osoba pracująca pracuje „na własny rachunek” lub „na rzecz pracodawcy”*³⁴⁰. *Pracownik nie pracuje dla klientów, lecz świadczy dla nich usługi w imieniu zatrudniającego go podmiotu*³⁴¹. Nieco inny podział proponuje P. Czarnecki rozróżniając „wykonywanie pracy” od jej „świadczenia”³⁴². Zdaniem autora *wykonanie określonej pracy jest często niezbędne, aby zrealizować zobowiązanie wynikające z umowy cywilnoprawnej (np. umowy o dzieło lub umowy o świadczenie usług)*³⁴³. *O świadczeniu pracy można zaś mówić wtedy, gdy dana osoba oddaje pod czyjeś kierownictwo swoją zdolność wytwarzania usług czy dzieł*³⁴⁴

Co do zasady zatem, nie ma przeszkód aby stwierdzić, iż w ramach outsourcingu usług pracownik wykonuje pracę. Pozostaje jednak pytanie, na czyją rzecz owa praca jest wykonywana. Pojęcie „wykonywania pracy na rzecz” pojawia się na gruncie art. 22§ 1 k.p. definiującego stosunek pracy, lecz w toku interpretacji tego przepisu poświęca mu się stosunkowo niewiele uwagi. Burzliwa dyskusja doktrynalna na temat opisywanego wyrażenia toczy się natomiast w odniesieniu do art. 8 ust. 2a u.s.u.s.³⁴⁵, który także zawiera je w swojej treści. Jak słusznie zauważa M.J. Zieliński, choć w prawie ubezpieczeń społecznych, określone pojęcia mogą mieć charakter autonomiczny, w tym przypadku przyjęć należy wykładnię przedmiotowego zwrotu w sposób tożsamy do jego wykładni w prawie pracy³⁴⁶. Dyskurs prowadzony na gruncie prawa ubezpieczeń społecznych może zatem posłużyć pomocniczo dla odnalezienia znaczenia wyrażenia w odniesieniu do art. 22 § 1 k.p.

Zgodnie z art. 8 ust. 2a u.s.u.s. *za pracownika, w rozumieniu ustawy, uważa się także osobę wykonującą pracę na podstawie (...) umowy o świadczenie usług, do której*

³³⁹ A. Sobczyk, *Podmiotowość pracy i towarowość usług. Analiza prawna*, Kraków 2018, s. 38.

³⁴⁰ Ibidem.

³⁴¹ Ibidem.

³⁴² P. Czarnecki, *Ubezpieczenie społeczne – dodatkowe zatrudnienie cywilnoprawne (art. 8 ust. 2a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych) – prawo pracy – pracodawca organizacyjny i właścicielski – holding. Glosa do uchwały SN z dnia 16 czerwca 2016 r., III UZP 6/16, LEX.*

³⁴³ Ibidem.

³⁴⁴ Ibidem.

³⁴⁵ Ustawa z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1009).

³⁴⁶ Zob. M. J. Zieliński, *Kontrowersje wokół wykonywania pracy na rzecz własnego pracodawcy w rozumieniu art. 8 ust. 2a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych a zgodność tego przepisu z Konstytucją RP* [w:] *Przeгляд Prawa i Administracji*. Tom CXIII, red. A. Górnicz-Mulcahy, Wrocław 2018, s. 176.

zgodnie z *Kodeksem cywilnym stosuje się przepisy dotyczące zlecenia, albo umowy o dzieło, jeżeli umowę taką zawarła z pracodawcą, z którym pozostaje w stosunku pracy, lub jeżeli w ramach takiej umowy wykonuje pracę na rzecz pracodawcy, z którym pozostaje w stosunku pracy.* U źródeł opisywanej instytucji leży m.in. zagadnienie ochrony pracowników przed skutkami fluktuacji podmiotowej po stronie zatrudniających w trakcie procesu świadczenia pracy, polegającej na przekazywaniu pracowników przez macierzystego pracodawcę innym podmiotom (podwykonawcom), którzy zatrudniają tychże pracowników w ramach umów cywilnoprawnych w ogóle nieobjętych obowiązkiem ubezpieczeń społecznych (umowa o dzieło) lub zwolnionych z tego obowiązku w zbiegu ze stosunkiem pracy (umowa agencyjna, zlecenia lub inna umowa o świadczenie usług, do której stosuje się przepisy o zleceniu)³⁴⁷. Wszystko to zaś ma na celu obniżenie kosztów zatrudnienia przez zastąpienie "oskładkowanego" wynagrodzenia za pracę "nieoskładkowanym" wynagrodzeniem za wykonanie dzieła lub za wykonanie usług³⁴⁸. W praktyce oznacza to, że opisywana norma stanowi odpowiedź ustawodawcy na zjawisko obchodzenia norm prawa pracy przy użyciu outsourcingu kapitałowego³⁴⁹. Najczęściej spotykanym w praktyce mechanizmem jest wspomniane już powyżej obchodzenie przepisów o pracy w godzinach nadliczbowych poprzez zawieranie umowy na podwykonawstwo określonej pracy ze spółką powiązaną, która do wykonania tej pracy na rzecz pracodawcy macierzystego zatrudniała jego pracownika. Wprowadzenie art. 8 ust. 2a u.s.u.s. miało uczynić tego rodzaju działania mniej opłacalnym.

Norma budzi kontrowersje³⁵⁰, oraz uzasadnioną krytykę doktrynalną³⁵¹. W istocie bowiem rozszerza pojęcie pracownika dla celów ubezpieczeń społecznych poza sferę

³⁴⁷ Zob. uchwała SN z 2.09.2009 r., II UZP 6/09, LEX nr 514221 oraz wyroki SN: z 5.11.2012 r., I UK 5/12, LEX nr 1222140; z 14.01.2010 r., I UK 252/09, LEX nr 577824; z 2.02.2010 r., I UK 259/09, LEX nr 585727 oraz z 18.10.2011 r., III UK 22/11, LEX nr 1227536.

³⁴⁸ Wyrok SN z 7.02.2017 r., II UK 693/15, LEX nr 2238708.

³⁴⁹ Zob. wyrok SA w Białymstoku z 28.02.2020 r., III AUa 981/19, LEX nr 2977210; postanowienie SN z 27.11.2018 r., I PK 248/17, LEX nr 2583114.

³⁵⁰ Zob. M. Raczkowski, *Zatrudnienie pracownika u kontrahenta pracodawcy [w:] Umowy cywilnoprawne w ubezpieczeniach społecznych*, red. M. Szablowska-Juckiewicz, M. Wałachowska, J. Wantoch-Rekowski, Warszawa 2015, s. 362-373.

³⁵¹ Zob. Z. Kubot, *Kryterium płatnika składek w aspekcie sporu o wykładnię art. 8 ust. 2a tzw. ustawy systemowej*, MOPR 2020/11, s. 15; Z. Kubot, *Konstrukcja uznania za pracownika czy konstrukcja szerokiego rozumienia pojęcia pracownika na gruncie ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych*, MOPR 2021/2, s. 25; A. Kijowski, *Zakres swobody pracodawcy w korzystaniu z zatrudnienia cywilnoprawnego [w:] Prawo pracy a wyzwania XXI wieku. Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego*, red. M. Matej-Tyrowicz, L. Nawacki, B. Wagner, Warszawa 2002, s. 218.

*stosunku pracy*³⁵². Wobec braku kompleksowej, prawnopracowniczej regulacji poświęconej zagadnieniu nadużywania podmiotowości prawnej *ustawodawca instrumentalnie potraktował prawo ubezpieczeń społecznych, realizując cele dotyczące funkcji ochronnej prawa pracy*³⁵³. Rozwiązanie to stanowi jedynie fragmentaryczną próbę poradzenia sobie przez prawo ubezpieczeń społecznych z wybranymi skutkami problemu mającego swoje źródło w prawie pracy.

Nie wchodząc jednak w szczegóły rozważań na temat zasadności przyjętego przez ustawodawcę sposobu tworzenia norm prawa ubezpieczeń społecznych, należy stwierdzić, iż użyty w art. 8 ust. 2a u.s.u.s. zwrot *"działać na rzecz"* użyty został w innym znaczeniu, niż w języku prawa, w którym działanie *"na czyją rzecz"* może się odbywać w wyniku istnienia określonej więzi prawnej (stosunku prawnego). Stosunkiem prawnym charakteryzującym się działaniem na rzecz innego podmiotu jest stosunek pracy, do którego istotnych cech należy działanie na rzecz pracodawcy (art. 22 k.p.). Również wykonujący zlecenie *"działa na rzecz zleceniodawcy"* (art. 734 i n. k.c.). W kontekście przepisu art. 8 ust. 2a u.s.u.s. zwrot ten opisuje zatem sytuację faktyczną, w której należy zastosować konstrukcję uznania za pracownika. Jest nią istnienie trójkąta umów, tj. umowy o pracę, umowy zlecenia między pracownikiem, a osobą trzecią i umowy o podwykonawstwo między pracodawcą i zleceniodawcą. Pracodawca w wyniku umowy o podwykonawstwo przejmuje w ostatecznym rachunku rezultat pracy wykonanej na rzecz zleceniodawcy, przy czym następuje to w wyniku zawarcia umowy zlecenia/świadczenia usług z osobą trzecią oraz zawartej umowy cywilnoprawnej między pracodawcą i zleceniodawcą³⁵⁴.

Sytuację określoną w art. 8 ust. 2a u.s.u.s. różni zatem od współpracy w ramach outsourcingu usług fakt, iż opiera się ona na trzech, a nie na dwóch, umowach. Pracownik równocześnie jest bowiem stroną dwóch stosunków prawnych – stosunku pracy wiążącego go z pracodawcą oraz stosunku cywilnoprawnego wiążącego go z podmiotem trzecim (podwykonawcą pracodawcy). Oba modele łączy natomiast fakt zawłaszczania efektów pracy pracownika przez inny podmiot niż ten, z którym pracownik zawarł umowę, na podstawie której dany zakres pracy jest wykonywany.

³⁵² Zob. M. Zagórski, *Korzystanie przez pracodawcę z usług podmiotu zewnętrznego, który zatrudnia jego pracowników*, „Biuletyn Instytutu Studiów Podatkowych” 2020/6, Legalis.

³⁵³ P. Prusinowski, *Obowiązek zapłaty składek a definicja pracownika w prawie ubezpieczeń społecznych*, MOPR 2011/6, s. 291.

³⁵⁴ Wyrok SA w Gdańsku z 18.12.2012 r., III AUa 1031/12, LEX nr 1254347.

W orzecznictwie, za utrwalony należy uznać pogląd, zgodnie z którym *"praca wykonywana na rzecz pracodawcy" to praca, której rzeczywistym beneficjentem jest pracodawca, niezależnie od formalnej więzi prawnej łączącej pracownika z osobą trzecią*³⁵⁵. Oznacza to, że (...) wystarczającą przesłanką zastosowania art. 8 ust. 2a *in fine* ustawy systemowej jest korzystanie przez pracodawcę z wymiernych rezultatów pracy swojego pracownika, wynagradzanego przez osobę trzecią ze środków pozyskanych od pracodawcy na podstawie umowy łączącej pracodawcę z osobą trzecią³⁵⁶. Opisywana norma opiera się na zasadzie, zgodnie z którą obowiązki płatnika powinny bowiem obciążać podmiot, na rzecz którego praca w ramach umowy cywilnoprawnej jest faktycznie świadczona i który w związku z tym uzyskuje jej rezultaty, unikając obciążeń i obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy³⁵⁷.

Nieco większą różnorodność sposobów interpretacji „wykonywania pracy na rzecz” odnaleźć można w doktrynie. P. Czarnecki uważa, że można wyróżnić węższe i szersze rozumienie tego zwrotu³⁵⁸. Ujęcie węższe nawiązuje do organizacyjnego aspektu wykonywania pracy³⁵⁹. Wydaje się że po części odnosi się do niego Sąd Najwyższy w treści cytowanego już powyżej wyroku z dnia 7 lutego 2017 r., zgodnie z którym *chodzi o to, że w zorganizowanym procesie pracy u pracodawcy, pojawia się osoba trzecia jako sprzedawca usług (dzieła), a usługi te wykonują pracownicy zatrudnieni przez pracodawcę*³⁶⁰. Ujęcie szersze wiąże się natomiast z odnoszeniem ekonomicznych korzyści płynących z pracy wykonywanej przez daną osobę³⁶¹. Uznać można, że w tym ujęciu posługiwał się analizowanym terminem Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 17 stycznia 2019 r., w którym stanął na stanowisku, że kryje się pod nim *możliwość wykorzystania przez pracodawcę w przyszłości korzyści pośrednich, będących efektem pracy pracownika*³⁶². Ostatecznie autor staje na stanowisku, że *regulacja art. 8 ust. 2a in fine* ustawy systemowej nawiązuje do aspektu organizacyjnego wykonywania pracy, który wiąże z sytuacją, gdy w chwili, kiedy praca była wykonywana, ubezpieczona [pracownik

³⁵⁵ Zob. postanowienie SN z 27.01.2022 r., II USK 402/21, LEX nr 3394850 oraz wyrok SN z 7.02.2017 r., II UK 693/15, LEX nr 2238708.

³⁵⁶ Zob. wyrok SN z 7.02.2017 r., II UK 693/15, LEX nr 2238708; wyrok SN z 3.10.2017 r., II UK 488/16, LEX nr 2361596.

³⁵⁷ Wyrok SN z 18.10.2011 r., III UK 22/11, LEX nr 1227536.

³⁵⁸ P. Czarnecki, *Ubezpieczenie społeczne...*, s. 66.

³⁵⁹ Ibidem.

³⁶⁰ Zob. wyrok SN z 7.02.2017 r., II UK 693/15, LEX nr 2238708.

³⁶¹ P. Czarnecki, *Ubezpieczenie społeczne...*, s. 66.

³⁶² Wyrok SN z 17.01.2019 r., II UK 477/17, LEX nr 2607880.

– przyp. B.A.], *tak jak jej pracodawca oraz zleceniodawca, pozostawali w przekonaniu, że rezultat zbiorowego wysiłku, przy którym ubezpieczona była zaangażowana, trafi między innymi do jej pracodawcy*³⁶³. *Należy więc wykluczyć możliwość stosowania tego przepisu do stanów faktycznych, w których korzyść trafia do pracodawcy zupełnie pośrednio, jedynie w tym sensie, że pracodawca przynależy do organizmu gospodarczego, którego jedna z części korzysta z wykonywanej pracy*³⁶⁴.

Jak zauważa M. Kuśmierczyk, w szerokim rozumieniu pojęcia „wykonywanie pracy na rzecz” punkt ciężkości został przesunięty na korzystanie z efektu pracy³⁶⁵. Nie ma znaczenia, czy w trakcie procesu pracy ubezpieczony pozostawał pod kierownictwem pracodawcy, czy korzystał z jego majątku, jak też czy pozostawał względem swojego pracodawcy w jakiegokolwiek relacji³⁶⁶. Ważne jest jedynie, czy beneficjentem jego pracy był pracodawca³⁶⁷. M. Rylski dodaje, że bez znaczenia pozostaje także: a) wiedza lub brak wiedzy o istnieniu trójkąta umów; b) fakt, czy rezultat pracy osiąga pracodawca w sposób stały, incydentalny czy tylko jednorazowy; c) to, czy pracodawca jest jedynym beneficjentem efektów pracy, czy też jednym z wielu; d) istnienie lub nieistnienie tożsamości albo podobieństwa rodzaju pracy wykonywanej przez pracownika w ramach umowy cywilnoprawnej i stosunku pracy³⁶⁸.

Termin „beneficjent pracy” szerokiej analizie poddaje S. Kocur. Jego zdaniem beneficjent pracy owszem korzysta z pracy osoby świadczącej pracę, niemniej jednak korzystanie z pracy (i w konsekwencji bycie beneficjentem pracy) nie musi oznaczać korzystania z jej fizycznych efektów³⁶⁹. Przecież dla podmiotu, który nawiązał cywilnoprawny stosunek zatrudnienia ze świadczącym pracę, zatrudnionym w ramach stosunku pracy u swojego kontrahenta, beneficjum z pracy stanowi zysk ekonomiczny wynikający ze świadczenia pracy³⁷⁰. Pracodawca pracownika korzysta z usług świadczonych przez swojego kontrahenta (wykonawcę usług), natomiast wykonawca usług korzysta (odnosi zysk) z pracy konkretnej osoby świadczącej pracę w ramach

³⁶³ P. Czarnecki, *Ubezpieczenie społeczne...*, s. 66.

³⁶⁴ Ibidem.

³⁶⁵ M. Kuśmierczyk, *Pojęcie „pracy na rzecz pracodawcy”, o którym mowa w art. 8 ust. 2a ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych*, „Biuletyn Instytutu Studiów Podatkowych” 2022/8, Legalis.

³⁶⁶ Ibidem.

³⁶⁷ Ibidem.

³⁶⁸ M. Rylski, *Pracodawca jako płatnik składek za zleceniobiorców swego kontrahenta (art. 8 ust. 2a u.s.u.s.)*. Uwagi polemiczne – cz. 1, PiZS 2018/3, s. 25.

³⁶⁹ S. Kocur, *Beneficjent pracy jako kryterium objęcia systemem ubezpieczeń społecznych*, MOPR 2013/7, s. 353.

³⁷⁰ Ibidem.

umowy cywilnoprawnej³⁷¹. Należy zwrócić uwagę, iż dla pracodawcy wymierną wartość może stanowić dopiero kompleksowa usługa świadczona przez kontrahenta, a nie praca świadczona w ramach umowy cywilnoprawnej przez pojedynczego pracownika³⁷².

O ile zgodzić się należy z twierdzeniem, że pracodawca w trójkącie umów nie korzysta bezpośrednio z pracy konkretnej osoby, o tyle pozostałe wywody na temat beneficjenta pracy budzą wątpliwości. Zakładają bowiem, iż „kompleksowa usługa” musi być wynikiem pracy skooperowanej, co nie jest wszakże warunkiem koniecznym. Przeciwnie, praca w usługach często wiąże się z brakiem elementu skooperowania. Zasadnym wydaje się natomiast posługiwanie pojęciem „czerpania korzyści” z pracy w miejsce „rezultatów pracy”.

Utożsamienie opisywanego zwrotu z zawłaszczaniem przez pracodawcę efektów pracy pracownika dostrzec można na gruncie nielicznych definicji tego pojęcia stworzonych bezpośrednio w oparciu o art. 22 § 1k.p.³⁷³ Nieco szersze rozumienie prezentuje J. Wiśniewski, który uważa, że *zobowiązanie pracownika do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy należy rozumieć jako zobowiązanie do świadczenia pracy na rachunek pracodawcy*³⁷⁴. Pracodawca ma więc prawo dysponowania, tak czy inaczej rozumianym, rezultatem pracy i obowiązek ponoszenia związanego z tym ryzyka³⁷⁵. W tym rozumieniu oprócz korzyści pojawia się także ryzyko. W literaturze odnaleźć można również poglądy odwołujące się do dorobku doktryny z okresu międzywojennego. Interpretacji nie podlegał jednak wówczas zwrot „na rzecz pracodawcy” a występujące na gruncie art. 441 kodeksu zobowiązań³⁷⁶ pojęcie „pełnienia dla pracodawcy pracy”, które interpretowane było jako wykonywanie pracy w warunkach osobistej zależności³⁷⁷, w ramach której pracownik musi wykonywać polecenia pracodawcy. Dla wykładni tej odwołują się także współcześnie przedstawiciele doktryny prawa pracy³⁷⁸.

³⁷¹ Ibidem.

³⁷² Ibidem.

³⁷³ Zob. W. Sanetra, *Stosunek pracy i jego przemiany* [w:] *Współczesne problemy prawa pracy...*, s. 29.

³⁷⁴ J. Wiśniewski, *Prawne aspekty pracy tymczasowej*, Bydgoszcz – Toruń 2007, s. 110-111.

³⁷⁵ Ibidem.

³⁷⁶ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 października 1933 r. Kodeks zobowiązań (Dz. U. Nr 82, poz. 598 z późn. zm.).

³⁷⁷ Z. Fenichel, *Prawo pracy. Komentarz*, Kraków – Warszawa 1939, s. 31.

³⁷⁸ Zob. M. Raczkowski, *Grupa spółek...*, s. 164, Ł. Pisarczyk, *Przejście zakładu pracy...*, s. 15.

M. Zieliński, uważa, iż pracodawca jest bezpośrednim „odbiorcą” pracy wykonywanej przez pracownika³⁷⁹. Chodzi zatem o ten aspekt pracy ludzkiej, który w odniesieniu do pracodawcy: 1) oznacza obowiązek wykonywania jej osobiście oraz 2) rozumiany jest czynnościowo (a więc powtarzanej w codziennych lub dłuższych odstępach czasu)³⁸⁰. Zagadnienie wykonywania pracy osobiście pojawia się także w wyroku SN z dnia 21 września 2017 r., w którym wyrażono pogląd, iż *znaczenie ma sytuacja, w której pracownicy wykonują pracę na rzecz swojego pracodawcy, choć na podstawie umowy zawartej z innym podmiotem. Nie jest to sytuacja obojętna w systemie prawa ubezpieczeń społecznych. Ubezpieczenie jest wówczas pochodne od osobistej pracy*³⁸¹.

Powstaje zatem pytanie czy wypracowane w doktrynie i orzecznictwie definicje „wykonywania pracy na rzecz” mogą pomóc w wykładni tego pojęcia na gruncie art. 22 § 1 k.p. w odniesieniu do outsourcingu pracowniczego. Szerokie ujęcie, wykonywanie pracy na rzecz”, jest niewątpliwie uzasadnione fiskalnie na gruncie art. 8 ust. 2a u.s.u.s. Z analogicznych względów podobną interpretację przyjmują sądy w sprawach dotyczących „pozornego outsourcingu pracowniczego”. W postępowaniach tego rodzaju ZUS powołuje się na istnienie procederu „firmanctwa”, czyli ukrywania faktycznego rozmiaru działalności usługobiorcy w kontekście jego zobowiązań z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne, przez posłużenie się w tym celu nazwą lub firmą innej osoby dla stworzenia pozoru wykonywania przez inne podmioty roli płatników składek na ubezpieczenia społeczne ubezpieczonych, mimo że beneficjentem pracy ubezpieczonych był usługobiorca³⁸².

Moim zdaniem, szerokiego ujęcia pojęcia wykonywania pracy na rzecz pracodawcy nie można przenieść wprost na grunt rozważań prowadzonych na temat outsourcingu pracowniczego. Jak trafnie zauważył bowiem P. Czarnecki, *praca wykonywana na rzecz jednej ze spółek z grupy kapitałowej w pewnym sensie przynosi korzyść całemu organizmowi gospodarczemu, a więc – w pewnym sensie – również jego poszczególnym częściom*³⁸³. Uwaga ta poczyniona w odniesieniu do outsourcingu kapitałowego, znajduje

³⁷⁹ M. J. Zieliński, *Kontrowersje wokół wykonywania pracy na rzecz własnego pracodawcy w rozumieniu art. 8 ust. 2a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych a zgodność tego przepisu z Konstytucją RP* [w:] *Przegląd Prawa i Administracji*. Tom CXIII, red. A. Górnicz-Mulcahy, Wrocław 2018, s. 176.

³⁸⁰ *Ibidem*.

³⁸¹ Wyrok SN z 21.09.2017 r., I UK 370/16, LEX nr 2357398.

³⁸² Argumentację tę przedstawia ZUS m.in. w sprawie, na kanwie której wydano wyrok SN z 19.09.2018 r., I UK 210/17, LEX nr 2558652.

³⁸³ P. Czarnecki, *Ubezpieczenie społeczne...*

zastosowanie także w przypadku outsourcingu kontraktowego. Co do zasady bowiem, celem outsourcingu jest przysporzenie korzyści zarówno usługobiorcy, jak i usługodawcy, co pozwala jedynie ustalić, iż oba podmioty są w pewnym stopniu beneficjentami pracy określonej osoby. Sposób podziału owych korzyści pomiędzy strony umowy outsourcingu pracowniczego wykracza poza materię prawa pracy i powinien być rozpatrywany jedynie z perspektywy prawa cywilnego.

Za zdecydowanie bardziej przydatną w odniesieniu do outsourcingu usług uważam definicję pojęcia „wykonywanie pracy na rzecz” wypracowaną w okresie międzywojennym, zgodnie z którą oznacza ono istnienie osobistej zależności pomiędzy usługobiorcą a pracownikiem wykonującym pracę. Charakter „osobistej zależności” rozkłada na czynniki pierwsze M. Freedland³⁸⁴ nazywając tę relację „węzłem pracy osobistej³⁸⁵” oznaczającym *związek lub związki, pomiędzy osobą świadczącą usługę osobiście oraz osobami, organizacjami czy przedsiębiorstwami będącymi stronami umów, których przedmiotem jest osobiste świadczenie pracy*³⁸⁶. Owe powiązania lub więzi nie muszą mieć natury umownej; pojęcie ogniwa pracy osobistej może być eksploatowane normatywnie, podczas podnoszenia argumentu o konieczności uznania w świetle prawa określonego powiązania lub więzi aktualnie nieuznawanego lub nieuznawanego w całości³⁸⁷. W słowniku języka polskiego pojęcie „osobisty” oznacza natomiast:

1. dotyczący danej osoby;
2. wykonywany przez daną osobę bez niczyjego pośrednictwa³⁸⁸.

Istotny element do rozważań dodaje M. Zieliński, który uważa iż w zwrocie „wykonywanie pracy na rzecz” *chodzi o ten aspekt pracy ludzkiej, który w odniesieniu do pracodawcy: 1) oznacza obowiązek wykonywania jej osobiście oraz 2) rozumiany jest czynnościowo (a więc powtarzanej w codziennych lub dłuższych odstępach czasu)*³⁸⁹.

Podsumowując, samo czerpanie korzyści, niezależnie jak znaczących, z pracy pracownika nie przesądza jeszcze o tym, że praca wykonywana jest na rzecz danego podmiotu. Aby dokonać takiej kwalifikacji, podmiot musi czerpać bezpośrednio

³⁸⁴ Zob. M. Freedland, *From the Contract...*, s. 16.

³⁸⁵ Ang. *personal work nexus* – autor powołuje się na „Oksfordzki Słownik Angielskiego” definiujący pochodzące z łaciny pojęcie *nexus* jako czynność polegającą na łączeniu, wiązaniu, typ zobowiązania prawnego, kombinację, grupę połączoną. w dosłownym tłumaczeniu pojęcie *nexus* oznacza ogniwo, związek.

³⁸⁶ Zob. M. Freedland, *From the Contract...*, s. 16.

³⁸⁷ *Ibidem*. Zasadniczo dokładnie taki cel przyświeca prowadzeniu niniejszej analizy.

³⁸⁸ Źródło: <https://sjp.pl/osobi%C5%9Bcie> (dostęp: 24.07.2022 r.).

³⁸⁹ M.J. Zieliński, *Kontrowersje wokół...*, s.177.

korzyści z pracy wykonywanej w sposób ciągły, w warunkach osobistej interakcji zachodzącej pomiędzy nim a pracownikiem. Jeśli praca faktycznie wykonywana przez pracownika charakteryzuje się tymi cechami należy uznać ją za „wykonywaną na rzecz” usługobiorcy w rozumieniu art. 22 § 1 k.p. Biorąc pod uwagę, iż outsourcing pracowniczy polega na oddaniu pracowników do dyspozycji usługobiorcy, spełnione zostają warunki wykonywania pracy w sposób ciągły i w warunkach osobistej interakcji z usługobiorcą, zatem należałoby przyjąć, iż jest wykonywana na rzecz usługobiorcy. W konsekwencji, należy ją uznać za formę zatrudnienia. Trafnie określa się je zatem w doktrynie i judykaturze mianem „zatrudnienia zewnętrznego” – realizowane jest bowiem za pośrednictwem podmiotu zewnętrznego (usługodawcy). Uważam, że to pojęcie adekwatnie opisujące istotę korzystania z outsourcingu pracowniczego³⁹⁰. W niniejszej rozprawie analizuję jednak kompleksowo prawnopracownicze skutki stosowania narzędzia zarządzania jakim jest outsourcing usług. Przyjęta perspektywa, połączona z popularnością terminu „outsourcing pracowniczy” oraz poprawnością jego użycia w świetle definicji outsourcingu o szerokim zakresie, przemawiają za pozostaniem przy korzystaniu z owego pojęcia w dalszym toku wywodów.

3.3.2. Outsourcing pracowniczy a zdefiniowane instytucje prawa pracy

Istnieją trzy zdefiniowane instytucje prawa pracy o konstrukcji zbliżonej do outsourcingu: instytucja delegowania pracownika, instytucja udzielenia pracownikowi bezpłatnego urlopu na czas świadczenia pracy na rzecz innego pracodawcy, uregulowana w art. 174¹§1 k.p. oraz instytucja pracy tymczasowej. We wszystkich instytucjach w miejscu, w którym w tradycyjnym, bilateralnym stosunku pracy znajdował się jeden podmiot – pracodawca pojawiają się dwa. Pomimo pewnych cech zbieżnych, każda z nich ma jednak odmienną naturę. Porównanie ich zakresów znaczeniowych do zakresu pojęcia outsourcingu usług wymaga zatem przeprowadzenia odrębnych analiz.

3.3.2.1. Outsourcing pracowniczy a delegowanie

³⁹⁰ Zob. B. Antczak, *Outsourcing pracowniczy – analiza pojęcia* [w:] *Jurisprudencja 19. Zatrudnienie tymczasowe jako nietypowa forma świadczenia pracy*, red. T. Duraj, Łódź 2022, s. 214.

Outsourcing pracowniczy jako praktykę delegowania własnych pracowników do wykonywania pracy u innego pracodawcy na terenie Polski zdefiniował M. Raczkowski³⁹¹. Przedstawione poniżej rozważania na temat instytucji delegowania, znajdującej zastosowanie do stosunków transgranicznych mają zatem charakter pomocniczy dla zrozumienia konstrukcji outsourcingu pracowniczego stosowanej wyłącznie na terenie Polski.

Na podstawie dyrektywy 96/71/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 grudnia 1996 r. dotyczącej delegowania pracowników w ramach świadczenia usług³⁹² oraz ustawy z dnia 10 czerwca 2016 r. o delegowaniu pracowników w ramach świadczenia usług³⁹³ wyróżnić można trzy wyodrębnione normatywnie formy delegowania³⁹⁴. Pierwsza obejmuje skierowanie pracownika do pracy w innym podmiocie przez określony czas w związku z realizacją umowy zawartej przez jego pracodawcę z owym podmiotem³⁹⁵, co oznacza, iż instytucja delegowania znajduje zastosowanie w przypadku outsourcingu kontraktowego. Druga, tymczasowe skierowanie pracownika do pracy w oddziale lub przedsiębiorstwie należącym do grupy przedsiębiorstw, do której należy ten pracodawca³⁹⁶, co z kolei koresponduje z mobilnością zatrudnienia w podmiotach funkcjonujących w ramach outsourcingu kapitałowego. Trzecia natomiast odnosi się do wynajmowania pracownika przez agencję pracy³⁹⁷.

Zgodnie z brzmieniem dyrektywy, pierwsza forma delegowania polegająca na skierowaniu pracownika do innego podmiotu na podstawie umowy zawartej z tym podmiotem, wymaga, aby świadczenie usługi odbywało się na rachunek i pod kierownictwem podmiotu delegującego. M. Raczkowski formułuje pogląd, zgodnie z którym odróżnić należy realizację usługi wykonywanej pod kierownictwem podmiotu delegującego od wynajmu pracowników, który sam w sobie stanowi przedmiot

³⁹¹ M. Raczkowski, *Outsourcing pracowniczy...*, s. 353.

³⁹² Dz. U. UE. L. z 1997 r. Nr 18, str. 1 z późn. zm.

³⁹³ t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1140.

³⁹⁴ Zob. art. 1 ust. 3 odpowiednio lit. a-c dyrektywy 96/71/WE oraz art. 3 Ustawy z 10.06.2016 r. o delegowaniu pracowników w ramach świadczenia usług (Dz.U. 2018.2206 z 27.11.2018 r.).

³⁹⁵ Art. 1 ust. 3 lit. a dyrektywy 96/71/WE oraz art. 3 pkt 4 a tiret pierwszy ustawy o delegowaniu pracowników w ramach świadczenia usług (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1140 z późn. zm.). Należy zauważyć, że w polskiej ustawie zdefiniowano nie tyle formy delegowania, objęte zakresem jej stosowania, co pojęcie pracodawcy delegującego pracownika na terytorium RP.

³⁹⁶ Art. 1 ust. 3 lit. b dyrektywy 96/71/WE oraz art. 3 pkt 4 lit. a tiret drugi ustawy o delegowaniu pracowników w ramach świadczenia usług.

³⁹⁷ Art. 1 ust. 3 lit. c dyrektywy 96/71/WE oraz art. 3 pkt 4 lit. a tiret trzeci oraz lit. b ustawy o delegowaniu pracowników w ramach świadczenia usług.

usługi i wiąże się z wykonywaniem przez pracownika zadań pod kontrolą i kierownictwem przedsiębiorstwa korzystającego z usług³⁹⁸. Pogląd ten zasługuje na aprobatę. Zbieżnym skutkiem stosowania outsourcingu pracowniczego oraz instytucji krajowego delegowania może być zatem wykonywanie pracy w zakładzie będącym w posiadaniu usługobiorcy. Różni je natomiast fakt, iż w ramach outsourcingu pracowniczego usługodawca sprawuje względem pracownika kierownictwo, podczas gdy w przypadku krajowego delegowania co do zasady skutek taki nie następuje. Jedynym wyjątkiem jest delegowanie pracownika przez agencję pracy tymczasowej. Warto zasygnalizować w tym miejscu rozbieżności w definiowaniu outsourcingu pracowniczego. „Outsourcing pracowniczy” bywa niekiedy utożsamiany z samym skierowaniem do pracy w innym podmiocie, bez przeniesienia na ten podmiot uprawnień kierowniczych³⁹⁹. Wówczas można mówić o zbieżności jego skutków na gruncie prawa pracy ze skutkami wynikającymi z krajowego delegowania. W rozumieniu przyjętym na gruncie niniejszej rozprawy nie musi on natomiast łączyć się z fizyczną obecnością pracownika w zakładzie pracy usługobiorcy, choć w praktyce zazwyczaj tak się dzieje.

3.3.2.2. Outsourcing pracowniczy a porozumienie w sprawie udzielenia pracownikowi urlopu bezpłatnego w celu wykonywania pracy u innego pracodawcy

Zgodnie z art. 174¹ § 1 k.p. *za zgodą pracownika, wyrażoną na piśmie, pracodawca może udzielić pracownikowi urlopu bezpłatnego w celu wykonywania pracy u innego pracodawcy przez okres ustalony w zawartym w tej sprawie porozumieniu między pracodawcami*. Zdaniem A. Patulskiego instytucja „wypożyczenia (leasingu) pracowników” wiąże się ze swoistym trójstronnym porozumieniem między dotychczasowym i nowym pracodawcą oraz pracownikiem, zawierającym na podstawie art. 174¹ § 1 k.p.⁴⁰⁰ *W okresie „wypożyczenia” zatrudnionego stosunek*

³⁹⁸ M. Raczkowski czyni to, powołując się na wyrok TSUE z 18.06.2015 r. w sprawie *Martin Meat kft v. Gézie Simonfay i Ulrich Salburg*, C-586/13, LEX nr 1740352. Zob. M. Raczkowski, *Outsourcing pracowniczy...*, s. 364.

³⁹⁹ Zob. T. Duraj (red.), *Kilka refleksji na temat uprawnień kierowniczych w zatrudnieniu tymczasowym* [w:] *Jurysprudencja 19. Zatrudnienie tymczasowe jako nietypowa forma świadczenia pracy*, Łódź 2022, s. 114.

⁴⁰⁰ *Ibidem*.

pracy z dotychczasowym pracodawcą trwa nadal, choć urlop bezpłatny powoduje jego zawieszenie⁴⁰¹.

K. Jaśkowski uważa, że przepis przewiduje możliwość zawarcia umowy między trzema podmiotami o czasowym przejściu pracownika do innego pracodawcy⁴⁰². M. Nałęcz uznaje, iż konstrukcja instytucji określonej w przepisie art. 174¹ opiera się na dwóch odrębnych porozumieniach: pierwsze, zawarte między pracodawcami co do okresu "wypożyczenia" pracownika, drugie, zawarte między macierzystym pracodawcą i pracownikiem co do okresu udzielenia celowego urlopu bezpłatnego⁴⁰³. M. Zieleniecki staje natomiast na stanowisku, zgodnie z którym urlop bezpłatny w celu wykonywania pracy u innego pracodawcy składa się z trzech odrębnych, dwustronnych czynności prawnych:

- 1) porozumienia zawartego pomiędzy pracodawcami – przekazującym i przyjmującym pracownika;
- 2) indywidualnego porozumienia zawartego pomiędzy pracownikiem i pracodawcą przekazującym pracownika oraz
- 3) umowy o pracę zawartej pomiędzy pracownikiem i pracodawcą przyjmującym pracownika⁴⁰⁴.

Niezależnie od różnic w definiowaniu samej konstrukcji prawnej powstającej na gruncie art. 174¹ k.p., dominuje jednak pogląd, zgodnie z którym umowa pomiędzy pracownikiem a pracodawcą przyjmującym stanowi umowę o pracę⁴⁰⁵.

Zdaniem A. Patulskiego „leasing pracowników” różni się od outsourcingu⁴⁰⁶, a także od sytuacji, *gdy macierzysty pracodawca poleca pracownikowi wykonywanie czynności określonych w umowie o pracę na rzecz innego podmiotu, w miejscu znajdującym się w zakładzie pracy tego podmiotu i pod jego kierownictwem*⁴⁰⁷. Choć autor inaczej postrzega outsourcing niż został on zdefiniowany na gruncie niniejszej rozprawy, zgodzić się należy z twierdzeniem, iż pomiędzy skutkami „wypożyczania” pracowników na podstawie art. 174¹ k.p. oraz stosowania outsourcingu pracowniczego

⁴⁰¹ Ibidem.

⁴⁰² Zob. K. Jaśkowski [w:] *Kodeks pracy. Komentarz*, wyd. XI, red. E. Maniewska, K. Jaśkowski, Warszawa 2019, art. 174(1), LEX.

⁴⁰³ Zob. M. Nałęcz, *Komentarz do art. 174...*

⁴⁰⁴ Zob. M. Zieleniecki, *Komentarz do art. 174 (1) k.p.* [w:] *Kodeks pracy. Komentarz*, wyd. 5, red. A. Sobczyk, Warszawa 2020, Legalis.

⁴⁰⁵ D. Makowski, *Praca tymczasowa...*, s. 85 oraz powołana tam literatura; M. Nałęcz, *Komentarz do art. 174 (1)* [w:] *Kodeks pracy. Komentarz*, wyd. 13, red. W. Muszalski, Warszawa 2021, Legalis.

⁴⁰⁶ A. Patulski, *Nietypowe formy...*, s.126.

⁴⁰⁷ Ibidem.

dostrzec można istotne różnice. Podstawowa sprowadza się do tego, iż zastosowanie instytucji uregulowanej w art. 174¹ k.p. prowadzi do powstania więzi umownej pomiędzy pracownikiem a podmiotem, u którego wykonuje on pracę, co nie następuje w przypadku outsourcingu pracowniczego. Po stronie korzystającego z „wypożyczenia” w trybie art. 174¹ k.p., pojawia się szerszy zakres obowiązków od zakresu obowiązków usługobiorcy w ramach outsourcingu pracowniczego, którego nie regulują wprost przepisy prawne. Ciężar na nim bowiem obowiązki, jakie zwykle ciężar na pracodawcy w związku z zatrudnianiem pracowników. Po stronie pracownika różnica sprowadza się natomiast do tego, iż świadcząc pracę w ramach instytucji ujętej w art. 174¹ k.p. pracownik pozostaje w dwóch stosunkach pracy: z pracodawcą dotychczasowym – który ulega zawieszeniu na czas urlopu, oraz z pracodawcą nowym – który trwa przez okres ustalony w zawartym w tej sprawie porozumieniu pomiędzy pracodawcami⁴⁰⁸. Pracownik świadczący pracę w ramach outsourcingu pracowniczego pozostaje natomiast wyłącznie w jednym stosunku pracy. Kolejna odmienność przejawia się w rozbieżnym celu obydwu konstrukcji. Art. 174¹ k.p. wprowadzono w intencji wspomaganie pracodawców przeżywających przejściowe trudności gospodarcze⁴⁰⁹, miał on zatem pomóc pracodawcy udzielającemu urlopu w ograniczeniu strat i znajdować zastosowanie jedynie incydentalnie⁴¹⁰. Outsourcing pracowniczy zmierza natomiast do zaspokojenia potrzeb podmiotu, który korzysta z pracy „wypożyczonych” pracowników, a dla usługodawcy stanowi rodzaj działalności gospodarczej. Stosunek prawny, który nawiązują podmioty ma charakter stały i długotrwały.

Na marginesie prowadzonych rozważań, warto dodać, iż art. 174¹ k.p. był przepisem rozważanym jako podstawa prawna zatrudnienia tymczasowego w Polsce przed wprowadzeniem przepisów regulujących tę formę zatrudnienia⁴¹¹. Pogląd ten kwestionowano jednak w doktrynie⁴¹². Obecnie, od praktyk udzielania pracownikom urlopu bezpłatnego w celu wykonywania pracy u innego pracodawcy wyraźnie odróżnia się „wynajmowanie” pracowników przez agencję pracy tymczasowej⁴¹³. Granica ta zaciera się jednak na gruncie rozróżnienia pomiędzy zatrudnieniem

⁴⁰⁸ G. Orłowski [w:] *Kodeks pracy. Komentarz*, wyd. 30, red. K. Walczak, 2020, LEX, art. 174¹ k.p.

⁴⁰⁹ Zob. A. Kijowski, *Oddanie pracownika do dyspozycji innego pracodawcy*, „Przegląd Sądowy” 1996/6, s. 19.

⁴¹⁰ Zob. D. Makowski, *Praca tymczasowa...*, s. 85.

⁴¹¹ Ibidem, s. 84, zob. także H. Szurgacz, *Stosunki pracy z użyczeniem (przekazaniem) pracownika w prawie europejskim a prawo polskie* [w:] *Szczególne formy zatrudnienia*, red. Z. Kubot, Wrocław 2000, s. 83.

⁴¹² Zob. A. Kijowski, *Oddanie pracownika...*, s. 25-26; H. Szurgacz, *Stosunki pracy z ...*, s. 83- 84.

⁴¹³ Zob. M. Zieleniecki, [w:] *Kodeks pracy...*, Legalis, art. 174.

tymczasowym a outsourcingiem pracowniczym, co prowadzi do kolejnego punktu rozważań.

3.3.2.3. Outsourcing pracowniczy a praca tymczasowa

Istota instytucji zatrudnienia tymczasowego opiera się na tym, że pracownik tymczasowy zatrudniony przez agencję pracy tymczasowej w ramach umowy o pracę wykonuje pracę na rzecz i pod kierownictwem pracodawcy użytkownika. Niewątpliwie podstawową cechą zatrudnienia tymczasowego jest jego trójpodmiotowy charakter⁴¹⁴, w ramach którego następuje podział praw i obowiązków przysługujących pracodawcy między dwa podmioty⁴¹⁵. *Podział wierzytelności i długu pracodawcy ze stosunku pracy zostaje dokonany w przepisach u.z.p.t. w sposób idealny, tj. taki, że żadne uprawnienia nie są i nie mogą być wykonywane jednocześnie przez pracodawcę użytkownika i agencję pracy tymczasowej*⁴¹⁶.

Zdaniem M. Paluszkiewicz, *zatrudnienie tymczasowe jest konstrukcją prawną opartą na dwóch stosunkach zobowiązaniowych: umowy cywilnoprawnej pomiędzy agencją pracy tymczasowej i pracodawcą użytkownikiem oraz umowy o pracę (bądź umowy prawa cywilnego) pomiędzy pracownikiem tymczasowym (osobą świadczącą pracę tymczasową) a agencją*⁴¹⁷. *Co do umowy zawieranej między agencją a pracownikiem tymczasowym nie ma wątpliwości, iż jest ona umową o pracę*⁴¹⁸. *Zdecydował o tym ustawodawca w art. 7 u.z.p.t. Pewne wątpliwości mogą dotyczyć charakteru prawnego umowy zawieranej między pracodawcą użytkownikiem a agencją pracy tymczasowej, o której mowa w art. 25 u.z.p.t.*⁴¹⁹ *Wiele przemawia jednak za tym, iż jest to tzw. umowa o świadczenie usług, o której mowa w art. 750 k.c.*⁴²⁰ *Zatrudnienie tymczasowe jest usługą, której istotą jest realizacja stosunku pracy z udziałem*

⁴¹⁴ Zob. D. Makowski [w:] *System prawa pracy. Tom II. Indywidualne Prawo Pracy. Część ogólna*, red. K.W. Baran, red. nauk. G. Goździewicz, Warszawa 2017, s. 850.

⁴¹⁵ Zob. J. Wiśniewski, *Prawne aspekty...*, s. 93-94.

⁴¹⁶ M. Raczkowski, *Ustawa o zatrudnianiu pracowników tymczasowych. Komentarz*, 2012, art. 2, LEX.

⁴¹⁷ A. Patulski, *Doktrynalne aspekty...*, s. 85; zob. także G. Goździewicz, T. Zieliński [w:] *Kodeks pracy...*, art. 1; W. Sanetra, *Praca tymczasowa – zatrudnienie czy pośrednictwo pracy* [w:] *z zagadnień współczesnego prawa pracy...*, s. 334.

⁴¹⁸ M. Paluszkiewicz, *Zatrudnienie tymczasowe w polskim prawie pracy. Konstrukcji i charakter prawny*, Warszawa 2011, s. 231.

⁴¹⁹ Ibidem.

⁴²⁰ Ibidem.

pracodawcy użytkownika⁴²¹. Stosunek pracy tymczasowej jest zatem stosunkiem prawnym dwustronnym lecz trójpodmiotowym⁴²².

Zgodnie z dominującym poglądem za pracodawcę pracownika tymczasowego uznaje się agencję pracy tymczasowej⁴²³. Pracodawca użytkownik „wchodzi” do stosunku prawnego, gdyż z mocy ustawy o zatrudnianiu pracowników tymczasowych i umowy będzie on realizować określone uprawnienia i obowiązki pracodawcy w stosunku do pracownika tymczasowego⁴²⁴. Jego status w tym stosunku prawnym budzi jednak wątpliwości. W. Sanetra stoi na stanowisku, że to on jest w trójstronnym układzie rzeczywistym pracodawcą⁴²⁵, nazywając agencję pracy tymczasowej pracodawcą ulomnym, a nawet pozornym czy jedynie formalnym⁴²⁶. Autor uważa, że w sensie faktycznym stosunek pracy istnieje między pracodawcą użytkownikiem a pracownikiem tymczasowym, co z różnych powodów ustawodawca stara się zakamuflować⁴²⁷. W sensie formalnym stosunkowi pracy łączącemu agencję pracy tymczasowej z pracownikiem tymczasowym brakuje zasadniczych elementów, w tym zwłaszcza takiego jak wykonywanie pracy na rzecz pracodawcy, a nie na rzecz innej osoby oraz brak podporządkowania pracownika pracodawcy w procesie świadczenia pracy, w tym możliwości wydawania poleceń dotyczących pracy⁴²⁸. Skoro praca wykonywana jest na rzecz pracodawcy użytkownika i to on organizuje jego pracę („z jego udziałem” – art. 14 ust. 1 u.z.p.t.), z istoty rzeczy musi to oznaczać, że to jemu przysługują atrybuty związane nie tylko z zawłaszczaniem efektów pracy pracownika tymczasowego (co wyraża formuła, w myśl której „praca jest wykonywana na jego rzecz”), ale także z kierowaniem jego pracą, w tym z wyznaczeniem miejsca i czasu, w którym praca ma być wykonywana⁴²⁹.

Odmienne stanowisko zajmuje Z. Kubot, który twierdzi, że uprawnienia kierownicze pracodawcy użytkownika pochodzą od agencji pracy tymczasowej jako właściwego

⁴²¹ Ibidem, s. 239; zob. także J. Stelina, *Tradycyjna koncepcja...*, s. 111.

⁴²² M. Paluszkiewicz, *Zatrudnienie tymczasowe...*, s. 298; M. Raczkowski, *Ustawa o zatrudnianiu...*, art. 2, LEX; odmiennie: L. Mitrus, *Podporządkowanie pracownicze jako zmieniające się cecha stosunku pracy* [w:] *Współczesne problemy prawa pracy...*, s. 128-129.

⁴²³ Zob. m.in. K.W. Baran (red.), *Kodeks pracy...*; wyrok SN z 4.06.2014 r., II UK 565/13, LEX nr 1475235; wyrok SN z 10.04.2014 r., I PK 243/13, LEX nr 1486963.

⁴²⁴ Zob. M. Paluszkiewicz, *Zatrudnienie tymczasowe...*, s. 298; zob. także A. Patulski, *Doktrynalne aspekty...*, s. 85.

⁴²⁵ W. Sanetra, *Praca tymczasowa...*, s. 331.

⁴²⁶ Ibidem, s. 327.

⁴²⁷ W. Sanetra, *Stosunek pracy...*, s. 30.

⁴²⁸ W. Sanetra, *Praca tymczasowa...*, s. 329.

⁴²⁹ Ibidem.

pracodawcy, który mu je przekazał⁴³⁰. J. Wrątny nazywa pracodawcę użytkownika *wtórny pracodawcą*⁴³¹. M. Raczkowski uznaje natomiast, iż jest on (...) *pracodawcą obok agencji pracy tymczasowej*⁴³². Podobny pogląd wyraża T. Liszcz, uznając iż pracownika tymczasowego łączy stosunek pracy z „podzielonym pracodawcą”, którym są agencja pracy tymczasowej i pracodawca użytkownik⁴³³. D. Makowski podkreśla natomiast, iż w przypadku zatrudnienia tymczasowego celowe staje się *odróżnienie zagadnienia podmiotowości pracodawcy, którą w relacjach z pracownikiem tymczasowym posiada wyłącznie agencja pracy tymczasowej, od problemu podziału praw i obowiązków pracodawcy, które są dzielone między agencję i pracodawcę użytkownika*⁴³⁴. Nawet na gruncie materii uregulowanej ustawowo status prawny podmiotu korzystającego ze znaczącej części uprawnień kierowniczych w ramach trójpodmiotowej relacji budzi wątpliwości.

Sam Sąd Najwyższy dostrzega trudności w odróżnieniu outsourcingu pracowniczego od umowy zlecenia lub świadczenia pracy przez pracowników tymczasowych⁴³⁵. Pojawiają się one już na płaszczyźnie semantycznej, bowiem *zatrudnienie przez agencje pracy tymczasowej potocznie bywa określane jako leasing pracowniczy czy outsourcing pracowniczy*⁴³⁶. A. Giedrewicz-Niewińska, uważa, że *korzystanie z pracy pracowników tymczasowych zatrudnionych przez agencję pracy tymczasowej stanowi pewien wymiar outsourcingu*⁴³⁷. M. Mędrala twierdzi natomiast, że choć obie praktyki funkcjonują na podobnych założeniach, to są to zupełnie odmienne formy współpracy⁴³⁸.

Outsourcing pracowniczy niewątpliwie przypomina swoją konstrukcją zatrudnienie tymczasowe. Oba modele świadczenia pracy opierają się bowiem na zaangażowaniu trzech podmiotów, w którym jedno z ramion trójkąta stanowi najczęściej umowa o świadczenie usług, na podstawie której jeden podmiot oddaje swoich pracowników do pracy na rzecz i pod kierownictwem drugiego podmiotu. Drugie

⁴³⁰ Z. Kubot, *Kierownictwo pracodawcy wobec pracowników wypożyczonych*, PiZS 2002/4, s. 17-19.

⁴³¹ J. Wrątny, *Przemiany stosunku pracy w III RP* [w:] *Współczesne problemy prawa pracy...*, s. 40.

⁴³² M. Raczkowski, *Ustawa o zatrudnianiu...*, LEX, art. 2.

⁴³³ T. Liszcz, *Podporządkowanie pracownika a kierownictwo pracodawcy – relacja pojęć* [w:] *z zagadnień współczesnego prawa pracy...*, s. 158-159.

⁴³⁴ D. Makowski [w:] *System prawa...*, s. 859.

⁴³⁵ Wyrok SN z 4.12.2019 r., II PK 97/18, LEX nr 3144899.

⁴³⁶ M. Rycak [w:] *Zatrudnienie pracowników tymczasowych. Komentarz*, red. A. Reda-Ciszewska, M. Rycak, Warszawa 2017, s. 16.

⁴³⁷ A. Giedrewicz-Niewińska, *Pracownicze aspekty...*, s. 218.

⁴³⁸ M. Mędrala, *Outsourcing pracowniczy...*, s. 188.

konstytuuje natomiast umowa o pracę, która łączy pracownika z podmiotem innym niż ten będący bezpośrednim beneficjentem jego pracy.

Zakres możliwości zastosowania outsourcingu pracowniczego wydaje się jednak zdecydowanie szerszy, aniżeli zatrudnienia tymczasowego. W ustawie o zatrudnianiu pracowników tymczasowych zawarto bowiem zarówno przedmiotowe, jak i podmiotowe ograniczenia zatrudnienia tymczasowego. Ograniczenia podmiotowe oznaczają, iż więź pracy tymczasowej może powstać jedynie pomiędzy agencją pracy tymczasowej, pracownikiem tymczasowym oraz pracodawcą użytkownikiem. Zawęża to zastosowanie opisywanej instytucji prawnej, w szczególności w odniesieniu do katalogu podmiotów, które mogą kierować pracownikami do pracy w innym podmiocie⁴³⁹. Zgodnie bowiem z art. 18 ust. 1 pkt 4 ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy⁴⁴⁰ prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie świadczenia usług pracy tymczasowej - jest działalnością regulowaną w rozumieniu ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców⁴⁴¹ i wymaga wpisu do rejestru podmiotów prowadzących agencje zatrudnienia. Ograniczenie przedmiotowe wynika natomiast z natury pracy tymczasowej, która zakłada limit czasowy jej świadczenia oraz charakter zadań, jakie wykonywać może pracownik tymczasowy.

Podsumowując należy uznać, iż działalność agencji zatrudnienia prowadzona na gruncie ustawy o zatrudnianiu pracowników tymczasowych, jak i podmiotów oferujących usługi outsourcingu pracowniczego ma zbliżony cel, który stanowi odpłatne „wypożyczanie” pracowników własnych innemu podmiotowi. Ramy prawne „wypożyczenia” w pierwszym wypadku wynikają wprost z norm prawnych, podczas gdy w drugim, nie są jasno sprecyzowane.

4. Podsumowanie

Outsourcing usług stanowi narzędzie stosowane w zarządzaniu przedsiębiorstwem w celu osiągnięcia przewag konkurencyjnych. Pozwala ono wyszczuplić strukturę organizacyjną, a w konsekwencji powoduje zwiększenie

⁴³⁹ Zob. B. Wagner, *Jednolitość, wielopostaciowość czy ewolucja funkcji ochronnej prawa pracy – zatrudnienie typowe versus tymczasowe* [w:] *Z problematyki zatrudnienia tymczasowego*, red. A. Sobczyk, Warszawa 2011, s. 65.

⁴⁴⁰ Ustawa z 20.04.2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz.U. z 2022 r. poz. 690 z późn. zm.).

⁴⁴¹ Ustawa z 6.03.2018 r. – Prawo przedsiębiorców (Dz.U. z 2023 r. poz. 221).

możliwości elastycznego dopasowywania się przedsiębiorstwa do wahań rynkowych. Jednocześnie kluczowe kompetencje skupione pozostają „wewnątrz” jego struktury.

Outsourcing usług nie podlega kompleksowej regulacji prawnej. Na gruncie poszczególnych aktów prawnych dostrzec jednak można fragmentaryczne regulacje mające do niego zastosowanie. Co do zasady, na gruncie nauk prawnych pozostaje przede wszystkim nienazwaną umową o świadczenie usług, do której na mocy odesłania w art. 750 kodeksu cywilnego (dalej: k.c.), jeżeli strony nie postanowią inaczej, stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu, tj. art. 734 i n. k.c.⁴⁴² Z natury rzeczy kwalifikuje się ją jako konsensualną, dwustronnie zobowiązującą i dwustronnie profesjonalną, odpłatną i wzajemną⁴⁴³.

Korzystanie z outsourcingu wywołuje wiele skutków na płaszczyźnie prawa pracy. Pozostają one zbliżone do efektów stosowania wielu zbliżonych praktyk rynkowych, takich jak secondment, czy subkontrakt. Najwięcej kontrowersji powstaje jednak wokół zagadnień związanych się z outsourcingiem pracowniczym, a w szczególności tzw. „pozornym outsourcingiem pracowniczym”. Prawnopracownicze konsekwencje stosowania outsourcingu pracowniczego zbliżają to pojęcie do trzech zdefiniowanych instytucji prawa pracy: delegowania, porozumienia zawieranego na podstawie art. 174¹§1 k.p. oraz pracy tymczasowej. Outsourcing pracowniczy różni się jednak istotnie od każdej z tych instytucji. W doktrynie prawa pracy podano w wątpliwość poprawność używania pojęcia „outsourcing” dla określenia praktyki oddawania własnych pracowników do dyspozycji innego podmiotu w zamian za wynagrodzenie. Wobec wieloznaczności owego pojęcia oraz popularności terminu „outsourcing pracowniczy”, przyjmuję jednak pogląd, zgodnie z którym outsourcing pracowniczy stanowi podtyp outsourcingu usług. Wyróżnia go szczególnie przedmiot umowy polegający na oddaniu pracowników własnych usługodawcy do dyspozycji usługobiorcy, w zamian za wynagrodzenie. Zagadnienie ważności umowy outsourcingu pracowniczego budzi na gruncie polskiego prawa pracy wątpliwości, które będą przedmiotem rozważań w dalszej części rozprawy.

Jak trafnie zauważył M. Chakowski⁴⁴⁴, outsourcing pracowniczy to z perspektywy prawa pracy nazwa zbiorcza pewnej kategorii stanów faktycznych. Uwaga ta dotyczy

⁴⁴² J. Wiak, *Umowa outsourcingu...*, LEX; K. Kopaczyńska-Pieczniak, *Komentarz do art. 750 k.c.* [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania – część szczególna*, wyd. II, red. A. Kidyba, 2014, LEX; wyrok SN z 18.06.2019 r., I UK 159/18, LEX nr 2684741.

⁴⁴³ Zob. W. Robaczyński, *Umowa outsourcingu...*, s. 485; J. Wiak, *Umowa outsourcingu...*, LEX.

⁴⁴⁴ Zob. M. Chakowski, *Umowy outsourcingu...*, *Legalis*.

także innych rodzajów outsourcingu usług. Przeprowadzenie ich analizy prawnej wymaga właściwej subsumcji owych stanów faktycznych pod odpowiednie normy prawne. By można było tego dokonać w sposób spójny, konieczne staje się zawężenie dalszych rozważań. Będą one zatem w zasadniczej części dotyczyły outsourcingu usług:

- 1) realizowanego przez przedsiębiorstwa prywatne działające w celu osiągnięcia zysku;
- 2) opartego na umowie cywilnoprawnej zawartej pomiędzy podmiotami, które nie są powiązane osobowo lub kapitałowo (outsourcing kontraktowy);
- 3) świadczonych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i pomiędzy podmiotami mającymi tam siedzibę (outsourcing krajowy);
- 4) które usługodawca realizuje z pomocą zatrudnianych pracowników, a nie osobiście;
- 5) w którym wykonawcami zadań, zarówno przed ich zleceniem na zewnątrz, jak w toku współpracy w ramach outsourcingu usług, są pracownicy jednego z podmiotów zaangażowanych w tę współpracę (a nie osoby zatrudnione na podstawie umów cywilnoprawnych).

Rozdział II

Przypisanie statusu pracodawcy właściwemu podmiotowi jako niezbędny instrument ochrony osób faktycznie wykonujących pracę w ramach outsourcingu usług

1. Outsourcing usług jako alternatywa dla zatrudniania pracowników własnych

Jednym ze skutków prawnych stosowania outsourcingu usług, widocznym na gruncie prawa pracy, jest przypisanie określonemu podmiotowi statusu pracodawcy, w sposób nie zawsze zgodny z normami tej gałęzi. W niniejszym rozdziale zagadnienie to zostanie przeanalizowane zarówno z perspektywy pracownika jak i przedsiębiorcy decydującego się na korzystanie z outsourcingu usług. Z perspektywy przedsiębiorcy wyjaśnienia wymagają przyczyny stosowania outsourcingu usług w miejsce zatrudnienia pracowników własnych, a także zakres swobody w jego stosowaniu ograniczony przez potrzebę ochrony pracowników. Perspektywa pracownicza przedstawiona zostanie w trzech częściach odpowiadającym różnym grupom pracowników, których prawa powinny podlegać ochronie na poszczególnych etapach outsourcingu. Następnie rozważania skoncentrują się wokół przemian rynkowych utrudniających identyfikację właściwych pracodawców, wyjaśnienia tytułowego pojęcia „rzeczywistego pracodawcy”, a także przedstawienia istniejącego w prawie polskim mechanizmu ochrony pracowników przed przypisywaniem statusu pracodawcy niewłaściwemu podmiotowi. Zwieńczy je kilka uwag na temat alternatywnych względem polskich rozwiązań metod ochrony, które można rozważyć w odniesieniu do przedmiotowego zagadnienia.

1.1. Przyczyny korzystania z outsourcingu usług w miejsce zatrudniania pracowników własnych

Outsourcing stanowi narzędzie do osiągnięcia przewag konkurencyjnych. Jak zarysowano już we wstępie niniejszej rozprawy, współczesny rynek stawia przed przedsiębiorcami liczne wyzwania. Aby odnieść sukces muszą oni m.in. elastycznie dopasowywać się do zmienności potrzeb klientów, nieustannie poszukiwać kluczowych kompetencji, tworzyć nowe sposoby optymalizacji kosztów, a także minimalizować

ryzyko⁴⁴⁵. Mając tak zarysowane cele, wielu z nich staje przed wyborem: zatrudnić pracowników własnych czy zlecić określone zadania do wykonywania zewnętrznemu kontrahentowi. Świadome podjęcie tego rodzaju decyzji wymaga porównania sytuacji, w której znajdzie się przedsiębiorca wybierając rolę pracodawcy oraz wybierając rolę usługobiorcy. Rozpocząć zatem należy od przedstawienia sytuacji prawnej podmiotu będącego pracodawcą.

Zagadnienie statusu pracodawcy uregulowano w art. 3 k.p., zgodnie z którym *pracodawcą jest jednostka organizacyjna, choćby nie posiadała osobowości prawnej, a także osoba fizyczna, jeżeli zatrudniają one pracowników*. Przepis ten określa katalog podmiotów posiadających zdolność pracodawczą. W doktrynie podkreśla się wymóg, aby zatrudnianie miało charakter samodzielny⁴⁴⁶. A. Sobczyk, dodaje także inne zadania i kompetencje pracodawców:

- a) utworzenie (powołanie) zakładu/zakładów pracy;
- b) finansowanie zadań publicznych wykonywanych przez zakład pracy oraz stosowanie prawa w tym zakresie;
- c) powołanie organu zarządzającego zakładem pracy w imieniu pracodawcy;
- d) zatrudnianie i zwalnianie pracowników i stanowienie związanego z tym prawa;
- e) wydawanie poleceń organowi zarządzającemu zakładem pracy;
- f) ustalenie ustroju zakładu pracy⁴⁴⁷.

Należy jednak mieć na uwadze, iż Autor zalicza pracodawcę do kategorii podmiotów prawa publicznego⁴⁴⁸, podczas gdy w doktrynie dominuje pogląd, iż jest on stroną stosunku zobowiązaniowego⁴⁴⁹, co znajduje umocowanie zarówno w regulacjach Konstytucji RP, jak i w prawie międzynarodowym, w tym w prawie Międzynarodowej Organizacji Pracy⁴⁵⁰. Pełny obraz statusu pracodawcy wyłania się zatem dopiero przy łącznej interpretacji art. 3 k.p. oraz art. 22 k.p. Stosunek pracy nazywany bywa zobowiązaniem *sui generis*, ponieważ ma charakter swoisty, wyrażający się w jego

⁴⁴⁵ Zob. A. Chobot, *Nowe formy zatrudnienia*, Warszawa 1997, s. 200-201.

⁴⁴⁶ W. Muszalski, K. Walczak (red.), *Kodeks pracy...*, LEX, art. 3.

⁴⁴⁷ A. Sobczyk, *Zarys systemu prawa pracy. Tom. 2 Ustrój społeczno-gospodarczy III RP i ustrojowe prawo pracy*, Kraków 2022, s. 160.

⁴⁴⁸ A. Sobczyk, *Zarys systemu prawa pracy. Tom. 2 Ustrój społeczno-gospodarczy III RP i ustrojowe prawo pracy*, Kraków 2022, s. 192.

⁴⁴⁹ Zob. W. Szubert, *O charakterze prawnym stosunku pracy*, PiZS 1964/7, s. 82.

⁴⁵⁰ Zob. W. Sanetra [w:] *System Prawa Pracy*, red. K. W. Baran. *Tom II. Indywidualne Prawo Pracy*, red. G. Goździewicz, Warszawa 2017, s. 69.

cechach⁴⁵¹. Elementami stosunku pracą są jego strony oraz treść, czyli określone ich uprawnienia oraz obowiązki, a zdaniem niektórych przedstawicieli doktryny także odpowiedzialność⁴⁵². Zdaniem P. Czarneckiego pracodawca to podmiot, który:

- 1) *ma obowiązek zatrudniania pracownika i ma prawo kierowania jego pracą, wyznaczając czas i miejsce (elementy organizacyjne definicji stosunku pracy), oraz*
- 2) *ma prawo zawłaszczyć wyniki pracy pracownika oraz ma obowiązek wypłaty pracownikowi wynagrodzenia (elementy ekonomiczne stosunku pracy)*⁴⁵³.

W oparciu o poglądy wyrażone w literaturze francuskiej, A. Supiot, wyraża pogląd, że stosunek pracy opiera się *na modelu wynajmu, jednak „stanowiąc wyjątek od tego co zwykle przyjmuje się za istotę wynajmu, nie ma w tym przypadku materialnego przekazania siły roboczej na rzecz pracodawcy, jako że nie istnieje możliwość oddzielenia jej od ciała pracownika*⁴⁵⁴. Moim zdaniem, specyfika tego stosunku prawnego sprowadza się do szczególnego przedmiotu „wynajmu”, który stanowią osobiste kompetencje pracowników. W naukach o zarządzaniu zasobami ludzkimi definiuje się je jako *wewnętrzny potencjał pracowników do wykonywania określonej pracy, na który składają się m.in. wiedza, umiejętności oraz postawy osoby*⁴⁵⁵. Zgodnie z przyjętą definicją kompetencją będzie ukończenie studiów wyższych na określonym kierunku, umiejętność obsługi specjalistycznego programu komputerowego, jak i samodzielność czy komunikatywność danej osoby. Pracownik oddaje je do dyspozycji pracodawcy w określonych ramach czasowych, a pracodawca korzysta z nich w procesie dążenia do osiągnięcia własnych celów gospodarczych. Relację pracownika oraz jego osobistych kompetencji trafnie uchwyciła T. Liszcz, stwierdzając, iż *nie można wyizolować z osoby człowieka samej zdolności do pracy i uczynić jej przedmiotem obrotu*

⁴⁵¹ Zob. M. Gersdorf, *Prawo zatrudnienia*, Warszawa 2013, s. 48; zob. także M. Gersdorf, *Umowa o pracę. Umowa o dzieło. Umowa zlecenia*, Warszawa 1993, s. 6-7.

⁴⁵² Zob. W. Sanetra [w:] *System Prawa Pracy*, red. K. W. Baran. *Tom II. Indywidualne Prawo Pracy*, red. G. Goździewicz, Warszawa 2017, s. 54; W. Sanetra, *Stosunek pracy i jego przemiany* [w:] *Współczesne problemy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych*, red. L. Florek, Ł. Pisarczyk, Warszawa 2011, s. 31.

⁴⁵³ P. Czarnecki, *Odpowiedzialność pracodawcy a rozwój struktur holdingowych*, Warszawa 2014, s. 68; zob. także Z. Kubot, *Pozycja prawna stron w umownym stosunku pracy*, Wrocław 1978, s.26.

⁴⁵⁴ M. Fabre-Magnan, *Le contrat de travail define par sob objet* [w:] *Le travail en perspectives*, praca zbiorowa, Paryż 1998, s. 101, 119; cyt. za A. Supiot, *Zatrudnienie pracownicze...*, s. 138; zob. także B. Wagner, *O swobodzie umowy o pracę raz jeszcze* [w:] *Prawo pracy a wyzwania XXI wieku. Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego*, red. M. Matey-Tyrowicz, L. Nawacki, B. Wagner, Warszawa 2002, s. 359; W. Szubert, *Zarys prawa pracy*, Warszawa 1980, s. 17.

⁴⁵⁵ A. Springer, *Problemy definiowania i klasyfikowania kompetencji pracowników*, „Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Bankowej w Poznaniu” 2011/34, s. 251, www.man.poznan.pl (dostęp: 22.02.2023 r.).

towarowego⁴⁵⁶. (...) Człowiek, udając się do pracy, nie zabiera ze sobą tylko swej zdolności do pracy, pozostawiając resztę swej osobowości w domu⁴⁵⁷. Determinuje to pozycję prawną obydwu stron stosunku pracy, pociągając za sobą konieczność ochrony pracownika. Kompetencji nie da się wydzielić od ich posiadacza. Udostępnienie ich innemu podmiotowi w zamian za wynagrodzenie powoduje ograniczenie wolności osoby będącej ich posiadaczem i możliwość naruszenia jej godności. Ze względu na swój szczególny przedmiot stosunek pracy wymaga zdecydowanie większej ilości norm chroniących osobę świadczącą pracę. Pracodawca, z kolei wykorzystuje kompetencje pracowników dla realizacji własnych celów gospodarczych, dzięki czemu osiąga zysk, co uzasadnia także szczególnie rozkład ryzyka⁴⁵⁸. Jak trafnie zauważa się w literaturze⁴⁵⁹, pracownik nie może bowiem ponosić ujemnych konsekwencji tego, że jego pracodawca nie osiągnął zakładanego celu, gdyż to pracodawca determinuje sposób wykorzystania kompetencji pracowników mocą przyznanych mu uprawnień kierowniczych⁴⁶⁰.

Specyfika stosunku pracy powoduje złożoną naturę statusu pracodawcy, na który składają się liczne przywileje, ale także ograniczenia i obciążenia. Wśród kluczowych korzyści, wymienić należy:

- uprawnienie do nawiązywania i rozwiązywania stosunków pracy z pracownikami we własnym imieniu⁴⁶¹;
- uprawnienie do kształtowania aktów prawa wewnętrznego w zakładzie pracy;
- możliwość elastycznego wykorzystania kompetencji pracowników dla realizacji własnych celów gospodarczych za pomocą szerokich uprawnień kierowniczych⁴⁶²;
- czerpanie bezpośrednich korzyści z pracy wykonywanej przez pracowników.

⁴⁵⁶ T. Liszcz *Praca ludzka – wartość ekonomiczna czy etyczna?*, *Etnolingwistyka. Problemy języka i kultury* 28, Lublin 2016, DOI:10.17951/et.2016.28.59, s. 69.

⁴⁵⁷ T. Liszcz *Praca ludzka – wartość ekonomiczna czy etyczna?*, *Etnolingwistyka. Problemy języka i kultury* 28, Lublin 2016, DOI:10.17951/et.2016.28.59, s. 69.

⁴⁵⁸ Zob. Ł. Pisarczyk, *Aksjologiczne i prawne uwarunkowania ryzyka pracodawcy w stosunkach pracy*, *PiP* 2004/12, s. 56-57.

⁴⁵⁹ Zob. Ł. Pisarczyk, *Aksjologiczne i prawne uwarunkowania ryzyka pracodawcy w stosunkach pracy*, *PiP* 2004/12, s. 57.

⁴⁶⁰ Zob. Ł. Pisarczyk, *Ryzyko pracodawcy*, s. 63; T. Duraj, *Przyszłość pracowniczego podporządkowania jako cechy konstrukcyjnej stosunku pracy* [w:] *Przyszłość prawa pracy. Liber Amicorum. W pięćdziesięciolecie pracy naukowej Profesora Michała Seweryńskiego*, red. Z. Hajn, D. Skupień, Łódź 2015, s. 406;

⁴⁶¹ Zob. J. Piątkowski, *Aksjologiczne i normatywne podstawy prawa stosunku pracy*, Toruń 2017, s. 137.

⁴⁶² Zob. M. Latos-Miłkowska, *Ochrona interesu pracodawcy*, Warszawa 2013, s. 80-81.

Każdej z powyższych korzyści płynącej z posiadania statusu pracodawcy towarzyszą jednak obciążenia i obowiązki:

- ograniczenia swobody nawiązywania i rozwiązywania stosunków pracy, zwłaszcza w zakresie ochrony trwałości zatrudnienia⁴⁶³;
- obowiązki wynikające z konieczności ochrony osoby, która udostępnia swoje kompetencje innemu podmiotowi w zamian za wynagrodzenie;
- ograniczony zakres możliwości dochodzenia roszczeń w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez pracownika, który odpowiada wyłącznie na zasadzie winy⁴⁶⁴;
- ryzyko pracodawcy, w tym w szczególności ryzyko nieosiągnięcia celów gospodarczych⁴⁶⁵.

Na status pracodawcy składają się także obowiązki natury publicznoprawnej, powiązane w szczególności z występowaniem w roli płatnika składek na ubezpieczenie społeczne oraz zaliczek na podatek dochodowy. W odniesieniu do kosztów pracy w doktrynie wyrażany jest pogląd, zgodnie z którym stanowią one swoistą cenę, jaką pracodawcy muszą zapłacić za ograniczenie wolności pracownika wynikające z tego, że zobowiązuje się on nie tylko do wykonywania pracy na rzecz pracodawcy, ale że decyduje się także na to, iż będzie ona świadczona w reżimie podporządkowania pracodawcy⁴⁶⁶. O ile w przypadku rozkładu ryzyka pracodawcy można dostrzec jego powiązanie z uprawnieniem do zawłaszczania rezultatów pracy⁴⁶⁷, o tyle w przypadku kosztów pracy znaczny ich komponent stanowią daniny publiczne przeznaczone na finansowanie systemów zabezpieczenia społecznego⁴⁶⁸. Konieczność ich ponoszenia, w części w jakiej obciążają pracodawcę, nie wiąże się

⁴⁶³ Zob. M. Seweryński, Problemy rekodyfikacji prawa pracy [w:] *Prawo pracy a wyzwania XXI wieku. Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego*, red. M. Matey-Tyrowicz, L. Nawacki, B. Wagner, Warszawa 2002, s. 331-333.

⁴⁶⁴ Zob. J. Wojtyła, *Dylematy ochronnej funkcji prawa pracy w stosunkach prawnych zatrudnienia [w:] Wolność i sprawiedliwość w zatrudnieniu. Księga pamiątkowa poświęcona Prezydentowi Rzeczypospolitej Polskiej Profesorowi Lechowi Kaczyńskiemu*, red. M. Seweryński, J. Stelina, Gdańsk 2012, s. 383-385; B. Wagner, *O swobodzie umowy o pracę raz jeszcze [w:] Prawo pracy a wyzwania XXI wieku. Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego*, red. M. Matey-Tyrowicz, L. Nawacki, B. Wagner, Warszawa 2002, s. 374.

⁴⁶⁵ Zob. W. Szubert, *Zarys prawa pracy*, Warszawa 1980, s. 88 -91; J. Wojtyła, *Dylematy ochronnej funkcji prawa pracy w stosunkach prawnych zatrudnienia [w:] Wolność i sprawiedliwość w zatrudnieniu. Księga pamiątkowa poświęcona Prezydentowi Rzeczypospolitej Polskiej Profesorowi Lechowi Kaczyńskiemu*, red. M. Seweryński, J. Stelina, Gdańsk 2012, s. 383-385.

⁴⁶⁶ Zob. W. Santera, *Przyszłość prawa pracy z perspektywy istniejących dla niego zagrożeń [w:] Przyszłość prawa pracy. Liber Amicorum. W pięćdziesięciolecie pracy naukowej Profesora Michała Seweryńskiego*, red. Z. Hajn, D. Skupień, Łódź 2015, s.76.

⁴⁶⁷ Zob. Ł. Pisarczyk, *Ryzyko pracodawcy*, s. 113.

⁴⁶⁸ Zob. J. Jończyk, *Umowa o zatrudnienie*, PiZS 2012/2, s. 4.

zatem ze szczególną korzyścią uzyskiwaną przez pracodawcę w ramach stosunku pracy, lecz z tzw. społeczną naturą zatrudnienia⁴⁶⁹.

Wybierając czy podmiot chce zatrudniać pracowników własnych dla realizacji celów czy woli skorzystać z outsourcingu, porównać należy na ile prawa i obowiązki związane z obydwoma rolami: pracodawcy i usługobiorcy pozwalają stawić przedsiębiorcy czoła wyzwaniom rynkowym. Jak wskazano już w początkowej części wyводу, do głównych wyzwań zaliczyć można: konieczność elastycznego dopasowania się do zmienności potrzeb klientów, ciągłego poszukiwania kluczowych kompetencji, tworzenia nowych sposobów optymalizacji kosztów, a także minimalizowania ryzyka⁴⁷⁰.

Zagadnienie elastyczności trafnie ujmuje A. Chobot, twierdząc że *konkurencja wymaga, aby siła robocza nie była nigdy w stanie nieproduktywnym i mogła być bez przeszkód zwalniana, kiedy zmniejsza się zapotrzebowanie na pracę*⁴⁷¹. W przypadku elastyczności działań, porównanie statusu pracodawcy i usługobiorcy prowadzi do dwóch wniosków. Jeśli zmiana kierunku działań wymaga wyłącznie modyfikacji sposobu realizacji zadań, to lepszą pozycję, co do zasady, przypisać należy pracodawcy. Uprawnienia kierownicze przysługujące temu podmiotowi w zakresie dalece szerszym aniżeli usługobiorcy umożliwiają bowiem wdrożenie zmian od razu, bez konieczności np. renegocjacji umów. Podobnie szeroką elastyczność dostrzec można w przypadku zmiany charakteru działalności. Pracodawcy przysługuje w tym zakresie na przykład, nieprzysługujące usługobiorcy, uprawnienie powierzenia innej pracy aniżeli umówiona w czasie do trzech miesięcy w roku kalendarzowym. Na polu zmiany sposobu wykonywania zadań oraz zmiany samych zadań do wykonania co do zasady znacznie większą elastyczność działań zapewnia zatrudnianie pracowników własnych.

Jeżeli jednak zmiana wymaga zmiany składu osobowego zespołu wykonującego pracę, to sytuacja się odwraca. Ochrona trwałości stosunku pracy opóźnia lub niekiedy uniemożliwia jej wdrożenie, co generuje dodatkowe koszty⁴⁷². Dokonanie zmiany lub rozwiązania umowy outsourcingu usług pozostaje wówczas zazwyczaj znacznie łatwiejszym rozwiązaniem, gdyż zasady rozwiązania umowy outsourcingu usług w znacznej mierze mogą być kształtowane przez strony podczas jej zawierania.

⁴⁶⁹ J. Jończyk, *O społecznej naturze zatrudnienia*, PiZS 2011/6, s. 3.

⁴⁷⁰ Zob. A. Chobot, *Nowe formy zatrudnienia*, Warszawa 1997, s. 200-201.

⁴⁷¹ A. Chobot, *Nowe formy zatrudnienia*, Warszawa 1997, s. 33.

⁴⁷² Zob. J. Wojtyła, *Dylematy ochronnej funkcji prawa pracy w stosunkach prawnych zatrudnienia* [w:] *Wolność i sprawiedliwość w zatrudnieniu. Księga pamiątkowa poświęcona Prezydentowi Rzeczypospolitej Polskiej Profesorowi Lechowi Kaczyńskiemu*, red. M. Seweryński, J. Stelina, Gdańsk 2012, s. 385.

Kolejne wyzwanie stojące przed przedsiębiorcami wymaga ciągłego poszukiwania kluczowych kompetencji. W obszarze tym potwierdzono badaniami, iż istnieje zależność pomiędzy z procesów outsourcingowych a wydatkami na sektor badawczo-rozwojowy przedsiębiorstw⁴⁷³. W sytuacji, gdy przedsiębiorstwo wykorzystuje zasoby niebędące jego własnością, możliwe jest dopasowywanie ich poziomu do aktualnych potrzeb i „uwolnienie” kapitału, który może być inwestowany w inne przedsięwzięcia o potencjalnie wyższym zwrocie⁴⁷⁴. Zysk osiągnięty przy zastosowaniu procesów outsourcingowych prowadzi do wzrostu wydatków w sektorze badawczo-rozwojowym⁴⁷⁵. Zagadnienie wyższości statusu usługobiorcy na statusem pracodawcy w tym obszarze nie jawi się jednak całkowicie jednoznacznie. Z jednej strony prawo pracy utrudnia zakończenie działalności w obszarach nie będących obszarami kluczowej działalności przedsiębiorstwa, a tym samym opóźnia „uwolnienie” kapitału, który można przeznaczyć na działalność rozwojową związaną z poszukiwaniem kluczowych kompetencji. Z drugiej, zapewnia stabilniejszą więź z pracownikami własnymi, którzy wykonują pracę w tych obszarach. Moim zdaniem, szerokie uprawnienia przysługujące pracodawcy pozwalają temu podmiotowi na lepsze poznanie całokształtu kompetencji pracowników, a w konsekwencji skuteczniejsze zarządzanie ich wykorzystaniem. Coraz więcej firm upatruje w rozwoju unikalnych kompetencji samych pracowników swojej szansy na sukces rynkowy.

Istotne różnice pojawiają się pomiędzy opisywanymi rolami na gruncie analizy ryzyka. Niewątpliwą zaletą statusu usługobiorcy jest możliwość istotnej minimalizacji ryzyka towarzyszącego pozyskiwaniu pracy, w szczególności ryzyka osobowego⁴⁷⁶. Outsourcing stanowi zatem jedną z form transferu ryzyka poprzez wykorzystanie zatrudnienia za pośrednictwem innego podmiotu⁴⁷⁷. Ukształtowanie ryzyka w ten sposób umożliwia podmiotom korzystającym z outsourcingu usług osiągnięcie dodatkowych korzyści. Niestety dla pracowników, transfer ten następuje nierzadko z podmiotów o silnej pozycji rynkowej na podmioty o słabszej. Z zagadnieniem ryzyka wiąże się także zakres odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania.

⁴⁷³ A. Glass, K. Saggi, Innovation and Wage Effect of International Outsourcing, “European Economic Review”, 2001/45, s. 67–86.

⁴⁷⁴ Ibidem.

⁴⁷⁵ Ibidem.

⁴⁷⁶ Zob. Ł. Pisarczyk, *Różne formy zatrudnienia*, Warszawa 2003, s. 124.

⁴⁷⁷ Zob. Ł. Pisarczyk, *Ryzyko pracodawcy*, s. 88.

W przypadku gdy zobowiązanie wykonuje pracownik własny, maksymalny zakres jego odpowiedzialności determinują normy prawa pracy. W przypadku usługodawcy, zastosowanie znajduje cywilnoprawna odpowiedzialność kontraktowa, o znacznie szerszym zakresie, który, do pewnego stopnia, może jeszcze zostać zmodyfikowany wolą stron wyrażoną w umowie. Podmiot korzystający z outsourcingu usług, o silnej pozycji negocjacyjnej, może zatem doprowadzić do ukształtowania zakresu odpowiedzialności stron w umowie outsourcingowej w sposób dalece bardziej korzystny, aniżeli pozwalają na to normy prawa pracy. Dysponuje także dodatkowymi sposobami zabezpieczenia swojego interesu poprzez zastosowanie instytucji prawa cywilnego, których stosowanie wobec pracownika byłoby wykluczone, np. kar umownych. W zakresie ryzyka i odpowiedzialności status usługobiorcy pozostaje zatem znacznie bardziej korzystny niż status pracodawcy.

Kolejnym obszarem ujawniającym istotne różnice pomiędzy rolami w jakich występuje przedsiębiorca jest to obszar kosztów. Koszty pracy stanowią dziś dla wielu przedsiębiorców najpoważniejszy udział w łącznych kosztach produkcji i usług⁴⁷⁸. W doktrynie prawa pracy można spotkać się z uzasadnionym genezą tej gałęzi prawa piętnowaniem podejścia do pracy ludzkiej wyłącznie w kategoriach kosztu i zysku ekonomicznego. B. Wagner uważa, że *myślenie takie dotknięte jest błędem ahistoryzmu*⁴⁷⁹. *Rola pracownika w procesie świadczenia pracy nie może być zredukowana do funkcji jednego ze składników produkcji, narzędzia pracy, automatu, maszyny, bytu intelektualnie i emocjonalnie biernego, bez inicjatywy, motywacji i woli, po prostu „zasobu ludzkiego” uwzględnianego w „kosztach własnych” pracodawcy*⁴⁸⁰. Coraz więcej głosów w doktrynie prawa pracy wyraża jednak chęć dążenia do wyważenia wartości, jaką jest ochrona pracowników z interesem przedsiębiorców, działających w warunkach wymagającej i bezwzględnej gry rynkowej⁴⁸¹. Jak trafnie zauważa J. Wojtyła, *w nowych warunkach dla większości pracodawców koszt pracy stał*

⁴⁷⁸ J. Wojtyła, *Prawo pracy z perspektywy rozwoju małych i średnich przedsiębiorców* [w:] *Prawo pracy a wyzwania XXI wieku. Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego*, red. M. Matey-Tyrowicz, L. Nawacki, B. Wagner, Warszawa 2002, s. 384.

⁴⁷⁹ B. Wagner, *O swobodzie umowy o pracę raz jeszcze* [w:] *Prawo pracy a wyzwania XXI wieku. Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego*, red. M. Matey-Tyrowicz, L. Nawacki, B. Wagner, Warszawa 2002, s. 381.

⁴⁸⁰ Ibidem, s. 381.

⁴⁸¹ Zob. m.in. Z. Hajn, *Konkurencja między przedsiębiorcami a prawo pracy* [w:] *Prawo pracy między gospodarką a ochroną pracy. Księga jubileuszowa Profesora Ludwika Florka*, red. naukowa M. Latos-Miłkowska, Ł. Pisarczyk, Warszawa 2016, s. 194.

się obciążeniem decydującym o rentowności firmy⁴⁸². W wielu wypadkach jest to bowiem najistotniejszy element w rachunku kosztów przedsiębiorstwa⁴⁸³. Warto przy tym podkreślić, że na koszt pracy, o czym wiele osób zdaje się w dzisiejszym świecie zapominać, składa się suma świadczeń na rzecz pracownika i jego rodziny wynikająca ze stosunku pracy, w tym z tytułu zobowiązań wynikających z postanowień układów zbiorowych pracy, porozumień zbiorowych oraz tych, która ciąży na pracodawcy z tytułu składek na ubezpieczenia, składek na obligatoryjne fundusze związane z zatrudnieniem na podstawie stosunku pracy itp⁴⁸⁴. Analiza kosztów i ryzyka przemawia zatem wyraźnie na rzecz statusu usługobiorcy⁴⁸⁵.

1.2. Swoboda wyboru outsourcingu usług jako alternatywy dla zatrudniania pracowników własnych

Outsourcing usług stanowi praktykę umożliwiającą korzystającemu z niego przedsiębiorcy realizację określonych zadań własnych bez konieczności zatrudniania do ich wykonania pracowników. Podstawę prawną dla swobody przedsiębiorców w zakresie korzystania z outsourcingu usług stanowi art. 353¹ k.c., korespondujący z konstytucyjnymi zasadami stanowiącymi podstawy ustroju gospodarczego państwa polskiego⁴⁸⁶, wyrażonymi w art. 20–24 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej⁴⁸⁷. Korzystanie z outsourcingu usług w miejsce zatrudnienia pracowników własnych budzi pewne wątpliwości w odniesieniu do treści art. 24 Konstytucji, zgodnie z którym *praca znajduje się pod ochroną Rzeczypospolitej Polskiej, a Państwo sprawuje nadzór nad warunkami jej wykonywania*. Rodzi się zatem

⁴⁸² J. Wojtyła, *Prawo pracy z perspektywy rozwoju małych i średnich przedsiębiorców* [w:] *Prawo pracy a wyzwania XXI wieku. Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego*, red. M. Matey-Tyrowicz, L. Nawacki, B. Wagner, Warszawa 2002, s. 384.

⁴⁸³ Zob. B. Balza I. Balza, *Koszty pracy w polskim, wspólnotowym i międzynarodowym prawie pracy — ich wpływ na ustawowy obowiązek prowadzenia sprawozdawczości statystycznej w Polsce*, PiZS 2014/11, s. 12-13.

⁴⁸⁴ Zob. J. Wojtyła, *Prawo pracy z perspektywy rozwoju małych i średnich przedsiębiorców* [w:] *Prawo pracy a wyzwania XXI wieku. Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego*, red. M. Matey-Tyrowicz, L. Nawacki, B. Wagner, Warszawa 2002, s. 384; B. Balza I. Balza, *Koszty pracy w polskim, wspólnotowym i międzynarodowym prawie pracy — ich wpływ na ustawowy obowiązek prowadzenia sprawozdawczości statystycznej w Polsce*, PiZS 2014/11, s. 12-13, 19.

⁴⁸⁵ Zob. J. Wojtyła, *Prawo pracy z perspektywy rozwoju małych i średnich przedsiębiorców* [w:] *Prawo pracy a wyzwania XXI wieku. Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego*, red. M. Matey-Tyrowicz, L. Nawacki, B. Wagner, Warszawa 2002, s. 384-385.

⁴⁸⁶ Zob. P. Tuleja [w:] P. Czarny, M. Florczak-Wątor, B. Naleziński, P. Radziejewicz, P. Tuleja, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, wyd. II*, LEX/el. 2021, art. 20.

⁴⁸⁷ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

pytanie o wykładnię pojęcia „praca” oraz możliwość korzystania z niej poza zasięgiem ochronnych norm prawa pracy.

Ochronie na mocy art. 24 Konstytucji podlega praca, bez względu na podstawę jej świadczenia. Ochrona wynikająca z prawa pracy, nie obejmuje wszystkich postaci pracy, a jedynie te, do których zastosowanie znajduje reżim pracowniczy. Co do zasady zatem, przedsiębiorcy mogą w drodze outsourcingu usług korzystać z pracy faktycznie wykonywanej przez pracowników kontrahenta. W tym miejscu rodzi się jednak kolejna wątpliwość odnosząca się do określenia reżimu, jaki znajduje zastosowanie dla korzystania z pracy ludzkiej wykonywanej w opisywany sposób. W doktrynie⁴⁸⁸ i judykaturze⁴⁸⁹ za utrwalony uznać należy pogląd, zgodnie z którym strony mogą wskazać reżim prawny, w którym świadczona będzie praca. Wybór ów determinuje charakter ich wzajemnych praw i obowiązków⁴⁹⁰. Poglądy te odnoszą się jednak do relacji dwustronnych. W przypadku współpracy w ramach outsourcingu usług, osoby faktycznie realizujące na rzecz usługobiorcy pracę nie pozostają z nim natomiast w żadnym stosunku prawnym. Outsourcing usług rysuje się zatem jako alternatywa nie tylko dla zatrudnienia pracowników własnych, ale także dla zatrudniania osób fizycznych w oparciu o umowy cywilnoprawne. W modelową współpracę faktycznie zaangażowane są bowiem trzy podmioty: usługodawca, usługobiorca oraz pracownik, który faktycznie wykonuje zadania na rzecz usługobiorcy. Pracę wykonywaną faktycznie przez pracownika zakwalifikować można dwojako. Z perspektywy prawa cywilnego zachowanie pracownika wpisuje się ona w ramy świadczenia usługi w imieniu usługodawcy na rzecz usługobiorcy. Z perspektywy prawa pracy, oznacza świadczenie pracy w imieniu własnym na rzecz

⁴⁸⁸ Zob. J. Stelina, *Nieparadygmatyczne stosunki pracy*, PiP 12/2020, s. 64; B. Wagner, *O swobodzie umowy o pracę raz jeszcze* [w:] *Prawo pracy a wyzwania XXI wieku. Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego*, red. M. Matey-Tyrowicz, L. Nawacki, B. Wagner, Warszawa 2002, s. 375-376; A. Kijowski, *Zakres swobody pracodawcy w korzystaniu z zatrudnienia cywilnoprawnego* [w:] *Prawo pracy a wyzwania XXI wieku. Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego*, red. M. Matey-Tyrowicz, L. Nawacki, B. Wagner, Warszawa 2002, s. 223; Autor powołuje się na wyrok SN z 28.01.1998 r., II UKN 479/97, OSNAPiUS 1999 r., z. 1, poz. 34 (LEX nr 34500); M. Gersdorf, *Prawo zatrudnienia*, Warszawa 2013, s. 48-49; zob. także M. Gersdorf, *Umowa o pracę. Umowa o dzieło. Umowa zlecenia*, Warszawa 1993, s. 6-7; M. Tomaszewska [w:] *Kodeks pracy. Komentarz. Tom I. Art. 1-93*, wyd. VI, red. K.W. Baran, Warszawa 2022, LEX, art. 22 k.p.; W. Muszalski, B. Godlewska-Bujok [w:] *Kodeks pracy. Komentarz*, red. W. Muszalski, K. Walczak, wyd. 13, Warszawa 2021, Legalis, art. 22 k.p.; odmiennie A. Sobczyk, *Podmiotowość pracy...*, s. 22-23; P. Czarnecki, *Odpowiedzialność pracodawcy a rozwój...*, s. 146.

⁴⁸⁹ Zob. m.in. wyrok SN z 20.06.2018 r., I PK 48/17, LEX nr 2508183; wyrok SN z 18.07.2012 r., I UK 90/12, LEX nr 1232232; wyrok SN z 7.10.2004 r., II PK 29/04, LEX nr 145435; wyrok SN z 21.03.2001 r., I PKN 328/00, LEX nr 1168043; wyrok SN z 2.08.2000 r., I PKN 754/99, LEX nr 1224661; wyrok SN z 9.12.1999 r., I PKN 432/99, LEX nr 39601.

⁴⁹⁰ J. Stelina, *Nieparadygmatyczne stosunki pracy*, PiP 12/2020, s. 64.

pracodawcy (usługodawcy). Odwracając perspektywę należy rozważyć w jakim reżimie powinny mieścić się nieobjęte wprost umową relacje pracownika z usługobiorcą. Znajduje tu zastosowanie reżim prawa cywilnego, ponieważ pracownik w relacji z usługobiorcą występuje w roli pomocnika usługodawcy. Podstawą pracy faktycznie wykonywanej przez niego na rzecz usługobiorcy jest zatem umowa outsourcingu usług determinująca cywilnoprawny reżim korzystania z pracy. Do wzajemnych relacji tych podmiotów zastosowanie znajdują zatem te same ograniczenia, które dotyczą bezpośredniego zatrudnienia osoby fizycznej w oparciu o umowę cywilnoprawną.

1.3. Ograniczenia swobody korzystania z outsourcingu usług wynikające z potrzeby ochrony pracowników

Zagadnienie potrzeby ochrony pracowników faktycznie wykonujących pracę w ramach outsourcingu usług rodzi pytanie o granice wolności gospodarczej podmiotów, które się na taką współpracę decydują. Zgodnie z art. 22 Konstytucji RP *ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny*. Ograniczenia dotyczą także zasady swobody umów wyrażonej w art. 353¹k.c.. Składają się na nie: zgodność z właściwością (naturą) stosunku, ustawą oraz zasadami współżycia społecznego. Mieszczą się w nich także istotne ograniczenia wynikające z norm prawa pracy. Umowa outsourcingu usług sprzeczna z nimi obarczona zostanie sankcją nieważności⁴⁹¹.

Relacji pomiędzy prawem cywilnym a prawem pracy nie można rozpatrywać w oderwaniu od aspektów historycznych, związanych z wyodrębnieniem gałęziowym prawa pracy. Ujęto ją w art. XII § 1 p.w.k.c.⁴⁹², zgodnie z którym *kodeks cywilny nie narusza ustawodawstwa pracy*. Ograniczenie cywilnoprawnej swobody umów mocą norm ochronnych prawa pracy sięga czasów, gdy jedynie *nieliczne przepisy, zawarte w kodeksach cywilnych, i mało skuteczne normy rozwijającego się ustawodawstwa fabrycznego stanowiły jedyne ramy prawne dla treści stosunków pracy, kształtowanej w istocie według woli pracodawcy*⁴⁹³. Wolność umów miała wówczas swoją ciemną stronę, polegającą na możliwości wykorzystania silniejszej pozycji

⁴⁹¹ Zob. S. Włodyka, M. Spyra, *Ogólna charakterystyka...*, s. 29.

⁴⁹² Dz.U.1964.16.94 z dnia 1964.05.18

⁴⁹³ W. Szubert, *O charakterze prawnym stosunku pracy*, PiP 1964/7, s. 83.

kontraktowej dla ukształtowania zobowiązań w sposób naruszający interesy pracowników, a w skrajnej formie do ich wyzysku⁴⁹⁴. Przeciwdziałanie owemu zjawisku legło u podstaw prawa pracy, którego rozwój sprowadza się do stopniowego zawężania wolności umów za pomocą norm ochronnych, w szczególności norm jednostronnie bezwzględnie obowiązujących⁴⁹⁵. Jak podkreśla T. Liszcz w *tym leży główny sens istnienia prawa pracy jako odrębnej gałęzi, chroniącej przede wszystkim słabszą stronę stosunku pracy, którą jest pracownik*⁴⁹⁶. A. Sobczyk dodaje, iż *ingerencja w wolność gospodarczą (...) w imię ochrony wartości związanych z wykonywaniem pracy zarobkowej bez wątpienia mieści się w ramach społecznej gospodarki rynkowej*⁴⁹⁷.

Zakres swobody w korzystaniu z outsourcingu usług wyznacza zatem potrzeba ochrony pracowników faktycznie wykonujących pracę w ramach outsourcingu usług. Można wśród nich wyróżnić trzy grupy. Pierwszą z nich stanowią pracownicy dotychczas wykonujący zadania zlecane na zewnątrz, którzy w związku z outsourcingiem usług nie będą już ich wykonywać. Drugą, pracownicy którzy zostają „przejęci” przez usługodawcę w toku przejmowania przez ten podmiot zadań i funkcji. Trzecią, pracownicy faktycznie wykonujący pracę na rzecz usługobiorcy w charakterze pomocników usługodawcy. Warto przy tym zauważyć, iż w trzeciej grupie wyróżnić można, jak uczyniła to NIK w cytowanej już definicji, dwie podgrupy: byłych pracowników pracodawcy macierzystego (usługobiorcy) oraz pracowników własnych usługodawcy, którzy nie byli uprzednio związani z usługobiorcą stosunkiem pracy.

1.3.1. Pracownicy dotychczas wykonujący zadania zlecane na zewnątrz

⁴⁹⁴ Zob. W. Szubert, *O charakterze prawnym stosunku pracy*, PiP 1964/7, s. 83.

⁴⁹⁵ Zob. W. Szubert, *O charakterze prawnym stosunku pracy*, PiP 1964/7, s. 83; B. Wagner, *Stosunek pracy i jego treść* [w:] *Prawo pracy RP w obliczu przemian*, red. M. Matey-Tyrowicz, T. Zieliński, Warszawa 2006, s. 147; B. Wagner, *O swobodzie umowy o pracę raz jeszcze* [w:] *Prawo pracy a wyzwania XXI wieku. Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego*, red. M. Matey-Tyrowicz, L. Nawacki, B. Wagner, Warszawa 2002, s. 361; zob. także B. Wagner, *Zakres swobody umów w pracowniczym stosunku pracy*, Kraków 1986, s. 37; L. Florek, *Ustawa i umowa w prawie pracy*, Warszawa 2010, s. 103; L. Florek, *Swoboda umów w prawie pracy* [w:] *Wolność i sprawiedliwość w zatrudnieniu. Księga pamiątkowa poświęcona Prezydentowi Rzeczypospolitej Polskiej Profesorowi Lechowi Kaczyńskiemu*, red. M. Seweryński, J. Stelina, Gdańsk 2012, s. 91; Z. Góral, *O kodeksowym katalogu zasad indywidualnego prawa pracy*, Warszawa 2011, s. 121.

⁴⁹⁶ T. Liszcz, *Swoboda umów w prawie pracy* [w:] *Wolność i sprawiedliwość w zatrudnieniu. Księga pamiątkowa poświęcona Prezydentowi Rzeczypospolitej Polskiej Profesorowi Lechowi Kaczyńskiemu*, red. M. Seweryński, J. Stelina, Gdańsk 2012, s. 191; zob. także A. Sobczyk, *Prawo pracy w świetle Konstytucji RP. Tom I. Teoria publicznego i prywatnego indywidualnego prawa pracy*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 291; M. Skapski, *Ochronna funkcja prawa pracy...*, LEX.

⁴⁹⁷ A. Sobczyk, *Prawo pracy w świetle Konstytucji RP. Tom I. Teoria publicznego i prywatnego indywidualnego prawa pracy*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 43-44.

M. Trocki postrzega proces outsourcingu usług jako przedsięwzięcie, obejmujące wiele przedsięwzięć cząstkowych, polegających na wydzieleniu:

- zadaniowym, czyli wyodrębnieniu zadań związanych z wydzielaną funkcją ze struktury zadań przedsiębiorstwa macierzystego,
- personalnym, czyli wyodrębnieniu pracowników realizujących funkcję ze struktury przedsiębiorstwa macierzystego lub przeniesieniu ich do innych systemów działania struktury przedsiębiorstwa,
- majątkowym, czyli wyodrębnieniu i zagospodarowaniu na inne potrzeby albo zlikwidowaniu składników majątkowych (gruntów, budynków i budowli, pomieszczeń, wyposażenia technicznego i środków finansowych) związanych z wydzielaną funkcją,
- organizacyjnym, czyli wyłączeniu systemu działania realizującego wydzielaną funkcję z przedsiębiorstwa macierzystego,
- zarządczym, czyli zmianie: właściciela podmiotu odpowiedzialnego za realizację funkcji, reprezentacji prawnej, formy podporządkowania instancji kierującej działalnością gospodarczą, odpowiedzialności i uprawnień decyzyjnych związanych z realizacją funkcji⁴⁹⁸.

Wydaje się, iż pierwsze cztery spośród wymienionych powyżej wyodrębnień muszą zostać dokonane na etapie przygotowawczym. Dla stworzenia umowy stanowiącej podstawę outsourcingu usług niezbędne jest ustalenie, które zadania i funkcje zostaną przekazane oraz czy ich przekazaniu towarzyszyć będzie przejęcie pracowników lub składników majątkowych. Wyodrębnienie zarządcze stanowi natomiast istotę pierwszej fazy outsourcingu usług, w ramach której następuje zmiana podmiotu odpowiedzialnego za realizację zadań.

Z perspektywy prawnopracowniczej kluczowy element fazy przygotowawczej stanowi podjęcie decyzji o losie pracowników dotychczas zatrudnionych przy realizacji zleczonych na zewnątrz zadań. Jak zasygnalizowano w rozdziale pierwszym, istnieje w tym zakresie kilka możliwości. Pracodawca macierzysty może rozwiązać z nimi umowy o pracę, powierzyć im inny rodzaj pracy wewnątrz przedsiębiorstwa macierzystego lub pozostawić na dotychczasowych stanowiskach, lecz

⁴⁹⁸ Zob. M. Trocki, *Outsourcing. Metoda restrukturyzacji...*, s. 23-25.

ostatnie działanie, a w zasadzie zaniechanie, pozostaje w sprzeczności z celem outsourcingu usług i prowadzi do tzw. „błędu śmieciowej infrastruktury”.

Rozwiązanie umów o pracę w związku z outsourcingiem usług zakwalifikować należy, przy spełnieniu przesłanek zastosowania ustawy z dnia 13 marca 2003 r. o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników⁴⁹⁹, jako spowodowane przyczyną niedotyczącą pracowników. Jeśli znajdzie ona zastosowanie, istotnym elementem planowania procesu outsourcingu usług od strony finansowej powinno stać się uwzględnienie konieczności wypłaty pracownikom dotychczas zatrudnianym przy wykonywaniu zadań odpraw pieniężnych, o których mowa w art. 8 u.z.g. Element ten ma doniosłe znaczenie praktyczne. Nierzadko bowiem pracodawcy macierzyści, w celu uniknięcia konieczności wypłaty odpraw pieniężnych, stawiają usługodawcom warunek przejęcia pracowników dotychczas zatrudnianych przy wykonywaniu zadań zleczanych na zewnątrz.

W doktrynie i orzecznictwie⁵⁰⁰ powszechnie przyjęty jest pogląd o dopuszczalności rozwiązania umów o pracę w sytuacji zlecenia na zewnątrz realizacji zadań dotychczas wykonywanych przez pracownika, o ile w związku z przekazaniem zadań nie następuje transfer zakładu pracy lub jego części⁵⁰¹. L. Krysińska-Wnuk uważa, że *przekształcenia polegające na powierzeniu wykonywania określonych zadań innym podmiotom na podstawie umów prawa cywilnego uzasadniają rozwiązanie stosunku pracy z powodu likwidacji stanowiska lub działu, o ile nie następuje przejście zakładu pracy na innego pracodawcę*⁵⁰². M. Latos-Miłkowska i Ł. Pisarczyk dodają, że tego rodzaju decyzja *mieści się w sferze swobody gospodarczej pracodawcy, który, jeśli nie narusza w ten sposób przepisów prawa pracy, może dokonać wyboru najbardziej opłacalnej dla siebie formy zatrudnienia osób wykonujących określone czynności*⁵⁰³. S. Paruch i R. Stępień uznają ponadto, że *jeżeli pracodawca zaprzestaje wykonywania zadań przypisanych do określonych stanowisk to sam fakt likwidacji stanowiska pracy przesądza o zasadności wypowiedzenia umowy o pracę*⁵⁰⁴. Stanowisko doktryny aprobuje judykatura. Jak podnosi Sąd Najwyższy w wyroku z 4.12.2013 r., *dopuszczalne, niczym nieograniczone*

⁴⁹⁹ t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1969.

⁵⁰⁰ Zob. wyrok SN z 21.10.1999 r., I PKN 320/99, LEX nr 39901; wyrok SN z 12.07.2001 r., I PKN 541/00, wyrok SN z 12.12.2001 r., I PKN 733/00, LEX nr 49204.

⁵⁰¹ Zob. wyrok SN z 13.04.2010 r., I PK 210/09, LEX nr 987058.

⁵⁰² L. Krysińska-Wnuk, *Regulacja zwolnień grupowych pracowników*, 2009, LEX.

⁵⁰³ M. Latos-Miłkowska Monika, Ł. Pisarczyk, *Zwolnienia z przyczyn niedotyczących pracownika*, 2005, LEX.

⁵⁰⁴ Zob. S. Paruch, R. Stępień, *Likwidacja stanowiska pracy jako przyczyna wypowiedzenia umowy o pracę*, MOPR 2014/12, s. 641.

jest prawo pracodawcy do podjęcia decyzji o tym, że czynności wykonywane przez pracownika na likwidowanym stanowisku mogą być powierzane innym pracownikom (na innych stanowiskach pracy), a nawet osobom (podmiotom) nie pozostającym z pracodawcą w stosunku pracy. Dochodzi wówczas do likwidacji stanowiska pracy, mimo że nadal określone zadania są wykonywane na rzecz pracodawcy⁵⁰⁵.

Alternatywą dla rozwiązania umów o pracę z pracownikami dotychczas wykonującymi zadania poddawane outsourcingowi jest przeniesienie ich do realizacji innych zadań w ramach struktury macierzystego zakładu pracy. W tym celu pracodawca macierzysty skorzystać może z porozumień lub wypowiedzeń warunków pracy lub płacy⁵⁰⁶, do których, jeśli spełnione zostaną przesłanki, także znajdą zastosowanie przepisy ustawy o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników.

W świetle dotychczasowych uwag odnieść można wrażenie, że partnerzy zaangażowani w proces outsourcingu dysponują niemal nieograniczoną swobodą w determinowaniu losu pracowników dotychczas zatrudnionych przez pracodawcę macierzystego w celu wykonywania zadań stanowiących przedmiot outsourcingu. Swoboda ta podlega jednak istotnym ograniczeniom, o ile nie całkowitemu wyłączeniu, za sprawą działających *ex lege* norm konstytuujących instytucję przejścia zakładu pracy lub jego części (art. 23¹ k.p.). W istocie bowiem zarówno utrata statusu pracodawcy wskutek rozwiązania umów o pracę jak i zachowanie statusu pracodawcy wskutek podjęcia decyzji o powierzeniu pracownikowi innej pracy w ramach struktury wewnętrznej macierzystego zakładu pracy może zostać zakwestionowane, jeśli w danym stanie faktycznym nastąpi automatyczne i niezależne od woli zaangażowanych podmiotów⁵⁰⁷ przejście zakładu pracy lub jego części.

Podsumowując, zakres swobody korzystania z outsourcingu usług na etapie przygotowawczym ogranicza konieczność zastosowania, w przypadkach objętych jej zakresem podmiotowym i przedmiotowym, norm ustawy o szczególnych zasadach

⁵⁰⁵ II PK 67/13, LEX nr 1418806; zob. także wyrok SN z 20.06.2018 r., I PK 48/17, LEX nr 2508183; wyrok SO w Warszawie z 17.05.2018 r., XXI Pa 6/18, LEX nr 2514837.

⁵⁰⁶ Perspektywa czasowa współpracy w ramach outsourcingu usług to zazwyczaj okres 3 -10 lat, pomijam zatem możliwość czasowej zmiany warunków pracy w trybie art. 42§ 4 k.p.

⁵⁰⁷ Zob. m.in. wyrok TSUE w sprawie Abler, C-340/01, EU:C:2003:629, pkt 43; na gruncie polskiego orzecznictwa ciekawym przykładem jest wyrok SN z 20.11.1996 r. (I PKN 21/96, LEX nr 192324), w którym analizowano zagadnienia przejścia części zakładu pracy wbrew woli obu pracodawców, jak i wyrok SN z 29.11.2005 r. (II PK 391/04, LEX nr 195770), w którym w toku postępowania nowy pracodawca podnosił wprost, iż otrzymał pracownika „w prezencie”.

rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn nie dotyczących pracowników w odniesieniu do pracowników. Już na tym etapie ograniczenia może także wywoływać norma zawarta w art. 23¹ § 1 k.p., co zostanie szerzej opisane w kolejnym punkcie.

1.3.2. Pracownicy „przejmowani” w toku transferu zadań i funkcji

W literaturze z zakresu nauk o zarządzaniu stosunkowo niewiele uwagi poświęca się potencjalnym ryzykom prawnym związanym z „przejęciem” pracowników⁵⁰⁸ w toku outsourcingu usług. Można wręcz odnieść wrażenie, iż swoboda kontrahentów w zakresie podjęcia decyzji o „przejęciu” pracowników jest nieograniczona. Na płaszczyźnie normatywnej zagadnienie „przejęcia pracowników” sprowadza się do pytania, czy w wyniku zawarcia przez kontrahentów cywilnoprawnego porozumienia o „przejęciu” pracowników usługodawca wstąpi w prawa i obowiązki pracodawcy macierzystego (usługobiorcy) w drodze sukcesji generalnej.

Wbrew poglądom wyrażanym w naukach o zarządzaniu, co do zasady, udzielić nie należy odpowiedzi negatywnej. O tym czy w danym stanie faktycznym dochodzi do sukcesji generalnej, decyduje bowiem wyłącznie wypełnienie hipotezy zawartej w art. 23¹ § 1 k.p., zgodnie z którą w *razie przejścia zakładu pracy lub jego części na innego pracodawcę staje się on z mocy prawa stroną w dotychczasowych stosunkach pracy*. Norma ta wprowadza do polskiego porządku prawnego konstrukcję podmiotowego przekształcenia stosunku pracy po stronie pracodawczej, opartą na sukcesji generalnej⁵⁰⁹. Norma sformułowana została w sposób lakoniczny⁵¹⁰. Nie określa szczegółowo przesłanek transferu, a jedynie jego skutki. Wobec braku ustawowej definicji pojęcia „przejście zakładu pracy lub jego części”, szczególne znaczenie w jego interpretacji przypisać należy wykładni *prounijnej*, dokonywanej na podstawie dyrektywy Rady 2001/23/WE z dnia 12 marca 2001 r. w sprawie zbliżania ustawodawstw Państw Członkowskich odnoszących się do ochrony praw pracowniczych w przypadku przejęcia

⁵⁰⁸ Zob. cytowani już w rozdziale pierwszym: A. Grześ, *Outsourcing w kształtowaniu...*, s. 140; E. Marcinkowska, *Outsourcing w zarządzaniu...*, s. 14; T. Kopczyński, *Outsourcing w zarządzaniu...*, s. 76; C. Perraudin, N. Thévenot, J. Valentin, *Avoiding the employment...*, s. 537; M. Kłós, *Outsourcing w polskich...*, s. 145.

⁵⁰⁹ Zob. Z. Hajn, *Przejście zakładu pracy na innego pracodawcę w prawie polskim a prawo pracy UE*, MOPR 2004/5, Legalis.

⁵¹⁰ Co spotyka się w doktrynie z aprobatą. Zob. I. Twardowska-Mędrék, *Przejście zakładu pracy...*, s. 239; A. Tomanek, *Przejście zakładu...*, s. 42 oraz literatura tam powołana.

przedsiębiorstw, zakładów lub części przedsiębiorstw lub zakładów⁵¹¹ (dalej: dyrektywa). W literaturze dość trafnie podnosi się, że *znajomość dyrektywy jest o tyle istotna, iż dysponując kilkoma możliwościami interpretacji przepisów krajowych mających zastosowanie do oceny danej sprawy, sąd krajowy powinien wybrać wykładnię najbliższą dorobkowi wspólnotowemu (acquis communautaire)*⁵¹². Sama dyrektywa jest natomiast powszechnie uznawana za *jeden z najważniejszych aktów prawa pracy UE*⁵¹³.

Ideą przewodnią dyrektywy jest wprowadzenie zasady kontynuacji umów lub stosunków pracy w razie przejęcia przedsiębiorstwa, zakładu lub ich części przez inny podmiot⁵¹⁴. Stwarza ona warunki ochrony praw nabytych przez pracowników (ang. *acquired rights*), a wynikających ze stosunku pracy lub umowy o pracę⁵¹⁵. Jak potwierdza orzecznictwo Trybunału⁵¹⁶, zatrudnienie na rzecz nowego pracodawcy ma być kontynuowane przez pracownika, mimo transferu, na tych samych warunkach, jakie uzgodnione zostały z jego poprzednikiem⁵¹⁷. Konstrukcja transferu zakładu pracy lub jego części służy zatem *stabilizacji stosunków społecznych, zwiększając przewidywalność przekształceń właścicielskich i organizacyjnych oraz ich konsekwencji*⁵¹⁸. Jak słusznie zauważa W. Sanetra, zmiany strukturalne, organizacyjne i własnościowe następują najczęściej niezależnie od woli pracowników, a jednocześnie mają z reguły zasadnicze znaczenie dla ich interesów⁵¹⁹. Autor ujmuje sens instytucji wyrażonej w art. 23¹k.p. jako *próby stworzenia takiego mechanizmu prawnego, który z jednej strony nie rozdziłby zbędnych ograniczeń i utrudnień w dokonywaniu przekształceń podmiotowych po stronie podmiotu zatrudniającego, a jednocześnie służyłby zminimalizowaniu zagrożeń, jakie się z tym łączą dla pracowników*⁵²⁰.

Jednocześnie podkreśla się jednak, że ochrona pracowników nie może być rozpatrywana w całkowitym oderwaniu od konieczności poszanowania interesów

⁵¹¹ Dyrektywa Rady 2001/23/WE z 12.03.2001 r. w sprawie zbliżania ustawodawstw Państw Członkowskich odnoszących się do ochrony praw pracowniczych w przypadku przejęcia przedsiębiorstw, zakładów lub części przedsiębiorstw lub zakładów (Dz. Urz. UE L z 2001 r., nr 82, str. 16 z późn. zm.).

⁵¹² M. Klimczak-Nowacka, R. Lisicki, *Zamiana pracodawcy w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego i Trybunału Sprawiedliwości*, „Służba Pracownika” 2012/1, s. 1.

⁵¹³ Z. Hajn, *Przejęcie zakładu...*, Legalis.

⁵¹⁴ Zob. A. Tomanek, *Przejęcie przedsiębiorstwa...*, s. 394.

⁵¹⁵ Ibidem; J. Żołyński, *Konsekwencje przejścia zakładu pracy w ramach tej samej osoby prawnej w sferze zbiorowego prawa pracy*, MOPR, 2015/4, s. 190.

⁵¹⁶ Wyrok TSUE w sprawie Berg, C-144/87, pkt 12 i 13; wyrok TSUE w sprawie d’Urso, C-362/89, pkt 9.

⁵¹⁷ Zob. Ł. Pisarczyk [w:] *System Prawa Pracy*, red. K. W. Baran. *Tom II. Indywidualne Prawo Pracy*, red. G. Goździewicz, Warszawa 2017, s. 467.

⁵¹⁸ Zob. Ł. Pisarczyk [w:] *System Prawa Pracy*, red. K. W. Baran. *Tom II. Indywidualne Prawo Pracy*, red. G. Goździewicz, Warszawa 2017, s. 468.

⁵¹⁹ Zob. W. Sanetra, *W poszukiwaniu pracodawcy*, PiZS 1992/3, s. 44-45.

⁵²⁰ W. Sanetra, *W poszukiwaniu pracodawcy*, PiZS 1992/3, s. 45.

zaangażowanych w transfer pracodawców⁵²¹. W szczególności zwraca się uwagę na konieczność wykładni dyrektywy spójnej z art. 16 Karty Praw Podstawowych⁵²², stanowiącej o swobodzie przedsiębiorczości⁵²³. Na gruncie polskiej doktryny P. Korus i A. Sobczyk podnoszą, że *poszukiwanie istoty instytucji transferu pracowników do nowego pracodawcy zdaje się uwypuklać dwa podstawowe prawa konstytucyjne. Prawo do pracy z jednej strony oraz z drugiej strony prawa pracodawcy konstytucyjnego, które polegają najczęściej na prawie do prowadzenia działalności gospodarczej*⁵²⁴. Jak słusznie bowiem podnosi się w literaturze, *wystąpienie skutków z art. 23¹ k.p. niejednokrotnie decyduje o losach przedsięwzięć ekonomicznych. Niewłaściwe podejście do omawianego zagadnienia, a zwłaszcza zbyt szerokie pojmowanie przejścia zakładu pracy, może okazać się hamulcem rozwoju przedsiębiorczości*⁵²⁵.

Działanie instytucji przejścia zakładu pracy następuje automatycznie - *ex lege*, bez względu na wolę kontrahentów zaangażowanych w proces outsourcingu usług, ani nawet ich świadomość⁵²⁶. Ponadto, jak podkreśla się w orzecznictwie unijnym⁵²⁷ i krajowym⁵²⁸, automatyzmu przejęcia praw i obowiązków zbywający i przejmujący nie mogą wywołać, jak również uchylić, za pomocą umowy. Kwalifikuje się ją zatem jako normę o charakterze ściśle bezwzględnie obowiązującym, która nie może być modyfikowana⁵²⁹. Zawarcie porozumienia o przejęciu pracowników

⁵²¹ Zob. Ł. Pisarczyk, *Przejście zakładu pracy...*, s. 22; Zob. A. Tomanek, *Przejście przedsiębiorstwa...*, s. 404.

⁵²² Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C z 2007 r. nr 303, str. 1 z późn. zm.); zob. wyrok TSUE z 18.07.2013 r., C-426/11, Mark Alemo-Herron i Inni v. Parkwood Leisure Ltd, EU:C:2013:521.

⁵²³ Zob. Ł. Pisarczyk, *Przejście zakładu pracy...*, s. 22; C. Wynn-Evans, *The Use and Abuse of TUPE*, „Industrial Law Journal”, 2020/3, t. 49, s. 468, <https://academic.oup.com/ilj/article/49/3/459/5878837> (dostęp: 20.10.2020 r.).

⁵²⁴ A. Sobczyk, P. Korus, *Test Spijkersa i test Süzen a pojęcie części zakładu pracy opartej o kryterium osobowe*, PiZS 2017/1, s. 8.

⁵²⁵ P. Zawirska, M. Zwolińska, *Proeuropejska wykładnia pojęcia przejścia zakładu pracy – kryterium tożsamości*, MOPR 2010/8, s. 407; zob. także S. Koczur, *Przejęcie pracowników...*, s. 147.

⁵²⁶ Zob. w orzecznictwie m.in. wyrok SN z 29.08.1995 r., I PRN 38/95, LEX nr 23557; w literaturze: R. Sadlik, *Kiedy następuje przejście...*, Legalis; S. Koczur, *Przejęcie pracowników...*, s. 148, W. Cajsels, *Outsourcing usług...*, s. 22.

⁵²⁷ Zob. wyrok TSUE w sprawie d’Urso, C-362/89, s. I-4105; wyrok TSUE; wyrok TSUE w sprawie C-305/94, Claude Rotsart, ECR I-05927, ECLI:EU:C:1996:435.

⁵²⁸ Zob. wyrok SN z 19.10.2010 r., I PK 91/10, LEX nr 785346; wyrok SN z 30.09.2011 r., III PK 14/11, LEX nr 1227508; wyrok SN z 2.12.2011 r., III PK 30/11, LEX nr 1163948; wyrok SN z 23.11.2001 r., I PKN 698/00, LEX nr 1169958; zob. także wyroki SN: z 6.01.1995 r., I PRN 116/94, LEX nr 11969, z 16.11.2004 r., I PK 23/04, LEX nr 149878, z 9.03.2010 r., I UK 326/09, LEX nr 585737 z 10.07.2014 r., II PK 250/13, LEX nr 1500667; wyrok SN z 19.10.2010 r., II PK 91/10, LEX nr 1112867; wyrok SN z 10.07.2014 r., II PK 250/13, LEX nr 1500667; wyroki NSA z 9.10.2018 r.: I FSK 1031/18, LEX nr 2580120; I FSK 1201/18, LEX nr 2590204; I FSK 1033/18, LEX nr 2587680.

⁵²⁹ Wyrok SN 1.07.1999 r., I PKN 133/99; wyrok SN z 19.10.2010 r., II PK 91/10, LEX nr 1112867.

w toku outsourcingu usług może zatem, choć nie musi, wywołać skutku w postaci sukcesji generalnej po stronie pracodawczej.

Ustalenie czy pracownicy „przejmowani” przez inny podmiot w toku outsourcingu usług podlegają ochronie normatywnej powiązanej z zastosowaniem instytucji transferu, w pierwszej kolejności wymaga odpowiedzi na pytanie czy outsourcing usług należy uznać za podstawę transferu tj. za zdarzenie, które po spełnieniu przesłanek transferu, wywołuje *ex lege* zmianę podmiotową po stronie pracodawcy. W świetle art. 1 ust. 1 lit a dyrektywy zagadnienie to budzi wątpliwości, bowiem zgodnie z literalnym brzmieniem owego artykułu przejście przedsiębiorstwa, zakładu lub części przedsiębiorstwa przez innego pracodawcę następuje *w wyniku prawnego przeniesienia własności lub łączenia*. Outsourcing usług rozumiany jako proces przenoszenia zadań i funkcji nie wpisuje się ani w formułę przeniesienia własności, które może, lecz nie musi, mu towarzyszyć, ani w proces łączenia przedsiębiorstw będący odrębnym zdarzeniem gospodarczym.

Użycie w polskiej wersji językowej dyrektywy zwrotu „prawne przeniesienie własności” stanowi wyjątek na tle innych wersji językowych, na gruncie których występują pojęcia „umownego przejęcia” lub „prawnego przejęcia”. Oznacza to, iż jakkolwiek między dotychczasowym a nowym pracodawcą ma istnieć więź prawna, to jednak nie musi ona oznaczać przeniesienia własności⁵³⁰. Również sam Trybunał podkreślał wielokrotnie, że zakres zastosowania przepisu art. 1 ust. 1 dyrektywy 2001/23 nie może być określany wyłącznie na podstawie jego wykładni językowej⁵³¹. Odejście od wykładni literalnej przez Trybunał jest bardzo istotne z perspektywy rozważań na temat outsourcingu usług, który w wielu przypadkach nie wiąże się z przeniesieniem własności.

Trybunał wielokrotnie odpowiadał na pytania prejudycjalne dotyczące zagadnienia objęcia zakresem zastosowania dyrektywy 77/187/EWG⁵³² rozmaitych form zlecenia na zewnątrz zadań, które często określane są w literaturze nie pojęciem outsourcingu, ale zbliżonym do niego znaczeniowo terminem „*contracting out*”⁵³³. W sprawie

⁵³⁰ Zob. Ł. Pisarczyk, *Przejście zakładu pracy...*, s. 31.

⁵³¹ Zob. pkt 23 wyroku TSUE z 13.09.2007 r. w sprawie C-458/05 Mohamed Jouini i inni przeciwko Princess Personal Service GmbH (PPS), ECR 2007 I-07301, ECLI identifier: ECLI:EU:C:2007:512, oraz powoływane tam w odniesieniu do art. 1 ust. 1 dyrektywy 77/187 wyroki z 7.02.1985 r., w sprawie 135/83 Abels, Rec. str. 469, pkt 11-13 i z 19.05.1992 r. w sprawie C-29/91 Redmond Stichting, Rec. str. I-3189, pkt 10.

⁵³² Dyrektywa Rady 77/187/EWG z dnia 14 lutego 1977 r. w sprawie zbliżania ustawodawstw Państw Członkowskich, odnoszących się do ochrony praw pracowniczych w przypadku przejęcia przedsiębiorstw, zakładów lub części przedsiębiorstw lub zakładów (Dz. Urz. UE. L Nr 61, str. 26).

⁵³³ Zob. Ł. Pisarczyk, *Przejście zakładu pracy...*, s. 32; A.M. Świątkowski, *Restrukturyzacja zakładu pracy...*, s. 169.

*Rask i Christensen*⁵³⁴ Trybunał wyraził pogląd, zgodnie z którym *przepisy dyrektywy mogą znaleźć zastosowanie w sytuacji gdy jedno przedsiębiorstwo powierza innemu przedsiębiorstwu, na podstawie umownej, odpowiedzialność za prowadzenie obiektu przeznaczonego dla pracowników, którym uprzednio zarządzało samodzielnie, w zamian za opłaty i inne korzyści, wskazane szczegółowo w umowie.* Nieco dalej idące stanowisko, zajął na kanwie sprawy *Schmidt*⁵³⁵, w której uznał że dyrektywę 77/187/EWG stosuje się także w *sytuacji powierzenia przez jedno przedsiębiorstwo innemu przedsiębiorstwu w drodze umowy, odpowiedzialności za wykonywanie prac związanych ze sprzątnięciem realizowanych wcześniej bezpośrednio, nawet jeśli prace te były wykonywane przed przeniesieniem przez jednego pracownika*⁵³⁶. W obydwu cytowanych orzeczeniach Trybunał podniósł ponadto, że *okoliczność, iż takie przejęcie dotyczy jedynie działalności pomocniczej zbywającego nie jest w stanie spowodować wyłączenia takich prac z zakresu stosowania dyrektywy*⁵³⁷. Już w pierwszej połowie lat dziewięćdziesiątych Trybunał jednoznacznie stwierdził, że outsourcing usług stanowi podstawę przejęcia przedsiębiorstwa, zakładu lub ich części. Dorobek orzecznicy wypracowany na gruncie spraw, w których analizowano skutki jego stosowania, znalazł odzwierciedlenie we wprowadzeniu mocą dyrektywy 98/50/WE⁵³⁸ do treści dyrektywy 77/187/EWG artykułu 1 ust. 1 lit. b *in fine* wyrażenia: *bez względu na to, czy jest to działalność podstawowa czy pomocnicza*⁵³⁹. Posłużenie się przez ustawodawcę unijnego tak pojemnym wyrażeniem oznacza, że dyrektywa może znaleźć zastosowanie do outsourcingu wszystkich generacji opisanych w rozdziale pierwszym.

Na gruncie polskiej judykatury przyjęto tożsamy pogląd. Wyraził go Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 kwietnia 2010 r.⁵⁴⁰, zgodnie z którym *przejęcie wykonywania całości zadań z zakresu obsługi prawnej szpitala przez zewnętrzną kancelarię prawną - czy szerzej powierzenie kompleksowej obsługi jednego podmiotu wyspecjalizowanym przedsiębiorcom, świadczącym usługi w oznaczonym zakresie (tzw. outsourcing) - może stanowić przejęcie części zakładu pracy w rozumieniu art. 23¹ k.p.,*

⁵³⁴ Wyrok TSUE (trzecia izba) z 12.11.1992 r., Anne Watson Rask i Kirsten Christensen przeciwko Iss Kantineservice A/S, sprawa C-209/91, ECLI:EU:C:1992:436, ECR 1992 I-05755, CELEX 61991CJ0209.

⁵³⁵ Wyrok TSUE z 14.04.1994 r., Christel Schmidt przeciwko Spar, C-392/92, EU:C:1994:134.

⁵³⁶ Wyrok TSUE z 14.04.1994 r., Christel Schmidt przeciwko Spar, C-392/92, EU:C:1994:134, pkt 20.

⁵³⁷ Wyroku TSUE z 14.04.1994 r., Christel Schmidt przeciwko Spar, C-392/92, EU:C:1994:134, pkt 14 oraz wyrok TSUE z 12.11.1992 r., Anne Watson Rask i Kirsten Christensen przeciwko Iss Kantineservice A/S, sprawa C-209/91, ECLI:EU:C:1992:436, ECR 1992 I-05755, CELEX 61991CJ0209, pkt 17.

⁵³⁸ Dyrektywa Rady 98/50/WE (Dz.U. L 201 z 17.7.1998, str. 88).

⁵³⁹ Zob. Ł. Pisarczyk, *Przejęcie zakładu pracy...*, s. 53.

⁵⁴⁰ I PK 210/09, nr LEX nr 987058 (z glosą M. Kurzynogi), MOPR nr 6/2011, s. 328-333.

ale ocena w tym zakresie musi być odniesiona do konkretnych okoliczności faktycznych rozpoznawanej sprawy. Również na gruncie wypowiedzi przedstawicieli doktryny outsourcing usług zakwalifikowano jako możliwą podstawę przejścia zakładu pracy lub jego części⁵⁴¹. Zaznaczyć należy, że w doktrynie pojawia się jednostkowo pogląd przeciwny, zgodnie z którym *dyspozycja art. 23¹ k.p. nigdy nie znajdzie zastosowania w odniesieniu do zewnętrznych podmiotów świadczących swoje usługi w realiach wolnorynkowej konkurencji przedsiębiorców*⁵⁴². Analiza bogatego orzecznictwa Trybunału oraz Sądu Najwyższego, opisanego w niniejszym rozdziale, nie potwierdza jednak tego rodzaju tezy.

Zagadnienie transferu zakładu pracy lub jego części pojawia się także po zakończeniu współpracy w ramach outsourcingu usług z określonym usługodawcą. Usługobiorca może wówczas wykonywane przez ten podmiot dotychczas zadania powierzyć innemu usługodawcy (*second round of contracting out*, outsourcing drugiej generacji⁵⁴³) lub ponownie rozpocząć wykonywanie ich samodzielnie (*insourcing, contracting-in*⁵⁴⁴). Powstaje zatem pytanie, czy i te sytuacje podobnie jak sam outsourcing usług, stanowić mogą podstawę przejścia jednostki gospodarczej.

Z pierwszym z wymienionych powyżej przypadków, Trybunał zmierzył się w sprawie *Süzen* dotyczącej zakończenia przez usługobiorcę umowy dotyczącej outsourcingu usług sprzątanego z usługodawcą 1 i przekazania realizacji owych usług usługobiorcy 2. Udzielił na nie odpowiedzi twierdzącej⁵⁴⁵. W opisywanej sytuacji pojawiło się jednak zagadnienie budzące istotne wątpliwości tj. brak jakiegokolwiek relacji umownej pomiędzy usługodawcami⁵⁴⁶. Zgodnie natomiast z treścią art. 1 ust. 1 lit. a dyrektywy przejście przedsiębiorstwa, zakładu lub ich części nastąpić ma *w wyniku prawnego przeniesienia własności* (analogicznie art. 1 ust. 1 dyrektywy 77/187/WE), co interpretowane jest w doktrynie⁵⁴⁷ jako wymóg istnienia więzi prawnej pomiędzy

⁵⁴¹ Zob. Ł. Pisarczyk, *Przejęcie zakładu pracy...*, s. 16; S. Koczur, *Przejęcie pracowników...*, s. 151-152; Ł. Pisarczyk, *Różne formy zatrudnienia*, Warszawa 2003, s. 124.

⁵⁴² W. Cajsels, *Outsourcing usług...*, s. 25.

⁵⁴³ Zob. Ł. Pisarczyk, *Przejęcie zakładu pracy...*, s. 34-35, 87 oraz powołana tam literatura; H. Collins, *Employment Law*, Second Edition, Oxford 2010, EBSCOhost, search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=e000xww&AN=694174&lang=pl&site=eds-live (dostęp: 22.02.2023 r.).

⁵⁴⁴ Zob. Ł. Pisarczyk, *Przejęcie zakładu pracy...*, s. 34-35 oraz powołana tam literatura.

⁵⁴⁵ Wyrok TSUE z 11.03.1997 r., Ayse Süzen przeciwko Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice, C-13/95, EU:C:1997:141, pkt 15.

⁵⁴⁶ Zawarcie przez usługodawców umowy nie jest wykluczone, jednak większość opisywanych w niniejszym rozdziale sporów dotyczy sytuacji, gdy umowy tego typu nie zostały zawarte.

⁵⁴⁷ Zob. cytowany już Ł. Pisarczyk, *Przejęcie zakładu pracy...*, s. 30-31.

zbywającym i przejmującym. Trybunał dokonał jednak rozszerzającej wykładni, twierdząc że *dla możliwości zastosowania dyrektywy nie wymagane jest, aby istniał bezpośredni stosunek umowny między zbywcą a przejmującym: przekazanie może również odbywać się w dwóch etapach, za pośrednictwem pośrednika lub osoby trzeciej, takiej jak właściciel lub inwestor*⁵⁴⁸. W sytuacji zmiany usługodawcy wystarczające jest zatem, aby więź prawna miała charakter pośredni⁵⁴⁹.

Pogląd ten Trybunał podtrzymał w nieco bardziej zawilej od strony podmiotowej sprawie *Temco*⁵⁵⁰. Dotyczyła ona outsourcingu usług sprzątanania realizowanych na rzecz usługobiorcy - Volkswagena⁵⁵¹. Usługodawca powierzył realizację usług w zakładzie Volkswagena swojemu podwykonawcy⁵⁵². Następnie Volkswagen zmienił usługodawcę⁵⁵³. Trybunał stanął przed pytaniem czy transfer może zaistnieć pomiędzy podwykonawcą usługodawcy 1 a usługodawcą 2. Odpowiedział na nie twierdząco podkreślając, że fakt, iż *zbywca nie jest przedsiębiorstwem, które zawarło pierwszą umowę [przedsiębiorcą macierzystym – przyp. B.A.] z pierwotnym wykonawcą [usługodawcą 1 – przyp. B.A.], ale tylko z podwykonawcą pierwotnego kontrahenta [podwykonawcą usługodawcy 1 – przyp. B.A.] nie ma wpływu na pojęcie prawnego przeniesienia własności, ponieważ wystarczające jest aby przeniesienie to stanowiło część sieci stosunków umownych, nawet jeśli mają one charakter pośredni*⁵⁵⁴.

Zmiana usługodawcy w ramach współpracy outsourcingowej stanowi także podstawę przejścia zakładu pracy lub jego części w świetle orzecznictwa polskiego Sądu Najwyższego⁵⁵⁵. Zagadnienie to stało się podstawą wyroków SN z dnia 4 lutego 2010 r.⁵⁵⁶, dotyczących outsourcingu usług porządkowych. Z aprobatą odnieść się należy do

⁵⁴⁸ Wyrok TSUE z 11.03.1997 r., *Ayse Sützen przeciwko Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice*, C-13/95, EU:C:1997:141, pkt 12.

⁵⁴⁹ Zob. M. Klimczak-Nowacka, R. Lisicki, *Zamiana pracodawcy...*, s. 2.

⁵⁵⁰ Wyrok TSUE z 24.01.2002 r., *Temco Service Industries SA przeciwko Samir Imzilyen i innym*, C-51/00, EU:C:2002:48; zob. A.M. Świątkowski, *Restrukturyzacja zakładu pracy...*, s. 172-174.

⁵⁵¹ Wyrok TSUE w sprawie *Temco Service Industries SA przeciwko Samir Imzilyen i innym*, C-51/00, EU:C:2002:48, pkt 8.

⁵⁵² Wyrok TSUE w sprawie *Temco Service Industries SA przeciwko Samir Imzilyen i innym*, C-51/00, EU:C:2002:48, pkt 8; pojęciem „podwykonawcy” posługuję się dla określenia dalszego usługodawcy tj. podmiotu, który realizuje na jego rzecz całość lub część zadań przekazanych mu do realizacji przez usługobiorcę.

⁵⁵³ Wyrok TSUE w sprawie *Temco Service Industries SA przeciwko Samir Imzilyen i innym*, C-51/00, EU:C:2002:48, pkt 9.

⁵⁵⁴ Wyrok TSUE w sprawie *Temco Service Industries SA przeciwko Samir Imzilyen i innym*, C-51/00, EU:C:2002:48, pkt 32; zob. także wyrok TSUE z 20.11.2003 r., *Carlito Abler i inni przeciwko Sodexo MM Catering Gesellschaft mbH*, C-340/01, EU:C:2003:629, pkt 39.

⁵⁵⁵ Oprócz przywołanych poniżej orzeczeń zob. także wyrok SN z 18.09.2008 r., II PK 18/08, LEX nr 558196.

⁵⁵⁶ III PK 49/09, LEX nr 578145 oraz III PK 51/09, LEX nr 602053.

wyrażonego w nim stanowiska, iż *bezpośrednie współdziałanie pracodawcy przejmującego z przekazującym nie jest koniecznym warunkiem do stwierdzenia przejęcia zakładu pracy lub jego części w rozumieniu art. 23¹ k.p. Nie muszą oni zawierać ze sobą umowy ani wspólnie podejmować innych czynności, aby mogło dojść do omawianego przejęcia. O tym, kto będzie następnym usługodawcą, decyduje zlecający usługę⁵⁵⁷. W podobnym tonie wypowiedział się także Sąd Najwyższy na kanwie spraw dotyczących outsourcingu usług cateringowych realizowanych na rzecz szpitala: *przejście zakładu pracy lub jego części na nowego pracodawcę w wyniku współdziałania trzech podmiotów nie różni się od przejścia w następstwie działania tylko dwóch podmiotów: przekazującego i przejmującego. Wymaga jednak całościowej analizy stanu faktycznego sprawy, zarówno w odniesieniu do przejętych zadań, jak i składników majątkowych⁵⁵⁸.**

Drugie z zagadnień poruszone zostało w sprawie *Vidal⁵⁵⁹*, a następnie w sprawie *CLECE SA⁵⁶⁰*. Trybunał dodał do katalogu możliwych podstaw przejęcia przedsiębiorstwa, zakładu lub ich części także te sytuacje, gdy przedsiębiorca kończy współpracę z innym przedsiębiorcą realizującym na jego rzecz usługi sprzątnia w celu dalszej realizacji owych usług samodzielnie⁵⁶¹. Podobne stanowisko zajął polski Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 15 września 2006 r.⁵⁶² uznając, że *jeżeli przekazanie zadań ma charakter okresowy, to z jego upływem pracownik zostanie ponownie przejęty przez podmiot wykonujący te zadania, nie wykluczając przejęcia przez pierwszego z pracodawców. Także insourcing (contracting back, contracting in) stanowi zatem zdarzenie będące podstawą transferu części zakładu pracy.*

Bardziej złożona wariacja *insourcingu* poddana została analizie w sprawie *Pascual⁵⁶³*. Na jej gruncie rozważano zaistnienie przejęcia jednostki gospodarczej nie

⁵⁵⁷ Spotkało się to z aprobatą ze strony doktryny, zob. M. Kurzynoga, *Przesłanki przejścia zakładu pracy lub jego części na nowego pracodawcę w najnowszym orzecznictwie SN*, MOPR 2013/2, s. 67.

⁵⁵⁸ Wyrok SN z 11.04.2012 r., I PK 155/11, LEX nr 1289157.

⁵⁵⁹ Wyrok TSUE z 10.12.1998 r. w sprawach połączonych *Francisco Hernández Vidal SA* przeciwko *Prudencia Gómez Pérez, María Gómez Pérez i Contratas y Limpiezas SL, Friedrich Santner* przeciwko *Hoechst AG i Mercedes Gómez Montaña* przeciwko *Claro Sol SA i Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (Renfe)*, C-127/96, C-229/96 oraz C-74/97, EU:C:1998:594.

⁵⁶⁰ Wyrok TSUE w sprawie *CLECE SA* przeciwko *María Socorro Martín Valor i Ayuntamiento de Cobisa*, C-463/09, EU:C:2011:24, pkt 23.

⁵⁶¹ Wyrok TSUE w sprawie *Vidal*, C-127/96, C-229/96 oraz C-74/97, EU:C:1998:594, pkt 25; zob. również wyrok TSUE w sprawie *CLECE SA* przeciwko *María Socorro Martín Valor i Ayuntamiento de Cobisa*, C-463/09, EU:C:2011:24, pkt 31-32.

⁵⁶² I PK 75/06, LEX nr 218687.

⁵⁶³ Wyrok TSUE z 26.11.2015 r., *Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF)* przeciwko *Luisowi Airze Pascualowi, Algeposa Terminales Ferroviarios SL, Fondo de Garantía Salarial*, C-509/14, EU:C:2015:781.

między usługodawcą a usługobiorcą, ale pomiędzy usługodawcą a jego podwykonawcą. Uwidacznia to dwustopniowość zastosowanej konstrukcji outsourcingu usług: usługobiorca zlecił ich realizację usługodawcy⁵⁶⁴, a ten podzlecił ją podwykonawcy⁵⁶⁵. Zakończenie współpracy dotyczyło drugiego poziomu – relacji między usługodawcą a podwykonawcą, „główna” współpraca outsourcingowa – pomiędzy usługobiorcą a usługodawcą - trwała nadal⁵⁶⁶. Trybunał uznał, że także sytuacje tego typu objęte są zakresem zastosowania dyrektywy⁵⁶⁷.

Na gruncie orzecznictwa Sądu Najwyższego zagadnienie przejęcia zadań pomiędzy usługodawcami rozpatrywane było na kanwie grupy spraw dotyczących outsourcingu usług cateringu realizowanych na rzecz szpitala⁵⁶⁸. Sąd Najwyższy podniósł, że *sytuacja taka mieści się w zakresie pojęcia przejścia części zakładu pracy na innego pracodawcę zarówno w świetle prawa unijnego⁵⁶⁹, jak i polskiego⁵⁷⁰*.

Podstawą transferu może być zatem nie tylko przekazanie zadań przez usługobiorcę na usługodawcę podczas rozpoczynania współpracy w ramach outsourcingu usług, ale także zmiana usługodawcy, a także podwykonawcy usługodawcy, lub *insourcing* dokonany po zakończeniu współpracy. Wydaje się, że opisany powyżej sposób wykładni pojęcia „prawnego przeniesienia własności” wykracza poza granicę wykładni językowej tak dalece, że ociera się wręcz o wykładnię *contra legem*. Pozostaje zatem oczekiwać kolejnych zmian brzmienia art. 1 ust. 1 lit. a dyrektywy uwzględniających poglądy Trybunału wyrażone na kanwie licznych spraw dotyczących outsourcingu usług. W niektórych ustawodawstwach zmiany te wprowadzono już do prawa krajowego⁵⁷¹.

Podsumowując, outsourcing usług stanowi jedną z podstaw transferu zakładu pracy lub jego części zarówno na gruncie prawa polskiego, jak i unijnego. „Przejmowanie” pracowników przez poszczególne podmioty zaangażowane we współpracę w ramach outsourcingu usług, może zatem, o ile spełnione są przesłanki transferu, spowodować sukcesję generalną po stronie pracodawczej, a także objęcie przejmowanych pracowników dodatkową ochroną. Zakres swobody kontrahentów w określaniu, który z podmiotów zaangażowanych we współpracę w ramach outsourcingu usług pełnić

⁵⁶⁴ Zob. wyrok TSUE w sprawie Pascual, C-509/14, EU:C:2015:781, pkt 10.

⁵⁶⁵ Zob. wyrok TSUE w sprawie Pascual, C-509/14, EU:C:2015:781, pkt 11.

⁵⁶⁶ Zob. wyrok TSUE w sprawie Pascual, C-509/14, EU:C:2015:781, pkt 14.

⁵⁶⁷ Wyrok TSUE w sprawie Pascual, C-509/14, EU:C:2015:781, sentencja.

⁵⁶⁸ Zob. m.in. wyrok SN z 13.03.2014 r., i BP 8/13, LEX nr 1511807.

⁵⁶⁹ Sąd Najwyższy powołał się na wspomniany już powyżej wyrok TSUE w sprawie Abler, C-340/01, EU:C:2003:629, pkt 43 i sentencja.

⁵⁷⁰ Sąd Najwyższy powołał się na wyroki SN z 29.03.2012 r., I PK 150/11 i I PK 151/11.

⁵⁷¹ Przykład stanowi rozwiązanie brytyjskie, które zostanie opisane w kolejnym rozdziale.

ma rolę pracodawcy względem pracowników dotychczas wykonujących zadania zlecane na zewnątrz jest bardzo niewielki. Uzasadnia to wzięcie w cudzysłów pojęcia „przejmowanie”, bowiem nie zawsze zgodny zamiar stron wywoła pożądany przez nie skutek normatywny. Ochrona jaką zostają objęci pracownicy przysługuje im jednak *ex lege*, mogą oni dochodzić swoich praw wynikających z transferu zakładu pracy lub jego części w drodze postępowań sądowych. W praktyce, znacząca liczba wszystkich sporów dotyczących zastosowania instytucji transferu zakładu pracy lub jego części, toczących się obecnie zarówno przed sądami polskimi, jak i przed TSUE dotyczy właśnie outsourcingu usług.

1.3.3. Pracownicy-wykonawcy usług w ramach outsourcingu

Jak zauważono powyżej, outsourcing usług umożliwia usługobiorcy realizację określonych zadań własnych bez konieczności zatrudniania do ich wykonania pracowników własnych. Zadania te, o ile nie mamy do czynienia z outsourcingiem usług zrobotyzowanych, faktycznie wykonywane są na rzecz usługobiorcy przez ludzi – pracowników usługodawcy. Korzystanie z ich pracy podlega zatem, podobnie jak inne rodzaje współpracy oparte na umowach cywilnoprawnych, ograniczeniom wynikającym z norm prawa pracy. Z perspektywy tej gałęzi prawa stanowi on bowiem jeden z wielu sposobów korzystania z pracy ludzkiej. Zakres swobody w korzystaniu z niej w reżimie prawa cywilnego wyznacza zatem art. 22 § 1 k.p. w zw. z art. 22 § 1¹ k.p. W postanowieniu z dnia 16 lipca 2020 r., SN wymienia go obok art. 23¹§1 k.p., stwierdzając wprost, iż *swoboda umów nie jest bowiem nieograniczona nawet na gruncie prawa cywilnego (art. 353(1) k.c. w związku z art. 300 k.p. i art. 22 § 1 k.p. oraz art. 23(1) § 1 k.p.)*⁵⁷².

Korzystać z pracy ludzkiej poza granicami reżimu prawa pracy można zatem wyłącznie w sytuacjach, gdy praca ta nie charakteryzuje się cechami wyrażonymi przez ustawodawcę w art. 22 § 1 k.p.⁵⁷³, zgodnie z którym *przez nawiązanie stosunku pracy zobowiązuje się on do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez*

⁵⁷² Postanowienie SN z 16.07.2020 r., III PK 163/19, LEX nr 3153460.

⁵⁷³ Zob. A. M. Świątkowski, *Przyszły kodeks indywidualnych stosunków pracy i zatrudnienia*, PiP 2021/5, s. 102; L. Florek, *Umowy cywilnoprawne a umowa o pracę [w:] Umowa o pracę a umowa o zatrudnienie*, red. G. Goździewicz, Warszawa 2018, s. 45.

pracodawcę, a pracodawca - do zatrudniania go za wynagrodzeniem⁵⁷⁴. Wskazany w art. 22 § 1 k.p. katalog cech stosunku pracy nie ma charakteru wyczerpującego. Uzupełnia się go o cechy takie jak: osobisty charakter oraz ciągłość pracy, a także ryzyko pracodawcy⁵⁷⁵. Wszystkie łącznie konstytuują specyficzną naturę stosunku pracy⁵⁷⁶.

Granica pomiędzy zatrudnieniem pracowniczym a zatrudnieniem cywilnoprawnym nie przypomina jednak cięcia chirurgicznego, jawi się bardziej jako nieco rozmyty obszar szarości cienia semantycznego pojęcia „zatrudnienie pracownicze”⁵⁷⁷. Dla ustalenia czy strony łączy stosunek pracy zastosowanie znajduje bowiem metoda typologiczna, nazywana także techniką wiązki wskaźników, której właściwością jest fakt, że żaden ze wskaźników nie ma sam w sobie wartości decydującej⁵⁷⁸. *Przepisy prawa pracy nie wyznaczają, inaczej niż przepisy prawa cywilnego w odniesieniu do nazwanych umów cywilnoprawnych, jej elementów definiujących (przedmiotowo istotnych)*⁵⁷⁹. Metoda typologiczna oparta jest w dużym stopniu na intensyfikacji cech charakterystycznych dla danego typu umowy i ocenie ich występowania bardziej w toku realizacji zobowiązania, niż przy jego powstaniu⁵⁸⁰. Decydujące znaczenie ma wola stron uzewnętrzniona w faktycznym ukształtowaniu przez nie procesu świadczenia pracy, co nazywa się koncepcją faktycznego stosunku pracy⁵⁸¹. Urzeczywistnia się ona mocą

⁵⁷⁴ Zob. L. Florek [w:] Granice liberalizacji prawa pracy. Problemy zabezpieczenia społecznego. Materiały z XIV Zjazdu Katedr (Zakładów) Prawa Pracy i Ubezpieczeń Społecznych, red. E. Bielak, H. Lewandowski, Łódź 2003, s. 16-17.

⁵⁷⁵ Zob. B. Wagner, *Stosunek pracy i jego treść* [w:] *Prawo pracy RP w obliczu przemian*, red. M. Matey-Tyrowicz, T. Zieliński, Warszawa 2006, s. 150; A. Musiała, *Podporządkowanie pracownika w stosunku pracy. Glosa do wyroku SN z dnia 7 marca 2006 r., I PK 146/05*, LEX; T. Duraj, *Podporządkowanie pracowników zajmujących stanowiska kierownicze w organizacjach*, Warszawa 2013, s. 59; zob. także wyrok SN z 7.10.2009 r., III PK 38/09, LEX nr 560867.

⁵⁷⁶ Zob. B. Wagner, *O swobodzie umowy o pracę raz jeszcze* [w:] *Prawo pracy a wyzwania XXI wieku. Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego*, red. M. Matey-Tyrowicz, L. Nawacki, B. Wagner, Warszawa 2002, s. 374.

⁵⁷⁷ Zob. M. Gersdorf, *Prawo zatrudnienia*, Warszawa 2013, s. 48-49; P. Czarnecki, *Odpowiedzialność pracodawcy a rozwój struktur holdingowych*, Warszawa 2014, s. 148.

⁵⁷⁸ Zob. A. Supiot, *Zatrudnienie pracownicze i zatrudnienie niezależne* [w:] *Referaty na VI Europejski Kongres Prawa Pracy i Zabezpieczenia Społecznego*, Warszawa 1999, s. 144-145.

⁵⁷⁹ B. Wagner, *O swobodzie umowy o pracę raz jeszcze* [w:] *Prawo pracy a wyzwania XXI wieku. Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego*, red. M. Matey-Tyrowicz, L. Nawacki, B. Wagner, Warszawa 2002, s. 368; zob. także H. Lewandowski, *Nawiązanie i zmiana stosunku pracy (zarys problematyki)* [w:] *Prawo pracy RP w obliczu przemian*, red. M. Matey-Tyrowicz, T. Zieliński, Warszawa 2006, s. 130.

⁵⁸⁰ H. Lewandowski, *Nawiązanie i zmiana stosunku pracy (zarys problematyki)* [w:] *Prawo pracy RP w obliczu przemian*, red. M. Matey-Tyrowicz, T. Zieliński, Warszawa 2006, s. 130; R. Sadlik, *Zawarcie umowy o pracę w sposób dorozumiany*, MOPR nr 9/2011, Legalis; zob. także wyrok SN z 23.09.2020 r., II UK 374/18, LEX nr 3054509.

⁵⁸¹ Zob. R. Sadlik, *Zawarcie umowy o pracę w sposób dorozumiany*, MOPR nr 9/2011, Legalis; wyrok SN z 23.09.2020 r., II UK 374/18, LEX nr 3054509.

normy zawartej w art. 22 § 1¹ k.p., zgodnie z którym *zatrudnienie w warunkach określonych w § 1 jest zatrudnieniem na podstawie stosunku pracy, bez względu na nazwę zawartej przez strony umowy*. Przepis ten wzmocnia ochronną funkcję prawa pracy, umożliwia bowiem objęcie ochroną także tych pracowników, którzy wbrew nazwie zawartej umowy faktycznie wykonują pracę charakteryzującą się znacznym nasileniem cech stosunku pracy⁵⁸².

Istotne wątpliwości budzi jednak rozciągnięcie zakresu ochrony przewidzianej w art. 22§1¹ k.p. na osoby faktycznie wykonujące pracę w ramach outsourcingu usług. Po pierwsze, z usługobiorcą łączy ich wyłącznie więź natury faktycznej, a nie umownej⁵⁸³. W opisywanym przepisie występuje natomiast zwrot *bez względu na nazwę zawartej przez strony umowy*, co sugeruje, że aby hipoteza normy została wypełniona strony powinna łączyć jakaś umowa. Po drugie, osoby te pozostają już w zatrudnieniu pracowniczym z innym podmiotem - usługodawcą⁵⁸⁴, a zadania jakie wykonują faktycznie w ramach outsourcingu mieszczą się w zakresie nawiązanego z usługodawcą stosunku pracy.

Wątpliwości rozwiewa SN w wyroku z 3 czerwca 2008 r., w którym stwierdza, iż *sąd (...) uznaje istnienie stosunku pracy bez względu na to, czy strony formalnie zawarły jakąkolwiek umowę, a także bez względu na to jak ją nazwały*⁵⁸⁵. *Artykuł 22 k.p. w § 1 i § 1¹ obejmuje także sytuację, w której praca odpowiadająca cechom stosunku pracy została objęta formalnie umową wiążącą jej wykonawcę z innym podmiotem niż pracodawca, na którego rzecz praca ta była faktycznie wykonywana*⁵⁸⁶. *O tym, czy strony istotnie w stosunku pracy pozostawały (...) nie decyduje samo formalne zawarcie umowy o pracę, wypłata wynagrodzenia (...), ale faktyczne i rzeczywiste realizowanie elementów charakterystycznych dla stosunku pracy, wynikających z art. 22 § 1 k.p.*⁵⁸⁷.

Należy zatem stwierdzić, iż **w prawie polskim dopuszczalne jest stosowanie outsourcingu usług jako alternatywy dla zatrudniania pracowników własnych. Poza granicą swobody mieszczą się jednak przypadki, w których w ramach outsourcingu**

⁵⁸² Zob. postanowienie SN z 23.02.2022 r., III PSK 199/21, LEX nr 3403015; postanowienie SN z 18.11.2020 r., III PK 173/19, LEX nr 3080581; postanowienie SN z 20.05.2020 r., III UK 197/19, LEX nr 3161436; wyrok SN z 17.05.2016 r., I PK 139/15, LEX nr 2057610; wyrok SN z 7.10.2009 r., III PK 38/09, LEX nr 560867.

⁵⁸³ Zob. wyrok SN z 23.06.2021 r., I USKP 37/21, LEX nr 3363480.

⁵⁸⁴ Zgodnie z założeniami przyjętymi na gruncie niniejszej rozprawy, w praktyce mogą pozostawać z usługodawcą również w zatrudnieniu cywilnoprawnym.

⁵⁸⁵ Wyrok SN z 3.06.2008 r., I PK 311/07, LEX nr 494044.

⁵⁸⁶ Wyrok SN z 3.06.2008 r., I PK 311/07, LEX nr 494044.

⁵⁸⁷ Wyrok SN z 3.06.2008 r., I PK 311/07, LEX nr 494044; wyrok SN z 24.02.2021 r., III USKP 30/21, LEX nr 3123192.

usług usługobiorca korzysta z pracy pracownika usługodawcy w sposób charakterystyczny dla reżimu prawa pracy.

Zasadne wydaje się również pytanie o *ratio legis* powyższego ograniczenia swobody kontrahentów współpracujących w ramach outsourcingu usług. Jeżeli, jak przyjęto w założeniach dla prowadzonych w niniejszej rozprawie badań, pracownicy faktycznie wykonujący pracę w ramach outsourcingu usług, objęci są ochroną prawa pracy w wyniku zatrudnienia u innego podmiotu. Dlaczego zatem tak istotna ma być kwestia który dokładnie to podmiot. I w tym wypadku odpowiedzi udzielił Sąd Najwyższy, który w wyroku z 1 lipca 1999 r. stanął na stanowisku, zgodnie z którym z *reguły pracodawcy różnią się między sobą ich wewnętrznymi strukturami (organizacją) oraz obowiązującym u nich prawem wewnątrzzakładowym, które ma istotne znaczenie dla konkretyzacji praw i obowiązków zatrudnianych przez nich pracowników*⁵⁸⁸. To, kto jest drugą stroną stosunku pracy ma zatem znaczenie w odniesieniu do sytuacji normatywnej, w jakiej znajduje się pracownik. Outsourcing usług może stanowić zatem narzędzie dla osiągnięcia oszczędności kosztów pracy, ponieważ do pracowników usługodawcy faktycznie wykonujących pracę na rzecz usługobiorcy nie znajdują zastosowania akty prawa wewnątrzzakładowego usługobiorcy przewidującego np. korzystniejsze warunki zatrudnienia niż minimum ustawowe. Co do zasady działanie to mieści się w granicach swobody wyboru reżimu korzystania z pracy ludzkiej. Warto przy tym zauważyć, iż nawet wówczas jego stosowanie prowadzi do niekorzystnych skutków społecznych w postaci wypierania pracowników z uprzywilejowanej grupy pracowników własnych do grupy zwanej pracownikami peryferyjnymi⁵⁸⁹ lub określanej angielskim terminem *outsiders*⁵⁹⁰. Jak pisze M. Seweryński, korzysta ona *nie tylko ze słabszej ochrony prawnej, aniżeli pracownicy zatrudnieni na stałe, lecz także ma mniej korzystne warunki pracy*⁵⁹¹. W skali całego rynku zjawisko to określa się mianem dualizmu rynku pracy, który ulega podziałowi na segment pierwotny oraz segment wtórny⁵⁹².

⁵⁸⁸ Wyrok SN z 1.07.1999 r., I PKN 133/99, LEX nr 41583.

⁵⁸⁹ Zob. M. Seweryński, *Kontraktualizacja stosunków pracy i jej wpływ na ochronę pracowników* [w:] *Godność człowieka a prawa ekonomiczne i socjalne. Księga jubileuszowa wydana w piętnastą rocznicę ustanowienia Rzecznika Praw Obywatelskich*, Warszawa 2003, s. 102-103.

⁵⁹⁰ Zob. K. Walczak, *Wpływ globalizacji i ogólnoswiatowego kryzysu na podstawy i warunki zatrudnienia. Wyzwania dla polskiego prawa pracy* [w:] *Współczesne problemy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych*, red. L. Florek, Ł. Pisarczyk, Warszawa 2011, s. 87; U. Torbus, *Prekaryzacja pracy i jej skutki* [w:] *Zatrudnienie w epoce postindustrialnej*, red. B. Godlewska-Bujok, K. Walczak, 2021, s. 453-454.

⁵⁹¹ M. Seweryński, *Kontraktualizacja stosunków pracy...*, s. 102-103.

⁵⁹² Zob. U. Torbus, *Prekaryzacja pracy...*, s. 453-454.

Gdyby dopuścić możliwość korzystania z pracy pracowników usługodawcy w sposób charakterystyczny dla zatrudnienia pracowniczego, prowadziłoby to do nierównego traktowania osób świadczących pracę w taki sam sposób i na rzecz tego samego podmiotu. Najbardziej jaskrawy przykład tego rodzaju działania stanowi dwuetapowy outsourcing pracowniczy, w wyniku którego były pracownik usługobiorcy nadal faktycznie wykonuje na jego rzecz pracę w tożsamy sposób, ale już jako pracownik usługodawcy. Outsourcing stosowany w ten sposób staje się idealnym narzędziem do obchodzenia norm ochronnych prawa pracy i umożliwia gorsze traktowanie grupy osób wybranej na podstawie subiektywnych kryteriów, którą „przejmuje” usługodawca. Wyłączenie swobody korzystania z pracy pracowników usługodawcy w sposób charakterystyczny dla zatrudnienia pracowniczego motywowane jest zatem potrzebą ochrony interesów osób faktycznie świadczących pracę w ramach outsourcingu usług.

Na zakończenie tego wątku warto jeszcze dodać, iż z prawnego punktu widzenia decydując o wyborze reżimu przedsiębiorca powinien dopasować go do sposobu, w jaki zamierza korzystać z pracy ludzkiej. W praktyce tak się jednak nie dzieje. Jak trafnie zauważa M. Latos-Miłkowska, wydaje się, że *pracodawcy nie uciekają od samej konstrukcji stosunku pracy, która dobrze zabezpiecza ich interesy, co potwierdza fakt, że nader często owe umowy cywilnoprawne okazują się umowami pozornymi, kryjącymi rzeczywisty stosunek pracy*⁵⁹³. *Jest to raczej ucieczka od obowiązków związanych ze stosunkiem pracy i próba zatrudnienia w warunkach odpowiadających stosunkowi pracy bez wynikających z tego obowiązków*⁵⁹⁴. O wyborze podstawy korzystania z pracy ludzkiej niezwykle często decydują wyłącznie koszty pracy⁵⁹⁵. Skłaniają one pracodawców do kierowania się w stronę reżimu cywilnoprawnego, nawet wówczas gdy praca świadczona jest w sposób charakterystyczny dla zatrudnienia pracowniczego⁵⁹⁶. Nową wersją owego, towarzyszącego nam od lat zjawiska, jest rzeczywiste korzystanie z pracy ludzkiej w sposób charakterystyczny dla zatrudnienia pracowniczego ukryte pod fasadą nie bezpośredniego zatrudnienia osoby na podstawie umowy prawa

⁵⁹³ M. Latos-Miłkowska, *Ochrona interesu pracodawcy*, Warszawa 2013, s. 80.

⁵⁹⁴ Ibidem.

⁵⁹⁵ Zob. M. Gersdorf (red.) [w:] *Zatrudnieni i zatrudniający na aktualnym rynku pracy*, Warszawa 2012, s. 28-29; M. Gersdorf, *Umowa o pracę. Umowa o dzieło. Umowa zlecenia*, Warszawa 1993, s. 7; J. Jończyk, *Najem pracy*, PiZS 2016/12, s. 6.

⁵⁹⁶ Zob. K. Żywolewska, *Zawarcie umowy cywilnoprawnej zamiast umowy o pracę – wybrane problemy* [w:] *Elastyczne formy zatrudnienia i organizacji czasu pracy*, red. naukowa A. Bieliński, A. Giedrewicz-Niewińska, M. Szablowska-Juckiewicz, Warszawa 2015, s. 119; M. Skąpski, *Ochronna funkcja prawa pracy...*, LEX.

cywilnego, ale zawarcia umowy outsourcingu usług, z rzekomym pracodawcą osoby faktycznie wykonującej pracę.

2. Przepisanie statusu pracodawcy właściwemu podmiotowi zaangażowanemu we współpracę w ramach outsourcingu usług

Zakres przyznanej pracownikowi ochrony różni się w zależności od tego, jaki podmiot występuje w roli pracodawcy. Outsourcing usług, w skrajnych przypadkach, służy jako narzędzie zmierzające do pozbywania się obowiązków pracodawcy przy jednoczesnym zachowaniu jego uprawnień. Niezbędnym dla ochrony praw pracowniczych mechanizmem staje się wówczas przypisanie statusu pracodawcy właściwemu podmiotowi.

2.1. O rosnących trudnościach w identyfikacji pracodawcy wśród kontrahentów współpracujących w ramach outsourcingu usług

Co intrygujące, dążenie przedsiębiorców do unikania „ciężaru” występowania w roli pracodawcy prowadzi do rosnących trudności we właściwej identyfikacji podmiotów, którym ów „ciężar” powinno się przypisywać. Popularność korzystania z outsourcingu usług wpisuje się w dwa nurty przemian zachodzących na rynku pracy, które owocują istotnymi komplikacjami w poszukiwaniach pracodawcy.

2.1.1. Oddalanie się głównego beneficjenta pracy od pracodawcy

Outsourcing stanowi jedną z praktyk rynkowych prowadzących do zjawiska, nazywanego przez D. Weila „pękaniem zakładów pracy”⁵⁹⁷. Polega ono na tym, że fragmenty działalności tradycyjnie wykonywanej w ramach dużego przedsiębiorstwa zleca się mniejszym przedsiębiorcom, działającym w ramach silniejszej konkurencji aniżeli przedsiębiorstwa macierzyste⁵⁹⁸. *Duże firmy o ugruntowanej pozycji krajowej i międzynarodowej, będące liderami poszczególnych branż, nadal*

⁵⁹⁷ D. Weil, *Enforcing Labour Standards in Fissured Workplaces: The US Experience*, „The Economic and Labour Relations Review”, t. 22, nr 2, s. 33–54.

⁵⁹⁸ Zob. D. Weil, *The Fissured Workplace: Why Work Became So Bad for So Many and What Can Be Done to Improve It*, „Harvard University Press” 2014, s. 8-9, cyt. za D. Weil, *Enforcing Labour...*, s. 36.

dominują w krajobrazie sektora prywatnego i odgrywają kluczową rolę w kształtowaniu konkurencji na swoich rynkach⁵⁹⁹. Nie zatrudniają już one jednak bezpośrednio legionów pracowników⁶⁰⁰. Zamiast tego, jak skały pękające na skutek działania żywiołów, zatrudnienie zostało oderwane od liderów rynku i przeniesione do skomplikowanej sieci mniejszych jednostek biznesowych⁶⁰¹. Zlecając pracę na zewnątrz, mniejszym przedsiębiorcom, silnie o nią konkurującym, przedsiębiorstwo macierzyste „kupi” ją taniej niż gdyby zatrudniało do jej wykonania pracowników własnych. Nadal czerpie natomiast w największej części korzyści ze sprzedaży finalnych produktów czy usług wytworzonych pośrednio przez pracowników usługodawców.

Opisane przez D. Weila zjawisko wywiera istotny skutek na płaszczyźnie prawa pracy. Powoduje bowiem, iż bezpośredni pracodawca w wielu wypadkach przestaje być głównym beneficjentem pracy wykonywanej przez zatrudnianych pracowników. Rozbity zostaje w ten sposób bilateralny charakter zatrudnienia, co w polskiej doktrynie⁶⁰² i judykaturze⁶⁰³ nazywane jest zagadnieniem „wielopodmiotowości po stronie pracodawczej”. Zdaniem A. Supiota mierzymy się obecnie z problemem rozmycia strony pracodawców *rzutującym na więź podporządkowania, postrzeganą zawsze jako stosunek dwóch podmiotów prawnych*⁶⁰⁴. *Kontraktowym partnerem pracownika umownego pozostaje pracodawca de iure*⁶⁰⁵. *W rzeczywistości jednak pracodawca ten dysponuje jedynie częścią władzy (głównie dotyczącą nadzoru nad wypełnianiem warunków umowy)*⁶⁰⁶. *Tymczasem najważniejsze decyzje leżą w gestii innego ośrodka pracodawców (...), który de facto posiada władzę zarządzania zasobami ludzkimi bez konieczności ponoszenia prawnej odpowiedzialności za decyzje*⁶⁰⁷.

Outsourcing usług doprowadza zatem do sytuacji, w której korzyści, jakie w tradycyjnym, „fordowskim” modelu zatrudnienia czerpał z pracy wykonywanej przez pracownika jeden podmiot, obecnie dzielone są pomiędzy dwa lub więcej podmiotów, przy czym nierzadko dominująca ich część przypada podmiotowi korzystającemu z outsourcingu usług, a nie podmiotowi będącemu pracodawcą

⁵⁹⁹ D. Weil, *Enforcing Labour...*, s. 36.

⁶⁰⁰ Ibidem.

⁶⁰¹ Ibidem.

⁶⁰² M. Raczkowski [w:] *Zatrudnieni i zatrudniający na aktualnym rynku pracy*, red. M. Gersdorf, Warszawa 2012, s. 63.

⁶⁰³ Zob. uchwała SN z 16.06.2016 r., III UZP 6/16, LEX nr 2053819.

⁶⁰⁴ A. Supiot, *Zatrudnienie pracownicze...*, s. 151; zob. także Z. Kubot, *Odcinkowa zdolność pracodawcza spółki dominującej w grupie kapitałowej*, PiZS 2014/9, s. 18.

⁶⁰⁵ A. Supiot, *Zatrudnienie pracownicze...*, s. 151.

⁶⁰⁶ Ibidem.

⁶⁰⁷ Ibidem.

pracownika. Określenie tradycyjnego modelu zatrudnienia mianem „fordowskiego” można uznać za swoistą ironię dziejów. Nawiązuje ono do, stanowiącego archetyp dzisiejszego stosunku pracy, sposobu wykonywania pracy na taśmie produkcyjnej w zakładach Forda⁶⁰⁸. Warto dodać, że organizacja tych zakładów stanowiła także archetyp modelu zarządzania charakteryzującego się zintegrowanym pionowo procesem produkcyjnym⁶⁰⁹. Jednocześnie to Henry’ego Forda uważa się za jednego z prekursorów outsourcingu we współczesnej gospodarce i przypisuje się mu autorstwo stwierdzenia, że *jeśli jest coś czego nie potrafimy zrobić wydajniej, taniej i lepiej niż konkurenci, nie ma sensu, żebyśmy to robili i powinniśmy zatrudnić do wykonania tej pracy kogoś, kto robi to lepiej niż my*⁶¹⁰. W 1999 r. w Ameryce Południowej firma Ford ogłosiła nawet zamiar objęcia outsourcingiem całej produkcji samochodu⁶¹¹. Przedsiębiorstwo kojarzone z tradycyjnym sposobem wykonywania pracy i zarządzania stało się zarazem inicjatorem zjawisk prowadzących do zmiężdżenia obydwu modeli.

Za sprawą „pęknięcia zakładów pracy” pracodawcy pracowników przestają czerpać największe korzyści ekonomiczne z ich pracy. Obciąża ich natomiast w pełnym zakresie ryzyko związane ze statusem pracodawcy. Stają się tym samym podmiotami permanentnie przeciążonymi ryzykiem i zdecydowanie bardziej narażonymi na sytuacje niewydolności finansowej⁶¹². Działając w warunkach silnej konkurencji, dążą też nieustannie do obniżenia kosztów pracy⁶¹³, co przekłada się na pogorszenie warunków i zmniejszenie poziomu stabilności zatrudnienia pracowników.

⁶⁰⁸ Zob. J. Wratny, *Przemiany stosunku pracy w III RP* [w:] *Współczesne problemy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych*, red. L. Florek, Ł. Pisarczyk, Warszawa 2011, s. 39; J. Stelina, *Monocentryczne versus policentryczne prawo pracy* [w:] *Przyszłość prawa pracy. Liber Amicorum. W pięćdziesięciolecie pracy naukowej Profesora Michała Seweryńskiego*, red. Z. Hajn, D. Skupień, Łódź 2015, s. 338.

⁶⁰⁹ Zob. M.J. Rawling, *A Generic Model...*, s. 4; M.J. Radło, *Offshoring i outsourcing...*, s. 36-44; zob. J. Urry, *Offshoring...*, s. 42-43; M.L. Morin, *Labour law and new forms of corporate organization*, „International Labour Review” 2005/1, t. 144, s. 7-8; A. Grześ, *Outsourcing w kształtowaniu...*, s. 124-125; I. Boruta, w *sprawie przyszłości...*, s. 4.

⁶¹⁰ Zob. D. Ciesielska, M.J. Radło (red.), *Przedmowa* [w:] *Outsourcing w praktyce*, Warszawa 2014, s. 9; zob. także A. Grześ, *Outsourcing w kształtowaniu...*, s. 125.

⁶¹¹ Ch.L. Gay, J. Essinger, *Outsourcing strategiczny...*, s. 16.

⁶¹² W odniesieniu do outsourcingu kapitałowego zob. P. Czarnecki, *Odpowiedzialność pracodawcy a rozwój struktur holdingowych*, Warszawa 2014, s. 88, 108.

⁶¹³ C. Perraudin, N. Thévenot, J. Valentin, *Avoiding the employment...*, s. 537; A. Snyder, *Outsourcing* [w:] *The Encyclopaedia of Human Resource Management, Volume 1: Short Entries*, red. William J. Rothwell, red. tomu Robert K. Prescott, Hoboken 2012, s. 343-344; M. Kłós, *Outsourcing w polskich...*, s. 145.

Outsourcing przyczynia się zatem do pogłębienia, wspomnianego już powyżej, procesu nazywanego segmentacją rynku pracy⁶¹⁴. Segmentacja występuje wtedy, gdy rynek pracy jest podzielony lub ustrukturyzowany w sposób, który znajduje odzwierciedlenie w stosunkach prawnych regulujących sposoby korzystania za pracy ludzkiej⁶¹⁵. Częstym podziałem jest wspomniany powyżej podział na dwa segmenty⁶¹⁶: pierwotny oraz wtórny. Segment pierwotny składa się z atrakcyjnych miejsc pracy, tworzonych głównie przez duże, dochodowe przedsiębiorstwa⁶¹⁷. Większość pracowników świadczy pracę na podstawie umów o pracę, a dodatkowo może liczyć na przywileje, do których można zaliczyć: wysokie płace, dobre warunki pracy, stabilność zatrudnienia, możliwość awansu, rozwój zawodowy⁶¹⁸. Segment wtórny charakteryzuje się natomiast niskimi płacami, preferowaniem umów niepracowniczych, gorszymi warunkami pracy, prostymi zadaniami, ograniczonymi możliwościami rozwoju⁶¹⁹.

Podsumowując, outsourcing usług prowadzi do niebezpiecznego społecznie zjawiska, w którym następuje oddzielenie od siebie dwóch elementów statusu pracodawcy tradycyjnie równoważących się nawzajem. Podmiot organizujący pracę uzyskiwał dotychczas zarówno wszelkie korzyści jak i ponosił straty związane z prowadzoną działalnością, obecnie przeniósł część uprawnień do czerpania korzyści na kontrahenta o silniejszej pozycji rynkowej. Zaburza to równowagę, gdyż podmiot stosujący outsourcing usług jako alternatywę dla zatrudniania pracowników własnych czerpie profity z pracy osób zatrudnianych przez kontrahentów, nie ponosząc przy tym ryzyka przypisanego do statusu pracodawcy.

2.1.2. Wzrost wpływu klienta na sposób wykonywania pracy przez pracownika w sektorze usług

⁶¹⁴ Zob. A. Grześ, *Outsourcing w kształtowaniu...*, s. 145; zob. także T. Kopczyński, *Outsourcing w zarządzaniu...*, s. 110-111; M. Freedland, *From the Contract...*, s. 9; A. Grześ, *Outsourcing w kształtowaniu...*, s. 143-145, 172.

⁶¹⁵ Zob. S. Deakin, *Addressing the labour market segmentation: the role of labour law*, Cambridge 2013, s. 1.

⁶¹⁶ Zob. K. Walczak, *Wpływ globalizacji i ogólnoświatowego kryzysu na podstawy i warunki zatrudnienia. Wyzwania dla polskiego prawa pracy [w:] Współczesne problemy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych*, red. L. Florek, Ł. Pisarczyk, Warszawa 2011, s. 87.

⁶¹⁷ Zob. D. Bąk-Grabowska, *Zarządzanie zasobami ludzkimi w warunkach stosowania niestandardowych form zatrudnienia*, Wrocław 2016, s. 22.

⁶¹⁸ Zob. ibidem.

⁶¹⁹ Zob. ibidem.

Zagadnienie bezpośredniej interakcji pomiędzy pracownikiem a usługobiorcą (klientem pracodawcy), nazywanej przez M. Freedlanda węzłem pracy osobistej, prowadzi do rozważań na temat drugiego nurtu przemian powodujących rosnące trudności w identyfikacji pracodawców. Przemiany te dotyczą wzrostu zatrudnienia w sektorze usług i towarzyszącej mu specyfiki dotyczącej wykonywania pracy. Jeszcze w roku 1960 najwięcej osób spośród zatrudnionych w Polsce (48%) pracowało w rolnictwie i leśnictwie⁶²⁰. W 1980 roku na czoło wysunął się sektor przemysłu, w którym pracę świadczyło niemal 38% aktywnych zawodowo osób w Polsce⁶²¹. Od 1990 r. na pierwszym miejscu znajduje się sektor usług (37%)⁶²², a przewaga zatrudnienia w nim nieustannie wzrasta. Według danych GUS w roku 2021, liczba zatrudnionych w usługach sięgnęła 60,3% ogółu osób aktywnych zawodowo w Polsce, podczas gdy w przemyśle i budownictwie zatrudnionych było 30,7%, natomiast w rolnictwie, leśnictwie, łowiectwie i rybactwie 8,4%⁶²³.

Przemiany te mają bezpośredni związek z prawem pracy. Gdy w życie wchodziła Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy dominującym modelem zatrudnienia w Polsce i wielu innych krajach europejskich był model „fabryczny”. Odzwierciedlał go przyjęty w prawie pracy wzorzec ochrony oparty na wizji zatrudnienia pracowniczego o charakterze bilateralnym⁶²⁴ w warunkach charakterystycznych dla zatrudniania na linii produkcyjnej⁶²⁵. Stosunek pracy jest bowiem w istocie *pojęciem prawnym a nie realnym elementem otaczającej nas rzeczywistości*⁶²⁶. Aby pracę faktycznie wykonywaną przez jedną osobę na rzecz innej objąć ochroną przewidzianą w prawie pracy, musi ona charakteryzować się określonymi cechami występującymi w świecie realnym. Katalog cech kwalifikujących dany sposób wykonywania pracy do objęcia go zakresem ochrony prawa pracy stworzono w oparciu o specyfikę pracy świadczonej na linii produkcyjnej.

⁶²⁰ A. Malina, *Analiza zmian struktury zatrudnienia w Polsce w porównaniu z krajami Unii Europejskiej*, „Zeszyty Naukowe Akademii Ekonomicznej w Krakowie” 2006/726, s. 6-7, <https://r.uek.krakow.pl/bitstream/123456789/2600/1/133456430.pdf> (dostęp: 26.11.2022 r.).

⁶²¹ Ibidem.

⁶²² Ibidem.

⁶²³ *Polska w liczbach 2020* (raport GUS), Warszawa 2022, s. 6, <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/inne-opracowania/inne-opracowania-zbiorcze/polska-w-liczbach-2022,14,15.html> (dostęp: 20.11.2022 r.); w strukturze pracujących ujętych w raporcie nie uwzględniono nieustalonego rodzaju działalności.

⁶²⁴ E. Albin, *Labour Law in a Service World*, „The Modern Law Review” 2010/(73)6, s. 959-960.

⁶²⁵ Ibidem.

⁶²⁶ A.M. Świątkowski, *Przedmiot stosunku pracy. Rozważania de lege lata i de lege ferenda* [w:] *Współczesne problemy prawa pracy...*, s. 47.

Od lat dziewięćdziesiątych faktycznie dominuje jednak coraz wyraźniej inny model zatrudnienia, różniący się istotnie od fordowskiego. Specyfika świadczenia pracy w usługach pozostaje w ścisłym związku z samą naturą usług. W literaturze ekonomicznej scharakteryzowano je jako: *niematerialne - nie można ich dotknąć ani zobaczyć, nietrwałe - nie można ich produkować na zapas, magazynować i transportować, niejednolite - często trudno je zestandaryzować, ponieważ w dużej mierze dostosowywane są do potrzeb klientów, nierozdzielne - często są produkowane i konsumowane jednocześnie, a klienci uczestniczą w procesie produkcji*⁶²⁷. Konsumpcja dobra w języku ekonomii oznacza *akt zaspokojenia potrzeb człowieka wynikających z użytkowania określonego dobra materialnego lub usługi*⁶²⁸.

Nierozdzielny charakter usług polega na tym, iż *istnieje bezpośredni, a nawet dialektyczny związek między produkcją i konsumpcją usług*⁶²⁹. Często zachodzą one jednocześnie, tak że wszelkie próby oddzielenia produkcji od konsumpcji lub konsumpcji od produkcji stają się *bezsensowne*⁶³⁰. Brak możliwości ścisłego oddzielenia owych faz oraz konieczność interakcji z klientem odróżnia model zatrudnienia w sektorze usług od modelu zatrudnienia w sektorze produkcji. W sektorze produkcji etap produkcji poprzedza bowiem etap konsumpcji dobra. Pracownik zatrudniony w fabryce Forda świadczył pracę przy maszynie produkcyjnej pod kierownictwem przełożonego – jego praca była jednym z wielu elementów składowych złożonego procesu produkcyjnego, wymagającego skoooperowanych działań znacznej liczby osób. Następnie gotowy samochód, już poza ową fabryką produkcyjną kupował klient i następowała konsumpcja dobra. Etap świadczenia pracy pokrywał się zatem z fazą produkcji dobra i był wyraźnie oddzielony od etapu konsumpcji dobra, w którym brał udział klient pracodawcy. W toku świadczenia pracy pracownik linii produkcyjnej nie dostosowywał sposobu świadczenia pracy do potrzeb klientów, a jedynie do poleceń przełożonych.

⁶²⁷ M. Rudnicka, *Teoretyczne ujęcie usług...*, s. 418-419; zob. także: A. Kuźniar, *Długofalowe tendencje...*, s. 104.

⁶²⁸ B. Jaros, *Zrównoważona konsumpcja w świetle wyzwań XXI wieku*, „Handel Wewnętrzny” 2012/ numer specjalny (lipiec-sierpień), t. 2, *Trendy i wyzwania zrównoważonego rozwoju w XXI wieku*, s. 64.

⁶²⁹ J. Bryson, P. Daniels, B. Warf, *Service Worlds: People, Organisations, Technologies*, Routledge 2004, s. 4-5, <https://eds-1p-1ebscohost-1com-100000esp4aa9.han3.lib.uni.lodz.pl/eds/detail?sid=6b0822a3-6bfd-4d4e-9f62-c7dfcfb92b6e@redis&vid=1&format=EB&rid=1#AN=570668&db=e000xww> (dostęp: 22.03.2023 r.).

⁶³⁰ Ibidem.

Oddzielenie występowało także w aspekcie miejscowym⁶³¹. W „fordowskim” modelu zatrudnienia ściany fabryki odgradzały pracownika produkującego samochód od jeżdżącego nim klienta pracodawcy. Dawniej wewnątrz fabryki funkcjonowały relacje prawnopracownicze, a na zewnątrz, relacje cywilnoprawne. W dzisiejszym świecie istnieją jednak takie rodzaje outsourcingu usług jak np. *secondment*, polegający na tym, że pracownik usługodawcy zostaje w pełnym wymiarze swojego czasu pracy oddelegowany do świadczenia usług na rzecz określonego klienta. W takim przypadku pracownik nierzadko pracuje w zakładzie usługobiorcy (klienta pracodawcy), a ściany oddzielają go od pracodawcy. Co więcej, wobec rosnącej popularności pracy zdalnej fakt „oddzielenia ścianami” nie stanowi już przeszkody w świadczeniu wielu rodzajów pracy. O ile tylko zasięg sieci bezprzewodowych pozwoli, pracownik może wykonywać ją leżąc na hamaku rozciągniętym pomiędzy palmami na tropikalnej wyspie oddalonej o tysiące kilometrów od siedziby pracodawcy.

W przypadku pracownika zatrudnionego w sektorze usług przeplatanie się faz produkcji i konsumpcji usługi uniemożliwia w wielu przypadkach oddzielenie czasowe usługi od pracy. Oznacza to, że czynności wykonywane przez pracownika stanowiąc będą jednocześnie element świadczenia pracy na rzecz pracodawcy oraz element świadczenia usługi na rzecz usługobiorcy, co dostrzec można wyraźnie na przykładzie outsourcingu usług utrzymania czystości. Wykonywanie przez pracownika usługodawcy czynności mycia podłóg w siedzibie usługobiorcy może stanowić jednocześnie produkcję usługi oraz jej konsumpcję. W istocie bowiem celem gospodarczym outsourcingu w tym przypadku będzie ciągłe zaspokajanie potrzeby usługobiorcy polegającej na utrzymaniu czystości w pomieszczeniach do niego należących. Pracownik zmywając podłogę „produkuje usługę”, a usługobiorca zaspakaja wówczas swoją potrzebę posiadania i użytkowania czystej podłogi, co stanowi „konsumpcję usługi”.

Intensywność przeplatania się faz produkcji i konsumpcji zależy od typu usługi. Symultaniczny charakter produkcji i konsumpcji występuje nierzadko w przypadku usług realizowanych indywidualnie, niematerialnych i związanych ściśle z osobą usługobiorcy np. usługa fryzjerska czy masaż. Mniej symultanicznymi typami usług będą tzw. usługi, podczas realizacji których zachowaniom człowieka towarzyszą obiekty

⁶³¹ A. M. Świątkowski określa to zjawisko terminem „zamkniętego” zakładu pracy. Zob. *Przedmiot stosunku pracy. Rozważania de lege lata i de lege ferenda* [w:] Współczesne problemy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych, red. L. Florek, Ł. Pisarczyk, Warszawa 2011, s. 55.

materialne⁶³², szczególnie jeśli realizuje je zespół osób. I tak, w outsourcingu usług księgowych, kadrowo-płacowych wyróżnić można określone zachowania, w których produkcja usługi (przygotowanie umówionych dokumentów: raportów, opinii czy zestawień) może być po części oddzielona od konsumpcji usługi (korzystania z dokumentów przez klienta). W czasie świadczenia usługi w ramach outsourcingu usług doradczych polegającej na rozmowie pracownika usługodawcy z klientem faza produkcji i konsumpcji usługi w istotnym stopniu się pokrywają.

Co istotne, potrzeby usługobiorcy mogą w toku świadczenia usługi ulec zmianie – np. usługobiorca rozlał coś w innym pomieszczeniu niż to, które aktualnie sprząta pracownik. Dostosowanie się do potrzeb usługobiorcy wymaga zmiany planu sprzątania pomieszczeń ustalonego wcześniej pomiędzy usługodawcą i usługobiorcą. Pracodawcy nie oczekują zazwyczaj od pracowników w takich przypadkach podporządkowania wydanym wcześniej poleceniom ich przełożonych lecz elastycznej, samodzielniejszej i adekwatniejszej do sytuacji modyfikacji sposobu działania zmierzającego do zaspokojenia potrzeby klienta. Świadczy o tym treść ogłoszeń o pracę, w których pracodawcy wskazują, jakie cechy powinien posiadać ich przyszły pracownik. Wśród ośmiu cech najbardziej pożądanых przez pracodawców znalazły się: komunikatywność, obsługa klienta, umiejętność planowania i zarządzania czasem, zarządzanie projektami, analityczne myślenie, umiejętność samodzielnej pracy i dostosowywania się do sytuacji⁶³³. Obrazuje to jak dalece model zatrudnienia wypracowany w realiach fabrycznych i oparty na relacji kierownictwo-podporządkowanie odbiega od dzisiejszej rzeczywistości, w której od pracownika zatrudnionego w usługach wymaga się znacznej liczby kompetencji dawniej zarezerwowanych wyłącznie dla osób kierujących pracownikami.

Nie ulega zatem wątpliwości, iż etos *spełniania życzeń i żądań, oczekiwań i fantazji klientów, wpływa na zachowania pracowników i wymagania pracodawców*⁶³⁴. I tak *skarga klienta na pracownika, może wpłynąć na decyzję pracodawcy np. o jego zwolnieniu, a polecenie pracownika przez klienta na decyzję o jego zatrudnieniu*⁶³⁵.

⁶³² Zob. J.W. Katner [w:] *System Prawa...*, s. 1382.

⁶³³ *Osiem najbardziej poszukiwanych przez pracodawców kompetencji miękkich*, oprac. Julia Grzesiek, <https://www.money.pl/gospodarka/8-najbardziej-poszukiwanych-przez-pracodawcow-kompetencji-miekkich-6793312521194368a.html> (dostęp z 20.11. 2022 r.).

⁶³⁴ E. Albin, *Labour Law...*, s. 970.

⁶³⁵ Zob. *ibidem*.

Popularna koncepcja tzw. *customer care* zmieniła sposób świadczenia usług przez pracownika, który stara się wykonać swoją pracę w sposób spełniający oczekiwania klienta, nierzadko stawiane wyżej niż oczekiwania pracodawcy. E. Albin umiejscawia konsumeryzm jako centralny element wywierający wpływ na stosunki prawnopracownicze⁶³⁶.

Konieczność „wsłuchania się” w potrzeby usługobiorcy, a zarazem uwzględnienia jego woli podczas świadczenia usług, jest zazwyczaj w ramach outsourcingu znacznie silniejsza niż w innych przypadkach świadczenia usług. Wiąże się to m.in. z ciągłym charakterem świadczenia usług w ramach tego rodzaju współpracy. Więż pomiędzy usługodawcą (a także jego pracownikiem) i usługobiorcą ma zatem znacznie bardziej ścisły charakter aniżeli w przypadku incydentalnego wykonania określonej usługi, np. korzystanie przez kilka miesięcy z outsourcingu usług cateringu *versus* skorzystanie z jednorazowej usługi restauracyjnej obejmującej jeden posiłek. W outsourcingu usług często występuje również dysproporcja pozycji rynkowej usługodawcy i usługobiorcy. Istniejąca w wielu przypadkach przewaga ekonomiczna usługobiorcy nad usługodawcą i usługodawcy nad jego pracownikiem potęguje konieczność wykonywania przez pracownika zadań w taki sposób by zadowolić usługobiorcę. Ponadto, co do zasady to usługobiorca pełni rolę inicjatora outsourcingu i projektanta całego procesu, który decyduje o zakresie zleczanych na zewnątrz zadań i funkcji, a także o wymaganej jakości ich świadczenia przez usługodawcę. W połączeniu z ciągłością świadczenia usług implikuje to sytuację, w której niezadowolenie klienta ze sposobu świadczenia usług w sposób ciągły przez określonego pracownika usługodawcy, będzie miało co do zasady większy wpływ na decyzje dotyczące dalszego zatrudniania tego pracownika przez usługodawcę.

Jak podkreśla się w naukach o zarządzaniu, rolę pracownika zatrudnionego w outsourcingu usług charakteryzuje dualność⁶³⁷. Z jednej strony bowiem jest on pracownikiem usługodawcy ze wszystkimi tego konsekwencjami, z drugiej, realizatorem uzgodnionych w kontrakcie outsourcingowym obszarów, zadań i funkcji⁶³⁸. Podnosi się wręcz, że *pracownicy zleceniobiorcy* [usługodawcy – przyp. B.A.] *powinni poczuć się po części również pracownikami firmy-klienta*⁶³⁹. Tak ścisła

⁶³⁶ Ibidem, s. 980-981.

⁶³⁷ Zob. J.P. Foltys, *Outsourcing. Idea...*, s. 283-284.

⁶³⁸ Ibidem.

⁶³⁹ E. Bukłaha, *Outsourcing w opiece...*, s. 98.

współpraca z firmą zewnętrzną bardziej mobilizuje do dobrej pracy, do przestrzegania procedur⁶⁴⁰.

W niemal każdym przypadku outsourcingu klient oddziałuje na zachowania pracownika, któremu usługodawca powierzył świadczenie usług na rzecz danego klienta. Stopień owej ingerencji może być jednak różny. Ze stosunkowo niewielkim stopniem ingerencji mamy do czynienia, gdy klienci pośrednio wpływają na warunki zatrudnienia pracowników usługodawcy⁶⁴¹, np. wysokość premii otrzymywanych przez pracowników uzależniona jest od wyników ankiety satysfakcji klientów. Najbardziej widoczny wpływ występuje w sytuacji, gdy klient przejmuje część funkcji pracodawcy⁶⁴². Podmiot ten „wchodzi” w stosunek pracy, a w niektórych przypadkach outsourcingu usług odgrywa w nim wręcz dominującą rolę⁶⁴³. Klient (usługobiorca) „zastępuje” wówczas pracodawcę, przejmując niemal całość przysługujących mu uprawnień. Dzieje się tak w szczególności w przypadku outsourcingu pracowniczego, który charakteryzuje się przekazaniem usługobiorcy uprawnień kierowniczych.

Outsourcing usług powoduje zatem możliwość rozszczępienia statusu pracodawcy na dwa podmioty. Jeden korzysta z większości uprawnień, natomiast drugi obciążony zostaje większością obowiązków, a także ryzyka tradycyjnie przypisywanego pracodawcy. Ponadto, w przypadku outsourcingu pierwszej generacji, ów drugi podmiot dąży co do zasady do obniżenia kosztów pracy. Prowadzi to do ryzykownej sytuacji, w której niezależnie od tego, jak dobrze wykonuje pracę pracownik, jego warunki zatrudnienia mogą wcale nie ulegać poprawie, a wręcz pogorszeniu. Analogicznie, ochrona przysługująca pracownikowi z tytułu możliwości nadużywania silniejszej pozycji przez pracodawcę, w znaczącej części nie przysługuje pracownikowi względem podmiotu, który faktycznie kieruje jego pracą, a zatem faktycznie ma możliwość nadużyć. Jak słusznie zauważa G. Davidov, *ochronne przepisy prawa pracy opierają się na założeniu, że ci, którzy korzystają z pracy pracowników powinni być odpowiedzialni za sprawiedliwe traktowanie pracowników pracujących dla ich przyjemności i zysku*⁶⁴⁴. Oddzielenie podmiotu korzystającego z pracy świadczonej przez pracowników w warunkach charakterystycznych z art. 22 § 1 k.p. od podmiotu

⁶⁴⁰ Ibidem.

⁶⁴¹ Zob. E. Albin, *Labour law...*, s. 970.

⁶⁴² Zob. ibidem.

⁶⁴³ Zob. ibidem, s. 971.

⁶⁴⁴ G. Davidov, *Joint Employer Status in Triangular Employment Relationships*, „An International Journal of Employment Relations” 2004/42, s. 736.

zobowiązanego do przestrzegania ochronnych norm prawa pracy sprawia, że ochrona staje się iluzoryczna.

Podsumowując, obydwie opisane powyżej nurty przemian doprowadziły do istotnych trudności w identyfikacji pracodawców ze względu na:

1. oddalenie się podmiotu będącego głównym beneficjentem pracy od pracodawcy zatrudniającego pracownika i obciążonego w pełni ryzykiem z tym związanym;
2. rosnący wpływ klientów na sposób wykonywania pracy przez pracowników, który powoduje przejęcie przez te podmioty części, a w skrajnych przypadkach niemal całokształtu, uprawnień pracodawcy.

W opublikowanym w roku 1992 artykule zatytułowanym „w poszukiwaniu pracodawcy” W. Sanetra postawił hipotezę, zgodnie z którą *dalsza dywersyfikacja, usamodzielnienie się i ilościowy wzrost jednostek organizacyjnych (podmiotów) występujących w obrocie prawnym (...) sprawiać będą, iż mimo czynionych przez ustawodawcę wysiłków, zmierzających do poprawy w tym zakresie, „poszukiwania” przez pracowników swoich pracodawców nie tylko nie staną się zjawiskiem marginalnym, lecz ich skala i praktyczne znaczenie będą rosły*⁶⁴⁵. Hipoteza ta potwierdziła się. Powstaje zatem pytanie czy pracownicy powinni pozostawać w stanie niepewności w odniesieniu do tego, kto jest ich pracodawcą i czy outsourcing usług może być wykorzystywany do czynienia oszczędności kosztem pozbawiania ich należytej im ochrony.

2.2. Pracodawca konstytucyjny, pośredni, własnościowy, autentyczny i prawdziwy

Wyraźnie trudności w stosowaniu fordowskiego modelu zatrudnienia do „spękanych zakładów pracy” dostrzec można w orzecznictwie. Oś problemu stanowi niespójność pomiędzy tożsamością podmiotu wskazanego jako pracodawca oraz podmiotu, który, z różnych względów, powinien zostać uznany za pracodawcę. W aktualnym stanie prawnym istnieje kilka źródeł owej niespójności, m.in. rozdźwięk pomiędzy modelem zarządczym i właścicielskim, nadużycie osobowości prawnej w grupach spółek, a także outsourcing usług. Podmiot, który powinno się uznawać za pracodawcę bywa różnie

⁶⁴⁵ W. Sanetra, *W poszukiwaniu pracodawcy*, PiZS 1992/3, s. 48.

nazywany. W uchwale SN z 23.05.2006 r.⁶⁴⁶ pojawiają się pojęcia pracodawcy „konstytucyjnego”, „własnościowego”, „prawdziwego” oraz „rzeczywistego”. Jeszcze bogatszy wachlarz przymiotników odnaleźć można w doktrynie. Pojęcie „pracodawcy konstytucyjnego” poddaje analizie A. Sobczyk, nadając mu bardzo szerokie znaczenie. Autor uznaje iż *ograniczanie pojęcia pracodawcy do podmiotu zatrudniającego pracownika w rozumieniu Kodeksu pracy byłoby błędne*⁶⁴⁷. Skoro w zasadzie bezspornie uznaje się, że *Konstytucja przez pracę rozumie pracę każdą, w tym nieodpłatną, i skoro Konstytucja pracę te chroni – czy też (...) chroni prawa człowieka powiązane z pracą – to konsekwentnie pracodawcą w rozumieniu Konstytucji jest każdy kto zatrudnia lub kto zleca pracę i kto odbiera jej efekty, niezależnie od szczegółowej formy prawnej, na podstawie której praca jest wykonywana*⁶⁴⁸.

Pozostałe definicje mieszczą się w nieco węższym zakresie znaczeniowy, służąc wskazaniu podmiotu, który dysponuje bezpośrednim, faktycznym wpływem na pracodawcę dysponującego zdolnością cywilnoprawną, ewentualnie podmiotu, w ramach którego wyodrębniono pracodawcę (wewnętrznego)⁶⁴⁹. Dyskusja na temat statusu pracodawcy ma zatem dwa główne wymiary. Pierwszy, wiąże się przypisywaniem statusu pracodawcy podmiotowi będącemu jednostką mniejszą od osoby prawnej, np. oddziałowi czy przedstawicielstwu i dotyczy modelu pracodawcy. Drugi odnosi się do zagadnienia przypisywania statusu pracodawcy twórcom większym od pojedynczej osoby prawnej, tj. w szczególności grupom spółek i dotyczy problemu tzw. wielopodmiotowości po stronie pracodawczej⁶⁵⁰. Wyrażone w doktrynie poglądy nie mają jednak, co do zasady, na celu przełamania niekwestionowanego *de lege lata* poglądu, zgodnie z którym pracodawcą w świetle prawa pracy jest tylko jeden podmiot określony w art. 3 k.p.⁶⁵¹. Jak bowiem trafnie ujął SN w wyroku z 13 marca 2012 r., *świadczenie pracodawcy, w tym wynagrodzenia za pracę w stosunku pracy nie może być zatem uznane za świadczenie podzielne w rozumieniu art. 380 § 2 k.c., gdyż w zatrudnieniu pracowniczym po stronie zatrudniającego nie występuje wielość*

⁶⁴⁶ III PZP 2/06, LEX nr 180651.

⁶⁴⁷ A. Sobczyk, *Prawo pracy w świetle Konstytucji RP. Tom I. Teoria publicznego i prywatnego indywidualnego prawa pracy*, Warszawa 2013, s. 74.

⁶⁴⁸ A. Sobczyk, *Prawo pracy w świetle Konstytucji RP. Tom I. Teoria publicznego i prywatnego indywidualnego prawa pracy*, Warszawa 2013, s. 74.

⁶⁴⁹ Zob. P. Czarnecki, *Odpowiedzialność pracodawcy a rozwój struktur holdingowych*, Warszawa 2014, s. 214.

⁶⁵⁰ Zob. uchwała SN z 16.06.2016 r., III UZP 6/16, LEX nr 2053819; M. Raczkowski [w:] *Zatrudnieni i zatrudniający na aktualnym rynku pracy*, red. M. Gersdorf, Warszawa 2012, s. 63.

⁶⁵¹ Zob. P. Czarnecki, *Odpowiedzialność pracodawcy a rozwój struktur holdingowych*, Warszawa 2014, s. 175.

pracodawców jako dłużników⁶⁵². Pojawiają się jednak propozycje stworzenia ram normatywnych dla ujęcia silnego wpływu, jaki podmiot trzeci, np. spółka dominująca, wywiera faktycznie na zachowania stron stosunku pracy sama nie będąc jego stroną.

Odnosząc się do pierwszego wymiaru, należy stwierdzić, iż kodeksowa definicja pracodawcy oparta jest na koncepcji zarządczej, zgodnie z którą podmiotowość pracodawczą przyznaje się jednostce organizującej pracę niezależnie, od tego, czy ma tytuł majątkowy do zakładu pracy, czy nie⁶⁵³. Alternatywny model właścicielski opiera się natomiast na przypisaniu statusu pracodawcy podmiotom, które zatrudniają pracowników w oparciu o majątkową (cywilnoprawną) zdolność do dysponowania zakładem pracy⁶⁵⁴. Ujęcie to prowadzi do zbliżenia zakresów znaczeniowych pojęć pracodawcy i przedsiębiorcy⁶⁵⁵. W doktrynie wyraźnie przeważa uzasadniona krytyka koncepcji zarządczej⁶⁵⁶. Wadę owego modelu trafnie identyfikuje P. Czarnecki, twierdząc, iż w jego istotę wpisane jest *oddzielenie sfery podmiotowości i odpowiedzialności po pracodawczej stronie stosunku pracy*⁶⁵⁷. Postuluje się zatem, aby dokonywać wykładni art. 3 k.p. w sposób zbliżający podmiotowość w prawie pracy do podmiotowości cywilnoprawnej⁶⁵⁸.

Drugi wymiar dyskusji dotyczy poszukiwania rzeczywistego pracodawcy poza granicami jednej osoby prawnej. W najogólniejszy sposób do zagadnienia tego nawiązuje koncepcja „pracodawcy pośredniego” sformułowana przez Jana Pawła II w encyklice *Laborem Exercens*⁶⁵⁹. Papież uznał, iż pracodawca pośredni to podmiot, który *określa w sposób zasadniczy taki lub inny aspekt stosunku pracy i warunkuje w ten sposób postępowanie pracodawcy bezpośredniego, gdy ten ustala określony*

⁶⁵² wyrok SN z 13.03.2012 r. II PK 170/11, LEX nr 1211150; zob. także wyrok SN z 15.03.2018 r., I PK 369/16, LEX nr 2508615.

⁶⁵³ Zob. P. Korus [w:] *Kodeks pracy. Komentarz*, red. A. Sobczyk, 2020, wyd. 5, *Komentarz do art. 3*, Legalis.

⁶⁵⁴ Zob. Z. Hajn, *Regulacja pozycji prawnej pracownika i pracodawcy a funkcje prawa pracy*, PiZS, Nr 10/2000, s. 7, zob. także M. Gersdorf, *Jeszcze w sprawie sporu o pojęcie pracodawcy*, PiZS, Nr 2/97, s. 34-36.

⁶⁵⁵ Zob. Z. Hajn, *Regulacja pozycji...*, s. 7.

⁶⁵⁶ Zob. M. Gersdorf, *Jeszcze w sprawie sporu ...*, s. 34-36; Z. Hajn, *Pracodawca jako strona stosunków cywilnoprawnych* [w:] *Przegląd Prawa i Administracji*. Tom CXIII, red. A. Górnicz-Mulcahy, Wrocław 2018, s. 57-65; zob. także Z. Hajn [w:] *System Prawa Pracy*, red. K. W. Baran. *Tom II. Indywidualne Prawo Pracy*, red. G. Goździewicz, Warszawa 2017, s.175-180.

⁶⁵⁷ P. Czarnecki, *Odpowiedzialność pracodawcy a rozwój struktur holdingowych*, Warszawa 2014, s.174.

⁶⁵⁸ Zob. T. Liszcz, *Prawo pracy*, Warszawa 2020, s. 133; L. Kaczyński, *W sprawie jednostki organizacyjnej jako pracodawcy*, PiZS, Nr 5/1998, s. 38.

⁶⁵⁹ Zob. Jan Paweł II, *Laborem Exercens, O pracy ludzkiej (z okazji 90. rocznicy encykliki Rerum novarum)w której zwraca się do czcigodnych braci w biskupstwie, do kapłanów, do rodzin zakonnych, do drogich synów i córek Kościoła oraz do wszystkich ludzi dobrej woli*, https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/pl/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_14091981_laborem-exercens.html (dostęp: 15.01.2022 r.)

kontrakt i stosunki pracy. Rolę tę, na gruncie poprzedniego ustroju gospodarczego, przypisywano państwu. W doktrynie koncepcja uznana została za ważną z etycznego, filozoficznego i ideologicznego punktu widzenia, ale mało przydatną jako konstrukcja prawnicza⁶⁶⁰.

Nieco bardziej szczegółowe ramy wyznaczono pojęciu pracodawcy „macierzystego”. A. Kijowski posługuje się nim dla określenia podmiotu, na rzecz którego pracownik wykonuje pracę w przypadku opisanym w art. 8 ust. 2a u.s.u.s⁶⁶¹. Chodzi zatem o pracodawcę, z którym osoba pozostaje w stosunku pracy, a dodatkowo faktycznie wykonuje pracę na jego rzecz na podstawie jednej z ujętych w cytowanym przepisie umów cywilnoprawnych, zawartej z podmiotem trzecim. Pojęcie „pracodawcy macierzystego” należy również do języka prawnego. Usługodawca posługuje się nim na gruncie ustawy o cudzoziemcach⁶⁶² dla oznaczenia *osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niebędącej osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, posiadającej siedzibę poza terytorium państw członkowskich UE oraz EFTA – stron umowy o EOG lub Konfederacji Szwajcarskiej, która zatrudnia pracownika przenoszonego do jednostki przyjmującej przed jego przeniesieniem wewnątrz przedsiębiorstwa i w czasie tego przeniesienia*⁶⁶³. W niniejszej rozprawie używam go niekiedy dla określenia podmiotu, który zatrudniał pracowników przed rozpoczęciem procesu transferu zadań i funkcji, któremu może, choć nie musi towarzyszyć transfer zakładu pracy lub jego części.

Zasadnicza część dyskusji dotyczy jednak zagadnienia możliwości uznania za pracodawcę grupy spółek (holdingu). Holding definiuje się jako *zgrupowanie spółek, którego hierarchiczna struktura opiera się na powiązaniach kapitałowych i władztwie korporacyjnym*⁶⁶⁴. Zagadnienie to poddał szczegółowej analizie M. Raczkowski. Początkowo Autor rozważał możliwość przypisania statusu pracodawcy całemu zgrupowaniu⁶⁶⁵, ostatecznie jednak zajął stanowisko, iż *de lege lata* nie ma takiej

⁶⁶⁰ Zob. B. Wagner, *W sprawie „pracodawcy pośredniego”*, PiP 1990/10, s. 90-91; zob. także P. Czarnecki, *Odpowiedzialność pracodawcy a rozwój...*, s. 213.

⁶⁶¹ A. Kijowski, *Zakres swobody pracodawcy w korzystaniu z zatrudnienia cywilnoprawnego* [w:] *Prawo pracy a wyzwania XXI wieku. Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego*, red. M. Matej-Tyrowicz, L. Nawacki, B. Wagner, Warszawa 2002, s. 218.

⁶⁶² Ustawa z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 519 z późn. zm.).

⁶⁶³ Art. 3 pkt 12a ustawy o cudzoziemcach.

⁶⁶⁴ P. Czarnecki, *Odpowiedzialność pracodawcy a rozwój struktur holdingowych*, Warszawa 2014, s. 41.

⁶⁶⁵ Zob. M. Raczkowski, *Powiązania kapitałowe pracodawcy a stosunek pracy*, PiP 2009/3, s. 66-71.

możliwości⁶⁶⁶. Za ugruntowany w polskiej doktrynie można zatem uznać pogląd o niedopuszczalności uznania holdingu za pracodawcę⁶⁶⁷.

Relacjom wewnątrz grupy spółek poświęca uwagę Z. Kubot. Autor posługuje się pojęciami pracodawcy „bezpośredniego” oraz „własnościowego” i stawia tezę, iż niektóre prawa (kompetencje, uprawnienia) oraz obowiązki pracodawcze mogą być dzielone pomiędzy te podmioty. Pracodawcą „własnościowym” nazywa podmiot posiadający odcinkową zdolność pracodawczą, tj. możliwość bycia podmiotem określonych praw i obowiązków, który występuje po stronie pracodawcy w niektórych stosunkach pracy⁶⁶⁸. *Odcinków zdolności pracodawczej spółki dominującej jako pracodawcy „własnościowego” należy poszukiwać w sferze jednostronnych władczych działań zarządu spółki dominującej wobec zarządu spółki zależnej, a przez to także wobec pracowników tej spółki*⁶⁶⁹. Wydaje się, iż kompetencja odcinkowej zdolności pracodawczej stanowi próbę przeniesienia na płaszczyznę normatywną, opisywanego we wcześniejszej części wywodu, problemu faktycznego przenoszenia elementów statusu pracodawcy na inny podmiot.

Dla rozważań prowadzonych w niniejszej rozprawie kluczowe znaczenie ma jednak rzadziej poruszany wątek dotyczący zagadnienia przypisania statusu pracodawcy jednemu z podmiotów współpracujących ze sobą w oparciu o więzi umowne. Rozważania na ten temat podejmuje Z. Hajn, dostrzegając, iż powiązania te tworzą sieci przedsiębiorstw, na które składa się przedsiębiorstwo zleceniodawcy i przedsiębiorstwa wykonujące zlecenia, uzależnione od zleceniodawcy poprzez umowy⁶⁷⁰. Autor dostrzega również, iż *charakter sieci mają typowo przedsiębiorstwa (przedsiębiorcy) powiązane umowami kooperacyjnymi (np. franchisingowymi)*⁶⁷¹. *Taka umowa (umowy) tworzy stałe związki między przedsiębiorcami, ograniczające samodzielność przedsiębiorcy*

⁶⁶⁶ Zob. M. Raczkowski, *Grupa spółek (holding) jako pracodawca*, PiZS 2016/7, s. 13-15; tenże Pomijanie prawnej odrębności członków holdingu w indywidualnym prawie pracy, cz. II, PiZS 2016/9, s. 17.

⁶⁶⁷ Zob. M. Raczkowski, *Grupa spółek w świetle prawa pracy. Koncepcja pracodawców powiązanych*, Warszawa 2019, s. 195-196; M. Raczkowski, *Holding jako pracodawca? Problemy indywidualnego prawa pracy* [w:] *Przegląd Prawa i Administracji. Tom CXIII*, red. A. Górnicz-Mulcahy, Wrocław 2018, s. 127, 131; Z. Hajn [w:] *System Prawa Pracy*, red. K. W. Baran. *Tom II. Indywidualne Prawo Pracy*, red. G. Goździewicz, Warszawa 2017, s. 186-187; E. Maniewska, *Holding a pojęcie pracodawcy*, PiZS 2016/12, s. 39; A.M. Świątkowski, *Kodeks pracy. Komentarz*, wyd. 6, 2018, *Komentarz do art. 3 k.p.*, Legalis; K.W. Baran (red.), *Kodeks pracy. Komentarz. Tom I. Art. 1-113*, wyd. V, 2020, art. 3, LEX

⁶⁶⁸ Z. Kubot, *Odcinkowe zdolności prawne*, PiZS 2012/8, s. 19.

⁶⁶⁹ Z. Kubot, *Odcinkowa zdolność pracodawcza spółki dominującej w grupie kapitałowej*, PiZS 2014/9, s. 22.

⁶⁷⁰ Z. Hajn, *Regulacja pozycji prawnej pracownika i pracodawcy a funkcje prawa pracy*, PiZS 2000/10, s. 7-8.

⁶⁷¹ Z. Hajn [w:] *System Prawa Pracy*, red. K. W. Baran. *Tom II. Indywidualne Prawo Pracy*, red. G. Goździewicz, Warszawa 2017, s. 184-185.

zależnego⁶⁷². Co do zasady przyjąć zatem należy, iż skutkiem stosowania outsourcingu kontaktowego jest powstanie sieci przedsiębiorstw.

Krytyczne stanowisko względem poszukiwań pracodawcy „autentycznego” zajmuje natomiast A. M. Świątkowski. Autor dostrzega w swoich rozważaniach, iż *przewaga kapitału, podległość służbowa osoby występującej w roli pracodawcy w zakładzie mającym status pracodawcy w rozumieniu art. 3 k.p. sprawia, iż merytoryczne decyzje dotyczące podległej, zależnej majątkowo, finansowo, organizacyjnie jednostki, mającej prawo do samodzielnego udziału w obrocie prawnym regulowanym przepisami prawa pracy, mogą być podejmowane na wyższym szczeblu rozbudowanej struktury organizacyjnej, której częścią jest konkretny, formalnie samodzielny pracodawca zatrudniający pracowników*⁶⁷³. Ostatecznie wyraża jednak pogląd, zgodnie z którym *obowiązująca obecnie zbiorcza, sformułowana w art. 3 i art. 22 § 1 k.p., legalna definicja pracodawcy, uzupełniona wzmianką wyrażoną w art. 3¹ § 1 k.p. (wskazującą, kto ma prawo reprezentować pracodawcę) zaspokaja podstawowe wymagania prawa pracy*⁶⁷⁴.

2.3. Pracodawca rzeczywisty

W doktrynie prawa pracy pojęcie pracodawcy rzeczywistego pojawia się w odniesieniu do opisanej powyżej dyskusji na temat modelu pracodawcy. Posługuje się nim m.in. P. Wąż, który uznaje, iż *z pojęciem tym spotykamy się w przypadku pracodawców mających status osoby prawnej, których przedsiębiorstwo posiada wielozakładową strukturę organizacyjną*⁶⁷⁵. W odniesieniu do problemów opisanych powyżej⁶⁷⁶, status rzeczywistego pracodawcy przypisuje się, co do zasady, podmiotom, które w świetle obowiązującego prawa pracy nie są uznawane za pracodawców, pomimo że powinny być. Jak twierdzi Z. Hajn *zasadniczym problemem regulacji prawnej pracodawcy jest głębokie i wieloaspektowe zafalszowanie rzeczywistości przez obowiązujące prawo, które umożliwia ukrywanie się rzeczywistych pracodawców za*

⁶⁷² Z. Hajn [w:] *System Prawa Pracy*, red. K. W. Baran. Tom II. *Indywidualne Prawo Pracy*, red. G. Goździewicz, Warszawa 2017, s. 184-185.

⁶⁷³ A. M. Świątkowski, *O kontrowersjach wokół pojęcia „autentyczny” pracodawca*, PiP 4/2018, s. 37.

⁶⁷⁴ A. M. Świątkowski, *O kontrowersjach wokół pojęcia „autentyczny” pracodawca*, PiP 4/2018, s. 45.

⁶⁷⁵ P. Wąż, *Koncepcja pracodawcy rzeczywistego w świetle art. 3 K.P.*, MOPR 2007/3, Legalis.

⁶⁷⁶ Za wyjątkiem zagadnienia identyfikacji pracodawcy rzeczywistego w ramach sieci przedsiębiorstw.

*fasadą pracodawców pozornych*⁶⁷⁷. Utrzymanie tego stanu rzeczy utrudnia prawidłowe funkcjonowanie stosunków pracy i stosunków gospodarczych oraz stwarza istotne zagrożenie dla interesów pracowników⁶⁷⁸.

2.3.1. Definicja pojęcia

Na gruncie prowadzonych rozważań pojęcie pracodawcy rzeczywistego przybiera jednak odmienne znaczenie. Decyzja o wyborze właśnie tego pojęcia wynika z powszechnego posługiwania się nim w orzecznictwie poświęconym zagadnieniu identyfikacji pracodawcy w outsourcingu usług⁶⁷⁹. Zbliżony nurt wykładni pojęcia pracodawcy pojawia się także w orzecznictwie unijnym na gruncie interpretacji przepisów z zakresu koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego⁶⁸⁰. W wyroku TSUE z dnia 16 lipca 2020 r.⁶⁸¹ w sprawie AFMB E.A. Ltd przeciwko Raad Van Bestuur Van De Sociale Verzekeringsbank Trybunał uznał iż, pracodawcą jest przedsiębiorstwo, które sprawuje faktyczne kierownictwo nad pracownikiem, ponosi w rzeczywistości odpowiednie koszty wynagrodzenia i jest faktycznie uprawnione do zwolnienia tego pracownika, a nie przedsiębiorstwo, z którym wspomniany pracownik zawarł umowę o pracę i które jest formalnie wskazane w umowie jako pracodawca tegoż pracownika.

Prowadzenie dalszych rozważań wymaga przedstawienia autorskiej definicji analizowanego pojęcia. **Pracodawca rzeczywisty to podmiot, który w świetle przepisów prawa pracy należy uznać za pracodawcę danego pracownika, pomimo że z treści oświadczeń woli złożonych, w danym stanie faktycznym, w formie pisemnej wynika, iż status pracodawcy przypisano innemu podmiotowi. Pod pojęciem pracodawcy rzeczywistego rozumiem także podmiot, który wprawdzie jest**

⁶⁷⁷ Z. Hajn, *Regulacja pozycji prawnej pracownika i pracodawcy a funkcje prawa pracy*, PiZS nr 10/2000, s. 11.

⁶⁷⁸ Ibidem; zob. także Z. Hajn, *Aspekty prawne relacji: pracownik-pracodawca w procesie przemian społeczno-gospodarczych i integracji europejskiej* [w:] *Pracodawca i pracownik w procesie przemian społeczno-gospodarczych i integracji z Unią Europejską*, red. H. Lewandowski, J. Sokołowski, Łódź 2000, s. 39.

⁶⁷⁹ Zob. np. wyrok SA we Wrocławiu z 9.01.2018 r., III AUa 1175/17, LEX nr 2956874; wyrok SA we Wrocławiu z 16.01.2019 r., III AUa 1274/18, LEX nr 2895441; postanowienie SN z 16.07.2020 r., III PK 163/19, LEX nr 3153460.

⁶⁸⁰ Zob. szerzej . M. Świątkowski, *Autonomiczna definicja pracodawcy w europejskim prawie zabezpieczenia społecznego. Rozważania na tle wyroku Trybunału Sprawiedliwości UW w sprawie AFMB*, PiZS 2021/3, s. 15- 21.

⁶⁸¹ C-610/18, LEX nr 3029464.

pracodawcą zgodnie z treścią oświadczeń woli złożonych w danym stanie faktycznym w formie pisemnej, lecz nabył status pracodawcy w sposób inny aniżeli wynika to z przepisów prawa pracy, tj. w szczególności wstąpił do istniejącego już stosunku pracy w drodze sukcesji generalnej, a nie w drodze zawarcia nowej umowy o pracę.

Zaproponowana definicja łączy w sobie kilka istotnych elementów. Po pierwsze, nawiązując do definicji sformułowanej przez M. Chakowskiego⁶⁸² należy uznać, że outsourcing usług oznacza w świetle prawa pracy grupę stanów faktycznych. Po drugie, swoboda podmiotów składających oświadczenia woli w tych stanach faktycznych podlega istotnym ograniczeniom mocą bezwzględnie obowiązujących norm prawa pracy. Złożenie przez owe podmioty określonych oświadczeń woli nie jest zatem tożsame z wywołaniem skutków prawnych pożądaných przez składających. Po trzecie, kategorię „pracodawców rzeczywistych” zawężam jedynie do podmiotów, które stają się pracodawcami wbrew treści złożonych w danym stanie faktycznym oświadczeń woli⁶⁸³. Przyjęcie tak wąskiej definicji nie oznacza w żadnym razie, że podmioty, które w świetle norm prawa pracy oraz złożonych oświadczeń woli, uznać należy za pracodawców, są pracodawcami „nierzeczywistymi” czy „pozornymi”. Uważam, iż w odniesieniu do tej kategorii podmiotów nie występuje w ogóle konieczność posługiwania się przymiotnikiem „rzeczywistych”. Są po prostu „pracodawcami”.

Poszukiwania rzeczywistego pracodawcy wymagają odrębnej analizy w odniesieniu do poszczególnych grup pracowników faktycznie świadczących pracę w ramach outsourcingu usług. W przypadku pracowników dotychczas wykonujących zadania zlecane na zewnątrz, w odniesieniu do których nie podjęto decyzji o „przejęciu” ich przez usługobiorcę, ani nie znalazły do nich zastosowania normy dotyczące transferu zakładu pracy lub jego części, naruszenie norm prawa pracy może przejawiać się w nieuzasadnionym lub niezgodnym z prawem rozwiązaniu umowy o pracę lub zmianie warunków pracy lub płacy. Nie występuje wówczas problem poszukiwania rzeczywistego pracodawcy, zatem kwestia ochrony tej grupy osób nie będzie poddawana dalszej analizie. Wątpliwości co do statusu rzeczywistego pracodawcy pojawiają się natomiast w odniesieniu do pracowników „przejmowanych” w toku transferu zadań lub

⁶⁸² Zob. M. Chakowski, *Umowy outsourcingu pracowniczego w praktyce polskich przedsiębiorstw* [w:] *Zatrudnienie w epoce postindustrialnej*, red. B. Godlewska-Bujok, K. Walczak, 2021, Legalis.

⁶⁸³ W odniesieniu do oświadczeń dotyczących „przejęcia” pracowników zachodzi wręcz wątpliwość, czy w ogóle są to oświadczenia woli, czy jedynie przejawy woli podobne do oświadczeń woli.

funkcji, a także w przypadku pracowników faktycznie wykonujących pracę na rzecz usługobiorcy w ramach współpracy pomiędzy tym podmiotem a usługodawcą.

2.3.2. Metoda poszukiwania rzeczywistego pracodawcy w odniesieniu do pracowników „przejmowanych” w toku transferu zadań lub funkcji

Jak podkreślono już w poprzedniej części rozważań, na straży praw pracowników „przejmowanych” w toku outsourcingu usług stoi ściśle bezwzględnie obowiązująca norma zawarta w art. 23¹ § 1k.p.⁶⁸⁴ Problem ustalenia pracodawcy rzeczywistego pojawia się w tym przypadku w kilku kategoriach stanów faktycznych:

- a) strony umowy outsourcingu usług zawierają porozumienie o „przejęciu” pracowników, któremu nie towarzyszy transfer zakładu pracy lub jego części;
- b) usługodawca (lub podmiot trzeci) nie wyraża chęci „przejęcia” pracowników, lecz wchodzi w ogół praw i obowiązków wskutek przejęcia zleconych na zewnątrz zadań lub funkcji, któremu towarzyszy transfer zakładu pracy lub jego części;
- c) zakończenie współpracy w ramach outsourcingu powoduje wtórny transfer zakładu pracy lub jego części na usługobiorcę albo podmiot trzeci np. kolejnego usługodawcę, który nie wyraził woli „przejęcia” pracowników.

Powyższe możliwości dotyczą głównych kategorii stanów faktycznych opisywanych w niniejszej rozprawie. Nie wyczerpują jednak katalogu wszystkich konfiguracji podmiotowych powiązanych z zagadnieniem zaistnienia transferu zakładu pracy lub jego części w toku zlecenia na zewnątrz zadań lub funkcji, który pozostaje otwarty.

W dotychczasowych wywodach stwierdzono już, że outsourcing usług we wszystkich powyższych konfiguracjach może stanowić podstawę transferu zakładu pracy lub jego części. Nie oznacza to jednak, że w każdym przypadku transfer nastąpi. Mechanizm stosowania instytucji przejścia zakładu pracy lub jego części ma bowiem dość złożoną naturę. Próżno szukać kompleksowego jej opisu w lakonicznym brzmieniu art. 23¹§1 k.p. Istotę transferu ujęto w art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/23/WE, w myśl

⁶⁸⁴ Postanowienie SN z 16.07.2020 r., III PK 163/19, LEX nr 3153460.

którego prawa i obowiązki zbywającego wynikające z umowy o pracę lub stosunku pracy istniejącego w momencie przejęcia, przechodzą, w wyniku tego przejęcia, na przejmującego. Przesłanki zastosowania konstrukcji przejęcia praw i obowiązków sformułowane zostały natomiast *expressis verbis* w art. 1 ust. 1 lit. a oraz lit. b dyrektywy, co jest wynikiem uwzględnienia w jej treści bogatego dorobku orzeczniczego Trybunału⁶⁸⁵, wypracowanego na gruncie uprzednio obowiązującej dyrektywy 77/187/EWG oraz zmieniającej ją dyrektywy 98/50/WE. Zgodnie z treścią art. 1 ust. 1 lit. a dyrektywy ma ona zastosowanie do każdego przypadku przejęcia przedsiębiorstwa, zakładu lub części przedsiębiorstwa, zakładu, przez innego pracodawcę w wyniku prawnego przeniesienia własności lub łączenia, natomiast w świetle ust. 1 lit. b przejęcie w rozumieniu niniejszej dyrektywy, następuje wtedy, kiedy przejmowana jest jednostka gospodarcza, który zachowuje swoją tożsamość, oznaczającą zorganizowane połączenie zasobów, którego celem jest prowadzenie działalności gospodarczej, bez względu na to, czy jest to działalność podstawowa czy pomocnicza.

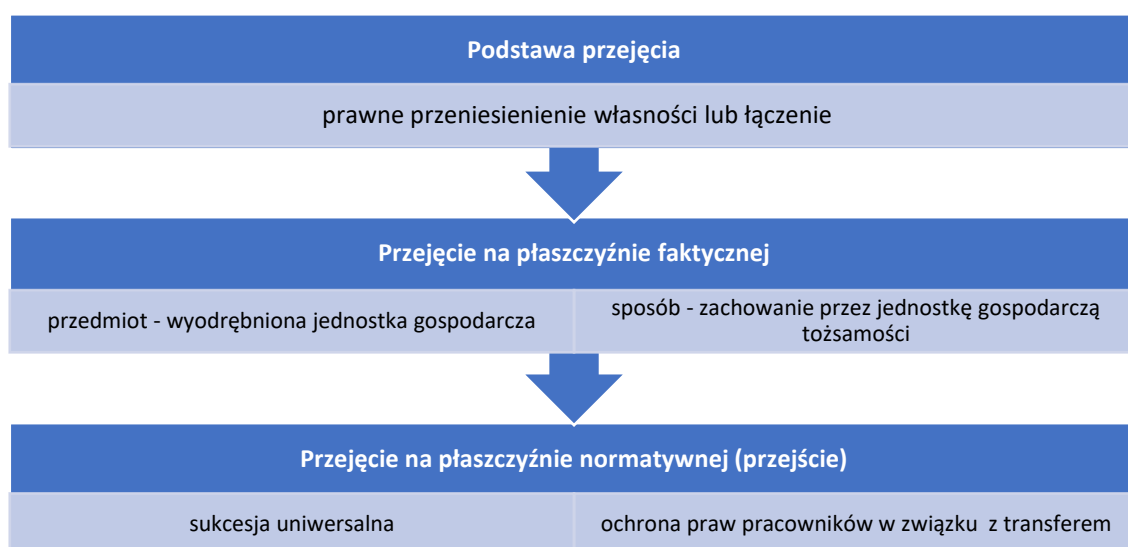
Literalne brzmienie artykułów 1 ust. 1 lit. a oraz lit. b oraz 3 ust. 1 dyrektywy jest, w moim przekonaniu, dość zawiłe. Przed przystąpieniem do wykładni owych przepisów podnieść należy, że sam Trybunał niejednokrotnie podnosił, iż dla ich interpretacji nie można poprzestać na wykładni językowej⁶⁸⁶. Po odrzuceniu jej reguł, dostrzec można, że pod każdym z tożsamyh pojęć „przejęcia” użytych powyżej kryje się w istocie odmienne znaczenie. Wykładnia art. 3 ust. 1 dyrektywy sprowadza się do stwierdzenia, że „przejęcie” zakładu, przedsiębiorstwa lub ich części, które odbywa się na płaszczyźnie faktycznej, prowadzi do tego, iż „przechodzą” prawa i obowiązki, zatem zachodzi skutek na płaszczyźnie normatywnej. Sukcesja uniwersalna nie jest jednak jedynym skutkiem następującym na płaszczyźnie normatywnej. Konsekwencją „przejęcia” zakładu, przedsiębiorstwa lub ich części stanowi również objęcie pracowników szczególnym standardem ochronnym wynikającym z norm zawartych w dyrektywie (art. 1 ust. 1 lit. a i b)⁶⁸⁷. W celu uproszczenia rozważań, w dalszym toku wyводу dla określenia przejęcia na płaszczyźnie normatywnej odpowiadającego „przejściu zakładu pracy lub jego części” będę niekiedy posługiwać się pojęciem „transferu”.

⁶⁸⁵ Zob. I. Twardowska-Mędrak, *Przejście zakładu pracy...*, s. 40- 49; Ł. Pisarczyk, *Przejście zakładu pracy...*, s. 21; A.M. Świątkowski, *Restrukturyzacja zakładu pracy...*, s.133-135.

⁶⁸⁶ Zob. P. Zawirska, M. Zwolińska, *Proeuropejska wykładnia...*, s. 404.

⁶⁸⁷ Zob. Ł. Pisarczyk, *Przejście zakładu pracy...*, s. 60.

Analiza art. 1 dyrektywy prowadzi natomiast do wniosku, że aby na płaszczyźnie faktycznej nastąpiło „przejęcie zakładu, przedsiębiorstwa lub ich części” muszą zaistnieć dwa elementy: podstawa prawna przejęcia dość myląco określonej w polskiej wersji językowej dyrektywy jako „przeniesienie własności lub łączenie” oraz spełnienie przesłanek „przejęcia”.⁶⁸⁸ Przesłanki przejęcia odnoszą się z kolei do: przedmiotu przejęcia – musi ono dotyczyć wyodrębnionej jednostki gospodarczej oraz sposobu przejęcia tj. wymogu zachowania w jego toku tożsamości jednostki gospodarczej. Konstrukcję przejęcia zakładu, przedsiębiorstwa lub ich części obrazuje poniższa grafika:



Źródło: opracowanie własne

W prawie unijnym konsekwencję „przejęcia” zakładu, przedsiębiorstwa lub ich części stanowi sukcesja uniwersalna po stronie pracodawcy, jak również objęcie pracowników szczególnym standardem ochronnym wynikającym z norm zawartych w dyrektywie (art. 1 ust. 1 lit. a i b)⁶⁸⁹. W dyrektywie posłużono się dwoma pojęciami „przedsiębiorstwo” i „zakład”, ale nie zawarto w jej treści definicji pozwalających na rozróżnienie owych pojęć⁶⁹⁰. Jak wskazuje się w doktrynie, ich zakres znaczeniowy nie ma jednak kluczowego znaczenia dla możliwości zastosowania przepisów dyrektywy⁶⁹¹, czy dla wykładni polskich pojęć „zakładu pracy lub jego części”. Odnoszą się one bowiem do tytułu dyrektywy czyli *de facto* ogólnej nazwy

⁶⁸⁸ Zob. A. Tomanek, *Przejście przedsiębiorstwa...*, s. 403.

⁶⁸⁹ Zob. Ł. Pisarczyk, *Przejście zakładu pracy...*, s. 60.

⁶⁹⁰ W zakresie dodatkowych wymagań dotyczących wyodrębnienia części przedsiębiorstwa w innych ustawodawstwach europejskich zob. Ł. Pisarczyk, *Przejście zakładu pracy...*, s. 42-43 oraz powołana tam literatura.

⁶⁹¹ I. Twardowska-Mędrek, *Przejście zakładu pracy...*, s. 66.

instytucji transferu zakładu pracy na gruncie prawa unijnego. Jak trafnie wskazuje SN, użyte w art. 23¹ k.p. pojęcia "zakład pracy" i "część zakładu pracy" są desygnatami przyjętego w dyrektywie określenia "jednostka gospodarcza", które jest zbiorczym pojęciem oznaczającym przejmowane przedsiębiorstwo, zakład lub część przedsiębiorstwa lub zakładu⁶⁹².

Kierując się wykładnią prounijną, analogicznie należy ujmować zatem mechanizm przejścia zakładu pracy lub jego części w prawie polskim. Jeśli w sytuacji klasyfikowanej jako podstawa prawna przejścia zakładu pracy lub jego części zostaną spełnione przesłanki przejścia, to zmiana pracodawcy następuje z mocy prawa na zasadach sukcesji uniwersalnej. Instytucja przejścia zakładu pracy⁶⁹³ także na gruncie prawa polskiego nie ogranicza się jednak wyłącznie do automatyzmu przejścia praw i obowiązków przez nowego pracodawcę, który wskazuje się jako pierwszy wymiar ochrony. W polskim piśmiennictwie⁶⁹⁴ wyróżnia się kolejne jej wymiary przejawiające się w obowiązkach konsultacyjno-informacyjnych leżących po stronie zbywającego i przejmującego oraz ochronie przez rozwiązaniem umów o pracę, których przyczyną miałyby być sam transfer.

Podsumowując, jeśli w toku przejmowania zadań i funkcji w ramach outsourcingu usług spełnione zostaną przesłanki istnienia wyodrębnionej jednostki gospodarczej oraz zachowania przez tę jednostkę gospodarczą tożsamości, wówczas wywoła on skutki transferu zakładu pracy lub jego części. Ustalenie czy w danym stanie faktycznym nastąpił transfer zakładu pracy lub jego części nie odpowiada jeszcze w pełni na pytanie, który z podmiotów jest pracodawcą rzeczywistym. Pytanie to zadać należy w odniesieniu do konkretnego pracownika. Aby określić status pracodawcy rzeczywistego w przypadku osoby, która faktycznie wykonywała zadania zlecane na zewnątrz w ramach outsourcingu usług należy zatem:

⁶⁹² Wyrok SN z 17.05.2012 r., I PK 178/11, LEX nr 1619611; wyrok SN z 3.03.2015 r., I PK 187/14, LEX nr 1785193.

⁶⁹³ Instytucję tę w polskim porządku prawnym konstytuują nie tylko normy zawarte w art. 23¹ k.p., ale także normy zawarte w innych przepisach, spośród których szczególną rolę pełnią art. 241⁸k.p. oraz art. 26¹ Ustawy z 23.05.1991 r. o związkach zawodowych (Dz. U. z 2019 r. poz. 263 z późn. zm.).

⁶⁹⁴ Zob. I. Twardowska-Mędrak, *Przejście zakładu pracy...*, s. 48-49; Ł. Pisarczyk, *Przejście zakładu pracy...*, s. 199; A.M. Świątkowski, *Restrukturyzacja zakładu pracy...*, s. 136-139; I. Twardowska-Mędrak, *Najnowsze orzecznictwo ETS...*, s. 45-46.

- 1) ustalić czy praca owej osoby była powiązana z danym zakładem pracy lub jego częścią⁶⁹⁵ oraz czy stosunek pracy, którego była stroną, trwał w dacie przejścia⁶⁹⁶;
- 2) zbadać czy spełnione zostały przesłanki transferu zakładu pracy lub jego części.

2.3.3. Metoda poszukiwania rzeczywistego pracodawcy w odniesieniu do pracowników-wykonawców pracy w ramach outsourcingu

Rozważania na temat sposobu identyfikacji pracodawcy rzeczywistego w toku outsourcingu usług rozpocząć należy stwierdzeniem, że przypadki outsourcingu usług rodzące wątpliwości na tym polu mają charakter wyjątkowy. Pod pojęciem „pracownika-wykonawcy pracy” rozumiem osobę, która w ramach outsourcingu usług faktycznie wykonuje pracę na rzecz usługobiorcy, niezależnie od jej podstawy prawnej. Jak zauważono powyżej, w prawie polskim dopuszczalne jest stosowanie outsourcingu usług jako alternatywy dla zatrudniania pracowników własnych. Poza granicą swobody mieszczą się jednak przypadki, w których w ramach outsourcingu usług usługobiorca korzysta z pracy pracownika usługodawcy w sposób charakterystyczny dla reżimu prawa pracy. W wyroku z dnia 23 czerwca 2021 r., zapadłym na gruncie sprawy dotyczącej stosowania outsourcingu usług, Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, zgodnie z którym *do ustalenia, że doszło do powstania pomiędzy stronami stosunku pracy, nie jest wystarczające spełnienie warunków formalnych zatrudnienia, takich jak zawarcie umowy o pracę, przygotowanie zakresu obowiązków, odbycie szkolenia BHP, uzyskanie zaświadczenia lekarskiego o zdolności do pracy czy zgłoszenie do ubezpieczenia, lecz konieczne jest ustalenie, że strony miały zamiar wykonywać obowiązki stron stosunku pracy i to czyniły*⁶⁹⁷.

Sposób nawiązania stosunku pracy bezpośrednio pomiędzy usługobiorcą a pracownikiem, który faktycznie wykonuje pracę na jego rzecz w charakterze pomocnika usługodawcy jest jednak wysoce nietypowy. Nawiązanie stosunku pracy wymaga bowiem zawarcia przez strony tego stosunku umowy o pracę,

⁶⁹⁵ Zob. R. Sadlik, *Kiedy następuje przejście...*, Legalis ; A. Tomanek, *Przejście przedsiębiorstwa...*, s. 423; A. Tomanek, *Przejście zakładu...*, s. 134-138.

⁶⁹⁶ Zob. Ł. Pisarczyk, *Przejście zakładu pracy...*, s. 157.

⁶⁹⁷ I USKP 37/21, LEX nr 3363480; zob. także wyrok SN z 24.02.2021 r., III USKP 30/21, LEX nr 3123192.

którą definiuje się jako *czynność prawną dwustronną zasadzającą się na zgodnych oświadczeniach woli podmiotów nawiązujących stosunek pracy*⁶⁹⁸. Zagadnienie zawarcia przez usługobiorcę z pracownikiem umowy o pracę budzi wątpliwości zarówno co do formy, jak i co do treści wyrażanej przez strony woli.

W odniesieniu do formy umowy, zgodnie z art. 29. § 2 zd. 1 k.p. powinna ona zostać zawarta na piśmie, co nie ma miejsca w przypadku zawarcia jej pomiędzy pracownikiem a usługobiorcą. W doktrynie i orzecznictwie dominuje jednak pogląd, zgodnie z którym *umowa o pracę zawarta z pominięciem wymogu formy pisemnej, np. ustnie bądź w sposób dorozumiany, zachowuje ważność, a jedyną konsekwencją jest spoczywający na pracodawcy obowiązek potwierdzenia na piśmie, najpóźniej w dniu rozpoczęcia pracy, ustaleń co do rodzaju umowy oraz jej warunków*⁶⁹⁹. Jak zauważa J. Piątkowski, *dla zasady swobody umów istotne znaczenie ma samo porozumienie się stron umowy co do określonych zachowań, a nie pisemne ujawnienie ich woli*⁷⁰⁰. Odpowiednie zastosowanie znajduje wówczas art. 60 k.c., zgodnie z którym *z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli)*.

Ujawnienie woli „w sposób dostateczny” po stronie pracownika polega na podjęciu i wykonywaniu pracy, zaś ze strony pracodawcy na dopuszczeniu go do wykonywania na warunkach określonych w art. 22 k.p.⁷⁰¹. Dopuszczenie to może mieć albo charakter aktywny np. poprzez określenie wymiaru zadań, wydawanie konkretnych poleceń, rozdysponowanie środków pracy, albo pasywny poprzez przyjęcie wykonywania bądź wykonania pracy do milczącej aprobaty⁷⁰².

⁶⁹⁸ H. Lewandowski, *Uwagi o roli umowy we współczesnym prawie pracy* [w:] *Prawo pracy a wyzwania XXI wieku. Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego*, red. M. Matey-Tyrowicz, L. Nawacki, B. Wagner, Warszawa 2002, s. 253.

⁶⁹⁹ Zob. Z. Góral [w:] *System prawa pracy. Tom I. Cześć ogólna*, red. K. W. Baran, s. 1051.

⁷⁰⁰ J. Piątkowski, *Aksjologiczne i normatywne podstawy prawa stosunku pracy*, Toruń 2017, s. 27.

⁷⁰¹ Zob. K. W. Baran, *O niektórych sposobach nawiązania umownego stosunku pracy* [w:] *Wolność i sprawiedliwość w zatrudnieniu. Księga pamiątkowa poświęcona Prezydentowi Rzeczypospolitej Polskiej Profesorowi Lechowi Kaczyńskiemu*, red. M. Seweryński, J. Stelina, Gdańsk 2012, s. 25-26; zob. także wyrok SN z 8.06.2010 r., I PK 16/10, LEX nr 607243.

⁷⁰² Zob. K. W. Baran, *O niektórych sposobach nawiązania umownego stosunku pracy* [w:] *Wolność i sprawiedliwość w zatrudnieniu. Księga pamiątkowa poświęcona Prezydentowi Rzeczypospolitej Polskiej Profesorowi Lechowi Kaczyńskiemu*, red. M. Seweryński, J. Stelina, Gdańsk 2012, s. 25-26; wyrok SN z 16.01.1970 r., III PRN 96/69, LEX nr 15215.

*Jeśli chodzi o wymiar temporalny, to należy w tej materii stosować dyrektywę sformułowaną w art. 70 § 1 in fine k.c.⁷⁰³. Do nawiązania stosunku pracy w sposób konkludentny może dojść dopiero wówczas, gdy pracownik zacznie wykonywać konkretną pracę⁷⁰⁴. Różni to umowę o pracę zawartą w sposób dorozumiany od umowy o pracę zawartej w „tradycyjnej”, pisemnej formie. Zgodnie z art. 26 k.p. *stosunek pracy nawiązuje się w terminie określonym w umowie jako dzień rozpoczęcia pracy, a jeżeli terminu tego nie określono - w dniu zawarcia umowy. Z tą chwilą strony powinny przystąpić do realizowania tego stosunku*⁷⁰⁵. Co do zasady bowiem odróżnić należy fazę zawierania umowy o pracę, od następującej po niej fazy wykonywania stosunku pracy⁷⁰⁶. W istocie więc zachowania- zgodne lub niezgodne – z treścią stosunku prawnego (obowiązkami i uprawnieniami) materializują się dopiero w fazie wykonywania zobowiązań⁷⁰⁷. W przypadku umowy o pracę zawieranej w formie dorozumianej fazy zawierania umowy o pracę i jej wykonywania rozpoczynają się natomiast w tym samym momencie.*

Druga grupa wątpliwości dotyczy treści oświadczeń woli wyrażanej przez strony. Zgodnie z art. 11 k.p. *nawiązanie stosunku pracy oraz ustalenie warunków pracy i płacy, bez względu na podstawę prawną tego stosunku, wymaga zgodnego oświadczenia woli pracodawcy i pracownika. Dotyczy to także nawiązania stosunku pracy w wyniku zawarcia umowy o pracę w sposób dorozumiany*⁷⁰⁸. Wątpliwości odnoszą się zatem zarówno do rzeczywistej woli zawarcia umowy przez strony, jak i do ustalenia przez nie warunków pracy i płacy.

Odnosząc się do pierwszej grupy wątpliwości, w doktrynie prawa pracy wskazuje się, iż autonomia woli w umownych stosunkach pracy składa się z wielu aspektów, w szczególności wyboru podmiotu, z którym chce się nawiązać umowę⁷⁰⁹. Niejasność pojawia się w odniesieniu do woli pracownika, który zawarł przecież uprzednio umowę o pracę z innym podmiotem. W odniesieniu do jego sytuacji,

⁷⁰³ K. W. Baran [w:] *System Prawa Pracy*, red. K. W. Baran. *Tom II. Indywidualne Prawo Pracy*, red. G. Goździewicz, Warszawa 2017, s. 216.

⁷⁰⁴ M. Gersdorf-Giaro, *Zawarcie umowy o pracę*, Warszawa 1985, s. 181-182.

⁷⁰⁵ W. Szubert, *Zarys prawa pracy*, Warszawa 1980, s. 113.

⁷⁰⁶ Zob. Z. Kubot, *Pozycja prawna stron w umownym stosunku pracy*, Wrocław 1978, s. 34-36; B. Wagner, *Stosunek pracy i jego treść* [w:] *Prawo pracy RP w obliczu przemian*, red. M. Matey-Tyrowicz, T. Zieliński, Warszawa 2006, s. 145.

⁷⁰⁷ B. Wagner, *Stosunek pracy i jego treść* [w:] *Prawo pracy RP w obliczu przemian*, red. M. Matey-Tyrowicz, T. Zieliński, Warszawa 2006, s. 145.

⁷⁰⁸ Zob. M. Gersdorf-Giaro, *Zawarcie umowy o pracę*, Warszawa 1985, s. 179-180.

⁷⁰⁹ Zob. W. Sanetra [w:] *System Prawa Pracy*, red. K. W. Baran. *Tom II. Indywidualne Prawo Pracy*, red. G. Goździewicz, Warszawa 2017, s. 37.

dostrzeżenia wymaga ochronny sens działania normy zawartej w art. 22 § 1^{k.p.} Pracownik może bowiem mieć rzeczywistą wolę pozostawania w bezpośrednim zatrudnieniu z podmiotem, na rzecz którego faktycznie wykonuje pracę w sposób charakterystyczny dla zatrudnienia pracowniczego, ale ze względu na słabszą pozycję negocjacyjną zgadza się na wykonywanie tej pracy w ramach zatrudnienia formalnie łączącego go z innym podmiotem. Trudniej dopatrzeć się woli zawarcia umowy o pracę po stronie usługobiorcy, zwłaszcza w świetle uprzedniego złożenia przez ten podmiot wyraźnego oświadczenia o woli zawarcia umowy outsourcingu usług. W świetle prawa cywilnego oświadczenie to należy interpretować w chwili jego wyrażenia⁷¹⁰, zatem cywilnoprawna umowa outsourcingu usług zawierana jest jeszcze przed skierowaniem pracownika do faktycznego wykonywania pracy na rzecz usługodawcy. W owej chwili trudno doszukać się po stronie usługobiorcy woli zawarcia umowy o pracę z pracownikiem usługodawcy. Gdyby ją miał, nie zawarłby bowiem umowy outsourcingu usług, lecz umowę o pracę.

Po pierwsze, dostrzec należy iż mamy do czynienia z pracą wykonywaną w reżimie prawa pracy. Jak słusznie twierdzi Sąd Najwyższy, *treść art. 22 § 1 i § 1^{k.p.} nie ma na celu przełamania zasady pacta sunt servanda, a jedynie stanowi ochronę osoby, która, świadcząc pracę faktycznie w warunkach umowy o pracę, została pozbawiona pracowniczego statusu przez pracodawcę wskutek nadużycia przez niego swojej ekonomiczno-organizacyjnej przewagi. W rezultacie należy przyjąć, że art. 22 § 1(1) k.p. koresponduje z art. 353(1) k.c.*⁷¹¹. Strony same wybierają rodzaj umowy, decydując się jednocześnie na odmienny reżim prawny będący konsekwencją takiego wyboru, warunkiem jest jednak przestrzeganie autonomicznych wzorców normatywnych (pracowniczego albo cywilnoprawnego)⁷¹². Zbieżne poglądy wyrażane są także na gruncie art. 11 k.p. W doktrynie podkreśla się, że swoboda stron obejmuje nawiązanie bądź nienawiązanie stosunku pracy przez podmioty do tego uprawnione⁷¹³, a także wybór podstawy zatrudnienia⁷¹⁴. Nie oznacza to jednak dowolności⁷¹⁵. Jak stwierdził SN w wyroku z 2 grudnia 1975 r. *zakwalifikowaniu umowy o świadczenia usług, jako umowy o pracę, nie stoi na przeszkodzie ani nazwa umowy określająca ją jako umowę*

⁷¹⁰ Zob. P. Nazaruk [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany*, red. J. Ciszewski, LEX 2023, art. 65.

⁷¹¹ Wyrok SN z 23.06.2021 r., I PSKP 18/21, LEX nr 3223823.

⁷¹² Postanowienie SN z 18.11.2020 r., III PK 173/19, LEX nr 3080581.

⁷¹³ Zob. L. Kaczyński, *Zasada swobody umów w prawie pracy po nowelizacji kodeksu pracy*, PiP 1997/3, s. 8.

⁷¹⁴ Z. Góral [w:] *System prawa pracy. Tom I. Cześć ogólna*, red. K. W. Baran, s. 1052.

⁷¹⁵ *Ibidem*.

cywilno-prawną (np. umowę płacenia), ani też postanowienia umowy, wskazujące na charakter stosunku cywilno-prawnego, lecz jedynie o takim zakwalifikowaniu decyduje sposób wykonywania umowy, a w szczególności realizowanie przez strony - nawet wbrew postanowieniom zawartej umowy - tych cech, które charakteryzują umowę o pracę i odróżniają tę umowę od innych umów o świadczenie usług⁷¹⁶.

Aspekt temporalny i w tym wypadku nastrocza trudności. Jego wagę podkreśla W. Szubert, uznając, iż ustalenie momentu, w którym umowa nabiera mocy obowiązującej, a tym samym stosunek pracy zostaje nawiązany, ma bardzo istotne znaczenie; od daty tej powstają bowiem wzajemne obowiązki stron oraz zaczyna się narastanie uprawnień pracowniczych uzależnionych od okresu zatrudnienia⁷¹⁷. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą SN rzeczywista wola stron ujawnia się dopiero w toku wykonywania pracy przez pracownika i korzystania z niej przez usługobiorcę, a nie w chwili zawierania umowy⁷¹⁸. Ma to jednak uzasadnienie. Jak już podnoszono, do kwalifikacji umowy jako umowy o pracę używa się metody typologicznej⁷¹⁹. Jak trafnie zauważa B. Wagner, dlatego przepisy prawa pracy nie wyznaczają, inaczej niż przepisy prawa cywilnego w odniesieniu do nazwanych umów cywilnoprawnych, jej elementów definiujących (przedmiotowo istotnych)⁷²⁰. Metoda typologiczna oparta jest w dużym stopniu na intensyfikacji cech charakterystycznych dla danego typu umowy i ocenie ich występowania bardziej w toku realizacji zobowiązania, niż przy jego powstaniu⁷²¹. W istocie zatem to czy daną relację faktyczną można zakwalifikować jako stosunek pracy zbadać można dopiero *ex post*.

⁷¹⁶ Wyrok SN z 2.12.1975 r., I PRN 42/75, LEX nr 14292.

⁷¹⁷ W. Szubert, *Zarys prawa pracy*, Warszawa 1980, s. 113.

⁷¹⁸ Zob. wyrok SN z 23.09.2020 r., II UK 374/18, LEX nr 3054509; wyrok SN z 17.05.2016 r., I PK 139/15, LEX nr 2057610; wyrok SN z 7.10.2009 r., III PK 38/09, LEX nr 560867; postanowienie SN z 23.02.2022 r., III PSK 199/21, LEX nr 3403015; postanowienie SN z 20.05.2020 r., III UK 197/19, LEX nr 3161436; postanowienie SN z 18.11.2020 r., III PK 173/19, LEX nr 3080581; w doktrynie zob. R. Sadlik, *Zawarcie umowy o pracę w sposób dorozumiany*, MOPR 2011/9, Legalis.

⁷¹⁹ B. Wagner, *O swobodzie umowy o pracę raz jeszcze* [w:] *Prawo pracy a wyzwania XXI wieku. Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego*, red. M. Matey-Tyrowicz, L. Nawacki, B. Wagner, Warszawa 2002, s. 368.

⁷²⁰ B. Wagner, *O swobodzie umowy o pracę raz jeszcze* [w:] *Prawo pracy a wyzwania XXI wieku. Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego*, red. M. Matey-Tyrowicz, L. Nawacki, B. Wagner, Warszawa 2002, s. 368; zob. także H. Lewandowski, *Nawiązanie i zmiana stosunku pracy (zarys problematyki)* [w:] *Prawo pracy RP w obliczu przemian*, red. M. Matey-Tyrowicz, T. Zieliński, Warszawa 2006, s. 130; zob. także A. Kijowski, *Zakres swobody pracodawcy w korzystaniu z zatrudnienia cywilnoprawnego* [w:] *Prawo pracy a wyzwania XXI wieku. Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego*, red. M. Matey-Tyrowicz, L. Nawacki, B. Wagner, Warszawa 2002, s. 223.

⁷²¹ H. Lewandowski, *Nawiązanie i zmiana stosunku pracy (zarys problematyki)* [w:] *Prawo pracy RP w obliczu przemian*, red. M. Matey-Tyrowicz, T. Zieliński, Warszawa 2006, s. 130.

Moim zdaniem rozróżnić trzeba dwie sytuacje. W pierwszej z nich usługobiorca już w momencie zawierania umowy wie, że chce korzystać z pracy pracownika w sposób charakterystyczny dla prawa pracy. Trójpodmiotowa współpraca w ramach outsourcingu usług ukrywa wówczas rzeczywistą umowę o pracę łączącą pracownika bezpośrednio z usługobiorcą. Największych trudności w tym zakresie dostarcza outsourcing pracowniczy, nierzadko ukrywany pod pozorem outsourcingu usług innego rodzaju. Opisał je W. Sanetra stając na stanowisku, iż *zbyt liberalne uregulowanie relacji wynikających z oddelegowania pracowników może prowadzić do tego, że ich pracodawca w gruncie rzeczy nie jest wcale pracodawcą, a jedynie pośrednikiem, który rozwiązuje problem zatrudnienia (siły roboczej) innego (rzeczywistego, choć nieformalnego) pracodawcy, do którego pracownik zostaje oddelegowany, czy też któremu pracownik zostaje „wypożyczony”, czy „podnajęty”*⁷²².

W drugiej sytuacji, usługobiorca ma rzeczywistą wolę korzystania z pracy pracownika w ramach outsourcingu usług, lecz w toku współpracy więź pomiędzy podmiotami zaczyna cechować coraz silniejsze natężenie cech stosunku pracy, doprowadzając, w pewnym momencie, do zawarcia umowy o pracę w sposób dorozumiany. Należy tu *per analogiam* zastosować pogląd przyjęty w odniesieniu do możliwości przekształcenia stosunku cywilnoprawnego w stosunek pracy. W tej sytuacji dopuszcza się bowiem możliwość zmiany charakteru stosunku prawnego *per facta concludentia*, pod wpływem sposobu wykonywania pracy, zawarcia umowy o pracę w trakcie wykonywania zadań⁷²³. Wówczas umowa o pracę pomiędzy usługobiorcą a pracownikiem zostanie zawarta w sposób dorozumiany dopiero w dniu, w którym pracownik zostanie dopuszczony do pracy wykonywanej w reżimie prawa pracy. Do momentu przekroczenia trudno uchwytnej granicy pomiędzy reżimami, wynikającej z nasilenia cech stosunku pracy w faktycznej relacji z usługobiorcą, pozostanie on pracownikiem usługodawcy.

Kolejna kategoria niejasności dotyczy aspektu ustalenia przez strony w sposób dorozumiany warunków pracy i płacy. W przypadku realizacji przez pracownika na rzecz usługobiorcy zadań w ramach outsourcingu usług, rodzaj pracy może zostać ustalony bezpośrednio pomiędzy nim a usługobiorcą. Trudno jednak wyobrazić sobie

⁷²² W. Sanetra, *Uwagi w kwestii zakresu podmiotowego kodeksu pracy* [w:] *Prawo pracy a wyzwania XXI wieku. Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego*, red. M. Matey-Tyrowicz, L. Nawacki, B. Wagner, Warszawa 2002, s. 314.

⁷²³ M. Gersdorf, *Prawo zatrudnienia*, Warszawa 2013, s. 56.

sytuację, w której podmioty te ustalają między sobą wysokość wynagrodzenia. Kwotę wynagrodzenia za usługi świadczone w ramach outsourcingu usługobiorca ustala z usługodawcą. Ten podmiot wypłaca pracownikowi wynagrodzenie za pracę wykonywaną faktycznie na rzecz usługobiorcy. Biorąc pod uwagę normy dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa, usługobiorca nie powinien nawet posiadać wiedzy na temat wysokości wynagrodzenia pracownika usługodawcy.

Okazuje się jednak, że ustalenie samego rodzaju pracy, bez ustalenia warunków płacy nie stoi na przeszkodzie dla stwierdzenia, że strony zawarły umowę o pracę w sposób dorozumiany. Jak wskazuje się w doktrynie, wymogiem dla tego sposobu nawiązania umowy o pracę jest określenie rodzaju pracy, który stanowi minimalną, niezbędną treść umowy i musi być oznaczony przez strony niezależnie od formy, w jakiej umowa jest zawierana⁷²⁴. Nieustalenie przez strony w umowie o pracę wysokości wynagrodzenia nie pociąga natomiast za sobą ujemnych skutków dla bytu umowy⁷²⁵.

Ani przepisy definiujące formę zawarcia umowy o pracę, ani normy dotyczące treści oświadczeń woli stron nie stoją zatem na przeszkodzie dla przyjęcia, iż w toku outsourcingu usług może dojść do zawarcia dorozumianej umowy o pracę pomiędzy pracownikiem a usługobiorcą. Na zakończenie wątku podejmowanego w niniejszej części, zwrócić należy uwagę na pewną niedoskonałość przyjętej powyżej interpretacji. O ile bowiem zgadzam się z poglądem, zgodnie z którym pracowników wykonujących pracę w sposób charakterystyczny dla modelu ochrony przyjętego w prawie pracy należy chronić, to ochrona opisana w art. 22 § 1¹ k.p. działa na zasadzie przymusu a nie autonomii woli stron. Przypisanie statusu pracodawcy rzeczywistego usługobiorcy, potrzebne jako narzędzie ochrony pracowników, nie wpisuje się zbyt dobrze w teorię umowy przyjmowaną za dogmat prawa pracy. Nie można więc odmówić pewnej dozy słuszności pogładowi M. Głądoch, która roli art. 22 i art. 22 § 1¹ k.p. upatruje w zmuszaniu przedsiębiorców do zatrudnienia pracowniczego, także *post factum*, czyli po zawarciu umowy⁷²⁶.

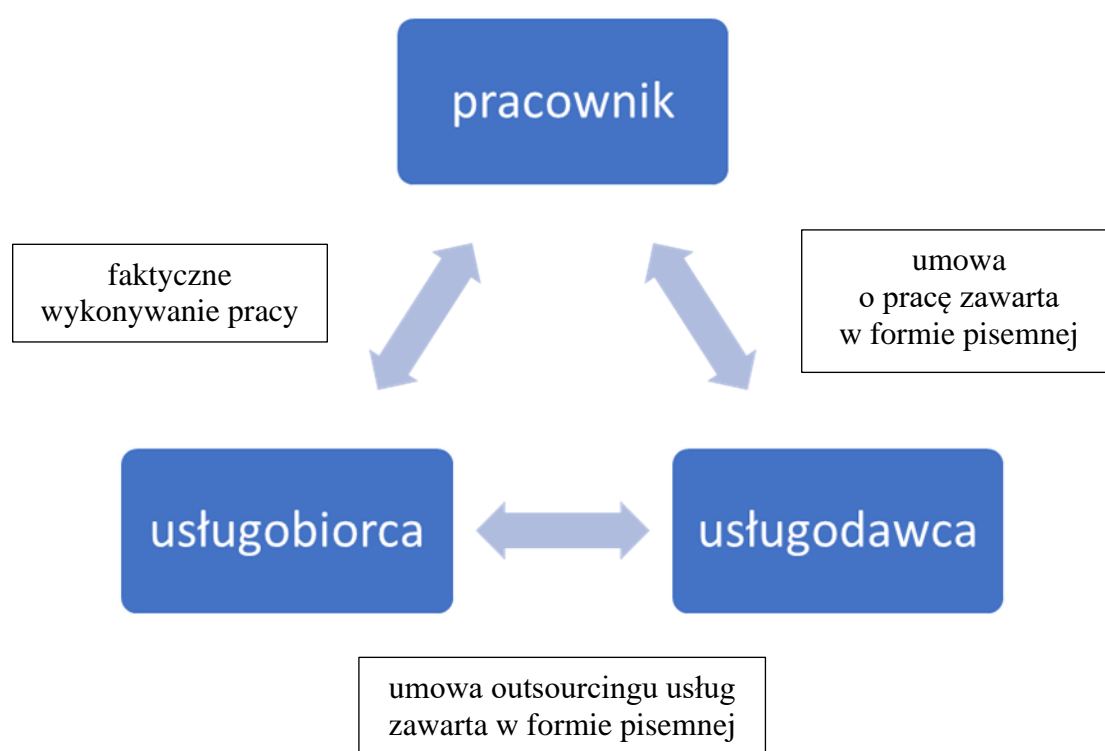
Zgodnie z dominującym poglądem nic nie stoi na przeszkodzie, aby pracownik i usługobiorca zawarli umowę o pracę w formie dorozumianej. Przejść zatem należy do

⁷²⁴ Zob. M. Gersdorf-Giaro, *Zawarcie umowy o pracę*, Warszawa 1985, s. 180 - 181.

⁷²⁵ Zob. Z. Salwa, *Rola umowy o pracę w kształtowaniu stosunku pracy*, PiP 1977/11, s. 31.

⁷²⁶ Zob. M. Głądoch, *Prawo wyboru podstawy zatrudnienia w kontekście zasady swobody prowadzenia działalności gospodarczej*, PiZS 2018/5, s. 3.

przedstawienia mechanizmu badania czy danego usługobiorcę należy uznać za pracodawcę rzeczywistego. Jego skonstruowanie wymaga nałożenia na siebie perspektywy prawa pracy oraz prawa cywilnego. W istocie bowiem problem sprowadza się do identyfikacji przypadków, w których pracę faktycznie wykonywaną przez pracownika na rzecz usługobiorcy należy na płaszczyźnie normatywnej uznać nie za usługę świadczoną przez pracownika w imieniu usługodawcy, lecz za pracę w rozumieniu art. 22 k.p., świadczoną przez pracownika w imieniu własnym. Sytuacje te różnią się podstawą prawną świadczenia. Połączenie perspektyw prawa cywilnego i prawa pracy ilustruje przedstawiana już powyżej grafika:



Źródło: opracowanie własne

Współpraca w ramach outsourcingu usług przybiera postać trójkąta. Dwa boki konstytuują umowy oparte na oświadczeniach woli wyrażonych w formie pisemnej: umowa o świadczenie usług pomiędzy usługobiorcą i usługodawcą oraz umowa o pracę pomiędzy usługodawcą a pracownikiem. Relacja o charakterze faktycznym, w której badać należy natężenie cech stosunku pracy, tworzy natomiast trzeci bok. W zależności od wyniku badania, może potwierdzić ono, że pracodawcą jest usługodawca, albo doprowadzić do stwierdzenia, że wbrew treści oświadczeń woli wyrażonych w formie pisemnej, pracodawcą rzeczywistym okaże się usługobiorca.

Pojawia się pytanie o to, jak silne natężenie cech stosunku pracy musi występować w relacji usługobiorca-pracownik, aby podmiot ten uznać za rzeczywistego pracodawcę. Pamiętać bowiem należy, że outsourcing w skrajnej formie doprowadza do podziału cech pracodawcy pomiędzy dwa podmioty. W konsekwencji, poszczególne cechy stosunku pracy mogą z różnym nasileniem występować w faktycznej relacji pracownika z usługodawcą oraz w relacji z usługobiorcą. Ustalenie statusu pracodawcy w outsourcingu usług powinno zatem przebiegać poprzez porównanie natężenia cech stosunku pracy w relacji pracownik – usługodawca z natężeniem owych cech w relacji pracownik – usługobiorca. W konsekwencji, **by *de lege lata* uznać, że pracodawcą rzeczywistym jest usługobiorca, nasilenie cech stosunku pracy w faktycznej relacji istniejącej pomiędzy pracownikiem a tym podmiotem musi być silniejsze niż w faktycznej relacji pomiędzy pracownikiem a usługodawcą.** Jeżeli natężenie cech okaże się zbliżone, zadecydować powinna wola stron wyrażona w umowach zawartych w formie pisemnej, co doprowadzi do potwierdzenia, iż pracodawcą jest usługodawca. Rozważania na temat natężenia poszczególnych cech stosunku pracy w relacji faktycznej pomiędzy pracownikiem a usługobiorcą rozwinięte zostaną w rozdziale IV.

3. Ustalenie istnienia stosunku pracy pomiędzy pracownikiem a pracodawcą rzeczywistym jako mechanizm urzeczywistnienia ochrony prawnopracowniczej

Jak wskazuje się w doktrynie, cechą charakterystyczną gałęzi prawa pracy jest szczególnie bogaty katalog instrumentów służących do wymuszania realizacji obowiązków stron stosunków pracy, obejmujący w szczególności sankcje trybu cywilnoprawnego wyrażające się w możliwości dochodzenia roszczeń ze stosunku pracy przed sądem cywilnym (pracy)⁷²⁷. Prawo do sądu, wyrażone w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, obejmuje uznanie prawa pracowników i pracodawców do sądowego nie tylko dochodzenia roszczeń wynikających ze stosunku pracy, ale także do ustalenia jego istnienia⁷²⁸. Jeżeli rzeczywistym pracodawcą pracownika jest podmiot inny niż wynika to ze złożonych w formie pisemnej w danym stanie faktycznym oświadczeń woli,

⁷²⁷ Zob. W. Sanetra [w:] *System Prawa Pracy*, red. K. W. Baran. *Tom II. Indywidualne Prawo Pracy*, red. G. Goździewicz, Warszawa 2017, s. 34.

⁷²⁸ Szerzej M. Seweryński, Problemy rekodyfikacji prawa pracy [w:] *Prawo pracy a wyzwania XXI wieku. Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego*, red. M. Matey-Tyrowicz, L. Nawacki, B. Wagner, Warszawa 2002, s. 333-335.

pracownik może wystąpić do sądu o ustalenie istnienia stosunku pracy na podstawie art. 189 k.p.c.⁷²⁹ lub z dalej idącymi roszczeniami, np. o wypłatę zaległego wynagrodzenia. T. Wyka podkreśla wagę owego przepisu, uznając go za normę istotnie dopełniającą ochronę pracowników, realizującą w ten sposób funkcję ochronną prawa pracy⁷³⁰. Z roszczeniem o ustalenie istnienia stosunku pracy pomiędzy pracownikiem a usługobiorcą wystąpić może również na podstawie art. 63¹ k.p.c. inspektor pracy. Do interesu pracownika w ustaleniu, który z dwóch podmiotów jest jego rzeczywistym pracodawcą odniósł się Sąd Najwyższy w cytowanym już wyroku z dnia 1 lipca 1999 r.⁷³¹ wskazując, że *stosunek pracy niby nadal jest ten sam, ale przecież - również w sensie prawnym - jest to inny stosunek, bo z udziałem innego podmiotu. (...) Należy więc uznać, że pracownik z reguły ma nie tylko faktyczny, ale i prawny interes w ustaleniu, które w istocie sprowadza się do tego, czy miał do niego zastosowanie art. 23¹ § 1 KP, a w konsekwencji, czy jego pracodawcą jest ten czy inny podmiot. Istnienie takiego interesu jest szczególnie wyraźne wtedy, gdy istnieją różnice w sytuacji prawnej dawnego i nowego pracodawcy, bo od tego w sposób pośredni zależy także sytuacja (uprawnienia i obowiązki) danego pracownika. Nie można także pomijać tego, że z reguły pracodawcy różnią się między sobą ich wewnętrznymi strukturami (organizacją) oraz obowiązującym u nich prawem wewnątrzzakładowym, które ma istotne znaczenie dla konkretyzacji praw i obowiązków zatrudnianych przez nich pracowników.* Warto zauważyć, iż tak rozumiany interes prawny pracownika w ustaleniu rzeczywistego pracodawcy pojawia się nie tylko w dwuetapowym outsourcingu usług, lecz także w jednoetapowym. Korzystanie z usług outsourcingu dla ukrycia rzeczywistych stosunków pracy łączących usługobiorcę z pracownikami usługodawcy sprawia, że osobom faktycznie wykonującym taką samą pracę na rzecz jednego podmiotu może przysługiwać nierówny stopień ochrony prawnej. Usługobiorca nie musi bowiem traktować pracowników usługodawcy tak jak pracowników własnych, gdyż zatrudnia ich inny podmiot, posiadający własną osobowość prawną. Pracowników usługobiorcy nie będą obowiązywać np. akty prawa

⁷²⁹ Szerzej R. Sadlik, *Zawarcie umowy...*, Legalis.

⁷³⁰ T. Wyka, *Prawo pracownika do powództwa (roszczenia) o ustalenie stosunku prawnego lub prawa* [w:] *Z zagadnień współczesnego prawa pracy. Księga Jubileuszowa Profesora Henryka Lewandowskiego*, red. Z. Góral, Warszawa 2009, s. 430.

⁷³¹ I PKN 133/99, LEX nr 41583; warto zauważyć, że w wyroku tym nie pada jeszcze spopularyzowane później określenie „outsourcing”, choć dokładnie ta sytuacja jest przedmiotem pogłębionej analizy przeprowadzonej przez SN; zob. także wyrok SN z 10.07.2014 r., II PK 250/13, LEX nr 1500667.

wewnątrzzakładowego przewidujące standardy zatrudnienia korzystniejsze niż określone w przepisach prawa powszechnie obowiązującego.

W doktrynie i judykaturze prawa postępowania cywilnego wskazuje się, że *praktycznie rzecz biorąc, interes prawny występuje wtedy, gdy sam skutek, jaki wywoła uprawomocnienie się wyroku ustalającego, zapewni powodowi ochronę jego prawnie chronionych interesów, czyli definitywnie zakończy spór istniejący lub prewencyjnie zapobiegnie powstaniu takiego sporu w przyszłości, a jednocześnie interes ten nie podlega ochronie w drodze innego środka*⁷³². Wyjątkowo interes prawny zachowany jest w niektórych sytuacjach, gdy ze spornego stosunku wynikają jeszcze dalsze skutki, których dochodzenie powództwem o świadczenie nie jest możliwe bądź nie jest jeszcze aktualne⁷³³. Dotyczy to np. powództwa o ustalenie stosunku pracy, chociaż możliwe jest w momencie wytoczenia takiego powództwa dochodzenie np. wynagrodzenia za pracę⁷³⁴. Wydaje się zatem, iż ta wyjątkowa, z perspektywy prawa postępowania cywilnego, sytuacja, może znaleźć zastosowanie do wielu stanów faktycznych związanych z ustaleniem rzeczywistego pracodawcy w outsourcingu usług. Teoretycznie nie można także wykluczyć sytuacji, w której o ustalenie istnienia stosunku pracy pomiędzy pracownikiem a usługobiorcą (pracodawcą macierzystym) wystąpi podmiot inny niż pracownik. Zgodnie z uchwałą SN z 8 listopada 1956 r. *legitymację do wytoczenia powództwa o ustalenie może mieć także inny podmiot niebędący stroną danego stosunku prawnego, czyli posiada ją także inna osoba zainteresowana*⁷³⁵.

Warto dodać, że pracownik faktycznie świadczący pracę w warunkach wskazanych w art. 22 § 1 k.p. nie zawsze będzie miał interes faktyczny w ustaleniu istnienia stosunku pracy z pracodawcą rzeczywistym. Uprawnienia pracownika wynikające z aktów wewnątrzzakładowych obowiązujących u usługodawcy mogą bowiem być korzystniejsze dla pracownika aniżeli te obowiązujące u usługobiorcy, np. w przypadku wysoko wykwalifikowanych pracowników zatrudnionych by świadczyć usługi w ramach outsourcingu usług opartych na wiedzy.

W praktyce, konieczność ustalenia, który z kontrahentów współpracujących w ramach outsourcingu usług jest rzeczywistym pracodawcą stanowi

⁷³² M. Manowska [w:] A. Adamczuk, P. Pruś, M. Radwan, M. Sieńko, E. Stefańska, M. Manowska, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz aktualizowany. Tom I. Art. 1-477(16)*, LEX/el. 2022, art. 189, oraz powołane tam orzecznictwo.

⁷³³ Ibidem.

⁷³⁴ Ibidem.

⁷³⁵ LEX nr 118633.

także ważny element spraw z zakresu ubezpieczeń społecznych. W judykaturze ukształtował się pogląd, że o kwalifikacji stosunku pracy, który stanowi tytuł ubezpieczenia społecznego, przesądza nie tyle samo formalne zawarcie umowy o pracę, co autentyczne i realne wykonywanie elementów charakterystycznych dla stosunku pracy⁷³⁶. Najwięcej wątpliwości w tym zakresie pojawiło się na gruncie „pozornego outsourcingu pracowniczego”⁷³⁷.

4. Alternatywne możliwości zapewnienia ochrony pracownikom zatrudnionym w ramach outsourcingu usług

Ochrona przyznana pracownikom faktycznie wykonującym pracę w ramach outsourcingu usług w prawie polskim opiera się na zasadzie „wszystko albo nie”. W sytuacjach spornych może bowiem albo dojść do ustalenia istnienia stosunku pracy albo nie. Nie istnieją zatem żadne warianty pośrednie. Jednocześnie stosowanie outsourcingu usług wyraźnie ilustruje w niektórych przypadkach przeciwność norm ochronnych prawa pracy. Zakres podmiotowy ochrony na podstawie fordowskiego modelu zatrudnienia także budzi wątpliwości, w szczególności w odniesieniu do samodzielnych pracowników wykonujących pracę np. w ramach outsourcingu usług opartych na wiedzy.

Potrzeba rozwoju prawa pracy w sposób zgodny z realiami funkcjonowania rynku opartego na zasadach konkurencji zaczyna coraz wyraźniej przebijać się w dyskursie prawnym⁷³⁸. Wśród trzech wyzwań dla rozwoju prawa pracy, jakie zidentyfikowano w Zielonej Księdze z 2006 r., pod tytułem „Modernizacja prawa pracy w celu sprostania wyzwaniom XXI wieku” wskazano: elastyczność, bezpieczeństwo zatrudnienia i segmentację⁷³⁹. Także w polskiej doktrynie wielu

⁷³⁶ K. Żywolewska, Zawarcie umowy cywilnoprawnej zamiast umowy o pracę – wybrane problemy [w:] *Elastyczne formy zatrudnienia i organizacji czasu pracy*, red. naukowa A. Bieliński, A. Giedrewicz-Niewińska, M. Szablowska-Juckiewicz, Warszawa 2015, s. 130-131.

⁷³⁷ Zob. np. postanowienie SN z 30.08.2018 r., I UZ 22/18, LEX nr 2538819.

⁷³⁸ Zob. m.in. Z. Hajn, *Konkurencja między przedsiębiorcami a prawo pracy* [w:] *Prawo pracy między gospodarką a ochroną pracy. Księga jubileuszowa Profesora Ludwika Florka*, red. naukowa M. Latos-Miłkowska, Ł. Pisarczyk, Warszawa 2016, s. 194; A. Sobczyk, *Prawo pracy w świetle Konstytucji RP. Tom I. Teoria publicznego i prywatnego indywidualnego prawa pracy*, Warszawa 2013, s. 24; Ł. Pisarczyk, *Cele prawa pracy a jego funkcje ochronna i organizacyjna*, PiZS 2012/12 s. 6; J. Jończyk, *Najem pracy*, PiZS 2016/12, s. 6.

⁷³⁹ *Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century: Green Paper*, Brussels, 2007/2023(INI), s.10; [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2007/2023\(INI\)](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2007/2023(INI)) (dostęp z dnia 20.04.2023).

przedstawiciele wyraża pogląd, iż przyjęty w prawie pracy model ochrony normatywnej wymaga uaktualnienia, tak aby odpowiadał otaczającej nas rzeczywistości⁷⁴⁰. Odwieczna trudność sprowadza się jednak do wyboru właściwej drogi dla przeprowadzenia owych zmian⁷⁴¹. Przed rozpoczęciem rozważań szczegółowych, warto zatem poświęcić nieco uwagi alternatywnym rozwiązaniom wykraczającym poza przyjęte *de lege lata* regulacje prawne.

4.1. Odpowiedzialność podmiotu korzystającego z usług

Jak zauważa A. O. Aviles, naprawdę charakterystyczną cechą ostatniego ćwierćwiecza XX wieku było przypisywanie w niektórych sprawach, wykraczającej poza ramy umowne, wspólnej odpowiedzialności podmiotów współpracujących, za długi zaciągnięte przez kontrahenta - pracodawcę względem jego własnych pracowników⁷⁴². Intensywny rozwój prawodawstwa w tym zakresie zaobserwować można w odniesieniu do outsourcingu produkcji. Projekt Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie należytej staranności przedsiębiorstw w zakresie zrównoważonego rozwoju oraz zmieniającej dyrektywę (UE) 2019/1937⁷⁴³ przewiduje odpowiedzialność za naruszenia praw człowieka, w tym praw pracowniczych, dokonane przez kontrahenta w tzw. łańcuchach dostaw. Oznacza to, że wzmocnienie ochrony pracowników faktycznie wykonujących pracę w trójpodmiotowych relacjach, w których główny beneficjent rzeczywisty pracy nie jest jednocześnie pracodawcą (m.in. w outsourcingu usług), pozostaje jedynie kwestią czasu. Rozważenia wymaga jedynie zakres obowiązków własnych przypisanych kontrahentom pracodawców oraz

⁷⁴⁰ Zob. m.in. W. Santera, *Przyszłość prawa pracy z perspektywy istniejących dla niego zagrożeń* [w:] *Przyszłość prawa pracy. Liber Amicorum. W pięćdziesięciolecie pracy naukowej Profesora Michała Seweryńskiego*, red. Z. Hajn, D. Skupień, Łódź 2015, s. 69-73; J. Stelina, *Monocentryczne versus policentryczne prawo pracy* [w:] *Przyszłość prawa pracy. Liber Amicorum. W pięćdziesięciolecie pracy naukowej Profesora Michała Seweryńskiego*, red. Z. Hajn, D. Skupień, Łódź 2015, s. 341; G. Goździewicz, *Umowa o pracę a umowa o zatrudnienie (charakterystyka ogólna)* [w:] *Umowa o pracę a umowa o zatrudnienie*, red. G. Goździewicz, Warszawa 2018, s. 17; J. Jończyk, *O społecznej naturze zatrudnienia*, PiZS 2011/6, s. 5-6.

⁷⁴¹ Zob. m.in. K.W. Baran, *O systematyce i delimitacji niepracowniczych stosunków zatrudnienia* [w:] *Z zagadnień prawa pracy i prawa socjalnego...*, s. 28; M. Gersdorf, *Od proletariatu do prekariatu, czyli o kierunku rozwoju prawa pracy* [w:] *Przyszłość prawa pracy...*, s. 293-294.

⁷⁴² A. O. Aviles, *The "externalization" of labour law*, „International Labour Review” 2009/1-2, t. 148, s. 53-54.

⁷⁴³ Źródło: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15024-2022-REV-1/PL/pdf> (dostęp: 22.03.2022 r.).

charakter ich odpowiedzialności. W szczególności zdecydować należy, czy odpowiedzialność powinna mieć charakter solidarny czy też subsydiarny⁷⁴⁴.

Namiastka tego typu regulacji obowiązuje już w polskim porządku prawnym na gruncie ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej⁷⁴⁵. Zgodnie z art. 7 ustawy główny wykonawca oraz każdy podwykonawca, który pośredniczy między głównym wykonawcą a podmiotem powierzającym wykonywanie pracy cudzoziemcowi przebywającemu bez ważnego dokumentu uprawniającego do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, są solidarnie obowiązani m.in. do wypłaty zasądzonego zaległego wynagrodzenia i związanych z nim świadczeń, jeżeli wiedzieli, że podmiot powierzył wykonywanie pracy cudzoziemcowi przebywającemu bez ważnego dokumentu uprawniającego do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, a podmiot ten jest niewypłacalny lub przemawia za tym szczególnie ważny interes cudzoziemca.

W literaturze zagranicznej jeszcze szersze ujęcie opisywanego zagadnienia postuluje E. Albin. Jak już wspomniano powyżej, autorka umiejscawia konsumeryzm jako centralny element wywierający wpływ na stosunki prawnopracownicze⁷⁴⁶. W tym znaczeniu konsumenci obejmują indywidualne osoby fizyczne oraz domowników, jak również korporacje i przedsiębiorców nabywających usługi od pracodawcy⁷⁴⁷. Uważa przy tym, że kluczowe jest wypracowanie zintegrowanego podejścia, w którym konsumpcja staje się głównym wyznacznikiem w myśleniu o stosunkach pracy⁷⁴⁸. Jej zdaniem⁷⁴⁹, koncepcja węzła pracy osobistej uwalnia nas od konieczności poszukiwania w odbiorcach końcowych cech pracodawcy, akceptując zmieniającą się istotę urynkwienia stosunków pracy, co być może uzasadniać konieczność przeniesienia części odpowiedzialności prawnej na konsumentów. Może to doprowadzić do rozwoju prawa konsumenckiego lub gospodarczego w kierunku umiejscowienia odpowiedzialności za warunki pracy zatrudnionych po stronie ich klientów⁷⁵⁰.

Poglądy E. Albin stanowią ciekawą wizję rozwoju prawa polegającą na transformacji istniejącego obecnie prawa konsumenckiego lub gospodarczego tak, by zawierały one

⁷⁴⁴ A.O. Avilés, *The "externalization"...*, s. 53.

⁷⁴⁵ Dz.U.2021.1745 t.j. z dnia 2021.09.27.

⁷⁴⁶ E. Albin, *Labour Law...*, s. 980-981.

⁷⁴⁷ Ibidem.

⁷⁴⁸ Ibidem, s. 963-964.

⁷⁴⁹ Ibidem, s. 982.

⁷⁵⁰ Ibidem.

regulacje chroniące podmioty osobiście świadczące usługi przed zagrożeniami pochodzącymi od odbiorców owych usług. Moim zdaniem, rozwój norm przypisujących obowiązki i odpowiedzialność głównym beneficjentom pracy faktycznie wykonywanej przez pracowników kontrahentów stanowi właściwy kierunek przeciwdziałania negatywnym skutkom społecznym towarzyszącym zjawisku „pęknięcia zakładów pracy”. Rozwiązanie to może zapewnić osobom wykonującym pracę w ramach outsourcingu usług odpowiedni poziom ochrony, jednocześnie nie ograniczając istotnie wolności działalności gospodarczej. Wprowadzenie trzeciego statusu, jaki przypisać można podmiotowi korzystającemu z usług outsourcingu, poza ułokowanymi na przeciwnych końcach skali statusami „usługobiorcy” oraz „pracodawcy” wydaje się rozwiązaniem kompromisowym. Nie przekonuje mnie jedynie definicja konsumenta obejmująca zarówno osobę fizyczną korzystającą z incydentalnej usługi na potrzeby własne, jak i międzynarodową korporację.

4.2. Teoria włączenia

Teorie włączenia to koncepcje zarysowane na przełomie XIX i XX wieku i ukształtowane w okresie międzywojennym w Niemczech, były przeciwieństwem wywodzącej się z kultury rzymskiej teorii zobowiązaniowej (teorii umowy), utożsamiającej stosunek pracy z umową o pracę, której treść zawężono do wymiany wartości majątkowych, świadczenia pracy (siły roboczej) za wynagrodzeniem, bez należytego uwzględnienia faktu, że świadczenie to angażuje osobę pracownika⁷⁵¹. Jak podnosi T. Liszcz, istotą teorii jest twierdzenie, że *stosunek pracy może mieć charakter niezależny od umowy o pracę czyli może powstać i istnieć mimo braku (...) umowy o pracę. (...) Według tej teorii stosunek pracy ma charakter wspólnoty osobowo-prawnej (porównywanej niekiedy nawet do wspólnoty rodzinnej). Źródłem powstania wspólnoty jest faktyczne włączenie pracownika do zakładu pracy (do składu załogi). Sposób tego włączenia jest dla powstania stosunku pracy obojętny*⁷⁵².

Element ten wykorzystano w reżimie nazistowskim do obejmowania pojęciem stosunku pracy zatrudnienia przymusowego, co odcisnęło piętno na teoriach

⁷⁵¹ H. Lewandowski, *Uwagi o roli umowy we współczesnym prawie pracy* [w:] *Prawo pracy a wyzwania XXI wieku. Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego*, red. M. Matey-Tyrowicz, L. Nawacki, B. Wagner, Warszawa 2002, s. 254.

⁷⁵² T. Liszcz, *Prawo pracy...*, s. 114.

włączenia i spowodowało spadek ich popularności po II wojnie światowej⁷⁵³. Zostały one także odrzucone w polskiej doktrynie prawa pracy⁷⁵⁴. Obecnie powrócił do niej A. Sobczyk uznając zakład pracy za wspólnotę prawa publicznego, a zatrudnienie, czyli „przyznanie komuś pracy”, za akt włączenia do wspólnoty⁷⁵⁵. Autor jest zwolennikiem poszukiwania stosunku pracy w oparciu o kryterium włączenia pracownika do struktury organizacyjnej pracodawcy⁷⁵⁶. Jego zdaniem przedmiotem poszukiwań powinno być to, czy człowiek wykonuje pracę w ramach jednostki organizacyjnej, którą założył sam, czy też w ramach innej jednostki organizacyjnej⁷⁵⁷. Jeśli ktoś w związku z wykonywaniem pracy jest związany z daną organizacją, jako podstawowym źródłem utrzymania, to musi „do niej wejść” i podlegać kierownictwu pracodawcy-czy tego chce czy nie chce⁷⁵⁸. Wykonywanie usługi w sytuacji wejścia w ścisłą relację z jednostką organizacyjną usługobiorcy jest niemożliwe⁷⁵⁹. Ścisłe wejście w struktury organizacyjne „zleceniobiorcy” oznacza, że ów „usługodawca⁷⁶⁰” musi zostać uznany za pracownika (bo jest pracownikiem)⁷⁶¹. Zdaniem A. Sobczyka, wraz z podjęciem takiej pracy jego status jest wyłącznie pochodną stanu faktycznego, a nie jego woli⁷⁶².

Gdyby zatem pojęcie „wspólnoty” czy „składu załogi” zastąpić pojęciem „zespołu połączonych wspólną kulturą organizacyjną”, to stworzona w XIX w. teoria naukowa nabrałaby bardzo aktualnego przesłania. W dobie społeczeństwa informacyjnego podziałowi na „wewnątrz” i „zewnątrz” przedsiębiorstwa czy zakładu pracy przypisać należy nowe znaczenie. W rzeczywistości XXI w. kluczowym spoiwem wielu zakładów pracy staje się dostęp do infrastruktury informatycznej (serwery, dyski), czy do *know-how* zgromadzonego w ramach organizacji (zarówno przekazywanego ustnie, jak również utrwalonego na wszelkiego rodzaju nośnikach). Nic nie stoi zatem na przeszkodzie by włączenie do zespołu (wspólnoty) odbywało się np. na podstawie logowania do serwerów pracodawcy. Zdaniem A. Sobczyka, człowiek jest zatrudniony

⁷⁵³ Zob. H. Lewandowski, *Uwagi o roli umowy we współczesnym prawie pracy* [w:] *Prawo pracy a wyzwania XXI wieku. Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego*, red. M. Matey-Tyrowicz, L. Nawacki, B. Wagner, Warszawa 2002, s. 255.

⁷⁵⁴ Zob. W. Szubert, *Zarys prawa...*, s. 113; U. Jackowiak i in., *Komentarz do art. 26 k.p.* [w:] *Kodeks pracy. Komentarz*, red. K.W. Baran, wyd. IV, Warszawa 2004, LEX.

⁷⁵⁵ A. Sobczyk, *Podmiotowość pracy...*, s. 185-186.

⁷⁵⁶ *Ibidem*, s. 75-76.

⁷⁵⁷ *Ibidem*.

⁷⁵⁸ *Ibidem*.

⁷⁵⁹ *Ibidem*.

⁷⁶⁰ w tekście oryginalnym omyłkowo użyto sformułowania „usługobiorca”.

⁷⁶¹ A. Sobczyk, *Podmiotowość pracy...*, s. 75-76.

⁷⁶² *Ibidem*, s. 77.

jako pracownik (...) tylko tam, gdzie praca skutkuje wykonaniem usługi (produktu) dzięki możliwościom, jakie daje jednostka organizacyjna, w której pracuje⁷⁶³. Uważam, że w przypadku pracowników zatrudnionych w ramach outsourcingu usług opartych na wiedzy, znacznie mniej istotne jest to, z kim pracownik ustala kolejność realizacji zadań (najczęściej będzie to robił bezpośrednio z usługobiorcą), lecz gdzie odnajdzie *know-how* konieczne do zapewnienia usługobiorcy satysfakcjonującej jakości usług. Niewykluczone zatem, iż teoria włączenia wkrótce przeżyje swój renesans, pozwalając trafniej niż kryterium „kierownictwa” powiązać pracowników samodzielnych z określonym pracodawcą.

Niewątpliwą zaletą jej zastosowania w odniesieniu do faktycznego świadczenia pracy w ramach outsourcingu usług, stanowi brak konieczności doszukiwania się woli zawarcia umowy o pracę po stronie podmiotu, który decyduje się korzystać z outsourcingu usług właśnie po to, by nie zatrudniać pracownika własnego. Teoria ta kładzie bowiem nacisk na sytuację faktyczną, pozostaje zatem bardziej spójna z zastosowaniem art. 22 §1¹ k.p. w odniesieniu do przedsiębiorców korzystających z outsourcingu usług dla uniknięcia statusu pracodawcy. Równocześnie jednak, stosowanie jej napotyka trudności ze względu na specyfikę pracy wykonywanej w ramach outsourcingu usług. Efektywny outsourcing usług, wymaga bowiem w niektórych przypadkach „włączenia” pracowników usługodawcy we wspólnotę zakładu pracy usługobiorcy. Rozwiązanie to, choć intrygujące naukowo, wydaje się zatem nie rozwiązywać problemu opisywanego w niniejszej rozprawie.

4.3. Status współ-pracodawcy w prawie amerykańskim (*ang. joint employers*)

Warto na zagadnienie ustalenia tożsamości pracodawcy rzeczywistego spojrzeć także z perspektywy kraju, w którym strategię tę stworzono⁷⁶⁴. Funkcjonuje tam pojęcie współ-pracodawcy⁷⁶⁵ (*ang. joint employer*), które budzi istotne kontrowersje i od kilku

⁷⁶³ A. Sobczyk, *Podmiotowość pracy...*, s. 49.

⁷⁶⁴ Na temat początków rozwoju strategii outsourcingu zob. D. Diukariiev, *Outsourcing: history of development and practical application* [w:] *Management of the 21st century: globalization challenges*, Praga 2019, s. 97-98, <http://dSPACE.puet.edu.ua/bitstream/123456789/8662/1/monog2019summercompressed-1-198%20%281%29.pdf#page=97> (dostęp: 22.03.2023 r.).

⁷⁶⁵ Posługuję się pojęciem „współ-pracodawcy” w oparciu o tłumaczenie dokonane przez K. Piwowarską, *Joint employer (współ-pracodawca) – nowe regulacje w USA*, 2020, Legalis, a także T. Bakalarz, *Odpowiedzialność organizatora sieci franczyzowej wobec pracowników zatrudnionych przez uczestnika sieci*, *Przegląd Prawa i Administracji*. Tom CXIII, red. A. Górnicz-Mulcahy, Wrocław 2018, s. 12-14; P.

lat jest przedmiotem debaty o silnym zabarwieniu politycznym⁷⁶⁶. Termin nie posiada jednolitej definicji. Definicje przyjęte w poszczególnych aktach prawnych różnią się od siebie, a kolejne wyroki sądowe, zapadające na kanwie spraw sądowych dostarczają coraz to nowych kryteriów⁷⁶⁷ charakteryzujących współ-pracodawcę. Z tego względu, zaprezentowane w niniejszym fragmencie wywody mają charakter fragmentaryczny i koncentrują się jedynie wokół głównego wątku prowadzonego dyskursu.

Zasadnicza debata sprowadza się do standardów przewidzianych w dwóch aktach prawnych: ustawie o krajowych stosunkach pracowniczych z 1935 r. (ang. *National Labor Relations Act of 1935*⁷⁶⁸) oraz ustawie o uczciwych standardach pracy z 1938 r. (ang. *Fair Labour Standards Act of 1938*⁷⁶⁹). Nadzór nad przestrzeganiem NLRA sprawuje Krajowa Rada Stosunków Pracowniczych (ang. *National Labor Relations Board*). Na gruncie NLRA, termin „pracodawca” oznacza każdą osobę działającą bezpośrednio lub pośrednio jako przedstawiciel pracodawcy⁷⁷⁰. Uznanie za współ-pracodawcę początkowo opierało się na wypracowanych w prawie precedensowym zasadach przedstawicielstwa, tj. na teście dotyczącym szeroko rozumianego uprawnienia do kontroli⁷⁷¹. Następnie jednak Krajowa Rada Stosunków Pracowniczych stopniowo zajmowała coraz bardziej restrykcyjne stanowisko, wymagając nie zwykłego uprawnienia do kontroli, lecz sprawowania przez współ-pracodawcę kontroli aktywnej i bezpośredniej nad działaniami pracowników⁷⁷². W „erze Obamy” nastąpił zwrot w kierunku pierwotnego stanowiska dopuszczającego przypisanie statusu współ-pracodawcy także podmiotowi sprawującemu kontrolę pośrednią i bardziej sporadyczną⁷⁷³. Stanowisko to wiązało się z głośnym wyrokiem Sądu Apelacyjnego dla okręgu Columbia z dnia 28 grudnia 2018 r. w sprawie *Browning-Ferris Industries of*

Czarnecki tłumaczy je jako „łącznych pracodawców” – zob. P. Czarnecki, *Odpowiedzialność pracodawcy a rozwój struktur holdingowych*, Warszawa 2014, s. 160.

⁷⁶⁶ Zob. J. M. Hirsch, *Joint Employment in the United States*, „Italian Labour Law e-Journal” 2020/1, t. 13, s. 60, <https://doi.org/10.6092/issn.1561-8048/11204> (dostęp: 22.03.2023 r.).

⁷⁶⁷ Zob. K.L. Griffith, *An empirical study of fast-food franchising contracts: Towards a new intermediary theory of joint employment*, t. 94: 171, Waszyngton 2019, HeinOnline.

⁷⁶⁸ 29 United States Code, §§ 151-169, <https://www.nlrb.gov/guidance/key-reference-materials/national-labor-relations-act>.

⁷⁶⁹ Źródło: <https://www.dol.gov/sites/dolgov/files/WHD/legacy/files/FairLaborStandAct.pdf> (dostęp: 9.03.2023 r.).

⁷⁷⁰ Sec. 2. §152 United States Code.

⁷⁷¹ J.M. Hirsch, *Joint Employment...*, s. 64.

⁷⁷² Ibidem.

⁷⁷³ Ibidem, s. 64-65.

*California, Inc. v. NLRB (BFI)*⁷⁷⁴, w którym przyjęto, że przedsiębiorstwo może być współ- pracodawcą, jeśli posiada "bezpośrednie lub pośrednie" prawo do kontroli nad warunkami zatrudnienia pracowników⁷⁷⁵.

Po przejęciu władzy przez Donalda Trumpa, sytuacja ponownie obróciła się o 180 stopni⁷⁷⁶. Ujęto to w definicji normatywnej współ-pracodawcy, w myśl której *pracodawca, zgodnie z definicją zawartą w sekcji 2(2) NRLA, może być uznany za współ-pracodawcę pracowników innego pracodawcy tylko wtedy, gdy obaj pracodawcy dzielą się uprawnieniami decyzyjnymi lub współdecydują o istotnych warunkach zatrudnienia pracowników. Aby ustalić, że podmiot współdecyduje o istotnych warunkach zatrudnienia pracowników innego pracodawcy, podmiot musi posiadać i sprawować znaczącą i bezpośrednią kontrolę* [wyróżnienie -B.A.]⁷⁷⁷. By uznać, iż kontrola spełnia te przesłanki wymaga się sprawowania jej w sposób regularny lub ciągły, w odniesieniu do istotnego warunku lub warunków zatrudnienia⁷⁷⁸. Badanie stopnia kontroli odbywa się w oparciu o określone w kolejnej części przepisu kryteria takie jak: ustalanie wysokości wynagrodzeń oraz pakietu benefitów pozapłacowych (np. ubezpieczenie medyczne, plany emerytalne), określanie harmonogramów czasu pracy, w tym polecanie pracy w godzinach nadliczbowych, zatrudnianie i zwalnianie pracowników, wymierzanie kar dyscyplinarnych, kierowanie, nadzór i ocenianie pracy pracownika⁷⁷⁹.

⁷⁷⁴ 911 F.3d 1195 (D.C. Cir. 2018), <https://www.leagle.com/decision/infco20181228097> (dostęp: 9.03.2023 r.); zob. S.A. Carvell, D. Sherwyn, *It is time for something new: a 21st century joint-employer doctrine for 21st century franchising*, t. 5, wyd. 1, Waszyngton 2015, s. 23-36, <https://digitalcommons.wcl.american.edu/aubl/vol5/iss1/3/> (dostęp: 9.03.2023 r.); J. van Wagendonk, *Is There an Employer in the House: Evaluating the National Labor Relations Board's Joint-Employer Standard in the Fissured Health Care Workplace*, Boston 2018, s. 1105-1110, HeinOnline; D. Orekondy, *What Makes Parties Joint Employers? An Analysis of the National Labor Relations Board's Redefining „of the Joint Employer” Standard and Its Potential Effect on the Labor Industry*, Miami 2016, s. 129-134, <https://repository.law.miami.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1301&context=umbl> (dostęp: 22.03.2023 r.).

⁷⁷⁵ Źródło: <https://www.leagle.com/decision/infco20181228097> (dostęp: 9.03.2023 r.).

⁷⁷⁶ Zob. J. M. Hirsch, *Joint Employment...*, s. 65.

⁷⁷⁷ 29 Code of Federal Regulations §103.40 lit. a, Joint Employer Status Under the National Labor Relations Act, a Rule by the National Labor Relations Board, 85 FR 11235, <https://www.ecfr.gov/current/title-29/subtitle-B/chapter-I/part-103/subpart-D/section-103.40> (dostęp: 10.03.2023 r.).

⁷⁷⁸ 29 Code of Federal Regulations §103.40 lit. d, Joint Employer Status Under the National Labor Relations Act, a Rule by the National Labor Relations Board, 85 FR 11235, <https://www.ecfr.gov/current/title-29/subtitle-B/chapter-I/part-103/subpart-D/section-103.40> (dostęp: 10.03.2023 r.).

⁷⁷⁹ 29 Code of Federal Regulations §103.40 lit. c pkt 1-8, Joint Employer Status Under the National Labor Relations Act, a Rule by the National Labor Relations Board, 85 FR 11235, <https://www.ecfr.gov/current/title-29/subtitle-B/chapter-I/part-103/subpart-D/section-103.40> (dostęp: 10.03.2023 r.).

Po kolejnej zmianie władzy, zgłoszono projekt nowelizacji przepisów dotyczących współ-pracodawcy⁷⁸⁰. W jego świetle, dzielenie się uprawnieniami decyzyjnymi lub współdecydowanie o sprawach regulujących podstawowe warunki zatrudnienia pracowników oznacza, że pracodawca posiada uprawnienia do kontrolowania (bezpośrednio lub pośrednio) lub korzysta z uprawnień do kontrolowania (bezpośrednio lub pośrednio) jednego lub więcej podstawowych warunków zatrudnienia pracowników⁷⁸¹. Ponadto, otwarty ma zostać, dotychczas zamknięty katalog warunków zatrudnienia⁷⁸².

Podobne turbulencje dotyczą wykładni pojęcia współ-pracodawcy w odniesieniu do ustawy o uczciwych standardach pracy z 1938 r. (ang. *Fair Labor Standards Act*). Zgodnie z § 203 lit. a FLSA pojęcie „pracodawca” obejmuje *każdą osobę działającą bezpośrednio lub pośrednio w interesie pracodawcy w stosunku do pracownika*⁷⁸³. Na gruncie zagadnień wynikających z tej ustawy w orzecznictwie wypracowano test pozwalający określić czy podmiot ma status współ-pracodawcy⁷⁸⁴. Test ten składa się z wielu kryteriów, takich jak to czy domniemany współ-pracodawca:

- (1) miał uprawnienia do nawiązywania i rozwiązywania stosunków pracy;
- (2) nadzorował i kontrolował harmonogramy pracy pracowników lub warunki zatrudnienia;
- (3) określał wysokość wynagrodzenia pracowników i sposób jego płatności;
- (4) prowadził dokumentację pracowniczą;
- (5) czy pomieszczenia i urządzenia należące do rzekomego współ-pracodawcy były wykorzystywane przez pracowników do pracy;

⁷⁸⁰ Zob. Standard for Determining Joint-Employer Status. a Proposed Rule by the National Labor Relations Board on 09/07/2022, 87 FR 54641, <https://www.federalregister.gov/documents/2022/09/07/2022-19181/standard-for-determining-joint-employer-status#footnote-22-p54644> (dostęp: 10.03.2023 r.).

⁷⁸¹ Zob. projektowany art. 103.40 lit. c [w:] Standard for Determining Joint-Employer Status. a Proposed Rule by the National Labor Relations Board on 09/07/2022, 87 FR 54641, <https://www.federalregister.gov/documents/2022/09/07/2022-19181/standard-for-determining-joint-employer-status#footnote-22-p54644> (dostęp: 10.03.2023 r.).

⁷⁸² Zob. projektowany art. 103.40 lit. d [w:] Standard for Determining Joint-Employer Status. a Proposed Rule by the National Labor Relations Board on 09/07/2022, 87 FR 54641, <https://www.federalregister.gov/documents/2022/09/07/2022-19181/standard-for-determining-joint-employer-status#footnote-22-p54644> (dostęp: 10.03.2023 r.).

⁷⁸³ The Fair Labor Standards Act Of 1938, as amended, 29 U.S.C. 201, et seq, <https://www.dol.gov/sites/dolgov/files/WHD/legacy/files/FairLaborStandAct.pdf> (dostęp: 10.03.2023 r.).

⁷⁸⁴ J. M. Hirsch, *Joint Employment...*, s. 66.

- (6) czy główny (lub oficjalny) pracodawca prowadził działalność, która mogła być lub była przenoszona od jednego domniemanego współ-pracodawcy do drugiego;
- (7) zakres, powiązania pracy pracowników z działalnością uboczną lub główną domniemanego współ-pracodawcy
- (8) czy odpowiedzialność wynikająca z umów pomiędzy głównym pracodawcą a domniemanym współ-pracodawcą mogła przejść z jednego podwykonawcy na drugiego bez istotnych zmian;
- (9) stopień, w jakim domniemany współ-pracodawca lub jego przedstawiciele nadzorowali pracę pracowników;
- (10) czy pracownicy pracowali wyłącznie lub w przeważającej mierze dla domniemanego wspólnego pracodawcy⁷⁸⁵.

Pierwsze cztery to tzw. kryteria *Bonnette*⁷⁸⁶. Wprowadzono je mocą nowelizacji do ustawy o uczciwych standardach pracy⁷⁸⁷. Spotkało się to z krytyką, gdyż w istocie spowodowało zawężenie możliwości uznania podmiotu za współ-pracodawcę, co doprowadziło do wykreślenia tych kryteriów z dniem 28 września 2021 r.⁷⁸⁸ Departament Pracy uważa, że uchylenie reguły współ-pracodawcy, przewidującej węższy zakres ochrony, aniżeli standard wynikający z rozstrzygnięć sądowych, przyniesie korzyści pracownikom i wzmocni ich ochronę⁷⁸⁹.

Podsumowując, należy stwierdzić iż zagadnienie wielopodmiotowości po stronie pracodawczej budzi wątpliwości także w kraju, będącym pionierem w stosowaniu strategii outsourcingu⁷⁹⁰. Pomimo wielu zwrotów akcji, dostrzec można obecnie trend do

⁷⁸⁵ Ibidem, s. 66-67.

⁷⁸⁶ *Bonnette v. Dist. of Columbia* Court of Appeals, 796 F. Supp. 2d 164, 43 NDLR P 173 (D.D.C. 2011), <https://casetext.com/case/bonnette-v-district-of-columbia-court-of-appeals?q=Bonnette&sort=relevance&p=1&type=case> (dostęp: 9.03.2023 r.).

⁷⁸⁷ Nowelizacja ze skutkiem na 16.03.2020 r., zob. U.S. Dep't of Labor, Joint Employer Status under the Fair Labor Standards Act, 85 Fed. Reg. 2820, 2828, No. 55, Jan. 16, 2020, <https://www.federalregister.gov/documents/2020/01/16/2019-28343/joint-employer-status-under-the-fair-labor-standards-act> (dostęp: 9.03.2023 r.).

⁷⁸⁸ Zob. Rescission of Joint Employer Status Under the Fair Labor Standards Act Rule, a Rule by the Wage and Hour Division on 07/30/2021, Federal Register. The Daily Journal of the United States Government, <https://www.federalregister.gov/documents/2021/07/30/2021-15316/rescission-of-joint-employer-status-under-the-fair-labor-standards-act-rule#citation-166-p40954> (dostęp: 9.03.2023 r.).

⁷⁸⁹ Zob. Rescission of Joint Employer Status Under the Fair Labor Standards Act Rule, a Rule by the Wage and Hour Division on 07/30/2021, Federal Register. The Daily Journal of the United States Government, <https://www.federalregister.gov/documents/2021/07/30/2021-15316/rescission-of-joint-employer-status-under-the-fair-labor-standards-act-rule#citation-166-p40954> (dostęp: 9.03.2023 r.).

⁷⁹⁰ W odniesieniu do stosowania doktryny joint employer do sieci franczyzowych zob. w języku polskim T. Bakalarz, *Odpowiedzialność organizatora sieci franczyzowej wobec pracowników zatrudnionych przez uczestnika sieci*, Przegląd Prawa i Administracji. Tom CXIII, red. A. Górnicz-Mulcahy, Wrocław 2018, s. 9-22.

poszerzania definicji współ-pracodawcy, a co za tym idzie, rozszerzania zakresu ochrony prawa pracy na kolejne kategorie pracowników faktycznie wykonujących pracę w rozmaitych trójpodmiotowych modelach współpracy gospodarczej, w tym w ramach outsourcingu usług. Warto także dostrzec jak wiele różnych kryteriów, niekiedy dotyczących specyfiki działalności objętej outsourcingiem, stosują sądy determinując status współ-pracodawcy. Wydaje się, iż stworzenie szerokiego katalogu kryteriów branych pod uwagę podczas rozpatrywania spraw dotyczących ustalenia statusu pracodawcy wzmocniłoby pewność prawa po stronie zaangażowanych we współpracę w jego ramach pracodawców i pracowników.

6. Podsumowanie

Outsourcing usług stanowi alternatywę dla zatrudniania pracowników własnych. Istotnym powodem przemawiającym za wyborem tego rodzaju współpracy jest możliwość znaczącego zmniejszenia obowiązków, odpowiedzialności i ryzyka względem ich zakresu wynikającego z posiadania statusu pracodawcy. Co do zasady, przedsiębiorcom przysługuje swoboda wyboru reżimu korzystania z pracy. W przypadku outsourcingu usług zastosowanie znajduje reżim prawa cywilnego - w relacji z usługobiorcą pracownik występuje bowiem jako pomocnik usługodawcy. Swoboda wyboru ma jednak swoje granice. Niedopuszczalne w ramach outsourcingu usług jest korzystanie z pracy pracownika wykonywanej w sposób charakterystyczny dla zatrudnienia pracowniczego. Ograniczenie to uzasadnia potrzeba ochrony osób faktycznie wykonujących pracę. Kształtuje się ono w różny sposób w odniesieniu do poszczególnych grup pracowników. W przypadku pracowników „przejmowanych” w toku transferu zadań lub funkcji, zastosowanie znajduje norma wyrażona w art. 23¹§1 k.p. W orzecznictwie polskim i unijnym, outsourcing usług uznano za jedną z podstaw przejścia zakładu pracy lub jego części. Aby jednak nastąpił skutek transferu, w danym stanie faktycznym spełnione muszą zostać jego przesłanki. Stanowiąc one będą przedmiot szczegółowej analizy w kolejnym rozdziale. W przypadku pracowników-wykonawców pracy granicę swobody korzystania z outsourcingu usług wyznacza art. 22§ 1 w zw. z art. 22 § 1¹k.p. Jeśli w faktycznej relacji pomiędzy

pracownikiem a usługobiorcą wystąpi silne natężenie cech stosunku pracy, dojdzie do zawarcia pomiędzy nimi dorozumianej umowy o pracę.

Dochodzenie ochrony przewidzianej przepisami prawa pracy wiąże się jednak z koniecznością wskazania właściwego podmiotu jako pracodawcy. Jego odnalezienie staje się w dzisiejszym świecie coraz trudniejsze, m.in. wskutek zjawiska nazywanego „pękaniem zakładów pracy”. Polega ono na rezygnacji przez duże przedsiębiorstwa, o ugruntowanej pozycji rynkowej, z zatrudniania znacznej liczby pracowników własnych, na rzecz nawiązania współpracy z kontrahentami, działającymi w warunkach silnej konkurencji. Pozwala to dużym przedsiębiorstwom czerpać istotne korzyści z pracy osób zatrudnianych przez inne podmioty. Dla pracowników oznacza zazwyczaj z gorsze warunki zatrudnienia i niższy stopień jego stabilizacji. Drugim istotnym zjawiskiem rynkowym utrudniającym poszukiwanie pracodawcy jest rosnący wpływ klientów na sposób wykonywania pracy przez pracowników sektora usług. Wynika to z natury usług, którą charakteryzuje przenikanie się faz produkcji oraz konsumpcji. Zatrudniając pracowników do pracy w usługach pracodawcy kładą bowiem obecnie nacisk na ich samodzielność oraz umiejętność elastycznego dopasowania się do potrzeb klienta. Szczególnie silny wpływ klienta na sposób wykonywania pracy przez pracownika kontrahenta dostrzec można w niektórych przypadkach outsourcingu usług. Co do zasady, to usługobiorca jest w tym modelu architektem współpracy i posiada zazwyczaj najsilniejszą pozycję rynkową, co sprawia że jego potrzeby stara się zaspokoić nie tylko usługodawca, ale także jego pracownik.

Także w doktrynie i judykaturze sformułowano kilka koncepcji dotyczących poszukiwania właściwego pracodawcy. Znajdują one zastosowanie w sytuacjach, gdy jako pracodawcę powinno się wskazać podmiot usytuowany wyżej w strukturze aniżeli ten, któremu przypisano ów status, zgodnie z modelem zarządczym. Rozważania prowadzone w niniejszej rozprawie poświęcone są natomiast zagadnieniu identyfikacji pracodawcy w sieci podmiotów powiązanych relacjami kontraktowymi. Z uwagi na ich unikalny charakter zasadne wydaje się stworzenie autorskiej definicji pojęcia pracodawcy rzeczywistego. Uważam, iż jest to podmiot, który w świetle przepisów prawa pracy należy uznać za pracodawcę danego pracownika, pomimo że z treści oświadczeń woli złożonych, w danym stanie faktycznym w formie pisemnej wynika, iż status pracodawcy przypisano innemu podmiotowi. Pod pojęciem pracodawcy rzeczywistego rozumiem także podmiot, który wprawdzie jest pracodawcą zgodnie z treścią oświadczeń woli złożonych w danym stanie faktycznym w formie pisemnej, lecz nabył status

pracodawcy w sposób inny aniżeli wynika to z przepisów prawa pracy tj. w szczególności wstąpił do istniejącego już stosunku pracy w drodze sukcesji generalnej, a nie w drodze zawarcia nowej umowy o pracę.

Doprecyzowania, w odniesieniu do poszczególnych grup pracowników, wymaga także metoda ustalenia pracodawcy rzeczywistego. Aby wskazać ów podmiot w relacji z osobą, która przed rozpoczęciem outsourcingu usług faktycznie wykonywała zadania zlecane na zewnątrz należy:

- 1) ustalić czy praca owej osoby była powiązana z danym zakładem pracy lub jego częścią⁷⁹¹ oraz czy stosunek pracy, którego była stroną, trwał w dacie przejścia⁷⁹²;
- 2) zbadać czy spełnione zostały przesłanki transferu zakładu pracy lub jego części.

W przypadku pracownika-wykonawcy pracy w ramach outsourcingu usług uznanie rzeczywistego pracodawcy wymaga porównania nasilenia cech stosunku pracy w faktycznej relacji istniejącej pomiędzy pracownikiem a usługobiorcą oraz w faktycznej relacji pomiędzy pracownikiem a usługodawcą. Usługobiorcy należy przypisać status pracodawcy rzeczywistego jedynie wówczas, gdy natężenie cech stosunku pracy w jego relacji z pracownikiem jest silniejsze niż w relacji pracownika z usługodawcą.

W celu ustalenia, iż rzeczywistym pracodawcą pracownika jest inny podmiot niż ten, który wskazano w pisemnych oświadczeniach woli wyrażanych w toku outsourcingu usług przez podmioty zaangażowane we współpracę w jego ramach, pracownik może wystąpić do sądu z roszczeniem na podstawie art. 189 k.p.c.⁷⁹³ lub z dalej idącymi roszczeniami. Przyjęty w prawie polskim model ochrony opiera się na zero-jedynkowej metodzie przypisywania statusu pracodawcy. Nie jest to jedyna możliwość zapewnienia pracownikom ochrony przed negatywnymi społecznie skutkami outsourcingu usług. Inną możliwość stanowi przypisanie podmiotowi korzystającemu z usług faktycznie wykonywanych przez pracowników usługodawcy pewnego zakresu obowiązków własnych, a także solidarnej lub subsydiarnej odpowiedzialności za zobowiązania kontrahenta-pracodawcy względem pracowników. Zbliżony efekt wywołuje

⁷⁹¹ Zob. R. Sadlik, *Kiedy następuje przejście...*, Legalis; A. Tomanek, *Przejście przedsiębiorstwa...*, s. 423; A. Tomanek, *Przejście zakładu...*, s. 134-138.

⁷⁹² Zob. Ł. Pisarczyk, *Przejście zakładu pracy...*, s. 157.

⁷⁹³ Szerzej R. Sadlik, *Zawarcie umowy...*, Legalis.

zastosowanie amerykańskiej doktryny współ-pracodawcy, w której badanie czy dany podmiot powinien zostać uznany za współ-pracodawcę opiera się na szczegółowym katalogu kryteriów. Zarysowane rozwiązania pokazują, iż na przedstawiany w kolejnych rozdziałach problem spojrzeć można z różnych perspektyw. Tworzą także bazę dla formułowania w dalszej części wywodu uwag *de lege ferenda*.

Rozdział III

Nabycie statusu pracodawcy rzeczywistego w drodze sukcesji generalnej po stronie pracodawczej w procesie zlecenia na zewnątrz zadań i funkcji

Zagadnienie nabycia statusu pracodawcy rzeczywistego w drodze sukcesji generalnej po stronie pracodawczej budzi wiele kontrowersji. Wyrażają się one w licznych zmianach linii orzeczniczych, a także burzliwych dyskusjach doktrynalnych. Przed przejściem do ich przedstawienia, przypomnienia wymagają jednak ramy konstrukcyjne dla dalszych rozważań zarysowane w rozdziale II. W naukach o zarządzaniu wydaje się panować przekonanie, iż kontrahenci mogą w toku outsourcingu usług swobodnie decydować o „przejęciu” pracowników przez określony podmiot⁷⁹⁴. Rzeczywista swoboda jest jednak ściśle ograniczona mocą normy zawartej w art. 23¹§1 k.p. Cel instytucji przejścia zakładu pracy lub jego części stanowi ochrona praw nabytych przez pracowników u dotychczasowego pracodawcy w sytuacji zmian organizacyjnych lub właścicielskich⁷⁹⁵. Po zmianie podmiotowej po stronie pracodawcy, treść stosunku pracy, co do zasady, nie ulega zmianie⁷⁹⁶. W orzecznictwie⁷⁹⁷, dominuje jednak pogląd, że nie jest to ten sam stosunek pracy, ale taki sam stosunek, łączący pracownika z innym podmiotem.

Polską normę interpretować należy stosując wykładnię prounijną. W dyrektywie 2001/23/WE uregulowano bowiem zarówno przesłanki transferu, jak i jego skutki, znacznie bardziej szczegółowo, aniżeli w prawie polskim. Działanie instytucji prawnej transferu następuje automatycznie - *ex lege*, bez względu na wolę kontrahentów zaangażowanych w proces outsourcingu usług, ani nawet ich świadomość⁷⁹⁸. Ponadto,

⁷⁹⁴ Zob. cytowani już w rozdziale pierwszym: A. Grześ, *Outsourcing w kształtowaniu...*, s. 140; E. Marcinkowska, *Outsourcing w zarządzaniu...*, s. 14; T. Kopczyński, *Outsourcing w zarządzaniu...*, s. 76; C. Perraudin, N. Thèvenot, J. Valentin, *Avoiding the employment...*, s. 537; M. Kłós, *Outsourcing w polskich...*, s. 145.

⁷⁹⁵ J. Żołyński, *Konsekwencje przejścia zakładu pracy w ramach tej samej osoby prawnej w sferze zbiorowego prawa pracy*, MOPR, 2015/4, s. 190; Ł. Pisarczyk [w:] *System Prawa Pracy*, red. K. W. Baran. Tom II. *Indywidualne Prawo Pracy*, red. G. Goździewicz, Warszawa 2017, s. 467-468.

⁷⁹⁶ Zob. uchwała SN z 24.10.1997 r., III ZP 35/97, LEX nr 33084.

⁷⁹⁷ Zob. uchwała SN z 24.10.1997 r., III ZP 35/97, LEX nr 33084; wyrok SN z 1.07.1999 r., I PKN 133/99, LEX nr 41583. .

⁷⁹⁸ Zob. w orzecznictwie m.in. wyrok SN z 29.08.1995 r., I PRN 38/95, LEX nr 23557; w literaturze: R. Sadlik, *Kiedy następuje przejście...*, Legalis, S. Koczur, *Przejęcie pracowników...*, s. 148, W. Cajsels, *Outsourcing usług...*, s. 22.

jak podkreśla się w orzecznictwie unijnym⁷⁹⁹ i krajowym⁸⁰⁰, automatyzmu przejęcia praw i obowiązków zbywający i przejmujący nie mogą wywołać, jak również uchylić, za pomocą umowy. Kwalifikuje się ją zatem jako normę o charakterze ściśle bezwzględnie obowiązującym, która nie może być modyfikowana⁸⁰¹. Porozumienie zawarte pomiędzy kontrahentami stanowi z perspektywy prawa pracy jedynie zdarzenie prawne⁸⁰². Jest zatem jednym z elementów badanych przed sąd przy określaniu czy doszło do transferu zakładu pracy lub jego części, ale samoistnie wywołać go nie może. Zawarcie porozumienia o przejęciu pracowników może, choć nie musi, wywołać skutku w postaci sukcesji generalnej po stronie pracodawczej.

Na etapie przejmowania zadań w ramach outsourcingu usług, problem ustalenia pracodawcy rzeczywistego pojawia się w kilku kategoriach stanów faktycznych:

- a) strony umowy outsourcingu usług zawierają porozumienie o „przejęciu” pracowników, któremu nie towarzyszy transfer zakładu pracy lub jego części;
- b) usługodawca (lub podmiot trzeci) nie wyraża chęci „przejęcia” pracowników, lecz wchodzi w ogół praw i obowiązków wskutek przejęcia zleconych na zewnątrz zadań lub funkcji, któremu towarzyszy transfer zakładu pracy lub jego części;
- c) zakończenie współpracy w ramach outsourcingu powoduje wtórny transfer zakładu pracy lub jego części na usługobiorcę albo podmiot trzeci np. kolejnego usługodawcę, który nie wyraził woli „przejęcia” pracowników.

Powyższy katalog nie wyczerpuje wszystkich sytuacji, w których powstaje wątpliwość czy outsourcing usług spowodował przejście zakładu pracy lub jego części na innego pracodawcę. W istocie zatem dla ustalenia rzeczywistego pracodawcy

⁷⁹⁹ Zob. wyrok TSUE w sprawie d'Urso, C-362/89, s. I-4105; wyrok TSUE; wyrok TSUE w sprawie C-305/94, Claude Rotsart, ECR I-05927, ECLI:EU:C:1996:435.

⁸⁰⁰ Zob. wyrok SN z 19.10.2010 r., I PK 91/10, LEX nr 785346; wyrok SN z 30.09.2011 r., III PK 14/11, LEX nr 1227508; wyrok SN z 2.12.2011 r., III PK 30/11, LEX nr 1163948; wyrok SN z 23.11.2001 r., I PKN 698/00, LEX nr 1169958; zob. także wyroki SN: z 6.01.1995 r., I PRN 116/94, LEX nr 11969, z 16.11.2004 r., I PK 23/04, LEX nr 149878, z 9.03.2010 r., I UK 326/09, LEX nr 585737 z 10.07.2014 r., II PK 250/13, LEX nr 1500667; wyrok SN z 19.10.2010 r., II PK 91/10, LEX nr 1112867; wyrok SN z 10.07.2014 r., II PK 250/13, LEX nr 1500667; wyroki NSA z 9.10.2018 r.: I FSK 1031/18, LEX nr 2580120; I FSK 1201/18, LEX nr 2590204; I FSK 1033/18, LEX nr 2587680.

⁸⁰¹ Wyrok SN 1.07.1999 r., I PKN 133/99; wyrok SN z 19.10.2010 r., II PK 91/10, LEX nr 1112867.

⁸⁰² I UK 28/15, LEX nr 2043737; zob. również postanowienie SN z 30.03.2016 r., I UK 21/16, LEX nr 2320363.

kluczowe znaczenie ma kwestia spełnienia w danym stanie faktycznym przesłanek transferu.

1. Transfer zakładu pracy lub jego części w procesie zlecenia na zewnątrz zadań lub funkcji

Zgodnie z art. 1 lit a dyrektywy znajduje ona zastosowanie, gdy przejęcie następuje w wyniku „prawnego przeniesienia własności lub łączenia”. W normie tej określono zatem podstawę transferu, tj. zakres zdarzeń prawnych, które mogą go wywołać. Jak już wspomniano, zarówno na gruncie orzecznictwa unijnego⁸⁰³, jak i polskiego⁸⁰⁴ rozpoczęcie współpracy w ramach outsourcingu usług, jak również jej zakończenie⁸⁰⁵ uznane zostały za podstawy transferu zakładu pracy lub jego części. Katalog rozszerzono także o tzw. outsourcing drugiej generacji (*second round of contracting out*⁸⁰⁶) związany ze zlecaniem zadań na zewnątrz podwykonawcom, a także ponowne przyjęciu zadań do realizacji w ramach przedsiębiorstwa pracodawcy macierzystego (*insourcing, contracting-in*⁸⁰⁷). Sytuacje te stanowią podstawy przejęcia jednostki gospodarczej także, jeżeli zaangażowane w nie są więcej niż dwa podmioty⁸⁰⁸.

Aby jednak przejęcie zadań przez podmiot zewnętrzny wywołało skutek w postaci zmiany podmiotowej po stronie pracodawczej, spełnione zostać muszą także dwie przesłanki transferu ujęte w art. 1 ust. 1 lit. b:

⁸⁰³ Wyrok TSUE (trzecia izba) z 12.11.1992 r., Anne Watson Rask i Kirsten Christensen przeciwko Iss Kantineservice A/S, sprawa C-209/91, ECLI:EU:C:1992:436; Wyrok TSUE z 14.04.1994 r., Christel Schmidt przeciwko Spar, C-392/92, EU:C:1994:134.

⁸⁰⁴ I PK 210/09, nr LEX nr 987058 (z glosą M. Kurzynogi), MOPR nr 6/2011, s. 328-333.

⁸⁰⁵ Zob. Wyrok TSUE z 10.12.1998 r. w sprawach połączonych Francisco Hernández Vidal SA przeciwko Prudencia Gómez Pérez, María Gómez Pérez i Contratas y Limpiezas SL, Friedrich Santner przeciwko Hoechst AG i Mercedes Gómez Montaña przeciwko Claro Sol SA i Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (Renfe), C-127/96, C-229/96 oraz C-74/97, EU:C:1998:594; Wyrok TSUE z z 20.01.2011 r. w sprawie CLECE SA przeciwko María Socorro Martín Valor i Ayuntamiento de Cobisa, C-463/09, EU:C:2011:24; Wyrok TSUE z 24.01.2002 r., Temco Service Industries SA przeciwko Samir Imzilyen i innym, C-51/00, EU:C:2002:48; Wyrok SN z 15.09.2006 r., I PK 75/06, LEX nr 218687.

⁸⁰⁶ Zob. Ł. Pisarczyk, *Przejęcie zakładu pracy...*, s. 34-35, 87 oraz powołana tam literatura; H. Collins, *Employment Law*, Second Edition, Oxford 2010, EBSCOhost, search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=e000xww&AN=694174&lang=pl&site=eds-live (dostęp: 22.02.2023 r.).

⁸⁰⁷ Zob. Ł. Pisarczyk, *Przejęcie zakładu pracy...*, s. 34-35 oraz powołana tam literatura.

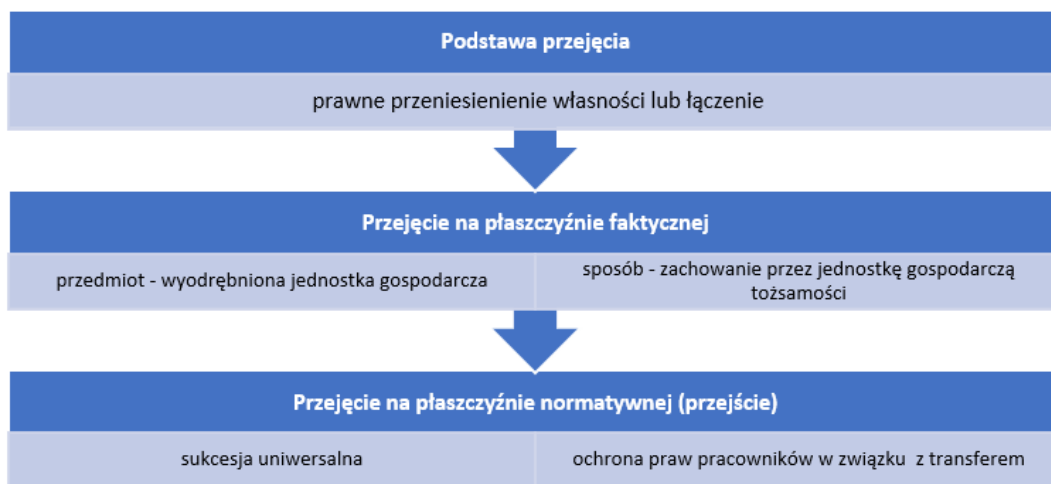
⁸⁰⁸ Zob. wyrok TSUE z 26.11.2015 r., Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) przeciwko Luisowi Airze Pascualowi, Algeposa Terminales Ferroviarios SL, Fondo de Garantía Salarial, C-509/14, EU:C:2015:781.

wyrok SN z 18.09.2008 r., II PK 18/08, LEX nr 558196; wyrok SN z 11.04.2012 r., I PK 155/11, LEX nr 1289157; wyrok SN z 13.03.2014 r., I BP 8/13, LEX nr 1511807.

1) przejęciu podlegać musi jednostka gospodarcza, *oznaczającą zorganizowane połączenie zasobów, którego celem jest prowadzenie działalności gospodarczej, bez względu na to, czy jest to działalność podstawowa czy pomocnicza;*

2) jednostka ta zachowuje w toku przejęcia swoją tożsamość.

Główny skutek instytucji przejścia zakładu pracy lub jego części to sukcesja generalna w stosunkach pracy (art. 23¹ § 1 k.p. oraz art. 3 ust. 1 dyrektywy), a także objęcie pracowników zaangażowanych w transfer szczególnym standardem ochronnym wykraczającym poza granicę ochrony wywołanej sukcesją⁸⁰⁹. Istotę konstrukcji normatywnej transferu zakładu pracy lub jego części ilustruje poniższa grafika:



Źródło: opracowanie własne

Kryteria warunkujące transfer części zakładu pracy podzielić można na dwie grupy. Pierwsza z nich dotyczy kryteriów służących wyodrębnieniu jednostki gospodarczej (zakładu pracy lub jego części), która ma zostać przejęta. Druga, zachowania tożsamości jednostki w toku oraz po dokonaniu przejęcia. Przyglądając się owym kryteriom w aspekcie temporalnym należy dostrzec, że kwestia wyodrębnienia jednostki gospodarczej pojawia się już na etapie przygotowań do outsourcingu i zależna jest od decyzji podejmowanych przez przyszłego usługobiorcę (zbywającego). Zagadnienie zachowania tożsamości jednostki w toku przejęcia wiąże się ze wspólnymi ustaleniami zbywcy i przejmującego dotyczącymi zasobów podlegających przejęciu. Zachowanie tożsamości jednostki po przejęciu leży natomiast wyłącznie w gestii przejmującego.

⁸⁰⁹ Zob. I. Twardowska-Mędrak, *Przejście zakładu pracy...*, s. 48-49; Ł. Pisarczyk, *Przejście zakładu pracy...*, s. 60, 199; A.M. Świątkowski, *Restrukturyzacja zakładu pracy...*, s. 136-139; I. Twardowska-Mędrak, *Najnowsze orzecznictwo ETS...*, s. 45-46.

O tym, czy w danym procesie zaistniał transfer decyduje zatem szeroka gama okoliczności i ani pracodawca macierzysty, ani usługodawca nie mają nad ich przebiegiem pełnej kontroli.

1.1. Istnienie wyodrębnionej jednostki gospodarczej – zakładu pracy lub jego części

Specyfika instytucji transferu zakładu pracy lub jego części oznacza, iż przejściu nie podlegają pracownicy, ale wyodrębniona jednostka gospodarcza, do której są oni przypisani wraz z określonymi zasobami majątkowymi⁸¹⁰. Pojęcie jednostki gospodarczej odnosi się zarówno do części jak i do całości zakładu pracy. Przedmiotem transferu w przypadku outsourcingu usług, co do zasady będzie jedynie część zakładu pracy⁸¹¹. Outsourcing usług ze swojej istoty dotyczy przekazania wyodrębnionych, a nie wszystkich, zadań bądź funkcji. W szczególnych sytuacjach nie można jednak wykluczyć transferu całości zakładu pracy, np. w przypadku outsourcingu zadań lub funkcji, które stanowią wyłączny przedmiot działalności wyspecjalizowanych spółek operacyjnych funkcjonujących w ramach grupy przedsiębiorstw⁸¹². Zważywszy na ekstraordynaryjną naturę tego typu sytuacji, pozwolę sobie w treści wyводу utożsamiać niekiedy transfer jednostki gospodarczej w outsourcingu usług jedynie z przejściem części zakładu pracy.

Ustalenie czy dany pracownik został „przejęty” w toku outsourcingu usług wymaga w pierwszej kolejności określenia zdefiniowania przedmiotu transferu, którym jest zakład pracy lub jego część. W kolejnym kroku niezbędne okazuje się ustalenie czy dany pracownik powiązany był z danym zakładem w chwili przejścia. Szczególne wątpliwości powstają w tym zakresie w odniesieniu do powiązania pracownika z częścią zakładu pracy, co stanowi sytuację charakterystyczną dla outsourcingu usług.

1.1.1. Zakład pracy i jego część. Definicje pojęć

⁸¹⁰ Zob. cytowany już w niniejszym rozdziale M. Trocki, *Outsourcing...*, s. 23-25.

⁸¹¹ Zob. S. Paruch, *Outsourcing może być przejściem części zakładu pracy na innego pracodawcę*, „Dziennik Gazeta Prawna. Kadry i Płace”, dodatek z 22.03.2012, <https://praca.gazetaprawna.pl/artykuly/604768,outsourcing-moze-byc-przejsciem-czesci-zakladu-na-innego-pracodawce.html> (dostęp: 22.03.2023 r.).

⁸¹² Zob. opisany poniżej wyrok TSUE z 21.10.2010 r., C-242/09, *Albron Catering bv v. fnv Bondgenoten i John Roestow*, LEX nr 604024.

Odnosząc się do zakładu pracy oraz jego części należy stwierdzić, iż na gruncie polskiej doktryny prawa pracy poglądom tym przypisuje się niejednolite znaczenie. Ujęcie przedmiotowe, znajdujące swoje uzasadnienie historyczne, nadal stanowi istotny element definicji doktrynalnych pojęcia zakład pracy. Z. Hajn⁸¹³ twierdzi, że można je określić jako *zorganizowany kompleks składników materialnych i niematerialnych przeznaczony do realizacji określonych celów pracodawcy, stanowiący placówkę zatrudnienia pracowników*. Elementami materialnymi są nieruchomości, maszyny, wyposażenie zakładu pracy⁸¹⁴. Wśród elementów niematerialnych w literaturze wskazuje się na⁸¹⁵: prawa autorskie, licencje, wzory użytkowe i zdobnicze, znaki towarowe, *know-how*, czy tajemnice produkcyjne. M. Gersdorf,⁸¹⁶ stoi na stanowisku, że zakład pracy rozumiany przedmiotowo to *jednostka organizacyjna, będąca miejscem pracy, a tym samym wartością „dobrem” nie tylko pracodawcy, ale również zatrudnionych pracowników*. R. Sadlik uważa natomiast, że *pojęcie „zakład pracy” zawarte w art. 23¹ § 1 k.p. występuje w znaczeniu przedmiotowym, czyli oznacza pewien zespół środków materialnych i osobowych, składający się na zorganizowaną całość*⁸¹⁷.

Nieco bardziej oddalone od tradycyjnego, przedmiotowego ujęcia, są m.in. definicje stworzone przez A. Sobczyka i P. Korusa, T. Kuczyńskiego, M. Skąpskiego i A. Musiałę. Zdaniem A. Sobczyka i P. Korusa *zakład pracy można definiować jako połączenie wspólnoty i majątku*⁸¹⁸. T. Kuczyński twierdzi natomiast, że *pojęcie to oznacza określony byt prawny, składający się z partnerów społecznych i więzi istniejących między nimi oraz dodatkowo mienia, jeżeli jest potrzebne do wykonywania pracy*⁸¹⁹. M. Skąpski⁸²⁰ dodaje, że *obejmuje ono więzi społeczne i prawne między podmiotami związanymi z wykonywaniem pracy podporządkowanej, jak i wszelkie materialne i niematerialne dobra służące w wykonywaniu pracy, które mogą w całości bądź części tworzyć przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 55¹ k.c.* A. Musiała⁸²¹, uważa natomiast, że podstawową cechą zakładu pracy pozostaje jego funkcjonalność rozumiana przede wszystkim jako *„zespół działań, a nie osób działających”*. Autorka wskazuje

⁸¹³ Z. Hajn, *Pojęcie pracodawcy po nowelizacji kodeksu pracy*, PiZS 1997/5, s. 24.

⁸¹⁴ I. Twardowska-Mędrek, *Przejście zakładu pracy...*, s. 233.

⁸¹⁵ Ibidem; Ł. Pisarczyk, *Przejścia zakładu pracy...*, s. 68.

⁸¹⁶ M. Gersdorf [w:] M. Gersdorf, K. Rączka, M. Rączkowski *Kodeks pracy. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2011, s. 586.

⁸¹⁷ R. Sadlik, *Kiedy następuje przejście...*, Legalis.

⁸¹⁸ A. Sobczyk, P. Korus, *Test Spijkersa i test Süzen...*, s. 8.

⁸¹⁹ T. Kuczyński, o *właściwościach pracowniczego obowiązku dbałości o dobro zakładu pracy*, PiZS 2004/7, s. 3.

⁸²⁰ M. Skąpski, *Pracowniczy obowiązek dbałości o dobro zakładu pracy*, PiZS 2001/2, s. 12.

⁸²¹ A. Musiała, *Glosa do wyroku SN z 9 lutego 2006, II PK 160/05, PiP 2007/12*, s. 136-137.

ponadto, iż *coraz częściej z uwagi na postęp technologiczny, można spotkać przypadki prowadzenia działalności bez istnienia zakładu pracy w ujęciu tradycyjnym*⁸²².

Przytoczone powyżej definicje odwołują się do trzech warstw składowych pojęcia zakładu pracy: majątkowej, osobowej i funkcjonalnej. Nawiązują tym samym do kompleksowego rozumienia pojęcia jednostki gospodarczej w prawie unijnym, w ramach którego wyróżnia się warstwę: podmiotową, obejmującą umiejętności i kwalifikacje pracowników, którzy ją tworzą; przedmiotową, tj. zespół składników materialnych i niematerialnych, a także funkcjonalną polegającą na prowadzeniu w sposób ciągły działalności nakierowanej na osiąganie określonych celów, na którą składa się zarówno jej aspekt wewnętrzny tj. sposób organizacji pracy, jak i aspekt zewnętrzny - sieć odbiorców.

Kompleksowa definicja pojęcia zakładu pracy jest także spójna ze sposobem definiowania pojęcia przedsiębiorstwa na gruncie prawa cywilnego i handlowego. M. Węgierski wskazuje, że *w nauce prawa wyróżnia się co najmniej trzy znaczenia pojęcia przedsiębiorstwo. Są to znaczenia w ujęciu podmiotowym, przedmiotowym oraz funkcjonalnym*⁸²³. Co ciekawe, w doktrynie prawa handlowego pojawiają się głosy, że po ostatniej nowelizacji art. 55¹ k.c., ustawodawca zmodyfikował postrzeganie przedsiębiorstwa. W. J. Katner stoi na stanowisku, że *uznając przedsiębiorstwo za zorganizowany zespół składników niematerialnych i materialnych przeznaczony do prowadzenia działalności gospodarczej, a nie tylko „realizacji określonych zadań gospodarczych” wskazuje się na funkcjonalny organizm gospodarczy. Chodzi o zespół składników, w którym przeważa pierwiastek niematerialny, będący istotą przedsiębiorstwa*⁸²⁴.

Moim zdaniem, konieczne jest nie tylko zdefiniowanie elementów pojęcia zakładu pracy, ale także dostrzeżenie zmian w zakresie wagi poszczególnych elementów. Uważam, że w ostatnim czasie także w przypadku zakładów pracy rośnie znaczenie składników niematerialnych⁸²⁵, aspektów funkcjonalnych oraz osobowych, maleje natomiast znaczenie składników materialnych. We współczesnym świecie zakłady pracy

⁸²² Ibidem.

⁸²³ M. Węgierski, *Zbycie przedsiębiorstwa w świetle art. 23¹ kodeksu pracy*, s. 46-47, <http://hdl.handle.net/11089/20247> (dostęp: 22.02.2023 r.).

⁸²⁴ W.J. Katner [w:] *System prawa prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna*, t. 1, red. M. Safjan, Warszawa 2007, s. 1229.

⁸²⁵ Zob. wyrok TSUE z 8.05.2019 r., Jadran Dodič przeciwko Banka Koper, Alta Invest, C-194/18, pkt 37, LEX nr 2653651; Ł. Pisarczyk, *Przejście zakładu pracy lub jego części na innego pracodawcę – wybrane problemy*, PiZS 2007/5, s. 16.

mogą istnieć w świecie wirtualnym – z niewielkim oparciem w składnikach *stricte* materialnych np. komputery, telefony. Na pierwszy plan struktury wielu zakładów pracy wysuwają się zatem składniki niematerialne, ludzie i funkcjonalne więzi interpersonalne. Postrzeganie zakładu pracy w ten sposób pozostaje spójne z wypracowaną na gruncie nauk o zarządzaniu teorią agencji, zgodnie z którą elementami budowy przedsiębiorstwa są jednostki lub grupy ludzkie, a przedsiębiorstwo jest węzłem kontaktów⁸²⁶.

W niniejszym wątku pozostaje zatem pochylić się jeszcze nad zagadnieniem definicji „części zakładu pracy”. Z orzecznictwa Sądu Najwyższego, uwzględniającego *prounijną* wykładnię wynika, że część zakładu pracy, to *pewna zorganizowana całość, na którą składają się określone elementy materialne i majątkowe, system organizacyjny i struktura zarządzania, które dają możliwość dalszego wykonywania pracy przez zatrudnionych w niej pracowników*⁸²⁷. Nieco odmiennie proces identyfikacji części zakładu pracy ujął Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 17 maja 2012 r., w którym stwierdził, że polega on na ustaleniu, *czy występuje dostatecznie wyodrębniona jednostka (część zakładu pracy), którą można uznać za zorganizowane połączenie zasobów, którego celem jest prowadzenie działalności gospodarczej. W tym celu należy odwołać się do wypracowanych w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości i Sądu Najwyższego kryteriów ustalania istnienia takiej jednostki, jak przypisanie jej określonego zadania, wyodrębnienie zespołu pracowników, ustalenie określonej struktury kierownictwa, umożliwienie dysponowania środkami materialnymi, urządzeniami, specjalistyczną wiedzą itp*⁸²⁸.

Analogicznie jak w przypadku pojęcia zakładu pracy, w doktrynie występują także odmienne definicje dotyczące jego części. Z. Hajn podkreśla funkcjonalny aspekt tego pojęcia, definiując je jako *zespół składników, który sam w sobie daje możliwość zatrudnienia pracowników, mogąc stanowić odrębną placówkę zatrudnienia*⁸²⁹. Aspekt funkcjonalny dominuje także w definicji R. Sadlika, zgodnie z którą *częścią zakładu pracy w rozumieniu art. 23¹ § 1 k.p. będą te jego składniki, które ze względu na funkcjonalne powiązanie stanowią samoistną całość i które mogą być rzeczowym substratem samodzielnego zakładu pracy (placówką zatrudnienia)*⁸³⁰. R. Nadskakulski

⁸²⁶ Zob. D. Bąk-Grabowska, *Zarządzanie zasobami ludzkimi...*, s. 37.

⁸²⁷ Zob. m.in. wyrok SN z 20.11.1996 r., I PKN 21/96, LEX nr 192324; wyrok z 13.04.2010 r., I PK 210/09, LEX nr 987058 oraz powołane tam orzeczenia; wyrok SN z 4.09.2012 r., I PK 197/11, LEX nr 1619734; wyrok SN z 3.03.2015 r., I PK 187/14, LEX nr 1785193.

⁸²⁸ I PK 178/11, LEX nr 1619611.

⁸²⁹ Z. Hajn, *Nowa regulacja prawna zdolności układowej związków zawodowych*, PiZS 2001/4, s. 21.

⁸³⁰ R. Sadlik, *Przejęcie części zakładu pracy przez nowego pracodawcę*, MOPR 2019/6, s. 24.

pierwszoplanowe znaczenie nadaje natomiast aspektowi materialnemu wskazując, że *częścią zakładu pracy jest wyodrębniony zbiór jego elementów, który stanowi, wraz ze stosunkami pracy pracowników z nią związanych pewną wymierną całość obejmującą zawsze środki materialne, przynajmniej w stopniu niezbędnym do wykonywania dotychczasowej pracy*⁸³¹. W. Sanetra podnosi natomiast, że *ustawodawca nie identyfikuje części zakładu pracy z częścią jego mienia ruchomego lub nieruchomego*⁸³². Mieniu temu powinno towarzyszyć pewne zorganizowanie zespołu, który z niego korzysta oraz jakiego wyodrębnienie⁸³³. Zdaniem autora *kryteriów wyznaczających ramy pojęcia zakładu pracy i odpowiednio również pojmowania części zakładu pracy nie da się rozwiązać w sposób ogólny i abstrakcyjny. Precyzyjniejszej odpowiedzi (...) można udzielić jedynie od przypadku do przypadku, na tle konkretnych stanów faktycznych*⁸³⁴. W podobnym tonie utrzymany pozostaje pogląd A. Tomanka, zgodnie z którym część zakładu pracy stanowi w istocie *potencjalny zakład pracy*⁸³⁵. (...) *W jej ramach można wyróżnić składnik osobowy, rzeczowy i (lub) niematerialny, zorganizowany wokół określonego celu, który może być tożsamy z celem technicznym całego zakładu albo też przedstawia się jako cel cząstkowy lub pomocniczy*⁸³⁶. Część zakładu pracy tworzy w każdym przypadku *organizacyjną podstawę uzasadniającą zatrudnienie pracowników, które może być kontynuowane pomimo przeniesienia jej na innego pracodawcę*⁸³⁷. Jednostka będąca do tej pory fragmentem większej struktury może stać się wtedy *osobną placówką zatrudnienia, o ile nie zostanie włączona przez nowego pracodawcę w ramy prowadzonego przezeń zakładu pracy*⁸³⁸. Odmienne kryterium wyodrębnienia części zakładu pracy, w odniesieniu do zakładów pracy opartych na wiedzy, a nie majątku⁸³⁹, proponują A. Sobczyk i P. Korus twierdząc, że *aby uznać, że mamy do czynienia z częścią zakładu, musimy (...) zbadać, czy z okoliczności wynika, że pracownicy czują się członkami jakiejś „cząstkowej” wspólnoty*⁸⁴⁰.

Moim zdaniem, podobnie jak w przypadku pojęcia „zakładu pracy” również jego część stanowi twór złożony z warstwy majątkowej, osobowej i funkcjonalnej. Wydaje

⁸³¹ R. Nadskakulski, *Część zakładu pracy w rozumieniu wybranych przepisów prawa pracy*, PiZS 1995/10, s. 26 i nast.

⁸³² W. Sanetra, *o pojęciu części zakładu...*, s. 9.

⁸³³ Ibidem, s. 8.

⁸³⁴ Ibidem, s. 9.

⁸³⁵ A. Tomanek, *Przejście zakładu...*, s. 37.

⁸³⁶ Ibidem.

⁸³⁷ A. Tomanek, *Przejście zakładu...*, s. 37.

⁸³⁸ Ibidem.

⁸³⁹ Podział wprowadzony przez TSUE na gruncie sprawy *Süzen*, opisanej w dalszej części wyводу.

⁸⁴⁰ A. Sobczyk, P. Korus, *Test Spijkersa i test Süzen...*, s. 10.

się, że najistotniejszą cechą „części” jest możliwość jej wyodrębnienia z całości zakładu pracy na podstawie obiektywnych kryteriów w taki sposób, by po dokonaniu owego wyodrębnienia w owej części zatrudniony był co najmniej jeden pracownik⁸⁴¹. Zgadzam się z autorami, zdaniem których wyodrębnienie części *in abstracto* nie jest możliwe – należy ją określać w odniesieniu do konkretnych przypadków.

1.1.2. Powiązanie określonego pracownika z zakładem pracy lub jego częścią

Dla oceny, czy nastąpiło przejście pracownika do nowego pracodawcy decydujące znaczenie ma kwestia powiązania danej osoby z zakładem pracy lub jego częścią⁸⁴². Istotne jest także ustalenie czy stosunek pracy trwał w dacie przejścia⁸⁴³. Powiązanie to musi mieć jednak charakter obiektywny, co w praktyce nastęrcza wielu trudności⁸⁴⁴. A. Sobczyk i P. Korus podnoszą, że *można już dziś zaobserwować zjawisko polegające na tym, że pracodawca przekazujący funkcję, który ma świadomość transferu, przesuwa co cenniejszych pracowników do innych prac po to, aby ich zachować dla siebie. Jednocześnie przesuwa na stanowiska transferowane pracowników, których zmierza się pozbyć. Dochodzi zatem do sztucznego wiązania pracowników z funkcją po to, by — mówiąc kolokwialnie — pozbyć się ich poprzez transfer*⁸⁴⁵. Próba „pozbycia się” pracowników poprzez transfer nie wywoła jednak zamierzonego skutku za płaszczyźnie normatywnej. Jak podnosi Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 17 marca 2005 r.⁸⁴⁶ *dowolne i jednostronne „przypisanie” przez pracodawcę do wydzielonych zakładowych jednostek organizacyjnych pracownika, który wcześniej nie wykonywał w nich pracy, nie prowadzi do przejęcia tego pracownika przez nowego pracodawcę, w razie przejścia na niego tych jednostek jako części zakładu pracy (art. 23¹ k.p.)*. O ile problem ukrywania „najcenniejszych” pracowników przed transfer może występować w przypadku outsourcingu usług, o tyle stosunkowo rzadko występować będzie kwestia chęci „pozbycia się” pracowników przez transfer. Pamiętać bowiem należy, że o „przejęcie”

⁸⁴¹ Zob. wyrok SN z 2.10.1996 r., I PRN 72/96, LEX nr 27469; A. Górnicz-Mulcahy, *Przejście zakładu pracy na innego pracodawcę a zasada równego traktowania w zakresie wynagradzania w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, MOPR 2016/9, s. 464.

⁸⁴² Zob. R. Sadlik, *Kiedy następuje przejście...*, Legalis; A. Tomanek, *Przejście przedsiębiorstwa...*, s. 134-138, 423.

⁸⁴³ Zob. Ł. Pisarczyk, *Przejście zakładu pracy...*, s. 157.

⁸⁴⁴ Nie jest to zjawisko nowe, zob. W. Sanetra, *o pojęciu części zakładu...*, s. 18.

⁸⁴⁵ A. Sobczyk, P. Korus, *Test Spijkersa i test Sützen...*, s. 8.

⁸⁴⁶ III PK 82/04, LEX nr 158197.

pracowników zabiega zazwyczaj pracodawca macierzysty, który chce nadal współpracować z tymi osobami po transferze w ramach relacji usługobiorca-pomocnik usługodawcy.

Kontrowersje budzą również sytuacje, gdy pracodawca macierzysty przygotowując się do outsourcingu usług rozwiązuje umowy o pracę z częścią pracowników realizujących dotychczas zadania zlecane usługodawcy, natomiast część pracowników zostaje w toku procesu przejęta przez usługodawcę w trybie art. 23¹ k.p.⁸⁴⁷ W wyroku z dnia 9 grudnia 2004 r. dotyczącym outsourcingu usług porządkowych Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, zgodnie z którym *przejęcie części zakładu pracy na nowego pracodawcę powoduje przejęcie [wszystkich -przyp. B.A.] zatrudnionych w niej pracowników (art. 23¹ § 1 k.p.), wobec tego nie dochodzi do likwidacji ich stanowisk pracy, a były pracodawca nie może wypowiedzieć im umów o pracę*⁸⁴⁸. Problematyczna staje się także relacja uprawnienia pracodawcy macierzystego do rozwiązania umów o pracę z przyczyn nie dotyczących pracowników z zawartym w art. 23¹ § 6 k.p. zakazem rozwiązywania umów o pracę w związku z transferem. W tym przypadku, podzielić należy pogląd wyrażony w doktrynie, zgodnie z którym *pracodawca wypowiadający stosunek pracy w sytuacji przejścia zakładu pracy może powołać się na konieczność restrukturyzacji przedsiębiorstwa i związaną z tym redukcję zatrudnienia. Jeżeli okoliczności te okażą się rzeczywistą przyczyną wypowiedzenia, to nie będzie ono mogło być zakwestionowane ze względu na zmianę pracodawcy w trybie art. 23¹ k.p.*⁸⁴⁹. Określenie rzeczywistej przyczyny wypowiedzenia w przypadku rozwiązania umów o pracę w związku z przejęciem przez usługobiorcę jedynie części pracowników w toku outsourcingu usług nie będzie jednak proste⁸⁵⁰. Jak słusznie zauważa Ł. Pisarczyk, *przypadki zwolnienia pracownika spowodowanego przejściem jest oczywiście bardzo trudno odróżnić od tych sytuacji, gdy rozwiązanie stosunku pracy nastąpiło z innych przyczyn, tym bardziej że pracodawca dąży do określonego ukształtowania załogi w związku z planowanym transferem będzie się z reguły powoływał na okoliczności pozornie pozostające bez związku z dokonującymi się przekształceniami*⁸⁵¹. Zdaniem tego autora *nieskuteczne są także różnego rodzaju*

⁸⁴⁷ w sektorach opartych na ludzkiej pracy musi to być większość zespołu, o czym będzie jeszcze mowa w dalszej części niniejszego rozdziału. Jeśli przejęta zostanie mniejszość pracowników dotychczas realizujących zadania, to wrócimy na grunt pierwszej sytuacji.

⁸⁴⁸ I PK 103/04, LEX nr 152756.

⁸⁴⁹ A. Tomanek, *Przejęcie zakładu...*, s. 148.

⁸⁵⁰ Zob. wyrok SN z 7.02.2007 r., I PK 269/06, LEX nr 366124.

⁸⁵¹ Ł. Pisarczyk, *Przejęcie zakładu pracy...*, s. 161-162.

*porozumienia czy listy określające krąg pracowników podlegających przejściu, nawet jeśli zgodę na to wyrażają osoby zatrudnione*⁸⁵².

Na kanwie spraw związanych z outsourcingiem usług kwestia wyodrębnienia grupy pracowników, których praca pozostaje obiektywnie powiązana z daną częścią zakładu pracy stała się źródłem licznych sporów. W stanie faktycznym analizowanym przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3 marca 2015 r.⁸⁵³ przed dokonaniem outsourcingu usług w strukturze wielozakładowego pracodawcy nie istniała wyodrębniona jednostka organizacyjna zajmująca się przejmowaną działalnością, tj. dział pracodawcy, który zajmowałby się realizacją zadań z zakresu sprzątnia. Zadania z tego zakresu wykonywali pracownicy różnych działów. Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że *nieposiadanie typowej struktury organizacyjnej i kierownictwa cechujących samodzielne jednostki organizacyjne nie przeszkadza w uznaniu danej jednostki za część zakładu pracy, jeśli nietypowa struktura i kierownictwo jednostki wynikają ze specyfiki przedsiębiorstwa, którego jest częścią, a ogół składników konstytuujących część zakładu jako przedmiot przejścia w rozumieniu art. 23¹ §1 kodeksu pracy charakteryzujących jednostkę pozwala uznać ją za zorganizowane połączenie zasobów, którego celem jest prowadzenie działalności gospodarczej bez względu na to, czy jest to działalność podstawowa, czy pomocnicza*⁸⁵⁴. Sąd Najwyższy podniósł ponadto, że *nawet gdyby uznać, iż badana w sprawie grupa (...) pracowników zatrudnionych w różnych działach nie stanowiła jednostki gospodarczej, to nie zwalniało to Sądu Okręgowego od rozważenia, czy przedmiotem przejścia nie było kilka (...) części zakładu pracy wykonujących zadanie utrzymania czystości w poszczególnych działach*.

Przed nieco bardziej zawiłym problemem związanym z wydzieleniem personalnym w procesie outsourcingu usług stanął Trybunał w sprawie Albron Catering BV przeciwko FNV Bondgenoten, Johnowi Roestowi (dalej: „Albron”)⁸⁵⁵. Dotyczyła ona zlecenia przez grupę Heineken w Niderlandach przedsiębiorstwu Albron usług cateringowych. Struktura zatrudnienia w ramach grupy Heineken przed transferem była jednak szczególna - ogół pracowników zatrudniony był przez jedną spółkę, która występowała jako centralny pracodawca i delegowała pracowników do poszczególnych spółek operacyjnych. J. Roest zatrudniony był przez ową spółkę

⁸⁵² Ibidem, s. 152.

⁸⁵³ I PK 187/14, LEX nr 1785193.

⁸⁵⁴ Wyrok SN z 3.03.2015 r., I PK 187/14, LEX nr 1785193.

⁸⁵⁵ Wyrok TSUE wyrok w sprawie Albron, C-242/09, LEX nr 604024; zob. A. Tomanek, *Przejście przedsiębiorstwa...*, s. 401.

centralną i oddelegowany na stałe do pracy w spółce z grupy Heineken zajmującej się realizacją zadań z zakresu cateringu na rzecz pracowników grupy. Przed transferem, zadania były zatem realizowane w warunkach outsourcingu kapitałowego (wewnątrz grupy). Następnie działalność spółki operacyjnej związana z cateringiem przekazana została w drodze outsourcingu kontraktowego usługodawcy względem całej grupy Heineken – spółce Albron.

W tak zarysowanym stanie faktycznym, Trybunał zmierzył się z pytaniem prejudycjalnym *czy w wypadku przejęcia - w rozumieniu dyrektywy 2001/23 - przedsiębiorstwa należącego do grupy przez przedsiębiorstwo spoza tej grupy, za 'zbywającego' w rozumieniu art. 2 ust. 1 lit. a) tej dyrektywy można także uznać przedsiębiorstwo należące do grupy, do którego pracownicy byli delegowani na stałe, nie mając jednak zawartej z tym przedsiębiorstwem umowy o pracę (zwane dalej 'pracodawcą bezumownym'), niezależnie od tego, że w ramach tej grupy istnieje przedsiębiorstwo, z którym wzmiankowani pracownicy byli związani taką umową o pracę (zwane dalej 'pracodawcą umownym').* Trybunał udzielił odpowiedzi twierdzącej podnosząc, że *pracodawca umowny, który nie jest jednak odpowiedzialny za działalność gospodarczą przejmowanej jednostki gospodarczej, nie może w sposób systematyczny mieć pierwszeństwa - dla potrzeb ustalania osoby zbywającego - przed pracodawcą bezumownym, który jest za tę działalność gospodarczą odpowiedzialny*⁸⁵⁶. Trybunał zajął zatem jednoznaczne stanowisko, uznając za zbywającego w rozumieniu dyrektywy pracodawcę rzeczywistego, na rzecz którego pracownik faktycznie realizował zadania. Trafne wydaje się także określenie owego podmiotu „pracodawcą bezumownym”.

Inna trudność w identyfikacji jednostki gospodarczej dotyczyła sytuacji, w której po stronie przejmującego występowało wiele podmiotów⁸⁵⁷. W sprawie *ISS Facility Services NV*⁸⁵⁸ miasto Gandawa (Belgia) zlecało w drodze outsourcingu prace porządkowe oraz prace związane z utrzymywaniem czystości w budynkach miasta usługodawcy - spółce ISS Facility. Zamówienie to podzielone było na trzy części według rodzaju budynków, w których realizowane były usługi. S. Govaerts została koordynatorką zadań w ramach trzech obiektów odpowiadających trzem częściom zamówienia. Następnie Miasto Gandawa ogłosiło kolejny przetarg dotyczący wszystkich

⁸⁵⁶ Pkt 29 cytowanego wyroku.

⁸⁵⁷ Zob. A. Ziętek-Capiga, *Ochrona praw pracowniczych w przypadku przejęcia przedsiębiorstwa przez kilku przejmujących*, PiZS 2020/4, s. 38-39.

⁸⁵⁸ Wyrok TSUE z 26.03.2020 r., C-344/18, *ISS Facility Services NV przeciwko Sonia Govaerts i Atalian NV, Anciennement Euroclean NV*, LEX nr 2872420.

wymienionych części zamówienia. ISS Facility nie została ponownie wybrana. Pierwszą i trzecią część zamówienia przyznano Atalian, z kolei drugą spółce Cleaning Masters NV. Trybunał stanął na stanowisku, że w wypadku *przejęcia przedsiębiorstwa przez kilku przejmujących*, wykładni art. 3 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy Rady 2001/23/WE należy dokonywać w ten sposób, że prawa i obowiązki wynikające z istniejącej w momencie tego przejęcia umowy o pracę przechodzą na każdego przejmującego proporcjonalnie do zadań wykonywanych przez pracownika, pod warunkiem że wynikający z tego podział umowy o pracę jest możliwy oraz nie powoduje pogorszenia warunków pracy ani nie stanowi zagrożenia dla gwarantowanej przez tę dyrektywę ochrony praw pracowniczych, czego ustalenie należy do sądu odsyłającego. W wypadku gdyby taki podział okazał się niemożliwy do zrealizowania lub gdyby naruszał prawa tego pracownika, należałoby przyjąć zgodnie z art. 4 wspomnianej dyrektywy, że wynikające z tego ewentualne rozwiązanie stosunku pracy nastąpiło z powodu leżącego po stronie przejmującego, nawet jeśli do rozwiązania dochodzi z inicjatywy pracownika⁸⁵⁹.

Opisywane orzeczenie jest istotne nie tylko ze względu na poglądy Trybunału na temat identyfikacji jednostki gospodarczej, ale także ze względu na szczególny podmiot zbywający – miasto Gandawa. Fakt, iż zbywający to podmiot publiczny, nie stanowi sytuacji rzadkiej w orzecznictwie Trybunału, w tym w orzecznictwie dotyczącym procesów outsourcingu usług⁸⁶⁰. Wprawdzie z zakresu zastosowania dyrektywy wyłączono reorganizację administracyjną organów administracji publicznej oraz przeniesienie funkcji administracyjnych między organami administracji publicznej⁸⁶¹, lecz ograniczenia tego nie można interpretować rozszerzająco. Jak podnosi się w literaturze, jest to o tyle istotne, że podmioty prawa publicznego mogą być zaangażowane w świadczenie różnego rodzaju usług, a nawet w działalność gospodarczą⁸⁶². Trybunał stoi za stanowisku, że jeżeli zadanie przekazywane na zewnątrz nie polega na wykonywaniu władzy publicznej, to dyrektywa 77/187 [obecnie dyrektywa

⁸⁵⁹ Wyrok TSUE z 26.03.2020 r., C-344/18, ISS Facility Services NV przeciwko Sonia Govaerts i Atalian NV, Anciennement Euroclean NV, LEX nr 2872420.

⁸⁶⁰ Zob. m.in. wyrok TSUE w sprawie CLECE SA przeciwko María Socorro Martín Valor i Ayuntamiento de Cobisa, C-463/09, EU:C:2011:24., pkt 27; wyrok TSUE w sprawie Pascual, C-509/14, EU:C:2015:781, pkt 24-26.

⁸⁶¹ Art. 1 ust. 1 lit. c *in fine* dyrektywy.

⁸⁶² Zob. Ł. Pisarczyk, *Przejście zakładu pracy...*, s. 56.

2001/23 – przyp. B.A.] znajduje zastosowanie⁸⁶³. Outsourcing usług publicznych⁸⁶⁴ odbywa się nierzadko w drodze przetargów. W sytuacji te wpisana jest konieczność cyklicznego wyłaniania kolejnych usługodawców, co wydaje się przyczyniać do powstawania licznych sporów, nie tylko na tle pierwszego transferu, lecz także drugiego i kolejnych.

1.2. Zachowanie tożsamości jednostki gospodarczej

Opisane powyżej zagadnienie identyfikacji jednostki gospodarczej wiąże się zazwyczaj z etapem przygotowania do outsourcingu usług tj. wyodrębnieniem zadań, które mają zostać przekazane oraz powiązanych z nimi zasobów ludzkich i majątkowych. Kwestia zachowania tożsamości jednostki gospodarczej wymaga natomiast analizy w zasadniczej części w odniesieniu do pierwszego etapu procesu outsourcingu usług, tj. etapu przekazywania zadań oraz zasobów, ale także, choć w ograniczonym stopniu, do drugiego etapu polegającego na współpracy usługodawcy z usługobiorcą po przejęciu zadań.

1.2.1. Zachowanie tożsamości jednostki gospodarczej na etapie przekazywania zadań i zasobów

Jak wskazuje się w literaturze z zakresu nauk o zarządzaniu, istotą outsourcingu usług jest przeniesienie zadań na usługodawcę. Przeniesieniu owemu może, lecz nie musi, towarzyszyć przejście pracowników, czy składników majątkowych. Przejście pracowników bywa warunkiem stawianym usługodawcom przez usługobiorców⁸⁶⁵. W odniesieniu do kwestii przejścia składników majątkowych w toku outsourcingu, stanowiska badaczy są podzielone. K. Nowicka wśród etapów outsourcingu wymienia

⁸⁶³ Wyrok TSUE w sprawie Liikenne C-172/99, pkt 19; wyrok TSUE w połączonych sprawach C-173/96 and C-247/96 Sánchez Hidalgo i inni (1998) ECR I-8237, pkt 21, 24; wyrok TSUE z 6.09.2011 r., Scattolon, C-108/10, EU:C:2011:542, pkt 43, 44 i przytoczone tam orzecznictwo; wyrok TSUE z 20.07.2017 r., Luís Manuel Piscarreta Ricardo przeciwko Portimão Urbis EM SA i in., C-416/16, EU:C:2017:574, pkt 34, LEX nr 2326532.

⁸⁶⁴ Na temat outsourcingu usług publicznych w Polsce zob. *Outsourcing usług publicznych. Model Kontraktowania Usług Publicznych*, opracowanie w ramach projektu innowacyjnego testującego „Od partnerstwa do kooperacji”, 2014, <http://www.zlecaniezadan.pl/Content/biblioteka/inne/1.%20Outsourcing%20us%C5%82ug%20publiczny%20ch.pdf> (dostęp: 20.03.2021 r.).

⁸⁶⁵ Zob. M. Trocki, *Outsourcing. Metoda restrukturyzacji...*, s. 170; M.F. Cook, *Outsourcing funkcji...*, s. 16; K. Nowicka, *Outsourcing w zarządzaniu...*, s. 163.

transfer zasobów, w tym poszczególnych aktywów⁸⁶⁶. M. Trocki podnosi natomiast, że wyodrębnienie w procesie outsourcingu składników związanych z wydzielaną funkcją ma na celu ich zagospodarowanie na inne potrzeby albo zlikwidowanie⁸⁶⁷. Wydaje się, że w wielu przypadkach outsourcingu usług nieprzekazywanie elementów majątkowych usługodawcy ma swoje uzasadnienie gospodarcze. Outsourcing najnowszej generacji opiera się na ciągłej transformacji biznesu i coraz częściej dotyczy działalności prowadzonej w znacznej mierze wirtualnie. Skoro usługobiorcy decydują się na zmianę tak dalece idącą jak przekazanie realizacji określonych zadań zewnętrznemu usługodawcy, to zasadnym wydaje się dokonanie w toku tego procesu także zmian np. w zakresie narzędzi i technologii używanych do ich wykonywania. Zwłaszcza w przypadku wyboru usługodawcy specjalizującego się w określonej działalności, to ten wyspecjalizowany podmiot dysponować powinien zaawansowanymi składnikami majątkowymi służącymi do wykonywania określonego rodzaju zadań.

Wobec braku kompleksowej regulacji prawnej outsourcingu, kontrahenci mają szeroki zakres swobody w kształtowaniu ram wzajemnej współpracy. Wyróżnić można cztery modelowe podejścia do zagadnienia przejęcia zasobów w toku procesu outsourcingu usług:

- 1) usługodawca przejmuje zadania, nie przejmując ani pracowników, ani składników majątkowych („modelowy outsourcing”);
- 2) usługodawca przejmuje zadania oraz składniki majątkowe, nie przejmując pracowników, z którymi pracodawca macierzysty rozwiązuje umowy o pracę;
- 3) usługodawca przejmuje zadania oraz pracowników dotychczas je realizujących, nie przejmując składników majątkowych;
- 4) usługodawca przejmuje zadania, pracowników oraz składniki majątkowe⁸⁶⁸.

Trudność w udzieleniu odpowiedzi na pytanie czy outsourcing usług stanowi przejęcie jednostki gospodarczej, nie wynika wyłącznie z wielości modeli outsourcingu wskazanych powyżej, ale także z ciągłej ewolucji sposobu wykładni pojęcia przejęcia jednostki gospodarczej przez Trybunał. Od ponad trzydziestu lat, wokół opisywanej

⁸⁶⁶ Zob. K. Nowicka, *Outsourcing w zarządzaniu...*, s. 146-147.

⁸⁶⁷ Zob. M. Trocki, *Outsourcing. Metoda restrukturyzacji...*, s. 23-25.

⁸⁶⁸ Sytuacja ta moim zdaniem bliższa jest nie tyle umownemu przekazaniu zadań, co sprzedaży zorganizowanej części przedsiębiorstwa w celu późniejszego nawiązania współpracy w ramach outsourcingu.

przesłanki, toczy się jedna z najbardziej burzliwych dyskusji na arenie UE⁸⁶⁹. Istnieją bowiem dwa stanowiska. Zgodnie z pierwszym, aby można było mówić o zachowaniu tożsamości jednostki gospodarczej wystarczające jest przejście przez nowego pracodawcę samych zadań realizowanych uprzednio przez tę jednostkę. Zgodnie z drugim, przejściu zadań towarzyszyć musi przejście przez nowego pracodawcę składników majątkowych związanych z prowadzoną działalnością⁸⁷⁰. Jak słusznie podnosi Ł. Pisarczyk, przy pierwszym ujęciu zakres zastosowania dyrektywy ulega rozszerzeniu, natomiast przy drugim, zawężeniu⁸⁷¹. Wiele przypadków outsourcingu usług, znajduje się jednak w centrum spornego obszaru⁸⁷².

Zgodnie z pierwszym poglądem, wypracowanym na gruncie prawa francuskiego, istotą jednostki gospodarczej są zadania, które owa jednostka realizuje⁸⁷³. W tym ujęciu, każdy spośród opisanych powyżej czterech modeli outsourcingu usług, musiałyby pociągać za sobą przejście jednostki gospodarczej. Przejście zadań usługobiorcy przez usługodawcę stanowi bowiem istotę outsourcingu usług. Nawet „modelowy outsourcing”, w którym z założenia usługodawca nie wyraża woli przejścia ani pracowników, ani zasobów materialnych pracodawcy macierzystego, implikowałaby zatem automatyczne przypisanie usługodawcy statusu pracodawcy względem pracowników uprzednio wykonujących przejmowane zadania. Wykluczałoby to w praktyce dokonanie outsourcingu usług, któremu nie towarzyszyłby transfer części zakładu pracy, stanowiąc tym samym znaczne ograniczenie swobody prowadzenia działalności gospodarczej.

Zgodnie z drugim podejściem, bliższym prawu niemieckiemu czy włoskiemu, przedmiotem przejścia może być wyłącznie stabilna gospodarczo jednostka, w której skład wchodzi zarówno składniki materialne, jak i niematerialne⁸⁷⁴. Stosując się restrykcyjnie do owego ujęcia, outsourcing usług pociągałby za sobą transfer części zakładu pracy wyłącznie w sytuacji, gdyby towarzyszyło mu przejście składników materialnych. Pogląd ten wyklucza wprawdzie konieczność przejmowania części zakładu

⁸⁶⁹ Zob. H. Collins, *Employment Law...*, EBSCOhost.

⁸⁷⁰ Zob. A. Tomanek, *Przejście przedsiębiorstwa...*, s. 404-405.

⁸⁷¹ Szerzej na temat etapów owego sporu zob. I. Twardowska-Mędrak, *Przejście zakładu pracy...*, s. 36-40; Ł. Pisarczyk, *Przejście zakładu pracy...*, s. 36-37 oraz literatura tam powołana.

⁸⁷² Zob. A.M. Świątkowski, *Restrukturyzacja zakładu pracy...*, s. 130 oraz powołana tam literatura; A. Tomanek, *Przejście przedsiębiorstwa...*, s. 407; A. Tomanek, *Przejście zakładu...*, s. 38-39.

⁸⁷³ Zob. I. Twardowska-Mędrak, *Przejście zakładu pracy...*, s. 36-37; Ł. Pisarczyk, *Przejście zakładu pracy...*, s. 36-37; nieco odmiennie A.M. Świątkowski, *Restrukturyzacja zakładu pracy...*, s. 125-126.

⁸⁷⁴ Zob. I. Twardowska-Mędrak, *Przejście zakładu pracy...*, s. 75; Ł. Pisarczyk, *Przejście zakładu pracy...*, s. 36-37.

pracy w toku „modelowego outsourcingu” (sytuacja 1), jednak pociąga za sobą również wyeliminowanie możliwości transferu przy przejściu przez usługodawcę zadań oraz pracowników dotychczas je realizujących, któremu nie towarzyszy przejście składników majątkowych (sytuacja 3). Uważam, że ten pogląd powoduje nieuzasadnioną nierówność w sytuacji prawnej pracowników przejmowanych wraz ze składnikami majątkowymi oraz pracowników przejmowanych bez tych składników. Trybunał nie opowiedział się wyraźnie za żadnym z powyższych poglądów, jego poglądy w opisywanym zakresie od wielu lat podlegają ewolucji.

Kluczowe orzeczenie Trybunału, w którym sformułowany został katalog przesłanek przejścia jednostki gospodarczej zapadło w roku 1986 w sprawie *Spijkers*⁸⁷⁵ i do dziś zachowuje aktualność. Trybunał stanął w nim na stanowisku, że kluczowym kryterium dla ustalenia czy dokonano *przejścia w rozumieniu dyrektywy [77/187/WE – przyp. B.A] jest zachowanie przez badaną jednostkę tożsamości*⁸⁷⁶. *Przejście przedsiębiorstwa, zakładu lub części przedsiębiorstwa lub zakładu nie następuje tylko dlatego, że dokonano rozporządzenia składnikami majątkowymi*⁸⁷⁷. *Zamiast tego należy rozważyć (...) czy jednostka została zbyta jako działające przedsiębiorstwo, na co wskazywałby między innymi fakt kontynuowania przez nabywcę działalności lub podjęcia na nowo działalności tego samego lub podobnego rodzaju*⁸⁷⁸. Trybunał podkreślił, iż przy ocenie czy spełniono powyższe warunki należy brać pod uwagę wszystkie okoliczności faktyczne towarzyszące danej transakcji, w tym:

- typ przedsiębiorstwa lub zakładu;
- czy zostały przeniesione składniki materialne, takie jak budynki i ruchomości;
- wartość składników niematerialnych w chwili przejścia,
- czy większość pracowników została przejęta przez nowego pracodawcę,
- czy została przejęta obsługa klientów przedsiębiorstwa,
- stopień podobieństwa między działalnością prowadzoną przed i po przejściu przedsiębiorstwa,

⁸⁷⁵ Wyrok TSUE z 18.03.1986 r., *Spijkers* przeciwko Benedik, C-24/85, EU:C:1986:127; zob. A.M. Świątkowski, *Restrukturyzacja zakładu pracy...*, s. 146-151.

⁸⁷⁶ Wyrok TSUE z 18.03.1986 r., *Spijkers* przeciwko Benedik, C-24/85, EU:C:1986:127, pkt 11.

⁸⁷⁷ Wyrok TSUE z 18.03.1986 r., *Spijkers* przeciwko Benedik, C-24/85, EU:C:1986:127, pkt 12.

⁸⁷⁸ Wyrok TSUE z 18.03.1986 r., *Spijkers* przeciwko Benedik, C-24/85, EU:C:1986:127, pkt 12.

– ewentualną przerwę w działalności przedsiębiorstwa⁸⁷⁹.

Katalog kryteriów podlegających uwzględnieniu przy ocenie czy doszło do przejęcia przedsiębiorstwa, zakładu lub ich części jest katalogiem otwartym. Powołując się na orzeczenie w sprawie *Spijkers*, zarówno Trybunał, jak i polski Sąd Najwyższy wielokrotnie podkreślał, że przy ocenie, czy doszło do zachowania tożsamości przez przedsiębiorstwo, należy mieć na uwadze wszystkie okoliczności, które charakteryzują dany przypadek⁸⁸⁰. Trybunał uznaje bowiem, iż przedsiębiorstwo oprócz warstwy materialnej składa się także z warstwy niematerialnej – wartość składników niematerialnych może w istotny sposób rzutować na wartość całego przedsiębiorstwa; warstwy funkcjonalnej – tj. rodzaju wykonywanej działalności oraz sposobu jej realizacji, a także warstwy interpersonalnej – zarówno wewnętrznej tj. zespołu pracowników (załogi), jak i zewnętrznej tj. kręgu klientów.

Choć samo orzeczenie w sprawie *Spijkers* nie dotyczyło procesu outsourcingu usług, to sformułowany w nim katalog przesłanek, określany w literaturze jako *test Spijkersa* stał się użytecznym narzędziem wykorzystywanym przez sądy na kanwie spraw tego typu. Jako przykład wskazać można wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 kwietnia 2010 r.⁸⁸¹, w którym SN powtórzył katalog przesłanek wymienionych w orzeczeniu *Spijkers* uznając, że *powierzenie przez pracodawcę wykonywania zadań pomocniczych podmiotowi zewnętrznemu świadczącemu usługi w tym zakresie (outsourcing) nie może stanowić przejścia części zakładu pracy na innego pracodawcę (art. 23¹ § 1 k.p.), jeżeli nie przemawia za tym kompleksowa ocena takich okoliczności, jak rodzaj zakładów, przejęcie składników majątkowych i niematerialnych, przejęcie większości pracowników, przejęcie klientów, a zwłaszcza stopień podobieństwa działalności prowadzonej przed i po przejęciu zadań.*

W orzeczeniu *Redmond Stichting*⁸⁸² Trybunał wyszedł od powtórzenia argumentacji użytej w sprawie *Spijkers*, następnie jednak poddał ją istotnej modyfikacji. *Pojęcie “przejęcia przedsiębiorstwa, zakładu lub części przedsiębiorstwa lub zakładu” (...) odnosi się do przypadku, gdy analizowana jednostka zachowuje tożsamość. W celu ustalenia czy w danej sprawie przejęcie miało miejsce (...) konieczne jest określenie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności faktycznych charakteryzujących daną operację,*

⁸⁷⁹ Wyrok TSUE z 18.03.1986 r., *Spijkers* przeciwko Benedik, C-24/85, EU:C:1986:127, pkt 13.

⁸⁸⁰ Zob. m.in. wyroki SN z 29.03.2012 r., I PK 150/11, LEX nr 1167736 oraz I PK 151/11, LEX nr 1619610.

⁸⁸¹ I PK 210/09, nr LEX nr 987058 z glosą M. Kurzynogi.

⁸⁸² Wyrok TSUE z 19.05.1992 r., *Sophie Redmond Stichting* przeciwko Bartol i in., C-29/91, EU:C:1992:220, LEX nr 123198.

czy wykonywane zadania są faktycznie realizowane lub zostały podjęte na nowo przez nową osobę prawną w obrębie tej samej lub podobnej działalności gospodarczej, przy założeniu, że działalność o szczególnym charakterze, na którą składają się niezależne zadania, może, w określonych przypadkach, być utożsamiana z zakładem lub częścią zakładu w rozumieniu dyrektywy⁸⁸³. Nie kwestionując kryteriów sformułowanych na gruncie sprawy *Spijkers*⁸⁸⁴, Trybunał wyodrębnił zatem w wyroku w sprawie *Stichting* pewną grupę zakładów pracy lub ich części, o których istnieniu przesądza jedynie warstwa funkcjonalna tj. realizacja określonych zadań. Orzeczenie to poddane zostało ostrej krytyce ze strony państw członkowskich, z uwagi na to, że jego stosowanie powodowałoby zbytne obciążenie pracodawców⁸⁸⁵.

Pomimo krytyki Trybunał podążał dalej w obranym kierunku wykładni, czego przykładem może być cytowane już orzeczenie w sprawie *Schmidt*⁸⁸⁶. Sprawa dotyczyła outsourcingu usług sprzątania, które uprzednio wykonywane były w ramach przedsiębiorstwa macierzystego przez jednego pracownika. Trybunał uznał, że dyrektywę 77/187/WE stosuje się także w sytuacji powierzenia przez jedno przedsiębiorstwo innemu przedsiębiorstwu w drodze umowy, odpowiedzialności za wykonywanie prac związanych ze sprzątaniem realizowanych wcześniej bezpośrednio, nawet jeśli prace te były wykonywane przed przeniesieniem przez jednego pracownika⁸⁸⁷. Powołując się na orzeczenia w sprawie *Spijkers* oraz *Redmond Stichting* Trybunał powtórzył, że kryterium decydującym o zaistnieniu transferu w rozumieniu dyrektywy jest zachowanie przez jednostkę gospodarczą tożsamości, o czym świadczy między innymi kontynuacja lub wznowienie przez nowego pracodawcę tej samej lub podobnej działalności⁸⁸⁸. Orzeczenie odbiło się szerokim echem w literaturze⁸⁸⁹, bowiem o przejęciu jednostki gospodarczej zadecydował sam fakt przejęcia przez usługodawcę zadań przedsiębiorstwa macierzystego. W myśl tego stanowiska, każdy przypadek outsourcingu usług pociągałby za sobą transfer, co wydaje się sytuacją trudną

⁸⁸³ Wyrok TSUE z 19.05.1992 r., *Sophie Redmond Stichting przeciwko Bartol i in.*, C-29/91, EU:C:1992:220, LEX nr 123198, pkt 31.

⁸⁸⁴ Wyrok TSUE z 19.05.1992 r., *Sophie Redmond Stichting przeciwko Bartol i in.*, C-29/91, EU:C:1992:220, LEX nr 123198, pkt 22-25.

⁸⁸⁵ Zob. I. Twardowska-Mędrak, *Przejście zakładu pracy...*, s. 76; A. Tomanek, *Przejście zakładu...*, s. 27.

⁸⁸⁶ Wyrok TSUE z 14.04.1994 r., *Christel Schmidt przeciwko Spar*, C-392/92, EU:C:1994:134; P. Zawirska, M. Zwolińska, *Proeuropejska wykładnia...*, s. 404.

⁸⁸⁷ Wyrok TSUE z 14.04.1994 r., *Christel Schmidt przeciwko Spar*, C-392/92, EU:C:1994:134, pkt 20.

⁸⁸⁸ Wyrok TSUE z 14.04.1994 r., *Christel Schmidt przeciwko Spar*, C-392/92, EU:C:1994:134, pkt 17.

⁸⁸⁹ Zob. m.in. A. Tomanek, *Przejście zakładu...*, s. 27; M. Kurzynoga, *Przesłanki przejścia zakładu...*, s. 62-63.

do zaakceptowania z perspektywy swobody prowadzenia działalności gospodarczej⁸⁹⁰. Moim zdaniem wyjątkowy charakter orzeczenia w sprawie *Schmidt* przejawia się także w podejściu do przesłanki wyodrębnienia jednostki gospodarczej. Trybunał uznał bowiem, że wyodrębnioną jednostką gospodarczą mogą być zadania wykonywane przez jednego pracownika, argumentując swoje stanowisko ochronnym charakterem norm prawnych zawartych w dyrektywie 77/187/WE⁸⁹¹. Pogląd o dopuszczalności przejęcia zakładu pracy lub jego części, w ramach outsourcingu indywidualnego przyjęty jest także na gruncie polskiej doktryny⁸⁹² i orzecznictwa⁸⁹³.

Odejście od opisaną powyżej linii orzeczniczej nastąpiło w roku 1995 na kanwie sprawy *Rygaard*⁸⁹⁴, w której wykonawca przejął zarzucone przez podwykonawcę roboty, przejmując równocześnie materiały oraz oferując dalsze, terminowe, zatrudnienie jego pracownikom wyłącznie w celu ukończenia budowy określonego obiektu. Trybunał stanął na stanowisku, że termin „*przejęcie*” *odnosi się do stabilnej jednostki gospodarczej, której działalność nie ogranicza się do realizacji jednej umowy o wykonanie określonych robót. Nie ma to miejsca w przypadku, gdy przedsiębiorstwo przenosi na inne przedsiębiorstwo, wykonanie prac zmierzających do oddania określonego obiektu budowlanego*⁸⁹⁵. *Przejęcie tego rodzaju mogłoby wchodzić w zakres przepisów dyrektywy tylko wtedy, gdyby obejmowało przeniesienie głównej części zasobów umożliwiającej kontynuowanie działalności lub niektórych rodzajów działalności przedsiębiorstwa zbywającego w sposób trwały*⁸⁹⁶. W orzeczeniu w sprawie *Rygaard* upatruje się przede wszystkim pierwszych przejawów odchodzenia przez Trybunał od koncepcji jednostki gospodarczej opartej na realizowanych przez nią zadaniach⁸⁹⁷. Oprócz wskazanego w tezie elementu konieczności przejęcia składników majątkowych, orzeczenie to dotyka problemu ciągłości prowadzenia działalności. Wykonawca w tym wypadku nie chciał przejąć pracowników z zamiarem zapewnienia im trwałego zatrudnienia, chciał skorzystać z ich

⁸⁹⁰ Zob. P. Zawirska, M. Zwolińska, *Proeuropejska wykładnia...*, s. 405, a szczególnie powołany przez autorki przykład dotyczący sytuacji, gdy zakład pracy postanawia zmienić przedsiębiorstwo porządkowe ze względu na nieprzyjemną obsługę.

⁸⁹¹ Wyrok TSUE z 14.04.1994 r., Christel Schmidt przeciwko Spar, C-392/92, EU:C:1994:134, pkt 16.

⁸⁹² Zob. A. Górnicz-Mulcahy, *Przejęcie zakładu...*, s. 464.

⁸⁹³ Wyrok SN z 2.10.1996 r., I PRN 72/96, LEX nr 27469.

⁸⁹⁴ Wyrok TSUE z 19.09.1995 r., Ole Rygaard przeciwko Strø Mølle Akustik A/S, sprawa C-48/94, EU:C:1995:290.

⁸⁹⁵ Wyrok TSUE z 19.09.1995 r., w sprawie Rygaard, C-48/94, EU:C:1995:290, pkt 20.

⁸⁹⁶ Wyrok TSUE z 19.09.1995 r., w sprawie Rygaard, C-48/94, EU:C:1995:290, pkt 20-21.

⁸⁹⁷ Zob. m.in. wyroki SN z 17.05.2012 r., I PK 180/11, LEX nr 1219492 oraz z 14.06.2012 r., I PK 235/11, LEX nr 1250558; w doktrynie zob. m.in. A. Tomanek, *Przejęcie zakładu...*, s. 39-40.

pracy jedynie w celu ukończenia przejętego na siebie zobowiązania do osiągnięcia określonego rezultatu - oddania obiektu budowlanego. Sytuacja ta nie tylko nie powoduje transferu zakładu pracy, ale także z uwagi na brak cechy ciągłości, nie mieści się w pojęciu outsourcingu usług. Problem trwałości (ciągłości) przejścia zadań na podstawie terminowej umowy outsourcingu usług, poruszony został w wyroku SN z dnia 15 września 2006 r.⁸⁹⁸. Skarżący podnieśli w tej sprawie argument, że umowy zlecenia usługi polegającej na obsłudze technicznej pawilonów i terenu szpitala, najmu oraz sprzedaży części narzędzi, nie prowadzą do nabycia lub przejścia przedsiębiorstwa albo jego części, a umowa wykonywania usług nie tworzy stanu stałego (podlega wypowiedzeniu w cyklu miesięcznym) i dlatego nie jest zapewniona gwarancyjna dla pracowników funkcja art. 23¹ k.p. SN nie podzielił tej argumentacji twierdząc, że istotne jest, iż *trwały (stały) charakter mają zadania polegające na obsłudze technicznej pawilonów i terenu szpitala, gdyż występuje konieczność ich wykonywania*. W świetle owego wyroku należałoby odróżnić ciągłość świadczenia – wynikającą z natury powierzonych zadań, od okresowych zmian podmiotu, który je realizuje. SN stwierdza ponadto, że *jeżeli przekazanie zadań ma charakter okresowy, to z jego upływem pracownik zostanie ponownie przejęty przez podmiot wykonujący te zadania, nie wykluczając przejścia przez pierwszego z pracodawców*. Terminowość umów zawieranych w celu realizacji outsourcingu usług, zestawiona z koniecznością ciągłego świadczenia, może zatem implikować cykliczne przejmowanie zadań do realizacji przez kolejne podmioty, a w konsekwencji wielokrotne transfery części zakładów pracy.

Zestawienie pojedynczego zadania nakierowanego na osiągnięcie konkretnego rezultatu, będącego przedmiotem sprawy *Rygaard*, z ciągłymi ze swojej natury zadaniami stanowiącymi przedmiot wyroku Sądu Najwyższego z 15 września 2006 r. uwidacznia różnicę pomiędzy konstrukcją podwykonawstwa a konstrukcją outsourcingu usług. Wydaje się zatem, że orzeczenie w sprawie *Rygaard* dotyczy szczególnego typu przejścia przez wykonawcę zobowiązań podwykonawcy i przesądza o ograniczonym zastosowaniu przepisów dyrektywy do owej konstrukcji z uwagi na brak zamiaru trwałej kontynuacji działalności jednostki gospodarczej po stronie przejmującego.

Wydane niespełna rok później orzeczenie w sprawie *Merckx i Neuhuys przeciwko Ford Motors Company Belgium SA*⁸⁹⁹ przyniosło kolejny zwrot w kierunku linii

⁸⁹⁸ I PK 75/06, LEX nr 218687.

⁸⁹⁹ Wyrok TSUE z 7.03.1996 r., Albert Merckx i Patrick Neuhuys przeciwko Ford Motors Company Belgium SA, sprawy połączone C-171/94 oraz C-172/94, EU:C:1996:87.

orzeczniczej Trybunału. W ramach outsourcingu usług przedsiębiorstwo Ford, zlecało prowadzenie dystrybucji pojazdów silnikowych (realizację funkcji dealera samochodów), powiązanej kapitałowo spółce, która zaprzestała działalności, a działalność na tym terenie przejął inny dealer samochodowy nie przejmując jednak samego salonu samochodowego. Trybunał Sprawiedliwości stanął na stanowisku, że transfer zakładu pracy *dokonał się w sytuacji, w której przedsiębiorstwo prowadzące dystrybucję pojazdów silnikowych na określonym terytorium zaprzestało działalności, a dystrybucja została przejęta przez inne przedsiębiorstwo, które przejęło część personelu i było rekomendowane klientom, bez jakiegokolwiek przenoszenia aktywów*⁹⁰⁰.

W analizowanej sprawie o zaistnieniu transferu zadecydowało zatem przeniesienie zadań i przejęcie części pracowników, natomiast przeważającego znaczenia odmówiono okoliczności braku przejęcia składników majątkowych. Co intrygujące, przy określaniu czy przejęcie zakładu miało miejsce, Trybunał wziął pod uwagę treść umowy pomiędzy Ford Motors Company a przedsiębiorstwem przejmującym dystrybucję pojazdów silnikowych, zgodnie z którą nowy dealer zobowiązywał się m.in. do ponoszenia kosztów związanych z ewentualną koniecznością wypłaty przejętym pracownikom poprzedniego dealera odszkodowań z tytułu niezgodnego z prawem rozwiązania umów o pracę, odpraw z tytułu zwolnień grupowych, czy innych naruszeń zobowiązań umownych⁹⁰¹. Jak zwraca uwagę A. M. Świątkowski⁹⁰², istotnym *novum*, które pojawiło się w sprawie *Merckx* był brak bezpośredniej relacji prawnej pomiędzy pracodawcą przekazującym i pracodawcą przejmującym.

Rolę kolejnego, po orzeczeniu w sprawie *Spijkers*, kamienia milowego na drodze ewolucji linii orzeczniczej Trybunału przypisać należy bezspornie zapadłemu w roku 1997 orzeczeniu w sprawie *Süzen* dotyczącej zmiany usługodawcy realizującego na rzecz usługobiorcy usługi sprzątnia. Trybunał powtórzył w nim pogląd wyrażony w orzeczeniu *Rygaard*, uznając że „przejęcie” dotyczyć może jedynie stabilnej jednostki gospodarczej. Zdefiniował także pojęcie „jednostki” jako odnoszące się *do zorganizowanej grupy osób i aktywów ułatwiających wykonywanie działalności*

⁹⁰⁰ Wyrok TSUE z 7.03.1996 r., w sprawie *Merckx*, sprawy połączone C-171/94 oraz C-172/94, EU:C:1996:87, pkt 32.

⁹⁰¹ Wyrok TSUE z 7.03.1996 r., w sprawie *Merckx*, sprawy połączone C-171/94 oraz C-172/94, EU:C:1996:87, pkt 31.

⁹⁰² Zob. A.M. Świątkowski, *Restrukturyzacja zakładu pracy...*, s. 153.

gospodarczej prowadzonej nakierowanej na osiągnięcie określonego celu⁹⁰³. Jednostka nie może zostać zredukowana do powierzonych jej zadań⁹⁰⁴. Jej tożsamość wynika także z innych czynników, takich jak siła robocza, personel zarządzający, sposób organizacji pracy, metod operacyjnych lub, w stosownych przypadkach, dostępnych zasobów operacyjnych. Następnie Trybunał podniósł, że jeśli w określonych sektorach gospodarki istnieją jednostki ekonomiczne, które są w stanie funkcjonować bez oparcia na jakichkolwiek istotnych zasobach materialnych lub niematerialnych, to logicznym jest, iż ocena czy po transakcji została zachowana ich tożsamość nie może zależeć od przejęcia owych zasobów⁹⁰⁵. W sektorach działalności wymagających dużych nakładów siły roboczej (ang labour-intensive sectors) grupa pracowników zaangażowanych na stałe we wspólną działalność może stanowić jednostkę gospodarczą, jednak aby uznać, że jednostka ta zachowała tożsamość po transferze, nowy pracodawca nie może jedynie przejąć do realizacji określonych zadań, musi także przejąć większość, w rozumieniu zarówno liczebności, jak i umiejętności, pracowników przypisanych przez jego poprzednika do realizacji owych zadań⁹⁰⁶. W konsekwencji Trybunał doszedł do wniosku, że w stanie faktycznym sprawy *Süzen* dyrektywa 77/187/WE nie znajduje zastosowania, gdyż pomiędzy usługodawcami przekazano jedynie zadania, ale nie przekazano ani znaczącej części zasobów materialnych lub niematerialnych, ani większości pracowników⁹⁰⁷.

A. M. Świątkowski podnosi, że w sprawie *Süzen* pracownicy postrzegani są wyłącznie jako podmioty o określonych umiejętnościach zawodowych, niezbędnych pracodawcom (przekazującemu i przejmującemu przedsiębiorstwo) do prowadzenia działalności określonego typu. Kwalifikacje i umiejętności pracowników wykorzystywane przez pracodawcę mają więc określoną wartość handlową⁹⁰⁸. Zdaniem autora orzeczenie w sprawie *Süzen* może stanowić przykład wykorzystania przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości pojęć charakterystycznych dla prawa handlowego przy definiowaniu instytucji prawa pracy⁹⁰⁹. Wpływ orzecznictwa Trybunału znalazł odzwierciedlenie w posłużeniu się przez ustawodawcę unijnego w art. 1 ust. 1 lit. b dyrektywy neutralnym zwrotem „zasoby”, które odnieść można zarówno do składników

⁹⁰³ Wyrok TSUE z 11.03.1997 r., w sprawie *Süzen*, C-13/95, EU:C:1997:141, pkt 13.

⁹⁰⁴ Wyrok TSUE z 11.03.1997 r., w sprawie *Süzen*, C-13/95, EU:C:1997:141, pkt 15.

⁹⁰⁵ Wyrok TSUE z 11.03.1997 r., w sprawie *Süzen*, C-13/95, EU:C:1997:141, pkt 18.

⁹⁰⁶ Wyrok TSUE z 11.03.1997 r., w sprawie *Süzen*, C-13/95, EU:C:1997:141, pkt 21.

⁹⁰⁷ Wyrok TSUE z 11.03.1997 r., w sprawie *Süzen*, C-13/95, EU:C:1997:141, pkt 23.

⁹⁰⁸ A.M. Świątkowski, *Restrukturyzacja zakładu pracy...*, s. 161.

⁹⁰⁹ *Ibidem*.

materialnych i niematerialnych, jak i zasobów ludzkich⁹¹⁰. Powyższe uwagi zasługują na aprobatę, choć z zastrzeżeniem, że takie postrzeżenie pracowników odnosi się wyłącznie do wykładni przesłanki zachowania przez jednostkę gospodarczą tożsamości. Jak trafnie zauważa Z. Hajn, *koncepcja weryfikacji przejścia jednostki gospodarczej, sformułowana w sprawie Süzen, opiera się na rozróżnieniu dwóch płaszczyzn pojęciowych określenia „pracownicy”: pierwszej, widzącej ich w płaszczyźnie organizacyjno-gospodarczej jako składnik tej jednostki (przedsiębiorstwa, zakładu lub ich części) i drugiej, prawnej, ujmującej ich jako podmioty uprawnione w rozumieniu art. 3 ust. 1 i art. 4 ust. 1 dyrektywy 2001/23/WE do kontynuowania zatrudnienia po transferze*⁹¹¹.

Uważam, że na szczególną aprobatę zasługuje sposób postrzegania przez Trybunał jednostek gospodarczych opartych w przeważającej części na pracy ludzkiej, tj. jak się wydaje znacznej części, o ile nie większości współczesnych przedsiębiorstw usługowych⁹¹². Trybunał dostrzegł w owych jednostkach gospodarczych zorganizowaną strukturę⁹¹³, złożoną z pracowników i kadry zarządzającej powiązanych siecią więzi o charakterze funkcjonalnym, takich jak sposób organizacji pracy czy metody operacyjne tj. w istocie opartą o wspólny model zarządzania. Oprócz doprecyzowania znaczenia przesłanki „przejęcia pracowników”, Trybunał dostrzegł zatem nowy, nieujęty w orzeczeniu *Spijkers*, obszar obejmujący wewnętrzną część warstwy funkcjonalnej przedsiębiorstwa – zbiorowość osób powiązanych wspólnym modelem zarządzania. Stanowi to, w mojej ocenie, unowocześnienie definicji pojęcia jednostki gospodarczej, dostosowujące ją do aktualnych realiów funkcjonowania zakładów pracy. Nowatorskie wydaje się ponadto ujęcie zachowania tożsamości tak rozumianej jednostki gospodarczej. Dla spełnienia owej przesłanki konieczne jest bowiem jedynie przejęcie większości pracowników, a nie zachowanie owej szczególnej struktury po transferze. Tak szeroka formuła pojęcia zachowania tożsamości jednostki gospodarczej umożliwiła zastosowanie konstrukcji przejścia części przedsiębiorstwa lub zakładu do wielu procesów outsourcingu usług obejmujących przekazanie zadań i pracowników. W dynamicznie rozwijającym się świecie usług, w którym przedsiębiorstwa osiągają sukces

⁹¹⁰ Zob. Ł. Pisarczyk, *Przejście zakładu pracy...*, s. 39-40.

⁹¹¹ Z. Hajn, *Pojęcie jednostki gospodarczej w dyrektywie 2001/23/WE w sprawie przejścia zakładu pracy w świetle kontrowersji dotyczących stosowania testu Süzen*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2014/01, s. 27.

⁹¹² Na temat przedsiębiorstw realizujących cele handlowe oraz społeczne zob. I. Twardowska-Mędrak, *Przejście zakładu pracy...*, s. 233.

⁹¹³ O wymogu „organizowania” zob. Ł. Pisarczyk, *Przejście zakładu pracy...*, s. 40-41.

rynkowy dzięki niewidzialnym zasobom, orzeczenie w sprawie *Süzen* zasługuje na aprobatę.

Orzeczenie w sprawie *Süzen* wprowadziło do porządku prawnego dwa sposoby konstruowania przesłanek transferu uzależnione od rodzaju jednostki gospodarczej, która jest mu poddawana. Do sformułowanej na gruncie orzeczenia *Spijkers* tezy o otwartym katalogu okoliczności, jakie należy badać przy determinowaniu czy nastąpiło przejście zakładu pracy lub jego części, za sprawą orzeczenia w sprawie *Süzen* poszczególnym okolicznościom przypisano określoną wagę. Powołując się na owe orzeczenia, Sąd Najwyższy wielokrotnie wyrażał tezę, zgodnie z którą *przy ocenie, czy doszło do zachowania tożsamości przez przedsiębiorstwo, należy mieć na uwadze wszystkie okoliczności, które charakteryzują dany przypadek. Waga poszczególnych kryteriów będzie się różnić w zależności od rodzaju prowadzonej działalności. Odmienne oceniana będzie więc sytuacja, w której funkcjonowanie przedsiębiorstwa jest oparte na określonych środkach materialnych w postaci pomieszczeń czy urządzeń, od tej, w której opiera się w zasadniczej części na wykwalifikowanej sile roboczej*⁹¹⁴. Choć ocena zachowania tożsamości wymaga uwzględnienia wszystkich okoliczności, to najistotniejszym kryterium w zakresie spełnienia przesłanki zachowania tożsamości jest fakt oparcia działalności na składnikach majątkowych lub na umiejętnościach i kwalifikacjach pracowników⁹¹⁵. O ile w pierwszym przypadku ocena będzie się koncentrować na transferze elementów materialnych, o tyle w drugim, istotną rolę odgrywa fakt zatrudnienia przez podmiot przejmujący osób, których praca decydowała o istnieniu i funkcjonowaniu określonej jednostki⁹¹⁶.

Sąd Najwyższy jednoznacznie identyfikuje te przypadki outsourcingu usług, w których o transferze decyduje spełnienie przesłanki przejęcia składników majątkowych. Jako przykład wskazać można wyrok SN z 21 stycznia 2013 r., w którym rozpatrywano sprawę zmiany podmiotu realizującego w ramach outsourcingu usługi sprzątnięcia samolotów⁹¹⁷. SN zwrócił uwagę na ich specyficzny charakter przejawiający się w wymogu, aby praca ta była wykonywana przy użyciu takiego sprzętu, jak samochody do poruszenia się po płycie lotniska (z uwagi na zakaz poruszania się pieszo)

⁹¹⁴ Zob. m.in. wyroki SN z 29.03.2012 r., I PK 150/11, LEX nr 1167736 oraz I PK 151/11, LEX nr 1619610; wyrok SN z 11.04.2012 r., I PK 145/11, LEX nr 1168867; uchwała SN z 28.03.2013 r., III PZP 1/13, LEX nr 1294241.

⁹¹⁵ Zob. Z. Hajn, *Pojęcie jednostki gospodarczej...*, s. 27.

⁹¹⁶ Ł. Pisarczyk, *Przejście zakładu pracy...*, s. 58.

⁹¹⁷ Wyrok SN z 21.01.2013 r., II PK 154/12, LEX nr 1747593.

czy też odkurzacze do sprzątanía pokładów samolotów. W konsekwencji SN doszedł do wniosku, iż w *stanie faktycznym rozpoznawanej sprawy nie budzi wątpliwości, że sam transfer zadań nie był wystarczający do stwierdzenia zachowania tożsamości przedsiębiorstwa, będącej warunkiem przejścia zakładu pracy w rozumieniu art. 23¹ § 1 k.p.* Koniecznym było także przejęcie znacznej części środków materialnych potrzebnych do ich wykonywania. W tym wyjątkowym przypadku, kwalifikację usług sprzątanía jako należącą do sektora opartego na składnikach majątkowych należy przyjąć z aprobatą.

Zaliczanie określonych rodzajów działalności do sektora opartego na pracy ludzkiej oraz przypisywanie decydującego znaczenia przesłance przejścia pracowników nastęrczą jednak w polskim orzecznictwie pewnych wątpliwości⁹¹⁸. W przypadku tego sektora Sąd Najwyższy początkowo upatrywał przesłanki transferu w przeniesieniu zadań. Pogląd ten odnaleźć można w wyroku z dnia 1 lipca 1999 r.⁹¹⁹ dotyczącym dokonanego przez wspólnotę mieszkaniową outsourcingu usług polegających na administrowaniu nieruchomości, któremu towarzyszyło przekazanie grupy pracowników (gospodarzy domów) wyspecjalizowanemu usługodawcy, SN stanął na stanowisku, że w *pojęciu przejścia części zakładu pracy w rozumieniu tego przepisu istotne przy tym znaczenie ma kategoria zadań, które są przekazywane nowemu pracodawcy. Innymi słowy, pojęcie placówki zatrudnienia (części zakładu pracy) należy relatywizować także do zadań wykonywanych przez daną grupę pracowników, a nie jedynie do elementów środowiska pracy o charakterze materialnym (majątku, pomieszczeń)*. Kolejne orzeczenie wpisujące się w opisywaną linię jest wyrok SN z 9 grudnia 2004 r.⁹²⁰ dotyczący outsourcingu usług sprzątanía i dezynfekcji świadczonej na rzecz szpitala, w który stwierdzono, że *przekazywanie innemu podmiotowi ("zewnętrznemu") istotnej części zadań pracodawcy, bez których prowadzone przez obu tych pracodawców zakłady pracy (w znaczeniu przedmiotowym) nie mogłyby funkcjonować, prowadzi do podmiotowego "przekształcenia pracodawców" w rozumieniu art. 23¹ k.p.* Kolejnym orzeczeniem wydanym przez SN w zbliżonym stanie faktycznym jest wyrok z dnia 7 lutego 2007 r.⁹²¹ dotyczący outsourcingu usług sprzątanía i dezynfekcji oraz obsługi szatni dla pacjentów, łącznie z magazynem odzieżowym dla pacjentów, w którym zatrudniona była powódka. W stanie faktycznym sprawy została ona powiadomiona o przejściu jej

⁹¹⁸ Zob. P. Zawirska, M. Zwolińska, *Proeuropejska wykładnia...*, s. 407.

⁹¹⁹ Wyrok SN z 1.07.1999 r., I PKN 133/99, LEX nr 41583.

⁹²⁰ I PK 103/04, LEX nr 152756.

⁹²¹ I PK 212/06, LEX nr 360061.

stanowiska w trybie art. 23¹ k.p. przez nowego pracodawcę – spełniona zatem została przesłanka przejęcia pracownika. Nie zostały natomiast przejęte składniki majątkowe. Według SN działanie to było objęte zakresem działania art. 23¹ k.p., z uwagi na fakt, że *to zadanie stwarzało bowiem możliwość wykonywania umówionej pracy przez powódkę*. Definitywnego odejścia od przypisywania przejściu zadań pierwszoplanowej roli w determinowaniu przejścia części zakładu pracy upatrywać można uchwale siedmiu sędziów z 28 marca 2013 r.⁹²², w której Sąd Najwyższy podkreślił znaczenie kryteriów wskazanych w teście *Süzen* uznając je za nieodzowne składniki transferu.

We wcześniejszym orzecznictwie SN dostrzec można jeszcze etap wykładni przesłanek przejścia części zakładu pracy w sposób odmienny niż zaprezentowany przez Trybunał w sprawie *Süzen*. W wyrokach z dnia 4 grudnia 2010 r.⁹²³ dotyczących zmiany usługodawcy realizującego usługi z zakresu prac porządkowych, SN stał na stanowisku, że *przepis art. 23¹ k.p. ma zastosowanie w razie zmiany przez przedsiębiorcę wykonawcy usługi, jeżeli nowy wykonawca przejmuje istotne składniki mienia związane z wykonywaniem tej usługi przez jego poprzednika*. Następnie, w wyroku z dnia 11 kwietnia 2012 r. SN podtrzymał ów pogląd twierdząc, że *przy dość prostych usługach, których wykonywanie związane jest z zapleczem majątkowym, takich np. jak gastronomia, sprzątnięcie dla transferu w rozumieniu art. 23¹ k.p. wymagane jest przejęcie tego zaplecza przez nowego pracodawcę*⁹²⁴. Po upływie miesiąca, tj. w wyrokach z dnia 17 maja 2012 r., zmienił jednak stanowisko na spójne z linią orzecniczą Trybunału przypisując usługi z zakresu sprzątnięcia i dezynfekcji szpitala do sektora opartego głównie na sile roboczej i podkreślając, iż *ocena przez sąd, czy nastąpiło przejście części zakładu pracy (jednostki gospodarczej) na nowego pracodawcę, w sytuacji, w której nowy usługodawca przejął usługi utrzymania czystości i dezynfekcji w szpitalu od poprzedniego usługodawcy wykonującego je na rzecz szpitala, wymaga ustalenia, czy przejmowana część zakładu pracy (jednostka gospodarcza) zachowała tożsamość, a w szczególności, czy nowy usługodawca przejął decydującą o jej zachowaniu część pracowników przejmowanej jednostki*⁹²⁵.

⁹²² Uchwała SN(7) z 28.03.2013 r., III PZP 1/13, LEX nr LEX nr 1294241.

⁹²³ Wyroki SN z 4.12.2010 r., III PK 49/09, LEX nr 578145 oraz III PK 51/09, LEX nr 602053.

⁹²⁴ Wyrok SN z 11.04.2012 r., I PK 155/11, LEX nr 1289157.

⁹²⁵ Wyroki SN z 17.05.2012 r. o następujących sygnaturach: I PK 178/11, LEX nr 1619611; I PK 179/11, LEX nr 1219491; I PK 180/11, LEX nr 1219492.

W wyrokach tych, a także w zapadłym 4 września 2012 r. wyroku dotyczącym zbliżonego stanu faktycznego⁹²⁶ SN wykształcił swoistą instrukcję weryfikacji czy doszło do przejścia części zakładu pracy. *W pierwszej kolejności sąd musi dokonać identyfikacji części zakładu pracy (jednostki gospodarczej) będącej przedmiotem przejścia.(...)Kolejnym krokiem powinno być ustalenie, jakiego rodzaju jednostka jest przedmiotem przejścia (...) w danej sprawie, a w szczególności, czy jest to jednostka, którą tworzy zespół pracowników, czy też o jej wyodrębnieniu przesądzają składniki materialne. (...) Na koniec sąd powinien zbadać, czy jednostka ta zachowała tożsamość po przejściu usługi. Rozwinięciem owej linii było wzbogacenie instrukcji o stwierdzenie, iż kluczem do rozróżnienia usług, w których dla wystąpienia skutku z art. 23¹ k.p. wystarczające jest przejście samych zadań bez przejścia składników majątkowych, jest ustalenie, co decyduje o tożsamości przedsiębiorstwa, czyli na czym oparta jest możliwość wykonywania usługi - na czynniku ludzkim, czy też substancji majątkowej⁹²⁷. Pomimo początkowych trudności uznać należy, że wyrok Trybunału w sprawie *Süzen* wywiera aktualnie istotny wpływ na orzecznictwo SN w sprawach dotyczących outsourcingu usług.*

Powracając do wątku ewolucji poglądów Trybunału, w dniu 10 grudnia 1998 r. zapadły dwa istotne orzeczenia w sprawach *Vidal*⁹²⁸ i *Hidalgo*⁹²⁹. W sprawie *Vidal*, dotyczącej outsourcingu usług sprzątkania, Trybunał rozwinął pogląd wyrażony w orzeczeniu *Süzen*: *pomimo, że jednostka [podlegająca przejściu- przyp. B.A.] musi być wystarczająco zorganizowana i niezależna, nie musi ona koniecznie posiadać znaczących aktywów materialnych lub niematerialnych. W szczególności w niektórych sektorach takich jak sprzątkanie, często ogranicza się te aktywa do minimum a realizacja zadań zasadniczo opiera się na sile roboczej. Tak więc zorganizowana grupa pracowników, którzy są specjalnie i na stałe przypisani do wspólnego zadania, może, w przypadku braku innych czynników produkcji stanowić jednostkę gospodarczą⁹³⁰. Trybunał zanegował także możliwość uzależnienia transferu od przejścia samych zadań jednostki gospodarczej podnosząc w treści wyroku, że *sam fakt podobieństwa prac porządkowych wykonywanych najpierw przez przedsiębiorstwo**

⁹²⁶ Wyrok SN z 4.09.2012 r., I PK 197/11, LEX nr 1619734.

⁹²⁷ Wyrok SN z 13.03.2014 r., i BP 8/13, LEX nr 1511807.

⁹²⁸ Wyrok TSUE w sprawie *Vidal*, C-127/96, C-229/96 oraz C-74/97, EU:C:1998:594.

⁹²⁹ Wyrok TSUE w połączonych sprawach C-173/96 and C-247/96, *Sánchez Hidalgo i inni* (1998), ECR I-8237.

⁹³⁰ Wyrok TSUE w sprawie *Vidal*, C-127/96, C-229/96 oraz C-74/97, EU:C:1998:594, pkt 27.

*sprzątające, a następnie przez przedsiębiorstwo będące właścicielem nieruchomości nie uzasadnia wniosku, że nastąpiło przejęcie jednostki*⁹³¹.

Orzeczenie *Hidalgo* dotyczyło dwóch różnych rodzajów działalności poddanej procesowi outsourcingu tj. zlecenia przez władze miasta Guadalajara usług socjalnych z zakresu świadczenia pomocy w obowiązkach domowych potrzebującym usługodawcom, a także zlecenia usług nadzoru nad zapasami medycznymi Bundeswehr⁹³² w Efringen-Kirchen (sprawy połączone). Po zakończeniu przez miasto współpracy z usługodawcą 1 i nawiązaniu współpracy z usługodawcą 2, Pani Sánchez Hidalgo, jak również czterech innych pracowników zostało zatrudnionych, w niepełnym wymiarze czasu pracy, przez usługodawcę 2. Nowy pracodawca odmówił jednak zaliczenia do stażu pracy okresu jaki pracownicy przepracowali dla usługodawcy 1. Trybunał powołał się w owym orzeczeniu na rozstrzygnięcia w sprawie *Rydaard*; tj. wymóg przejęcia stabilnej ekonomicznie jednostki oraz *Süzen* m.in. w zakresie jej zdefiniowania jako zorganizowanej grupy osób i zasobów służących do realizacji działalności gospodarczej nakierowanej na osiągnięcie określonych celów⁹³³. Podkreślił, podobnie jak w zapadłym w tym samym dniu orzeczeniu *Vidal*, iż *sam fakt podobieństwa działalności wykonywanej przez stare i nowe przedsiębiorstwo, którym zlecono świadczenie określonej usług nie uzasadnia twierdzenia o zaistnieniu transferu jednostki gospodarczej*⁹³⁴. Trybunał nie rozstrzygnął, czy w opisanych sytuacjach faktycznych nastąpiło przejęcie w rozumieniu dyrektywy, pozostawiając owo rozstrzygnięcie sądom krajowym. Kluczowym elementem orzeczenia wydaje się dokonana przez Trybunał kwalifikacja działalności polegającej na sprawowaniu nadzoru nad obiektami oraz świadczeniu usług sprzątających do kategorii działalności opartej co do zasady na sile roboczej⁹³⁵. Trybunał podkreślił, że w tego rodzaju sektorach jednostka gospodarcza nie musi posiadać istotnych składników materialnych czy niematerialnych - zasoby te są często maksymalnie ograniczone do minimum, a działalność zasadniczo opiera się na sile roboczej⁹³⁶. Trybunał powtórzył zatem pogląd wyrażony w orzeczeniu *Süzen*, zgodnie z

⁹³¹ Niniejszy wyrok zapadł na kanwie stanu faktycznego dotyczącego *insourcingu* usług, o czym będzie jeszcze mowa w dalszej części rozdziału.

⁹³² Nazwa federalnych sił zbrojnych Niemiec.

⁹³³ Zob. wyrok TSUE w sprawie *Vidal*, C-127/96, C-229/96 oraz C-74/97, EU:C:1998:594, pkt 25.

⁹³⁴ Wyrok TSUE w połączonych sprawach C-173/96 and C-247/96, Sánchez Hidalgo i inni (1998), ECR I-8237, pkt 30.

⁹³⁵ Wyrok TSUE w połączonych sprawach C-173/96 and C-247/96, Sánchez Hidalgo i inni (1998) ECR I-8237, pkt 26; zob. także Ł. Pisarczyk, *Przejęcie zakładu pracy...*, s. 49-50.

⁹³⁶ TSUE w połączonych sprawach C-173/96 and C-247/96, Sánchez Hidalgo i inni (1998), ECR I-8237, pkt 26.

którym w takich wypadkach jednostkę gospodarczą stanowić może zorganizowane zgrupowanie pracowników, którzy są konkretnie i na stałe przydzieleni do wspólnego zadania⁹³⁷.

Argumentację Trybunału zaprezentowaną w orzeczeniu w sprawie *Hidalgo* wykorzystał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 8 czerwca 2010 r.⁹³⁸ dotyczącym zmiany usługodawcy świadczącego na rzecz kopalni usługi ochrony mienia i osób. Usługodawcy prowadzili rozmowy dotyczące przejęcia niemal 300 pracowników. Usługodawca 1 zobowiązał się do ich przekazania w trybie art. 23¹k.p., jednak usługodawca 2 w toku rozmów zmienił zdanie i odmówił przejęcia. Usługodawca 2 odkupił następnie część wyposażenia (w tym m.in. środki przymusu bezpośredniego) i zaoferował zatrudnienie wszystkim pracownikom usługodawcy 1 na podstawie nowych umów o pracę. Pracownicy, którzy nie wyrazili na to zgody zostali poproszeni o opuszczenie stanowisk pracy. Ostatecznie ok. 50 % pracowników z oddziału przy kopalni znalazło zatrudnienie u usługodawcy 2.

W tak zarysowanym stanie faktycznym Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że *przesłanki przejęcia majątku nie należy jednak traktować w sposób bezwzględny. Przejścia zakładu pracy nie można utożsamiać wyłącznie z majątkiem, a może o tym świadczyć także przejęcie zadań pracodawcy*⁹³⁹. *Wykonywanie działalności ochroniarskiej w przeważającej części oznacza wykonywanie zadań, podczas gdy element majątkowy ma znaczenie drugorzędne.* Sąd Najwyższy przywołał także stworzone w polskim orzecznictwie⁹⁴⁰ kryterium oceny czy do dochodzi do przejścia zakładu pracy lub jego części na innego pracodawcę tj. badanie czy wystąpił spadek zapotrzebowania na pracę u poprzedniego pracodawcy i powstanie takiego zapotrzebowania na pracę u nowego pracodawcy. Kryterium to wydaje się logicznym rozwinięciem występującego na gruncie orzecznictwa unijnego kryterium „przejęcia zadań”.

Na marginesie SN zauważył także że *pozwany [usługodawca 2 – przyp. B.A.] nie powinien, a w sensie prawnym nie mógł, składać propozycji pracy powodom [pracownikom – przyp. B.A.] właśnie z uwagi na treść art. 23¹ § 1 k.p. i działanie ex lege norm prawnych zawartych w tym przepisie.* Uwaga ta uwidacznia rozdział płaszczyzny

⁹³⁷ TSUE w połączonych sprawach C-173/96 and C-247/96, *Sánchez Hidalgo i inni* (1998), ECR I-8237, pkt 26.

⁹³⁸ Wyrok SN z 8.06.2010 r., I PK 214/09, LEX nr 602051.

⁹³⁹ Zob. także przywołane tam orzeczenia.

⁹⁴⁰ Zob. m.in. wyrok SN z 1.10.1997 r. I PKN 301/97, LEX nr 32984.

formalnej i rzeczywistej (normatywnej). Choć z treści oświadczeń woli złożonych w opisywanym stanie faktycznym nie wynikało, aby usługodawca 2 był pracodawcą, za sprawą działającego automatycznie mechanizmu transferu zakładu pracy stał się pracodawcą rzeczywistym. Nie mógł on zatem składać propozycji pracy osobom, które już zatrudniał.

Po orzeczeniu w sprawie *Süzen* Trybunał wydał serię wyroków, w których zanegował przejścia w rozumieniu dyrektywy z uwagi na fakt, iż działalność oparta była na składnikach majątkowych, które nie zostały przejęte. Jednym z nich był wyrok w sprawie *Allen*⁹⁴¹ dotyczący outsourcingu działalności polegającej na drążeniu szybów górniczych. W stanie faktycznym tej sprawy outsourcing odbywał się pomiędzy spółkami powiązаныmi, dotyczył działalności przemysłowej i realizowany był na podstawie umów rezultatu, co sprawia, że co do zasady orzeczenie to mieści się poza głównym nurtem rozważań prowadzonych w niniejszej rozprawie. Nie można jednak pominąć poczynionej przez Trybunał uwagi, że w przypadku przejęcia jednostki gospodarczej opartej na składnikach majątkowych fakt, iż własność owych składników nie zostaje przeniesiona nie stoi na przeszkodzie dla zastosowania do tego typu sytuacji przepisów dyrektywy 77/187/WE. Ma to istotne znaczenie w tych przypadkach outsourcingu usług, gdy to przedsiębiorstwo macierzyste zachowuje własność składników majątkowych, jedynie użyczając ich w celu realizacji określonych zadań kolejnym usługodawcom. Brak wymogu przeniesienia własności składników majątkowych dla wywołania skutków przejścia części zakładu pracy jest także powszechnie aprobowany na gruncie prawa polskiego⁹⁴².

Kolejnym orzeczeniem, w którym Trybunał uznał, że transfer nie został dokonany z uwagi na brak przejęcia składników majątkowych jest orzeczenie w sprawie *Liikenee*⁹⁴³. Dotyczyło ono zmiany usługodawcy realizującego usługi transportu zbiorowego (autobusowego) przez podmiot publiczny w wyniku przetargu⁹⁴⁴. Usługodawca 2 przejął obsługę siedmiu linii autobusowych i zatrudnił część kierowców uprzednio zatrudnionych przez usługodawcę 1, odmawiając jednak zapewnienia im

⁹⁴¹ Wyrok TSUE z 2.12.1999 r., G.C. Allen i in. przeciwko Amalgamated Construction Co. Ltd., C-234/98, EU:C:1999:594; zob. A.M. Świątkowski, *Restrukturyzacja zakładu pracy...*, s. 174-178.

⁹⁴² Zob. m.in. wyroki SN z: 18.09.2008 r., II PK 18/08, LEX nr 558196; 4.02.2010 r., III PK 49/09, LEX nr 578145 oraz 7.03.2012 r., II PK 233/11, LEX nr 1211154.

⁹⁴³ Wyrok TSUE z 25.01.2001 r., Oy Liikenne Ab przeciwko Pekka Liskojärvi i Pentti Juntunen, C-172/99, EU:C:2001:59.

⁹⁴⁴ Wyrok TSUE z 25.01.2001 r., w sprawie Liikenne, C-172/99, EU:C:2001:59, pkt 8.

tożsamych warunków zatrudnienia⁹⁴⁵. 26 autobusów nie zostało przejętych – usługodawca 2 wdzierzał jedynie czasowo 2 autobusy⁹⁴⁶. Trybunał uznał, że w sektorze takim jak autobusowy transport publiczny, gdzie składniki materialne w znacznym stopniu przyczyniają się do wykonywania działalności, brak przejęcia przez nowego usługodawcę od poprzednika większości tych składników, które są niezbędne do prawidłowego funkcjonowania podmiotu, musi prowadzić do wniosku, że podmiot nie zachowuje swojej tożsamości⁹⁴⁷. Na kanwie orzeczenia w sprawie *Liikenee* w polskiej doktrynie pojawił się pogląd, że przejęcie większej części pracowników jest jedynie elementem uzupełniającym, brany pod uwagę tylko w sytuacji, gdy przedsiębiorstwo może funkcjonować bez istotnych środków materialnych⁹⁴⁸. Pozostaje on spójny z wyrażanym dawniej zapatrywaniem, że istnieją wprawdzie zakłady pracy, w których środki materialne odgrywają mniejszą rolę, ale nawet w tych odosobnionych przypadkach środki takie nie mogą być w ogóle pominięte przy konstruowaniu pojęcia zakładu pracy, jego części oraz przejścia tych jednostek na nowego pracodawcę⁹⁴⁹.

Uważam, że powyższe poglądy rozmiągają się ze stanowiskiem Trybunału, który wedle kryteriów określonych w sprawie *Süzen* dzieli rodzaje działalności gospodarczej na dwa sektory, stosując do każdego z nich odrębne kryteria⁹⁵⁰. Jak słusznie zauważa M. Kurzynoga *stopień ważności każdego z nich jest zróżnicowany w zależności od tego, czy jednostka gospodarcza działa głównie na podstawie czynnika ludzkiego, czy też nie*⁹⁵¹. Należy przy tym podkreślić, że przedsiębiorstwa, oparte w przeważającej części na pracy ludzkiej, a nie na składnikach majątkowych są coraz liczniejsze – nie można ich zatem traktować jako wyjątków, ale jako grupę o doniosłym znaczeniu ekonomicznym.

Jak wskazano już wyżej, w sprawie *Temco* Trybunał zmierzył się z wielopodmiotową konstrukcją transferu, stając na stanowisku, że transfer może dokonać się pomiędzy „podwykonawcą” usługodawcy 1 a usługodawcą 2. Sprawa dotyczyła outsourcingu usług sprzątanania. Trybunał zajął więc stanowisko analogiczne do wyrażonego w orzeczeniu *Süzen* uzależniając zastosowanie przepisów dyrektywy od przejęcia istotnej części pracowników, w rozumieniu zarówno ich liczby,

⁹⁴⁵ Wyrok TSUE z 25.01.2001 r., w sprawie *Liikenne*, C-172/99, EU:C:2001:59, pkt 9.

⁹⁴⁶ Wyrok TSUE z 25.01.2001 r., w sprawie *Liikenne*, C-172/99, EU:C:2001:59, pkt 10.

⁹⁴⁷ Wyrok TSUE z 25.01.2001 r., w sprawie *Liikenne*, C-172/99, EU:C:2001:59, pkt 42.

⁹⁴⁸ I. Twardowska-Mędrak, *Najnowsze orzecznictwo ETS...*, s. 43.

⁹⁴⁹ R. Nadskakulski, *Część zakładu pracy...*, s. 26-27.

⁹⁵⁰ Zob. A. Tomanek, *Przejście zakładu...*, s. 56-57.

⁹⁵¹ M. Kurzynoga, *Przesłanki przejścia zakładu...*, s. 64.

jak i posiadanych przez nich kwalifikacji, przypisanych przez podwykonawcę do realizacji z umowy o podwykonawstwo⁹⁵².

W sprawie *Abler* dotyczącej outsourcingu usług cateringu świadczonych na rzecz szpitala⁹⁵³ poruszono problem zlecenia na zewnątrz zadań, które są realizowane przez usługodawcę na terenie przedsiębiorstwa macierzystego – w tym przypadku w budynku szpitala, a ponadto przy użyciu należących do niego pomieszczeń, sprzętu, a także korzystaniu z mediów⁹⁵⁴. Trybunał stanął przed pytaniem czy dyrektywa 77/187/WE znajduje zastosowanie do zmiany usługodawcy, w sytuacji gdy usługodawca 2 przejmuje zadania usługodawcy 1, zasadniczą część składników materialnych, udostępnionych przez usługobiorcę, a uprzednio używanych przez usługodawcę 1, jednocześnie odmawiając przejęcia jej pracowników⁹⁵⁵. Trybunał zakwalifikował działalność z zakresu cateringu jako opartą w zasadniczej części o składniki materialne⁹⁵⁶. W postępowaniu ustalono, że składniki te – w szczególności pomieszczenia oraz sprzęt – zostały przejęte przez usługodawcę 2⁹⁵⁷. *Przejęcie pomieszczeń i sprzętu, zapewnianych przez szpital i niezbędnych do przygotowania oraz dostarczenia posiłków pacjentom i pracownikom jest wystarczające, w okolicznościach sprawy, dla uznania, że nastąpiło przejęcie jednostki gospodarczej. Jest także jasne, że względu na świadczenie usług wewnątrz zakładu [przedsiębiorstwa macierzystego – przyp. B. A.], że nowy usługodawca przejął większość klientów swojego poprzednika. W konsekwencji, nieprzejęcie przez nowego usługodawcę większości pracowników zatrudnianych przez poprzednika, w rozumieniu zarówno ich liczby, jak i umiejętności, nie jest wystarczające dla uniemożliwienia przejęcia w rozumieniu dyrektywy 77/187/WE w sektorze takim jak catering⁹⁵⁸. Orzeczenie w sprawie *Abler* potwierdza w znacznym stopniu tezę wyrażoną przez Ł. Pisarczyka, zgodnie z którą wydaje się, że o ile przejęcie pracowników jest wskazówką, że doszło do przejścia, o tyle nieuzasadnione może się okazać wnioskowanie odwrotne, oparte na założeniu, że skoro pracownicy w większości nie zostali przejęci, przejście na pewno nie miało miejsca⁹⁵⁹. Moim zdaniem, zagadnienie przejęcia pracowników ma znaczenie we wszystkich stanach*

⁹⁵² Wyrok TSUE w sprawie *Temco Service Industries SA* przeciwko *Samir Imzilyen i innym*, C-51/00, EU:C:2002:48, pkt 33.

⁹⁵³ Zob. wyrok TSUE w sprawie *Abler*, C-340/01, EU:C:2003:629, pkt 2, 8.

⁹⁵⁴ Zob. wyrok TSUE w sprawie *Abler*, C-340/01, EU:C:2003:629, pkt 9.

⁹⁵⁵ Zob. wyrok TSUE w sprawie *Abler*, C-340/01, EU:C:2003:629, pkt 26.

⁹⁵⁶ Zob. wyrok TSUE w sprawie *Abler*, C-340/01, EU:C:2003:629, pkt 36.

⁹⁵⁷ Zob. wyrok TSUE w sprawie *Abler*, C-340/01, EU:C:2003:629, pkt 36.

⁹⁵⁸ Wyrok TSUE w sprawie *Abler*, C-340/01, EU:C:2003:629, pkt 36-37.

⁹⁵⁹ Ł. Pisarczyk, *Przejście zakładu pracy...*, s. 50-51.

faktycznych związanych z przejściem jednostki gospodarczej, tyle tylko, że w przypadku przejścia działalności opartej w zasadniczej części na pracy ludzkiej kryterium to ma większą wagę aniżeli w przypadku przejścia działalności opartej w zasadniczej części na składnikach materialnych.

Choć Trybunał nie wspomniał o tym wprost, wydaje się że w sprawie *Abler* istotne znaczenie odegrał fakt tożsamości miejsca świadczenia usług – przed i po transferze, który powiązany jest często z zagadnieniem przejścia składników majątkowych tj. w szczególności z przejściem posiadania określonej nieruchomości. W orzecznictwie Sądu Najwyższego miejsce świadczenia pracy wskazano wprost jako okoliczność, którą należy badać przy determinowaniu czy doszło do transferu: *ocenę, że doszło do przejścia zakładu pracy na innego pracodawcę w rozumieniu art. 23¹ k.p. może uzasadniać tożsamość miejsca świadczenia pracy oraz zadań stanowiących treść stosunku pracy przed i po zmianie pracodawcy, a także określony kontekst majątkowy tej zmiany związany z wygaśnięciem dotychczasowych i zawarciem nowych umów majątkowych dotyczących budynku i sprzętu, przy pomocy którego zadania te były wykonywane*⁹⁶⁰.

Orzeczenie w sprawie *Abler* zostało przywołane przez Sąd Najwyższy w serii wyroków dotyczących outsourcingu usług cateringu świadczonych na rzecz szpitala⁹⁶¹. SN uznał, podobnie jak Trybunał, że rodzaj usług wykonywanych na rzecz szpitala przez usługodawców nie pozwala na przyjęcie, że zapewnienie wyżywienia mogło odbywać się z pominięciem infrastruktury mającej majątkowy charakter. Stan faktyczny spraw analizowanych przez SN różnił się jednak nieco od tego rozpatrywanego przez Trybunał w sprawie *Abler*. Składniki majątkowe (dzierżawione pomieszczenia szpitalne) oraz wyposażenie kuchenne zostały przez usługodawcę 1 zwrócone szpitalowi, który przeznaczył znaczną część wyposażenia kuchennego do kasacji z uwagi na jego zużycie, a w zwróconych pomieszczeniach kuchni przeprowadził prace remontowo-adaptacyjne z przeznaczeniem na oddziały szpitalne. Następnie usługodawca 2 rozpoczął realizację usług cateringu, nie przejmując jednak ani pomieszczeń, ani wyposażenia.

Na kanwie tak zarysowanego stanu faktycznego pojawiła się zatem wątpliwość czy nowym pracodawcą miałby być szpital, któremu usługodawca 1 zwrócił składniki majątkowe po zaprzestaniu współpracy w ramach outsourcingu usług, czy też usługodawca 2, który przejął realizację zadań usługodawcy 1. Wątpliwość ta znalazła

⁹⁶⁰ Postanowienie SN z 7.12.2005 r., III PZP 2/05, LEX nr 214274.

⁹⁶¹ Wyroki SN z 29.03.2012 r., I PK 150/11, LEX nr 1167736 oraz I PK 151/11, LEX nr 1619610; wyroki SN z 11.04.2012 r., I PK 145/11, LEX nr 1168867 oraz I PK 155/11, LEX nr 1289157.

odzwierciedlenie w oznaczeniu strony pozwanej w opisywanym sporze. Byli pracownicy usługodawcy 1 skierowali bowiem powództwo o dopuszczenie do pracy przeciwko wszystkim trzem podmiotom tj. zarówno przeciwko szpitalowi, jak i obu usługodawcom. Na marginesie uwag materialnoprawnych, zauważyć należy, że w wielopodmiotowych relacjach związanych z problematyką transferu części zakładu pracy, jakie towarzyszą rozpoczęciu lub zakończeniu współpracy w ramach outsourcingu usług dość charakterystyczne jest kierowanie przez pracowników roszczeń procesowych w stosunku do wielu podmiotów. Wydaje się, że działania tego typu najlepiej ilustrują jak dalece sięga brak pewności prawa polskiego, dotyczącego przejścia zakładu pracy lub jego części, jak również prawa unijnego dotyczącego przejęcia przedsiębiorstwa, zakładu lub ich części.

Powracając jednak do analizowanej sprawy, Sąd Najwyższy uznał, że przejście części zakładu pracy nie miało miejsca ani w relacji usługodawca 1 – szpital, ani w relacji usługodawca 1-usługodawca 2. W pierwszej relacji przejęte zostały wprawdzie składniki majątkowe, po stronie szpitala zabrakło jednak zamiaru kontynuacji lub wznowienia działalności w zakresie żywienia, co uniemożliwiło spełnienie przesłanki zachowania tożsamości gospodarczej. SN trafnie podniósł⁹⁶², że *nie sposób uznać, że pomieszczenia kuchenne i ich wyposażenie zwrócone szpitalowi, który ani przez chwilę nie wykorzystywał ich zgodnie z przeznaczeniem, stanowią część zakładu pracy w tym rozumieniu, umożliwiającą pracownikom spółki kontynuowanie zatrudnienia*. W drugiej relacji nie nastąpiło natomiast przejęcie składników majątkowych, ani przejęcie zespołu pracowników. SN uznał zatem, że skoro usługodawca 2 *nie wykorzystuje żadnych składników mienia związanych z wykonywaniem usługi żywienia pacjentów szpitala przez jej poprzednika, to (...) nie ma możliwości stwierdzenia, że doszło do przejścia na tego pracodawcę części zakładu pracy*.

W sprawie *Güney-Görres*⁹⁶³ Trybunał rozważał sytuację zmiany usługodawcy świadczącego usługi z zakresu kontroli pasażerów i ich bagaży na terenie lotniska Düsseldorf⁹⁶⁴. Do świadczenia owych usług niezbędny był specjalistyczny sprzęt obejmujący między innymi bramki wykrywające, przenośnik wyposażony w automatyczny system kontroli promieniami Roentgena (urządzenie do

⁹⁶² Zob. M. Kurzynoga, *Przesłanki przejścia zakładu...*, s. 66.

⁹⁶³ Wyrok TSUE z 15.12.2005 r., *Nurten Güney-Görres Gul Demir przeciwko Securicor Aviation (Germany) Ltd i Kötter Aviation Security GmbH & Co. KG.*, C-232/04 i C-233/04, EU:C:2005:778.

⁹⁶⁴ Zob. wyrok TSUE w sprawie *Güney-Görres*, C-232/04 i C-233/04, EU:C:2005:778, pkt 8, 15, 16.

kontroli bagażu i urządzenia prześwietlające), ręczne wykrywacze metalu, a także wykrywacze materiałów wybuchowych⁹⁶⁵. Stanowił on własność niemieckich władz państwowych, oddaną jedynie do korzystania usługodawcom na czas trwania umów o świadczenie usług w przedmiotowym zakresie⁹⁶⁶. Sąd niemiecki dostrzegł, że urządzenia te nie były przedmiotem samodzielnego gospodarczego wykorzystania, bowiem ich konserwacja spoczywała na dających zlecenie niemieckich władzach państwowych, które zobowiązane były do pokrywania związanych z tym kosztów, a ponadto specyfikacja udzielonego zamówienia publicznego przewidywała obowiązek używania tych właśnie urządzeń⁹⁶⁷. Sąd krajowy wystąpił zatem do Trybunału z pytaniem prejudycjalnym, *czy przy ocenie istnienia przejęcia zakładu na podstawie art. 1 dyrektywy 2001/23/WE w przypadku udzielenia nowego zamówienia i przy dokonaniu całościowej oceny przesłanką dla stwierdzenia, że składniki przedsiębiorstwa przeszły z pierwotnego wykonawcy na nowego wykonawcę jest — niezależnie od kwestii stosunków własnościowych — wymóg, by dokonano przekazania tych składników temu ostatniemu do samodzielnego gospodarczego wykorzystania*⁹⁶⁸? Trybunał stanął na stanowisku, że *przejęcie składników przedsiębiorstwa (...) w celu samodzielnego gospodarczego wykorzystania, nie stanowi warunku koniecznego dla stwierdzenia, że nowy wykonawca przejął te składniki od wykonawcy pierwotnego*⁹⁶⁹. Świadczy to o bardzo szerokim rozumieniu przez Trybunał pojęcia przejęcia składników majątkowych, co implikuje istotne ograniczenie katalogu sytuacji, w których transfer może zostać zakwestionowany wyłącznie w oparciu o zarzut niespełnienia tego kryterium. Podobne stanowisko wyraża w głosie do orzeczenia w sprawie *Güney-Görres* I. Twardowska-Mędrak twierdząc, że *orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości w kwestii okoliczności, jakie należy uwzględniać przy ocenie, czy doszło do przejścia, zmierza w kierunku ograniczenia przypadków, w których w celu dokonania przejęcia jest konieczne przeniesienie środków materialnych. Jest to raczej redukcja niż eliminacja tego typu sytuacji, w każdym jednak razie, jeżeli kryterium przejęcia elementów materialnych jest brane pod uwagę, nie może się ono stać tylko i wyłącznie prostą i jedyną przesłanką*

⁹⁶⁵ Zob. wyrok TSUE w sprawie *Güney-Görres*, C-232/04 i C-233/04, EU:C:2005:778, pkt 10.

⁹⁶⁶ Zob. wyrok TSUE w sprawie *Güney-Görres*, C-232/04 i C-233/04, EU:C:2005:778, pkt 10, 16.

⁹⁶⁷ Zob. wyrok TSUE w sprawie *Güney-Görres*, C-232/04 i C-233/04, EU:C:2005:778, pkt 22.

⁹⁶⁸ Wyrok TSUE w sprawie *Güney-Görres*, C-232/04 i C-233/04, EU:C:2005:778, pkt 23.

⁹⁶⁹ Wyrok TSUE w sprawie *Güney-Görres*, C-232/04 i C-233/04, EU:C:2005:778, sentencja.

dla określenia, czy konkretny przypadek będzie podlegał ochronnym przepisom dyrektywy⁹⁷⁰.

Sprawa *CLECE SA* dotyczyła outsourcingu usług sprzątanania. Trybunał podtrzymał w niej utrwalone⁹⁷¹ stanowisko, że działalność ta oparta jest przede wszystkim na sile roboczej, w związku z czym zespół pracowników zatrudnionych wspólnie przez dłuższy czas przy sprzątananiu może, w braku innych czynników produkcji, odpowiadać jednostce gospodarczej⁹⁷². Na kanwie stanu faktycznego sprawy *CLECE SA* sam transfer nie miał miejsca z uwagi na brak zachowania tożsamości jednostki gospodarczej, spowodowany brakiem przejęcia pracowników wyznaczonych przedtem do realizacji prac przez *CLECE*, jak i brakiem przejęcia materialnych lub niematerialnych składników majątkowych tego przedsiębiorstwa. Trybunał powtórzył stanowisko, że sama okoliczność podobieństwa, czy wręcz tożsamości przejętej działalności nie jest wystarczająca dla spełnienia owej przesłanki⁹⁷³.

Na szczególną uwagę zasługuje jednak zawarte w uzasadnieniu orzeczenia w sprawie *CLECE SA* doprecyzowanie przesłanki „przejęcia pracowników”. Trybunał uznał, że *nie ma (...) znaczenia, czy przejęcie zasadniczej części personelu następuje w ramach przeniesienia własności w drodze umowy między zbywcą a przejmującym, czy wynika z jednostronnej decyzji dotychczasowego pracodawcy o rozwiązaniu stosunków pracy przenoszonych pracowników i następnie jednostronnej decyzji nowego pracodawcy o zatrudnieniu zasadniczej części tych pracowników do wykonywania tych samych zadań*. Ten krótki fragment wymaga obszernego komentarza. Po pierwsze, spełnienie przesłanki „przejęcia zasadniczej części personelu” w przypadku jednostek gospodarczych opartych na pracy ludzkiej zależy od woli kontrahentów (niezależnie od sposobu jej wyrażenia – umowa lub dwie jednostronne decyzje). Po drugie, w przypadku dwóch jednostronnych decyzji (decyzja dotychczasowego pracodawcy o rozwiązaniu umów o pracę oraz decyzja nowego pracodawcy o zatrudnieniu pracowników) proces przejmowania pracowników może być rozciągnięty w czasie. Po trzecie, krytyka formuły „prawne przeniesienie własności”

⁹⁷⁰ I. Twardowska-Mędrak, *Zachowanie tożsamości podmiotu...*

⁹⁷¹ TSUE powołał się m.in. na orzeczenia w sprawach Vidal, C-127/96, C-229/96 oraz C-74/97, EU:C:1998:594, pkt 27 oraz wyrok TSUE w połączonych sprawach C-173/96 and C-247/96, Sánchez Hidalgo i inni (1998), ECR I-8237, pkt 26.

⁹⁷² Wyrok TSUE w sprawie *CLECE SA* przeciwko María Socorro Martín Valor i Ayuntamiento de Cobisa, C-463/09, EU:C:2011:24,.

⁹⁷³ Wyrok TSUE w sprawie *CLECE SA* przeciwko María Socorro Martín Valor i Ayuntamiento de Cobisa, C-463/09, EU:C:2011:24, pkt 40-41.

jest w przypadku opisywanego wyroku szczególnie uzasadniona – przedstawiony sposób wykładni sugeruje bowiem jakoby zespół pracowników miał stanowić „własność” pracodawców.

Znaczenie przesłanki „przejęcia większości pracowników” w jednostkach gospodarczych opartych na kryterium osobowym zostało w polskiej literaturze poddane analizie przez A. Sobczyka i P. Korusa, którzy zwrócili uwagę na fakt, iż *powszechne rozumienie istoty transferu jest bowiem takie, że pracodawca nie ma wpływu na przejęcie pracowników, ponieważ po prostu musi ich przejąć. Tymczasem wypowiedź ta sugeruje, że przejęcie jest pochodną woli pracodawcy, który może ale nie musi przejąć pracowników. Tylko przy takim rozumowaniu możliwa jest sytuacja, w której dochodzi do przejęcia lub nieprzejęcia „większości”*⁹⁷⁴. Dalsza analiza zagadnienia doprowadziła autorów do pytania *czy testy Spijkersa i Süzen można odczytać w ten sposób, że jeśli większość danego zespołu chce pracować u nowego pracodawcy, to wola tej większości oznacza, iż powstał zespół pracowników, czyli „część zakładu pracy”*⁹⁷⁵. Taki sposób wykładni ocenili oni pozytywnie wyrażając tym samym pogląd przeciwny dominującemu w doktrynie⁹⁷⁶ stanowisku, że wola zainteresowanych pracowników nie wpływa na zaistnienie transferu.

Przesłanka „przejęcia większości pracowników” budzi uzasadnione wątpliwości. W literaturze podnosi się, że jej stosowanie prowadzi do przemieszania przesłanek transferu z jego skutkami⁹⁷⁷. W przypadku gdy przedmiotem przejęcia dokonywanego w toku outsourcingu jest jednostka gospodarcza oparta na pracy ludzkiej możemy mieć do czynienia z następującymi sytuacjami Do rozważenia pozostają zatem następujące modelowe sytuacje:

działanie pracodawcy macierzystego	działanie usługodawcy i pracowników	spełnienie przesłanki przejęcia
---	--	--

⁹⁷⁴ A. Sobczyk, P. Korus, *Test Spijkersa i test Süzen...*, s. 10.

⁹⁷⁵ Ibidem.

⁹⁷⁶ Zob. m.in. L. Mitrus, *Przejęcie zakładu pracy na innego pracodawcę a prawo pracownika do odprawy w świetle art. 23[1] § 4 k.p.*, MOPR 2011/7, Legalis; J. Sulzendorf, *Przejęcie pracowników przez innego pracodawcę – niektóre aspekty prawne*, „Służba Pracownicza” 2001/9, s. 28; S. Koczur, *Przejęcie pracowników jako następstwo...*, s. 150.

⁹⁷⁷ Pogląd ten wyrażony jest w nauce niemieckiej zob. A. Tomanek, *Przejęcie zakładu...*, s. 29 oraz powołana tam literatura. Na gruncie nauki polskiej zob. Z. Hajn, *Pojęcie jednostki gospodarczej...*, s. 26; zob. również S. Koczur, *Przejęcie pracowników...*, s. 147.

		większości pracowników
pracodawca macierzysty rozwiązuje umowy o pracę ze wszystkimi lub częścią pracowników dotychczas zatrudnionych przy wykonywaniu zadań	usługodawca nie zatrudnia ich lub zatrudnia mniejszość zwolnionej uprzednio grupy	NIE
pracodawca macierzysty rozwiązuje umowy o pracę ze wszystkimi lub większością pracowników dotychczas zatrudnionych przy wykonywaniu zadań	usługodawca zatrudnia większość zwolnionej uprzednio grupy	TAK
pracodawca macierzysty rozwiązuje umowy o pracę z mniejszością pracowników dotychczas zatrudnionych przy wykonywaniu zadań, pozostała część nadal pozostaje zatrudniona w jego strukturach	usługodawca nie zatrudnia pracowników uprzednio zatrudnionych przy wykonywaniu zadań lub zatrudnia ich mniejszość	NIE
pracodawca macierzysty i usługodawca ustalają wspólnie, że usługodawca przejmie większość pracowników uprzednio zatrudnionych przez pracodawcę macierzystego przy wykonywaniu zadań przekazywanych na zewnątrz w trybie art. 23 ¹ k.p.		TAK
pracodawca macierzysty informuje pracowników, że zostaną przejęci w trybie art. 23 ¹ k.p. przez usługodawcę, który nie wyraża woli ich przejęcia	usługodawca zatrudnia większość pracowników, nie uznając iż zostali przejęci w trybie art. 23 ¹ k.p.	TAK
	usługodawca odmawia zatrudnienia większości pracowników	TAK

Źródło: opracowanie własne

Spełnienie przesłanki przejścia większości pracowników jest zatem do pewnego stopnia uzależnione od woli podmiotów zaangażowanych w proces outsourcingu. Pogląd A. Sobczyka i P. Korusa o wpływie woli pracowników na zaistnienie transferu jest w moim przekonaniu trafny jedynie w odniesieniu do sytuacji, w których przejście większości pracowników spowodowane jest rozwiązaniem umowy o pracę z pracodawcą macierzystym i nawiązaniem umowy o pracę z usługodawcą. Niewątpliwie bowiem wyrażenie przez większość pracowników woli zawarcia umów o pracę z usługodawcą stanowi warunek *sine qua non* „przejścia większości pracowników”, a w konsekwencji możliwości (przy spełnieniu innych przesłanek) objęcia owej sytuacji zakresem zastosowania norm dotyczących transferu części zakładu pracy. Autorzy uważają także, że zawarte przez nowego pracodawcę i pracowników umowy o pracę powinny zostać uznane za bezprzedmiotowe, skoro — jak się okazało — doszło do transferu. Ostatecznie więc obowiązują warunki takie jak u poprzedniego pracodawcy⁹⁷⁸. Uwagę tę podzielić można jedynie częściowo. Żeby uruchomić mechanizm transferu tj. spełnić faktyczne przesłanki przejścia umowy o pracę muszą zostać zawarte – jest to element stanu faktycznego badanego przez sąd, co wyraźnie widoczne jest w sprawie *CLECE SA*. Z drugiej strony, jeśli m.in. wskutek ich zawarcia do transferu dojdzie, to uruchomiona zostanie normatywna konstrukcja transferu, która działa *ex lege*, czyli w szczególności nie wymaga zawierania umów o pracę pomiędzy przejmowanymi pracownikami a nowym pracodawcą⁹⁷⁹. Uwidacznia to obarczenie teoretycznoprawnej konstrukcji transferu zakładu pracy w tej grupie przypadków pułapką „błędne koła”⁹⁸⁰. W praktyce, konstrukcję tę można mimo wszystko do pewnego stopnia „wybronić”. Przepisy dotyczące transferu nie wykluczają bowiem całkowicie możliwości modyfikacji warunków zatrudnienia na mocy porozumienia pracownika z nowym pracodawcą⁹⁸¹, co sprawia, że przynajmniej część postanowień zawartych w nowych umowach nie będzie, na płaszczyźnie normatywnej, bezprzedmiotowa⁹⁸².

Opisywany układ jest często spotykany w tzw. outsourcingu drugiej generacji, gdy nie istnieje jakakolwiek więź prawna pomiędzy usługodawcą 1 i usługodawcą 2, która

⁹⁷⁸ A. Sobczyk, P. Korus, *Test Spijkersa i test Süzen...*, s. 10; zob. także W. Cajsels, *Outsourcing usług...*, s. 23.

⁹⁷⁹ Zob. Z. Hajn, *Przejście zakładu...* oraz przywołany przez autora wyrok SN z 20.09.1990 r., I PR 251/90, LEX nr 13210; Ł. Pisarczyk, *Przejście zakładu pracy...*, s. 149.

⁹⁸⁰ S. Koczur, *Przejście pracowników...*, s. 147.

⁹⁸¹ Zob. wyrok SN z 6.05.2003 r., I PK 237/02, LEX nr 80126; A. Górnicz-Mulcahy, *Przejście zakładu pracy...*, s. 467; A. Tomanek, *Przejście zakładu...*, s. 146.

⁹⁸² Zob. Ł. Pisarczyk, *Przejście zakładu pracy...*, s. 149-150.

przejmuje realizację usług na rzecz usługobiorcy. Transfer zakładu pracy odbywa się wówczas nierzadko wbrew woli usługodawcy². Podmiot ten często nie ma świadomości, że zatrudnienie większości pracowników uprzednio zatrudnianych przez poprzednika wywoła skutek w postaci wstąpienia w sytuację prawną poprzedniego pracodawcy i konieczność wypełnienia dodatkowych obowiązków wynikających z przejścia części zakładu pracy.

Poglądu A. Sobczyk i P. Korusa nie można natomiast podzielić w drugiej z sytuacji „przejścia większości pracowników” wymienionej w sprawie *CLECE SA.* tj. w sytuacji gdy zbywający i przejmujący wyrażają wspólną wolę, aby większość pracowników przeszła do usługodawcy w trybie art. 23¹ k.p. Strony wyrażają ową wolę najczęściej w formie porozumienia pomiędzy dotychczasowym a nowym pracodawcą, które służy wyjaśnieniu sytuacji prawnej pracowników⁹⁸³. Porozumienie ma na celu rozwianie niepewności pracowników i doprecyzowywanie mechanizmu działania sukcesji generalnej wynikającej z art. 23¹§1 k.p. Pojawia się pytanie czy doprecyzowując sytuację pracowników strony mogą mocą porozumienia dokonać modyfikacji skutków określonych w art. 23¹§1 k.p. Wobec ściśle bezwzględnie obowiązującego charakteru normy należy udzielić odpowiedzi przeczącej⁹⁸⁴. Przykład niedozwolonej modyfikacji został wskazany przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 16 listopada 2004 r., zgodnie z którym *umowa o pracę na czas nieokreślony zawarta z dotychczasowym pracodawcą nie przekształca się w umowę na czas określony u nowego pracodawcy, wskutek zobowiązania się przez niego do zatrudniania pracowników przez oznaczony okres w umowie, na podstawie której nastąpiło przejście zakładu pracy*⁹⁸⁵.

Zawarcie porozumienia jest szczególnie istotne w przypadku przejścia części zakładów pracy opartych na pracy ludzkiej, gdyż warunek *sine qua non* zaistnienia transferu stanowi wówczas spełnienie przesłanki przejścia większości pracowników przypisanych do danej części. Treść porozumienia ma wpływ na to czy spełnione zostaną przesłanki przejścia części zakładu pracy, ale nie ma wpływu na skutek zastosowania normy, który następuje *ex lege*. Oznacza to, że jeśli usługodawca zobowiąże się w porozumieniu do przejścia 60% pracowników wyodrębnionej części macierzystego zakładu pracy, w ramach której realizowano dotychczas przekazywane jej zadania, to

⁹⁸³ Zob. W. Sanetra, o *pojęciu części zakładu...*, s. 18.

⁹⁸⁴ Zob. także wyrok SN z 19.10.2010 r., II PK 91/10, LEX nr 1112867; wyrok SN z 10.07.2014 r., II PK 250/13, LEX nr 1500667.

⁹⁸⁵ Wyrok SN z 16.11.2004 r., I PK 23/04, LEX nr 149878.

pozostałe 40% pracowników owej części również stanie się jej pracownikami na mocy art. 23¹§1 k.p.⁹⁸⁶ Jeżeli natomiast usługodawca zobowiąże się do przejęcia 40% pracowników wyodrębnionej części macierzystego zakładu pracy, to przesłanka przejęcia większości pracowników nie zostanie spełniona. Żaden z pracowników części macierzystego zakładu pracy nie stanie się wówczas pracownikiem usługodawcy na mocy art. 23¹§1 k.p.⁹⁸⁷ Ujmując ten zawiły problem innymi słowami, treść porozumienia kontrahentów może uruchomić mechanizm transferu części zakładu pracy, ale jeśli mechanizm zostanie uruchomiony, to nie może go już zatrzymać, ani zmienić skutków jego zastosowania. Potwierdza to wyrok SN z dnia 22 września 1999 r., *zgodnie z którym skutek wynikający z art. 23¹ § 1 k.p. jest niezależny od podjęcia przez pracownika zatrudnienia u nowego pracodawcy*⁹⁸⁸. Wywołują go działania pracodawców, a pracownikom przysługuje jedynie uprawnienie do rozwiązania stosunków pracy za siedmiodniowym uprzedzeniem. Jak wynika z literalnego brzmienia art. 23¹§4 k.p., dwumiesięczny termin na dokonanie tej czynności otwiera się z chwilą przejścia zakładu pracy lub jego części na innego pracodawcę, co potwierdza pogląd, że kwestia woli pracowników nie ma w tym wypadku wpływu na automatyzm transferu⁹⁸⁹. Zmiana pracodawcy w trybie art. 23¹§1 k.p. następuje w odniesieniu do wszystkich pracowników zatrudnionych w ramach wydzielonej części zakładu pracy lub nie następuje wcale. Jeśli kontrahenci wykluczą z tej grupy określonych pracowników⁹⁹⁰, wówczas nabywca części zakładu pracy stanie się względem nich pracodawcą rzeczywistym.

Moim zdaniem, zestawienie poglądów Trybunału wyrażonych w sprawach *Süzen* oraz *CLECE SA* pozwala na rozwianie wielu wątpliwości związanych z kontrowersyjną przesłanką przejęcia pracowników. Dyskusję na temat pomieszania przyczyny i skutku transferu w owym pojęciu trafnie podsumowuje natomiast pogląd W. Sanetry, który stwierdził, że *samo przejęcie zakładu pracy lub jego części łączy się z czynnościami (w tym zwłaszcza czynnościami prawnymi) różnych podmiotów. (...) Przejęcie jest więc*

⁹⁸⁶ Przy założeniu, że o spełnieniu kryterium „przejęcia większości pracowników” decyduje ich liczba, a nie np. posiadane umiejętności.

⁹⁸⁷ O ile „przejęcie większości pracowników” nie nastąpi poprzez rozwiązanie umów o pracę z pracodawcą macierzystym i zatrudnienie przez usługodawcę.

⁹⁸⁸ I PKN 264/99, LEX nr 44924.

⁹⁸⁹ Zob. K. Moras, *Rozwiązanie umowy o pracę przez pracownika w przypadku przejścia zakładu pracy w prawie polskim i austriackim*, MOPR 2011/3, s. 131.

⁹⁹⁰ Zob. W. Santera, *o pojęciu części zakładu pracy*, „Przegląd Sądowy” 1994/1 s. 18.

*efektem woli jakiegoś lub jakiś podmiotów, natomiast skutek przewidziany w art. 23¹ k.p. (...) następuje już bez udziału tej woli, bo z mocy samego prawa*⁹⁹¹.

Kolejnym istotnym orzeczeniem Trybunału dotyczącym opisywanego tematu było orzeczenie w sprawie *Pascual*. Jak wspomniano już powyżej, Trybunał rozpatrywał na jej gruncie sytuację związaną z zakończeniem współpracy w ramach outsourcingu pomiędzy usługodawcą 1 a usługodawcą 2. Sprawa dotyczyła outsourcingu usług przeładunku jednostek transportu intermodalnego – działalności opartej o składniki majątkowe, tj. w szczególności o odpowiedni sprzęt (żurawie) i lokale⁹⁹². Składniki majątkowe stanowiły własność usługobiorcy, zostały udostępnione początkowo usługodawcy 1, a następnie usługodawcy 2⁹⁹³. Przejmując realizację zadań powierzonych uprzednio usługodawcy 2, usługodawca 1 odmówił jednak wstąpienia w prawa i obowiązki usługodawcy 2 odnoszące się do jego personelu⁹⁹⁴. Trybunał zajął analogiczne stanowisko jak w sprawie *Abler* twierdząc, że *okoliczność, iż składniki materialne przejęte przez nowego przedsiębiorcę nie należały do jego poprzednika, lecz zostały po prostu udostępnione przez zleceniodawcę, nie może wykluczać istnienia przejęcia przedsiębiorstwa w rozumieniu wspomnianej dyrektywy*⁹⁹⁵. Trybunał wzmocnił ową argumentację przytaczając pisemne stanowisko Komisji Europejskiej, zgodnie z którym *wykładnia art. 1 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2001/23 wykluczająca z zakresu zastosowania tej dyrektywy sytuację, w której składniki materialne niezbędne do prowadzenia rozpatrywanej działalności nigdy nie przestały należeć do przejmującego, pozbawiłaby wspomnianą dyrektywę części jej skuteczności (effet utile)*⁹⁹⁶. W zakresie braku przejęcia pracowników Trybunał orzekł, iż *brak przejęcia przez nowego przedsiębiorcę istotnej części (...) załogi jego poprzednika oddelegowanej do wykonywania tej działalności nie wystarcza, aby wykluczyć istnienie przejęcia jednostki utrzymującej swoją tożsamość w rozumieniu dyrektywy 2001/23 w branży, takiej jak rozpatrywana w postępowaniu głównym, w której działalność opiera się zasadniczo na sprzęcie. Odmienne wykładnia byłaby niezgodna z głównym celem wspomnianej dyrektywy polegającym na utrzymaniu umów o pracę pracowników zbywającego, nawet wbrew woli przejmującego*⁹⁹⁷.

⁹⁹¹ W. Sanetra, o pojęciu części zakładu..., s. 17.

⁹⁹² Zob. wyrok TSUE w sprawie *Pascual*, C-509/14, EU:C:2015:781, pkt 36-37.

⁹⁹³ Zob. wyrok TSUE w sprawie *Pascual*, C-509/14, EU:C:2015:781, pkt 11, 37.

⁹⁹⁴ Zob. wyrok TSUE w sprawie *Pascual*, C-509/14, EU:C:2015:781, pkt 14.

⁹⁹⁵ Wyrok TSUE w sprawie *Pascual*, C-509/14, EU:C:2015:781, pkt 39.

⁹⁹⁶ Wyrok TSUE w sprawie *Pascual*, C-509/14, EU:C:2015:781, pkt 40.

⁹⁹⁷ Wyrok TSUE w sprawie *Pascual*, C-509/14, EU:C:2015:781, pkt 41.

Ostatnim etapem ewolucji orzecznictwa TSUE, który zdaje się pozostawać nadal w fazie krystalizacji, jest umniejszenie roli kryterium przekazania składników majątkowych. W sprawie *Grafe*⁹⁹⁸ po zakończeniu współpracy outsourcingowej polegającej na realizacji usług publicznego autobusowego transportu pasażerskiego z usługodawcą 1, w drodze nowego przetargu wyłoniono usługodawcę 2. Usługodawca 2 zatrudnił większość pracowników, z którymi usługodawca 1 rozwiązał umowy o pracę, nie przejął jednak autobusów, ponieważ nie spełniały one aktualnie obowiązujących norm technicznych i środowiskowych, aby zgodnie z warunkami przetargu, mogły być nadal używane do realizacji usług stanowiących przedmiot outsourcingu. Trybunał stanął przed koniecznością odpowiedzi na pytanie prejudycjalne *czy założenie, że przy uwzględnieniu czasowego ograniczenia zamówienia publicznego na usługi, opartego na racjonalnej uzasadnionej ekonomicznie decyzji, autobusy, z powodu ich wieku i podwyższonych wymogów technicznych (emisja spalin, pojazdy niskopodłogowe), nie mają już istotnego znaczenia z perspektywy wartości zakładu, uzasadnia odstąpienie przez [Trybunał] od wyroku z dnia 25 stycznia 2001 r., Liikenne (C-172/99, EU:C:2001:59), w ten sposób, że w takiej sytuacji do zastosowania dyrektywy [77/187] może prowadzić przejście istotnej części załogi.*

Trybunał orzekł, że w ramach przejścia przez jednostkę gospodarczą działalności, której wykonywanie, zgodnie z procedurą udzielania zamówień publicznych, wymaga znaczących środków trwałych, nieprzejęcie przez tę jednostkę owych środków, stanowiących własność jednostki gospodarczej poprzednio wykonującej tę działalność, z powodu ograniczeń prawnych, środowiskowych i technicznych nałożonych przez instytucję zamawiającą nie stoi nieuchronnie na przeszkodzie zakwalifikowaniu tego przejścia działalności jako przejścia przedsiębiorstwa, jeżeli inne okoliczności faktyczne, takie jak przejście większości pracowników oraz nieprzerwane kontynuowanie rzeczonyj działalności, pozwalają na wykazanie, że została zachowana tożsamość danej jednostki gospodarczej⁹⁹⁹. W uzasadnieniu Trybunał podkreśla również, że przejście istniejącego taboru autobusowego nie byłoby dla nowego wykonawcy racjonalne z ekonomicznego punktu widzenia¹⁰⁰⁰.

⁹⁹⁸ Wyrok TSUE z 27.02.2020 r., w sprawie Reiner Grafe i Jürgen Pohle przeciwko Südbrandenburger Nahverkehrs GmbH i OSL Bus GmbH, C-298/18, EU:C:2020:121, pkt 23.

⁹⁹⁹ Wyrok TSUE w sprawie Grafe, C-298/18, EU:C:2020:121, sentencja.

¹⁰⁰⁰ Wyrok TSUE w sprawie Grafe, C-298/18, EU:C:2020:121, pkt 32.

Wyjaśniając odmienne rozstrzygnięcie niż w sprawie *Liikenne* Trybunał podnosił, że już w owej sprawie stał na stanowisku, iż *brak przeniesienia z poprzedniego wykonawcy na nowego wykonawcę zamówienia rzeczowych środków trwałych wykorzystywanych do obsługi danych linii autobusowych stanowi okoliczność, którą należy wziąć pod uwagę, nie można z tego punktu wywodzić, że przejęcie autobusów należy in abstracto traktować jako jedyny czynnik decydujący o przejęciu przedsiębiorstwa, którego działalność polega na publicznym autobusowym transporcie pasażerskim*¹⁰⁰¹.

Orzeczenie w sprawie *Grafe* można uznać za bardzo ostrożne odejście od opierania przejęcia jednostki gospodarczej na składnikach majątkowych w przypadku, gdy zakłady te realizują usługi ściśle powiązane z koniecznością używania określonych składników majątkowych. Moim zdaniem, jest to właściwy kierunek wykładni, który mam nadzieję, zostanie przez Trybunał rozwinięty w przyszłości. Nieracjonalnym, w warunkach współczesnej gospodarki rynkowej jest bowiem żądanie od kontrahentów outsourcingowych przejmowania przez usługodawcę wysłużonych i niezdatnych do prowadzenia działalności sprzętów tylko po to, aby spełnić przesłanki transferu części zakładu pracy.

1.2.2. Zachowanie przez jednostkę gospodarczą tożsamości po przejęciu przez usługodawcę

Opisane powyżej orzeczenia dotyczyły przede wszystkim etapu przejmowania określonych zasobów i zadań przez usługodawcę. Jak podniesiono na początku opisywanego wątku, zagadnienie zachowania tożsamości jednostki gospodarczej wykracza jednak nieco poza ten etap, obejmując także swoim zakresem także kwestie funkcjonowania jednostki gospodarczej po przejęciu. W pierwszej kolejności dotyczy to wspomnianego już powyżej i utrwalonego w orzecznictwie Trybunału¹⁰⁰² kryterium faktycznego kontynuowania lub wznowienia zatrudnienia przez nowego pracodawcę w obrębie tej samej lub podobnej działalności gospodarczej. W drugiej, zagadnienia włączenia jednostki gospodarczej do struktury organizacyjnej usługodawcy. Rozbitej struktury jednostki gospodarczej na skutek procesu jej unifikacji z usługodawcą

¹⁰⁰¹ Wyrok TSUE w sprawie *Grafe*, C-298/18, EU:C:2020:121, pkt 30.

¹⁰⁰² Zob. wyrok TSUE z 18.03.1986 r., *Spijkers przeciwko Benedik*, C-24/85, EU:C:1986:127, Rec. s. 1119, pkt 11, 12 i 15; wyrok z 19.09.1995 r., w sprawie *Rygaard*, C-48/94, EU:C:1995:290, Rec. s. I-2745, pkt 15 i 16; wyrok z 26.05.2005 r., *Celtec Ltd V. John Astley i Inni*, s. I-4389, pkt 34, LEX nr 221235.

zdaje się przekreślać możliwość spełnienia przesłanki zachowania przez jednostkę gospodarczą tożsamości. W orzeczeniu w sprawie *Klarenberg* Trybunał stwierdził jednak, że *zachowanie tożsamości przez zbywaną jednostkę nie wymaga zachowania przez nią 'niezależności organizacyjnej' w znaczeniu niezależności strukturalnej, (...) lecz zachowania związku funkcjonalnego i celowego między poszczególnymi przenoszonymi składnikami, który pozwala nowemu przedsiębiorcy na ich wykorzystanie, nawet jeśli zostały włączone w ramy odmiennej struktury organizacyjnej, w celu prowadzenia określonej działalności gospodarczej*¹⁰⁰³. W sprawie *Ricardo* Trybunał rozwinął to stanowisko zwracając uwagę, na fakt, że podział zadań dotychczas wykonywanych przez zbywcę na dwa podmioty nie wyklucza zastosowania dyrektywy¹⁰⁰⁴. Przeszkody nie stanowi także ściśle zwierzchnictwo zbywającego nad przejmującym po przejęciu części zakładu pracy¹⁰⁰⁵. Ma to szczególne znaczenie w przypadku outsourcingu usług dokonywanego w ramach grupy spółek, które mogą być powiązane nie tylko za sprawą tych samych właścicieli, czy zarządu, ale także zajmowania tych samych pomieszczeń i wykonywania tych samych zadań¹⁰⁰⁶.

W zakresie pierwszego aspektu, Sąd Najwyższy początkowo zajmował odmienne od Trybunału stanowisko, zgodnie z którym *dla zakresu zastosowania normy z art. 23¹ § 1 k.p. obojętny jest przedmiot działalności prowadzonej przez nowego pracodawcę w oparciu o majątek przejęty w całości lub w części od poprzedniego pracodawcy, a więc nie musi to być działalność tego samego czy podobnego rodzaju*¹⁰⁰⁷. Pogląd ten spotkał się z krytyką doktrynalną¹⁰⁰⁸. W późniejszym okresie SN przyjął jednak *prounijny* sposób wykładni owego przepisu, odnosząc się do przesłanki tożsamości jednostki gospodarczej¹⁰⁰⁹, co dobrze ilustruje cytowany już powyżej wyrok SN z dnia 13 kwietnia 2010 r.¹⁰¹⁰, w którym Sąd Najwyższy zastosował *test Spijkersa* do stanu faktycznego dotyczącego outsourcingu usług prawnych. Powódka zatrudniona

¹⁰⁰³ Wyrok TSUE z 12.01.2009 r. w sprawie C-466/07 Diethmar Klarenberg v. Ferrotron Technologies GmbH, LEX nr 485097, pkt 44.

¹⁰⁰⁴ Zob. wyrok TSUE z 20.07.2017 r., Luís Manuel Piscarreta Ricardo przeciwko Portimão Urbis EM SA i in., C-416/16, EU:C:2017:574, LEX nr 2326532.

¹⁰⁰⁵ Zob. wyrok TSUE z 6.03.2014 r. w sprawie C-458/12 Lorenzo Amatori i Inni v. Telecom Italia Spa i Telecom Italia Information Technology SRL, LEX nr 1430609, pkt 47-48.

¹⁰⁰⁶ Zob. wyrok TSUE w sprawie C-458 Lorenzo Amatori, LEX nr 1430609, pkt 47-48.

¹⁰⁰⁷ Wyrok SN z 3.06.1998 r., I PKN 159/98, LEX nr 36232 z krytyczną glosą Z. Hajna; zob. także G. Goździewicz, T. Zieliński [w:] *Kodeks pracy. Komentarz*, wyd. VII, red. L. Florek, Warszawa 2017, LEX, art. 23¹k.p.

¹⁰⁰⁸ Zob. Z. Hajn, *Glosa do wyroku SN z dnia 3 czerwca 1998 r., I PKN 159/98*, LEX; A. Tomanek, *Przejście zakładu...*, s. 58-59.

¹⁰⁰⁹ Odmienne stanowisko wyraża R. Sadlik, *Kiedy następuje przejście...*, Legalis.

¹⁰¹⁰ I PK 210/09, LEX nr 987058 z glosą M. Kurzynogi.

była w szpitalu na stanowisku koordynatora radców prawnych, a następnie jej stanowisko, jak również stanowiska innych radców prawnych, zostały poddane likwidacji, ponieważ obsługę prawną szpitala powierzono w drodze outsourcingu usług podmiotowi zewnętrznemu – kancelarii radcy prawnego. Sąd Najwyższy doszedł do słusznego w moim przekonaniu wniosku, iż transfer części zakładu pracy nie miał w przedmiotowej sprawie miejsca. Wydaje się jednak, że stosując test *Spijkersa* w odniesieniu do ostatnich przesłanek dotyczących sposobu prowadzenia działalności po przejściu popełnił kilka błędów¹⁰¹¹. Analizując zagadnienie przejścia klientów stwierdził bowiem, że kancelaria prawnicza nie przejęła obsługi podstawowych "klientów" Szpitala, jakim są pacjenci. Tego typu rozumowanie nie jest prawidłowe w odniesieniu do outsourcingu działalności pomocniczej, bowiem w wielu przypadkach tego typu działalności „klientem” nie jest „klient zewnętrzny” np. pacjent szpitala, ale tzw. „klient wewnętrzny” np. pracownik określonego działu szpitala zwracający się do radcy prawnego z zapytaniem o poradę prawną. Dział prawny szpitala, także przed transferem nie obsługiwał wszakże pacjentów, lecz odpowiadał na potrzeby z zakresu pomocy prawnej zgłaszane przez rozmaite jednostki organizacyjne funkcjonujące wewnątrz szpitala¹⁰¹². Zbliżone stanowisko zajmuje glosatorka opisywanego orzeczenia M. Kurzynoga, która podkreśla, że *prawidłowa ocena przejścia części zakładu pracy wymaga zidentyfikowania jednostki gospodarczej w ramach zakładu pracy.(...) Rozważania na temat zachowania tożsamości jednostki gospodarczej po przejściu usługi na kancelarię prawną (...) należało więc odnieść do sekcji prawnej szpitala, a nie do całego szpitala*¹⁰¹³. Wydaje się, że rozpatrując kwestie odnoszące się do outsourcingu działalności pomocniczej bardziej trafnym określeniem od „klientów” jest wyrażenie „osób, na rzecz których faktycznie realizowane są zadania”. Jak wspomniano już w rozdziale pierwszym, outsourcing, nawet gdy zastosowany zostaje do działalności podstawowej, rzadko wiąże się z przekazaniem usługodawcy bezpośredniego kontaktu z klientami przedsiębiorstwa macierzystego, zatem rzadko mówić można wprost o „przejściu klientów”. Przykładem nielicznych sytuacji tego typu może być outsourcing usług z zakresu *call center*.

¹⁰¹¹ Zob. M. Kurzynoga, *Zachowanie tożsamości jednostki gospodarczej jako przesłanka przejścia części zakładu pracy na innego pracodawcę – glosa, I PK 210/09, MOPR nr 6/2011, s. 332*; M. Kurzynoga, *Przesłanki przejścia zakładu...*, s. 65.

¹⁰¹² Zob. M. Węgierski, *Zbycie przedsiębiorstwa w świetle art. 23¹ kodeksu pracy*, s. 46-47, <http://hdl.handle.net/11089/20247> (dostęp: 22.02.2023 r.).

¹⁰¹³ Zob. M. Kurzynoga, *Zachowanie tożsamości...*, s. 332.

Skierowanie usługi „do wewnątrz” nie umknęło natomiast uwadze Sądu Najwyższego przy okazji rozpatrywania kolejnej przesłanki tj. stopnia podobieństwa działalności prowadzonej przed i po transferze. SN dostrzegł, że obsługa prawna szpitala to jego uboczny (pomocniczy) przedmiot działalności, skierowany wyłącznie "do wewnątrz". Z okoliczności tej wyciągnął wniosek, zgodnie z którym w działalności kancelarii prawniczej (obsługa prawna różnych zewnętrznych podmiotów a nie tylko szpitala) nie została zachowana tożsamość przedmiotu działalności polegającego na obsłudze prawnej Szpitala. Uważam, iż interpretacja przesłanki zachowania tożsamości przedstawiona w opisanym sprawnie nie zasługuje na aprobatę. Akceptacja poglądu SN prowadziłyby w istocie do zanegowania możliwości zastosowania konstrukcji transferu do outsourcingu działalności pomocniczej, co należy uznać za wniosek sprzeczny z literalnym brzmieniem art. 1 ust. 1 lit. b dyrektywy *in fine*. Ze swojej istoty, proces ten doprowadza bowiem do przekształcenia działalności skierowanej „do wewnątrz” w działalność skierowaną „na zewnątrz”¹⁰¹⁴. Trudno także, w warunkach gospodarki wolnorynkowej, wymagać od usługodawcy, aby usługobiorca był jego jedynym klientem.

Jak zauważa M. Kurzynoga, w *głosowanym wyroku zwraca uwagę także brak ustalenia, czy działalność jednostki gospodarczej, której dotyczy ewentualne przejście, opiera się na środkach materialnych czy wykwalifikowanej sile roboczej*¹⁰¹⁵. Podzielić należy pogląd glosatorki, zgodnie z którym działalność polegająca na wykonywaniu zadań w zakresie obsługi prawnej szpitala i usług doradztwa w zakresie zarządu szpitalem i jego mieniem, jest oparta na wykwalifikowanej sile roboczej¹⁰¹⁶. W konsekwencji, *aby można było zatem uznać, że w podanym stanie faktycznym nastąpiło przejście części przedsiębiorstwa, nowy pracodawca musiałby przejąć większość radców prawnych zatrudnionych w ramach sekcji prawnej szpitala*¹⁰¹⁷. W analizowanym stanie faktycznym nie miało to miejsca, zatem co do zasady słuszne jest stanowisko wyrażone przez SN, że transfer części zakładu pracy nie nastąpił.

Prounijna wykładnia art. 23¹k.p. widoczna jest także na kanwie cytowanych już powyżej orzeczeń dotyczących outsourcingu usług cateringowych świadczonych na rzecz szpitala¹⁰¹⁸. Po zakończeniu współpracy w ramach outsourcingu szpital przejął od

¹⁰¹⁴ Zob. Ł. Pisarczyk, *Przejście zakładu pracy...*, s. 84-85.

¹⁰¹⁵ M. Kurzynoga, *Zachowanie tożsamości...*, s. 332.

¹⁰¹⁶ Zob. *Ibidem*.

¹⁰¹⁷ *Ibidem*.

¹⁰¹⁸ Zob. wyroki SN z 29.03.2012 r., I PK 150/11, LEX nr 1167736 oraz I PK 151/11, LEX nr 1619610.

usługodawcy 1 pomieszczenia kuchenne oraz ich wyposażenie, ale nie miał zamiaru kontynuacji lub wznowienia działalności w zakresie żywienia. Z aprobatą należy przyjąć pogląd SN, że przesłanka zachowania tożsamości jednostki gospodarczej nie została spełniona, a zatem przejście części zakładu pracy nie nastąpiło. Dla rozwinięcia tego stanowiska przytoczyć można pogląd Ł. Pisarczyka, zgodnie z którym *nawet przejście całości składników majątkowych (i niemajątkowych), któremu nie towarzyszy kontynuacja określonej działalności, nie musi być uznane za przejście, tym bardziej jeśli nie będzie możliwe dalsze zatrudnienie pracowników (np. ze względu na brak kwalifikacji umożliwiających wykonywanie nowej pracy)*¹⁰¹⁹.

Konkludując poczynione w niniejszym wątku uwagi, należy podkreślić, że zastosowanie przez TSUE oraz sądy krajowe instytucji transferu części zakładu pracy do procesów outsourcingu usług spowodowało konieczność rewizji dotychczasowego sposobu postrzegania kryteriów transferu. Utrwalone kryteria okazały się bowiem nieadekwatne do specyfiki outsourcingu usług, co zapoczątkowało trwającą już od ponad 20 lat ewolucję wykładni przepisów dyrektyw 77/187/EWG i 2001/23/WE, a w konsekwencji wpłynęło także na wykładnię polskiego art. 23¹ § 1 k.p. Aprobowana, i jak się wydaje nieodzowna, elastyczność wykładni krajowych i unijnych norm ma jednak swoją cenę, jaką jest niski poziom pewności prawa. Dla pracodawców zaangażowanych w procesy outsourcingu usług może okazać się to szczególnie dotkliwie, gdyż budząca wiele wątpliwości interpretacyjnych hipoteza normy zawartej w art. 23¹ §1 k.p., zestawiona jest z daleko idącą, i stosowaną *ex lege*, sankcją. Dla pracowników oznacza natomiast, iż wysoki stopień ochrony zapewnianej normami dyrektywy oraz art. 23¹ §1 k.p. nierzadko bywa iluzoryczny.

1.2. Outsourcing pracowniczy w świetle instytucji transferu zakładu pracy lub jego części

Rozważając zagadnienie możliwości objęcia hipotezą normy zawartej w art. 23¹ §1k.p. stanów faktycznych, w których strony zawarły umowę outsourcingu pracowniczego, należy przypomnieć, iż największa liczba sporów na tym tle powstała w odniesieniu do tzw. „pozornego outsourcingu pracowniczego”. Proceder ten opisano szczegółowo w rozdziale drugim. W toku licznych postępowań sądowych,

¹⁰¹⁹ Ł. Pisarczyk, *Przejście zakładu pracy...*, s. 86.

toczących się do dziś, umowy stanowiące podstawę „pozornego outsourcingu pracowniczego” uznawane są za nieważne. ZUS ostrzega obecnie przedsiębiorców przed korzystaniem z tego typu usług, wskazując, że w wielu przypadkach na podstawie tych umów, nie dochodzi do faktycznego przejęcia pracowników w trybie art. 23¹ Kodeksu pracy, a jedynie do obsługi kadrowo-płacowej polegającej na wypłacie pracownikom wynagrodzenia przez firmy oferujące usługi tzw. „outsourcingu pracowniczego”. Bez zmian dla zatrudnionych pracowników pozostaje miejsce świadczonej pracy, zakład pracy oraz podległość służbowa. Oznacza to, że płatnikiem składek pozostaje dotychczasowy pracodawca, który zawarł umowę z firmą oferującą takie usługi. Ponosi on zatem odpowiedzialność za zobowiązania z tytułu składek, które będą dochodzone od niego przez ZUS wraz z odsetkami za zwłokę¹⁰²⁰, a także odpowiedzialność podatkową¹⁰²¹. Analogiczne stanowisko reprezentują organy podatkowe twierdząc, że umowy cywilnoprawne zawierane przez przedsiębiorców z podmiotami z Grupy Spółek od początku były nieważne, jako że w istocie nie dochodziło do przejmowania pracowników. Organy przyjmowały, że umowom tym należało przypisywać przymiot pozorności. Konsekwencją takiego stanowiska było przyjęcie, że ciężar odprowadzania zaliczek na podatek dochodowy od osób fizycznych spoczywał na pierwotnym pracodawcy, a treść umów de facto pozostawała bez znaczenia¹⁰²².

W niniejszym wątku rodzi się natomiast pytanie czym „pozorny outsourcing pracowniczy” różni się od outsourcingu pracowniczego (dwuetapowego). Uważam, że z perspektywy prawa pracy obydwie konstrukcje prezentują się w tożsamy sposób. Pracodawca macierzysty zawiera z usługodawcą umowę outsourcingu pracowniczego, w ramach której usługodawca zobowiązuje się „przejąć” pracowników pracodawcy macierzystego, a następnie świadczyć odpłatną usługę oddania ich do jego dyspozycji. Odmienność pojawia się na gruncie prawa ubezpieczeń społecznych. Istota „afery outsourcingowej” polegała bowiem na tym, że po „przejęciu” pracowników usługodawca, będący ich rzekomym pracodawcą nie wykonywał swoich obowiązków jako płatnik, w szczególności nie uiszczał zaliczek na podatek dochodowy od osób fizycznych ani składek na ubezpieczenia społeczne.

¹⁰²⁰ Uwaga na outsourcing, www.zus.pl, <https://www.zus.pl/o-zus/aktualnosci/-/publisher/aktualnosc/1/uwaga-na-outsourcing/216442> (dostęp: 20.11.2021).

¹⁰²¹ Ł. Guza, *Uwaga na outsourcing*, DGP 2018/232; M. Szulc, *Oszukani na outsourcingu wciąż przegrywają w sądach*, DGP 2019/229.

¹⁰²² D.M. Malinowski, J. Malinowski, *Konsekwencje karne skarbowe afery „outsourcingu pracowniczego”*. Analiza forsowanej przez organy podatkowe koncepcji znamion podmiotowych czynów zabronionych, „Przegląd Podatkowy” 2020/5, s. 3-5.

Jak podkreślano już wielokrotnie w prowadzonych rozważaniach, wola kontrahentów, jak również zawarte przez nich porozumienia nie mogą ani wywołać transferu zakładu pracy lub jego części, ani go powstrzymać. Dany stan faktyczny wymaga zawsze analizy pod kątem spełniania przesłanek transferu. W outsourcingu pracowniczym nie można z góry wykluczyć przesłanki istnienia wyodrębnionej jednostki gospodarczej – zakładu pracy lub jego części. Jak zauważono powyżej, odnosi się ona bowiem przede wszystkim do fazy przygotowawczej. Istotną rolę w ocenie czy została spełniona pełni zatem analiza treści umowy outsourcingu usług. W wielu umowach outsourcingu pracowniczego znajdowały się postanowienia sugerujące spełnienie przesłanki np. gdy oprócz porozumienia o „przejęciu” pracowników zawierały one postanowienie, zgodnie z którym *pracodawca macierzysty (usługobiorca) udostępnia bezpłatnie jednostce zewnętrznej sprzęt dla danego stanowiska pracy oraz dostęp do pomieszczeń socjalnych*¹⁰²³. W rzeczywistości jednak „przejęciu” w przypadku outsourcingu usług nie podlegała jednostka gospodarcza złożona z warstwy podmiotowej, przedmiotowej i funkcjonalnej. Usługodawca nie przejmował bowiem zintegrowanej struktury, służącej osiągnięciu określonych celów gospodarczych, lecz poszczególne jej elementy, które zamierzał następnie odpłatnie oddać do dyspozycji pracodawcy macierzystego (usługobiorcy). Struktura zakładu pracy lub jego części zostaje w tego rodzaju kategoriach stanów faktycznych rozbita, co sprawia, że pomimo stworzenia przez kontrahentów wrażenia spełnienia przesłanki wyodrębnienia jednostki gospodarczej, w istocie nie zostaje ona spełniona.

Do drugiej przesłanki transferu, tj. przesłanki zachowania przez jednostkę gospodarczą tożsamości odniósł się SN w cytowanym już wyroku SN z dnia stycznia 2016 r., zgodnie z którym *umowa cywilnoprawna o przejęcie pracowników jest tylko zdarzeniem prawnym [wyróżnienie – B.A.], które może wywołać skutek w postaci przejścia zakładu, jedynie wtedy, gdy dojdzie do faktycznego przejścia składników jednostki gospodarczej decydujących o jej tożsamości*¹⁰²⁴. A. Tomanek podnosi, iż *faktyczny aspekt przejścia zakładu pracy można wyrazić najpełniej stwierdzeniem, że zakład (bądź jego część), stanowiący zorganizowaną całość nastawioną na osiągnięcie określonego celu technicznego, oddawany jest do dyspozycji innego pracodawcy, który uzyskuje realną możliwość zarządzania tym zakładem tj. korzystania z jego*

¹⁰²³ Zob. np. wyrok SN z 8.02.2017 r., I PK 72/16, LEX nr 2268316.

¹⁰²⁴ I UK 28/15, LEX nr 2043737; zob. również postanowienie SN z 30.03.2016 r., I UK 21/16, LEX nr 2320363.

*majątku i kierowania zespołem pracowniczym*¹⁰²⁵. Zbliżony pogląd wyraża Ł. Pisarczyk, który stoi na stanowisku, że wskazując *moment, który można już określić jako przejście, należy odwołać się do charakteru stosunku pracy, którego kluczowym elementem jest kierowanie procesem pracy przez pracodawcę (art. 22 § 1 k.p.)*¹⁰²⁶.

Poglądy doktryny pozostają zbieżne z poglądami wyrażanymi w orzecznictwie. W postanowieniu z 16 lipca 2020 r.¹⁰²⁷ Sąd Najwyższy rozpoznający sprawę z zakresu outsourcingu pracowniczego uznał, że *zmiana podmiotowa po stronie pracodawcy nie jest dowolna. Przeciwna teza nie wynika również z art. 23¹ § 1 k.p., gdyż regulacja ta odnosi się (ex lege) do rzeczywistego a nie pozornego (fikcyjnego) przejścia zakładu pracy lub jego części na innego pracodawcę. Jeśli nie spełnia się sytuacja z art. 23¹ § 1 k.p.c., to za wadliwe (sprzeczne z prawem) mogą być uznane również indywidualne umowy z pracownikami dotyczące zmiany pracodawcy (outsourcingu). Swoboda umów nie jest bowiem nieograniczona nawet na gruncie prawa cywilnego (art. 353¹ k.c. w związku z art. 300 k.p. i art. 22 § 1 k.p. oraz art. 23¹ § 1 k.p.)*.

W sprawach sądowych dotyczących zakładów pracy opartych na składnikach majątkowych za moment decydujący o transferze uznano objęcie faktycznego władztwa nad zakładem pracy¹⁰²⁸. W odniesieniu do zakładów pracy opartych na wykwalifikowanej sile roboczej moment ów utożsamia się z przejęciem przez usługodawcę kierowania zespołem pracowniczym¹⁰²⁹. Opiswane zagadnienie szczególnie trafnie zilustrował WSA w Opolu w wyroku z dnia 26 kwietnia 2017 r.¹⁰³⁰, zgodnie z którym *jeżeli pomimo zawartych umów zachowana została dotychczasowa struktura zarządcza w procesie świadczenia pracy przez pracowników, którzy pracowali w tym samym miejscu, według tych samych zasad oraz pod nadzorem tych samych osób, nie spotkali się nigdy z nowymi pracodawcami, a spółki outsourcingowe nie dysponowały także żadnymi maszynami i urządzeniami niezbędnymi przy wykonywaniu pracy związanej z rodzajem prowadzonej działalności, to w tych okolicznościach nie sposób mówić, że nowy pracodawca uzyskał realną możliwość zarządzania przejętym zakładem, to jest korzystania z jego majątku i kierowania zespołem pracowniczym, co ma istotne znaczenie dla oceny skuteczności przejścia*

¹⁰²⁵ A. Tomanek, *Przejście zakładu...*, s. 50.

¹⁰²⁶ Ł. Pisarczyk, *Przejście zakładu pracy...*, s. 92.

¹⁰²⁷ III PK 163/19, LEX nr 3153460

¹⁰²⁸ Zob. wyrok SN z 29.11.2005 r., II PK 391/04, LEX nr 195770 z glosą Ł. Pisarczyka, LEX 2018.

¹⁰²⁹ Zob. A. Tomanek, *Przejście zakładu...*, s. 50.

¹⁰³⁰ I SA/Op 106/17, LEX nr 2291920.

zakładu pracy. W podobnym tonie wypowiedział się SA w Białymstoku w wyroku z dnia 20 maja 2014 r.¹⁰³¹, zgodnie z którym pomimo „przekazania” całej załogi *beneficjent pracy nie przekazał jednocześnie kontrahentowi majątku służącego realizacji zadań, a także, co ważne, zachowano strukturę zarządczą w procesie świadczenia pracy.*

W świetle powyższego, także przesłanka zachowania tożsamości jednostki gospodarczej nie może zostać uznana za spełnioną w toku outsourcingu pracowniczego. Jego istota polega bowiem na „przejęciu” pracowników oraz składników materialnych w celu „oddania ich do dyspozycji” pracodawcy macierzystego, właściwie już w chwili ich rzekomego przejęcia. Usługodawca ani przez chwilę nie przejmuje nad nimi faktycznego władztwa. Prowadzi także odmienną działalność gospodarczą niż ta prowadzona w ramach zakładu pracy lub jego części przed „przejęciem” – nie działa w branży usługobiorcy, świadcząc określone usługi czy produkując określone produkty, lecz zajmuje się w istocie odpłatnym wynajmem pracowników.

Na marginesie prowadzonych w niniejszej rozprawie rozważań, zauważyć należy, że w procesie outsourcingu „przekazywane” bywają także osoby zatrudnione na umowach cywilnoprawnych. W odniesieniu do owej grupy zmiana statusu podmiotu zatrudniającego nie może zostać zakwestionowana w oparciu o brak spełnienia przesłanek transferu zakładu pracy lub jego części art. 23¹ k.p., który znajduje zastosowanie jedynie do stosunków pracy. Istotne wątpliwości budzi jednak zastosowanie przez SN na gruncie stosunków cywilnoprawnych swoistej kalki art. 23¹ § 1 k.p., która wyrażona została w stwierdzeniu, że *umowa cywilnoprawna dotycząca przejęcia zleceniobiorców mogła powodować zmianę płatnika składek tylko w przypadku faktycznego przejścia nadzoru nad czynnościami zleceniobiorców na nowy podmiot, zwłaszcza, gdyby było to związane z przejęciem składników gospodarczych (majątkowych), niezbędnych do wykonania zlecenia, a także w przypadku przejęcia bezpośrednich korzyści ekonomicznych z pracy zleceniobiorców (art. 16 ust. 1 pkt 4 i następane w związku z art. 4 pkt 2 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych)*¹⁰³². W innych orzeczeniach¹⁰³³ SN podkreślał bowiem, że *nie można (...) stosować art. 23¹ k.p. per analogiam do stosunków prawnych*

¹⁰³¹ III AUa 30/14, LEX nr 1480386.

¹⁰³² Wyrok SN z 18.06.2019 r., I UK 159/18, LEX nr 2684741.

¹⁰³³ Zob. wyrok SN z 19.09.2018 r., I UK 210/17, LEX nr 2558652; wyrok SN z 2.10.2019 r., II UK 103/18, LEX nr 2751810.

wynikających z umów prawa cywilnego. Zmiana podmiotu zatrudniającego w przypadku stosunków cywilnoprawnych powinna opierać się na instytucjach prawa cywilnego, w tym w szczególności na przepisach dotyczących przelewu wierzytelności (art. 509 k.c.) oraz przejęcia długu (art. 519 k.c.).

Podsumowując dotychczas poczynione rozważania związane z nabyciem statusu pracodawcy rzeczywistego w toku outsourcingu pracowniczego, należy przyjąć, iż co do zasady korzystanie z niego przez pracodawcę macierzystego nie spowoduje przejścia zakładu pracy lub jego części na usługodawcę. W konsekwencji, wbrew treści zawartego w umowie outsourcingu pracowniczego porozumienia o „przejęciu” pracowników, nie nastąpi skutek w postaci sukcesji generalnej po stronie pracodawczej. Pracodawca macierzysty zachowa swój status na gruncie prawa pracy. Ze względu na fakt, iż nastąpi to wbrew woli podmiotów zaangażowanych we współpracę w ramach outsourcingu pracowniczego wyrażonej uprzednio w formie pisemnej, należy jednak określić go wówczas mianem pracodawcy „rzeczywistego”.

2. Skutki ustalenia statusu rzeczywistego pracodawcy dla ważności czynności prawnych wskazujących inny podmiot jako pracodawcę

Ustalenie statusu rzeczywistego pracodawcy implikuje kolejny problem. Dotyczy on zagadnienia ważności czynności prawnych dokonanych w celu przypisania statusu pracodawcy podmiotowi innemu aniżeli wynika to z treści bezwzględnie obowiązującej normy prawa pracy wyrażonej w art.23¹ §1 k.p. Czynnościami tymi są: porozumienie o „przejęciu” pracowników zawarte przez strony umowy outsourcingu usług i nierzadko inkorporowane do jej treści oraz indywidualne umowy o pracę zawarte przez pracowników z podmiotem, który nie jest pracodawcą rzeczywistym.

2.1. Ważność porozumienia o „przejęciu” pracowników przez podmiot niebędący rzeczywistym pracodawcą

Rozważania prowadzone w niniejszym punkcie dotyczą w praktyce najczęściej „przejęcia” pracowników w ramach outsourcingu pracowniczego, zdecydowanie rzadziej outsourcingu usług, którego przedmiot stanowią usługi innego rodzaju aniżeli outsourcing pracowniczy. Do obydwu kategorii stanów faktycznych zastosowanie znajduje jednak jednolita interpretacja prawna. Łączy je bowiem fakt, iż strony umowy

outsourcingu złożyły zgodne oświadczenia woli o „przejęciu” pracowników w trybie art. 23¹ § 1 k.p. przez usługodawcę, lecz transfer części zakładu pracy nie nastąpił. Podmiotami zaangażowanymi we współpracę opartą o analizowany schemat, oprócz usługodawcy i pracodawcy rzeczywistego, mogą być także w określonych przypadkach np. ich podwykonawcy.

Porozumienie o „przejęciu” pracowników stanowi zazwyczaj odrębny dokument lub jedno z postanowień umowy outsourcingu pracowniczego zawieranej pomiędzy kontrahentami. W odniesieniu do formy porozumienia Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 19 października 2010 r. stanął na stanowisku, że jest nią *najczęściej umowa, przy czym pojęcie umowy rozumiane jest szeroko, także jako pisemne lub ustne porozumienie między przekazującym i przejmującym, dotyczące zmiany osoby odpowiedzialnej za prowadzenie przedmiotowej jednostki gospodarczej, a nawet cichą umowę między nimi, z której wynikałaby praktyczna współpraca wyrażająca wspólną wolę działania w kierunku takiej zmiany*¹⁰³⁴.

W przypadku porozumienia o „przejęciu” pracowników zawartego w umowie outsourcingu pracowniczego SN wyraził jednak odmienny pogląd twierdząc, że *umowa dotycząca outsourcingu pracowniczego powinna być zawarta na piśmie, a nie - jak w niniejszej sprawie ustnie (...). Skoro od umowy o pracę, a zwłaszcza od oświadczenia każdej ze stron o wypowiedzeniu lub rozwiązaniu umowy o pracę bez wypowiedzenia wymaga się formy pisemnej (art. 30 § 3 k.p.), to również umowa dotycząca outsourcingu pracowniczego, która w przypadku skutecznego jej zawarcia, powoduje istotne zmiany z mocy prawa stosunków pracy stosownie do art. 23¹ § 1 k.p., powinna być zawarta na piśmie*¹⁰³⁵. Brak pisemnej umowy outsourcingu pracowniczego uniemożliwia pozytywną weryfikację przejścia części zakładu pracy na nowego pracodawcę stosownie do art. 23¹ § 1 k.p. Pogląd ten zasługuje na krytykę. O ile zawarte w formie pisemnej porozumienie ułatwia sądowi ocenę danego stanu faktycznego, o tyle dla spełnienia przesłanek przejścia części zakładu pracy nie jest wymagane zawarcie jakiegokolwiek porozumienia. Skoro strony nie mają obowiązku zawarcia porozumienia dla wywołania skutków określonych w art. 23¹ § 1 k.p., to tym bardziej nie muszą zawierać go w określonej formie.

¹⁰³⁴ II PK 91/10, LEX nr 1112867 oraz powołane w nim orzecznictwo TSUE.

¹⁰³⁵ Wyrok SN z 27.01.2016 r., I PK 21/15, LEX nr 1975836.

Porozumienie o „przejęciu” pracowników rodzi wiele wątpliwości. Z perspektywy prawa cywilnego stanowi ono umowę¹⁰³⁶. Z perspektywy prawa pracy *umowa cywilnoprawna o przejęcie pracowników jest tylko zdarzeniem prawnym* [wyróżnienie – B.A.], *które może wywołać skutek w postaci przejścia zakładu, jedynie wtedy, gdy dojdzie do faktycznego przejścia składników jednostki gospodarczej decydujących o jej tożsamości*¹⁰³⁷. Zawierając porozumienie o „przejęciu” pracowników, strony umowy próbują na mocy czynności prawnej zawartej w reżimie prawa cywilnego wywołać skutek w reżimie prawa pracy. Próba ta oczywiście skazana jest na porażkę, z uwagi na ściśle, bezwzględnie obowiązującą normę wyrażoną w art. 23¹ § 1 k.p. W jej świetle, rozważenia wymaga czy oświadczenia składane przez strony porozumienia należy w ogóle kwalifikować jako oświadczenia woli. Strony nie mogą bowiem ich mocą wywołać skutku, który próbują osiągnąć. Z tego względu nie można wykluczyć kwalifikacji oświadczeń o „przejęciu” pracowników do kategorii innych oświadczeń podobnych do oświadczeń woli, które różnią się od oświadczeń woli tym, że skutek prawny następuje niezależnie od woli działającego. Zagadnienie to wykracza jednak poza granice prowadzonych w niniejszej rozprawie rozważań, więc na potrzeby ich prowadzenia przyjmę kwalifikację dominującą w cytowanym orzecznictwie, zgodnie z którą porozumienie o „przejęciu” pracowników stanowi umowę. Jeśli w danym stanie faktycznym nie zostały spełnione przesłanki transferu, umowę tę uznać należy za nieważną. Judykatura nie jest jednak zgodna co do tego, która konkretnie podstawa nieważności znajduje w tym przypadku zastosowanie.

Katalog potencjalnych podstaw nieważności wskazany został w wyroku SA w Szczecinie z dnia 13 września 2018 r., zgodnie z którym w *sprawie, w której Zakład Ubezpieczeń Społecznych kwestionuje skuteczność prawną umowy zawartej pierwszorzędne znaczenie mają: zasada swobody zawierania umów wyrażona w art. 353¹ k.c. i poszanowania woli stron wyrażona w art. 65 § 2 k.c. Są to fundamentalne zasady odzwierciedlające konstytucyjną gwarancję państwa prawa. Zakwestionowanie tych zasad może nastąpić jedynie na warunkach przewidzianych przepisami kodeksu cywilnego tj. w sytuacji stwierdzenia nieważności czynności prawnej (art. 58 k.c.), stwierdzenia wad oświadczenia woli, w tym pozorności umowy (art. 83 k.c.), bądź też stwierdzenia, że wynikający z umowy stosunek prawny co do treści lub celu sprzeciwia*

¹⁰³⁶ Zob. wyrok SN z 19.10.2010 r., II PK 91/10, LEX nr 1112867.

¹⁰³⁷ I UK 28/15, LEX nr 2043737; zob. również postanowienie SN z 30.03.2016 r., I UK 21/16, LEX nr 2320363.

się właściwości stosunku, ustawie lub właśnie zasadom współżycia społecznego (art. 353¹ k.c.)¹⁰³⁸.

Doprecyzowując, w orzecznictwie wskazano trzy alternatywne podstawy nieważności porozumienia o „przejęciu” pracowników:

1. art. 353¹ k.c. w zw. z art. 58 k.c. – porozumienie jest nieważne jako zawarte poza granicami swobody umów z uwagi na sprzeczność z ustawą tj. art. 23¹ § 1 k.p.¹⁰³⁹;
2. art. 58 § 1 k.c. – porozumienie jest nieważne jako czynność prawna mająca na celu obejście ustawy;
3. art. 83 k.c. – porozumienie jest nieważne, ponieważ składa się z oświadczeń woli złożonych drugiej stronie za jej zgodą dla pozorów¹⁰⁴⁰.

2.1.1. Przekroczenie granic swobody umów w oparciu o przesłankę sprzeczności z ustawą

Jak zauważa A. Janas, o ile (...) art. 353¹ k.c. jest pozytywnym wyrazem zasady swobody czynności prawnych i autonomii woli, to art. 58 k.c. określa jej granice od strony negatywnej – wskazując, kiedy czynność prawna spotyka się z negatywną oceną ustawodawcy, a przez to kiedy nie może odnieść zamierzonych przez strony skutków prawnych¹⁰⁴¹. Jak wskazano w wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 14 maja 2018 r.¹⁰⁴² wola stron w powiązaniu z instytucją przejścia zakładu pracy (art. 23¹ k.p.) i konstrukcją podlegania ubezpieczeniu społecznemu, nie może korygować (modyfikować) bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa. Zatem dokonanie czynności prawnych w sposób sprzeczny ze standardami ochrony pracownika przewidzianymi w art. 23¹ k.p. należy uznać za działanie sprzeczne z prawem, o którym mowa w treści art. 58 § 1 k.c., a tym samym - za działanie nieważne¹⁰⁴³. Przypisany

¹⁰³⁸ III AUa 28/18, LEX nr 2637990.

¹⁰³⁹ Zob. m.in. wyrok SA we Wrocławiu z 13.04.2016 r., III AUa 1755/15, LEX nr 2974724; wyrok SA w Gdańsku z 6.07.2016 r., III AUa 357/16, LEX nr 2157832.

¹⁰⁴⁰ Postanowienie SN z 22.04.2021 r., I USK 43/21, LEX nr 3181963.

¹⁰⁴¹ Zob. A. Janas [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna (art. 1-125)*, red. M. Fras, M. Habdas, Warszawa 2018, LEX, art. 58.

¹⁰⁴² Wyrok SA we Wrocławiu z 14.05.2018 r., III AUa 1344/17, LEX nr 2940122.

¹⁰⁴³ Zob. także wyrok SA w Białymstoku z 20.05.2014 r., III AUa 146/14, LEX nr 1480371.

skutek nieważności oznacza, że nie doszło do zmiany pracodawcy, a tym samym płatnika składek na ubezpieczenie społeczne.

Sprzeczna z ustawą (sprzeciwiająca się ustawie) będzie taka czynność prawna, która będzie niezgodna z ustawą, tj. gdy nie będzie możliwości zastosowania postanowienia umownego i normy prawnej jednocześnie, gdyż postanowienie umowne i norma prawna będą się wykluczały wzajemnie¹⁰⁴⁴. Wyrażenie przez kontrahentów woli dokonania „przejęcia” pracowników w porozumieniu samo w sobie trudno uznać za dokonanie czynności prawnych w sposób sprzeczny ze standardami ochrony pracownika przewidzianymi w art. 23¹ k.p. Jeżeli zawiera się je w sytuacji, w której znajduje zastosowanie art. 23¹ § 1 k.p., to pozostaje ono zgodne z prawem i posiada ważną funkcję polegającą na uchyleniu wątpliwości związanych z przebiegiem sukcesji generalnej, która zachodzi *ex lege*. Jak wynika z orzeczenia Trybunału sprawie CLECE SA opisanego powyżej, w określonych sytuacjach może pełnić także istotną rolę w charakterze przesłanki transferu.

2.1.2. Obejście ustawy

Druga z przesłanek nieważności wskazanych w art. 58 § 1 k.c. to zawarcie czynności w celu obejścia prawa. Jak podnosi się w doktrynie prawa cywilnego, czynności mające na celu obejście ustawy (*in fraudem legis*) zawierają pozór zgodności z ustawą¹⁰⁴⁵. Są to czynności, których treść nie zawiera elementów zabronionych przez prawo, lecz która służy realizacji celu zabronionego przez ustawę¹⁰⁴⁶.

W najnowszym orzecznictwie dotyczącym outsourcingu pracowniczego pojawił się pogląd, zgodnie z którym przekazanie pracownika zatrudnionego na czas nieokreślony agencji pracy tymczasowej, bez spełnienia przy tym warunków przejęcia istotnych składników majątkowych w rozumieniu art. 23¹ k.p. i następnie oddelegowane tej samej osoby na poprzednie miejsce pracy, uzasadnia ocenę tych zdarzeń w świetle art. 58 § 1 k.c. w związku z art. 23¹ k.p., zwłaszcza gdy w wyniku takiej operacji koszty związane z jego zatrudnieniem zostały określone na poziomie 60% faktycznych kosztów

¹⁰⁴⁴ A. Miętek, *Swoboda umów i jej ograniczenia przy kształtowaniu treści stosunku pracy*, Warszawa 2019, s. 182.

¹⁰⁴⁵ P. Nazaruk [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany*, red. J. Ciszewski, LEX 2021, art. 58.

¹⁰⁴⁶ Wyrok SN z 18.04.2013 r., II CSK 557/12, LEX nr 1425320; wyrok SN z 9.02.2012 r., I UK 265/11, LEX nr 1169836; Wyrok SN z 5.07.2012 r., I UK 101/12, LEX nr 1250560.

jego zatrudnienia¹⁰⁴⁷. Jak wskazuje Sąd Najwyższy w innym wyroku *motywem pozornych*¹⁰⁴⁸ *transferów było nieodprowadzanie świadczeń publicznoprawnych i tym samym obniżenie kosztów związanych z zatrudnianiem pracowników*¹⁰⁴⁹. Podobny pogląd w odniesieniu do „przekazania” zleceniobiorców wyraża SN w wyroku z 18.06.2019 r.¹⁰⁵⁰, *zgodnie z którym nieważna jest umowa przekazania zleceniobiorców, w której uzgodniono, że przejmujący zleceniobiorców otrzyma od przekazującego wyłącznie kwotę wynagrodzeń netto zleceniobiorców (celem ich wypłaty zleceniobiorcom), a nie otrzyma kwot stanowiących równowartość podatku dochodowego od osób fizycznych oraz składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, bowiem umowa taka w istocie uniemożliwia podmiotowi przejmującemu zleceniobiorców odprowadzenie do ZUS należnych składek, a do urzędu skarbowego - zaliczek na podatek dochodowy od osób fizycznych (art. 58 § 1 k.c.).*

Podzielim pogląd o nieważności porozumienia o „przejęciu” pracowników z uwagi na chęć obejścia prawa. W przypadku „pozornego outsourcingu pracowniczego” można doszukiwać się owego celu w chęci obniżenia kosztów pracy pracowników o równowartość nieuiszczanych przez usługodawcę należności publicznoprawnych. Argumentacja ta ma jednak słaby punkt. Na gruncie prawa cywilnego nie ma bowiem zgody co do tego, czy obie strony muszą być świadome niezgodnego z prawem celu. W postanowieniu z dnia 14.02.2014 r. Sąd Najwyższy stwierdził np. *iz o obejściu prawa można mówić tylko jeżeli strony świadomie, a nie przypadkowo dokonały czynności w celu obejścia prawa*¹⁰⁵¹. W toku „afery outsourcingowej” pracodawcy macierzyści utrzymywali natomiast, że nie mieli świadomości, iż usługodawcy nie będą uiszczać należności publicznoprawnych związanych z zatrudnianiem „przejętych” pracowników.

Uważam, że próbując odnaleźć niezgodny z prawem cel współpracy kontrahentów, nie trzeba sięgać do prawa ubezpieczeń społecznych, czy prawa podatkowego. Wystarczy przeanalizować skutki, jakie strony chcą wywołać na płaszczyźnie prawa pracy. W istocie każdy przypadek dwuetapowego outsourcingu pracowniczego stanowi działanie, którego

¹⁰⁴⁷ Zob. wyrok SA w Lublinie z 30.06.2021 r., III AUa 378/21, LEX nr 3199188; wyrok SA w Lublinie z 31.03.2021 r., III AUa 555/20, LEX nr 3166305.

¹⁰⁴⁸ Wydaje się, że Sąd Najwyższy używa pojęcia „pozorny transfer” w rozumieniu potocznym. o pozorności można mówić ewentualnie w odniesieniu do czynności prawnej będącej podstawą prawną transferu, a nie w przypadku samego transferu, który następuje ex lege.

¹⁰⁴⁹ Postanowienie SN z 16.07.2020 r., III PK 163/19, LEX nr 3153460.

¹⁰⁵⁰ I UK 159/18, LEX nr 2684741.

¹⁰⁵¹ Postanowienie SN z 14.02.2014 r., II CSK 216/13, LEX nr 1458819.

cel jest niezgodny z prawem. Pracodawca macierzysty decyduje się bowiem na współpracę, w ramach której będzie mógł formalnie korzystać z pracy „byłych” pracowników w reżimie prawa cywilnego, lecz w istocie nie zmieni się sposób jej świadczenia - pracownicy nadal będą świadczyć na jego rzecz pracę w sposób charakterystyczny dla zatrudnienia pracowniczego. Niedopuszczalny prawem cel polega zatem na chęci „uwolnienia się” od obciążeń nakładanych mocą prawa pracy na podmiot korzystający z pracy, przy zachowaniu wszelkich korzyści. Można dostrzec w tym wypadku analogię w stosunku do zachowań podejmowanych w relacjach bilateralnych, którym przeciwdziałać ma norma zawarta w art. 22§ 1² k.p. Jediną różnicą jest włączenie do współpracy trzeciego podmiotu.

Powyższa kwalifikacja znajduje zastosowanie nie tylko do „pozornego outsourcingu pracowniczego”, ale także do innych przypadków outsourcingu usług, w ramach którego strony wyraziły wolę „przejęcia” pracowników w trybie art. 23¹ § 1 k.p., poza zakresem zastosowania tej normy. Co do zasady, zawierając umowę cywilnoprawną dążyły bowiem do osiągnięcia skutku w postaci obejścia norm prawa pracy. Szczegółowy cel jaki im przyświecał w określonym przypadku, będzie jednak zależał od analizy całokształtu okoliczności danej sprawy.

2.1.3. Pozorność

Na zakończenie, rozważenia wymaga wreszcie kwestia pozorności, zwłaszcza w odniesieniu do tzw. „pozornego outsourcingu pracowniczego”. Wydaje się, iż genezy powstania owego terminu należy upatrywać w opinii Okręgowego Inspektoratu Państwowej Inspekcji Pracy we Wrocławiu cytowanej w wystąpieniu pokontrolnym NIK, w której wyrażono stanowisko, że *umowy – porozumienia [o „przejęciu” pracowników – przyp. B.A.] powinny być oceniane jako nieważne, pozorne czynności prawne, zawarte w celu obejścia przepisów prawa*¹⁰⁵². Pozostaje zatem pytanie, czy czynność prawna jaką jest porozumienie o „przejęciu” pracowników może być nieważna zarówno wskutek zawarcia jej zarówno w celu obejścia prawa, jak i wskutek obarczenia jej wadą pozorności.

¹⁰⁵² Najwyższa Izba Kontroli, Departament Pracy, Spraw Społecznych i Rodziny, *Wystąpienie Pokontrolne...*, s. 6.

W doktrynie prawa cywilnego wskazuje się, iż *pojęcia obejścia prawa i pozorności są sobie znaczeniowo bliskie i niejednokrotnie się pokrywają*¹⁰⁵³. W orzecznictwie sądowym ugruntowany jest natomiast pogląd, zgodnie z którym *czynność prawna nie może jednocześnie zmierzać do obejścia prawa (art. 58 § 1 k.c.) oraz być dokonana dla pozorów (art. 83 § 1 k.c.)*¹⁰⁵⁴. *Jeżeli umowa jest przez strony faktycznie wykonywana, nie można mówić o jej pozorności, powyższe jednak nie (...) wyklucza możliwości badania, czy zawarcie umowy nie zmierzało do obejścia prawa*¹⁰⁵⁵. Różnica pomiędzy takimi czynnościami prawnymi sprowadza się zatem do tego, czy były one przez strony wykonywane.

Moim zdaniem, należy stwierdzić, iż umowy outsourcingu usług, a w szczególności usług outsourcingu pracowniczego, nie były w opisywanej kategorii przypadków przez strony wykonywane. Jeśli usługobiorca miałby wykonywać umowę, to musiałby w relacji do „przejętych” pracowników działać w charakterze pracodawcy. Wiąż istniejąca pomiędzy nim a pracownikami powinna zatem charakteryzować się silnym natężeniem cech stosunku pracy, w szczególności wykonywaniem uprawnień kierowniczych. W przypadku outsourcingu pracowniczego wymóg ten nie zostaje spełniony, co szerzej zostanie opisane w rozdziale IV. Pomimo braku wykonywania umowy, nie można w tym przypadku mówić o pozorności porozumienia o „przejęciu” pracowników. Istota pozorności opiera się bowiem na niezgodności między aktem woli a jej przejawem na zewnątrz, przy jednomyślności stron co do tego, aby oświadczenie nie wywołało skutków prawnych¹⁰⁵⁶. W przypadku oświadczeń wchodzących w skład porozumienia o „przejęciu” pracowników brak efektu w postaci wywołania skutków prawnych nie wynika z ich pozorności, lecz z faktu, iż oświadczenia te *a priori* nie mogły wywołać skutków prawnych. Wydaje się, że pojęcie „pozorności” występuje w tym wypadku w znaczeniu potocznym, bardziej niż w prawnym. „Przejęcie” pracowników niewątpliwie jest iluzoryczne. Można także przyjąć, iż strony dążyły do stworzenia pozorów spełnienia przesłanek transferu zakładu pracy lub jego części. Zagadnienie pozorności rozważyć należy, nie tyle w odniesieniu do

¹⁰⁵³ A. Jedliński [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna*, red. A. Kidyba, wyd. II, Warszawa 2012, art. 83, LEX.

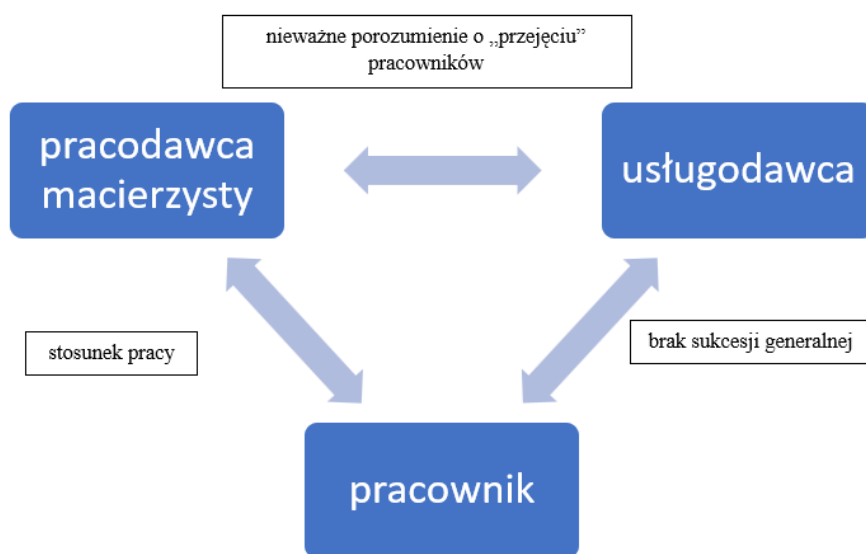
¹⁰⁵⁴ Zob. m.in. wyrok SN z 29.03.2006 r., II PK 163/05, LEX nr 232587; wyrok SN z 18.03.2014 r., II UK 374/13, LEX nr 1448332; wyrok SN z 27.01.2011 r., I UK 191/10, LEX nr 896481; wyrok SN z 19.01.2016 r., I UK 28/15; LEX nr 2043737.

¹⁰⁵⁵ Wyrok SN z 14.03.2001 r., II UKN 258/00, LEX nr 49241.

¹⁰⁵⁶ Zob. B. Lewaszkiewicz-Petrykowska [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, red. P. Księżak, M. Pyziak-Szafnicka, wyd. II, Warszawa 2014, art. 83, LEX.

postanowienia o „przejęciu” pracowników, ile w odniesieniu do postanowienia o przedmiocie umowy outsourcingu. Nierzadko bowiem strony ukrywają outsourcing pracowniczy pod pozorem outsourcingu usług innego rodzaju, co stanowić będzie przedmiot rozważań w kolejnym rozdziale.

Podsumowując rozważania dotyczące pierwszego wariantu outsourcingu pracowniczego, zgodnie z ugruntowanym poglądem „przejęcie” pracowników na mocy porozumienia nie implikuje transferu zakładu pracy ani jego części. Nie następuje bowiem faktyczne przeniesienie na usługodawcę uprawnień kierowniczych nad zespołem pracowniczym, ani nad składnikami majątkowymi. Rzeczywistym pracodawcą pracowników, pomimo zawarcia z usługodawcą porozumienia o ich „przejęciu”, pozostaje pracodawca macierzysty. Samo porozumienie należy natomiast uznać za nieważne z uwagi na cel, jakim jest obejście prawa - art. 23¹ §1 k.p. Prawnopracownicze skutki zawarcia porozumienia o „przejęciu” pracowników w toku outsourcingu pracowniczego obrazuje poniższa grafika:



Źródło: opracowanie własne

Na marginesie prowadzonych w niniejszej rozprawie rozważań, zasygnalizować należy rozbieżność poglądów istniejących w doktrynie w odniesieniu do zagadnienia możliwości „przejęcia” pracowników w drodze porozumienia poza zakresem zastosowania art. 23¹ § 1k.p. Chodzi tu o sytuacje, w których nie zostają spełnione przesłanki przejścia zakładu pracy lub jego części, a strony porozumienia nie mają woli

wywołania skutku w postaci sukcesji generalnej, lecz jednoczesnego rozwiązania stosunku pracy z pracodawcą macierzystym i nawiązania go z usługodawcą. A. Tomanek podnosi, że *zmiana pracodawcy nie następuje wówczas w trybie art. 23¹ § 1 k.p., ale na zasadzie trójstronnego porozumienia, zakładającego rozwiązanie dotychczasowego i nawiązanie nowego stosunku pracy*¹⁰⁵⁷. Autor podkreśla ponadto, że *ważność trójstronnych porozumień zależy nie tylko od zgody zainteresowanych pracowników, ale także od spełnienia wymagań wynikających z art. 18 § 1 k.p.*¹⁰⁵⁸. Zawarcie trójstronnego porozumienia w tym przedmiocie aprobują także inni przedstawiciele doktryny¹⁰⁵⁹. Alternatywnym rozwiązaniem mogłaby być także instytucja dwustronnego porozumienia, zawieranego pomiędzy pracodawcami za zgodą pracownika¹⁰⁶⁰. K. Jaśkowski¹⁰⁶¹ wyraża pogląd, że *przepis art. 23¹ k.p. nie ma zastosowania do tzw. porozumienia między pracodawcami, polegającego na zmianie przez pracownika pracodawcy, za jego zgodą, na podstawie porozumienia między dotychczasowym i nowym pracodawcą, jeżeli nie następuje przejście zakładu pracy lub jego części przez nowego pracodawcę. Zobowiązania stron z poprzedniego stosunku pracy (np. udzielenie urlopu) mogą przejść na nowego pracodawcę tylko na podstawie umowy między tymi dwoma pracodawcami i pracownikiem, chyba że taki skutek przewiduje przepis szczególny.*

Uważam, że zagadnienie sukcesji singularnej u stosunkach pracy stanowi niewątpliwie ciekawe pole dla dalszych badań. Wydaje się, że zawieranie trójstronnych porozumień o przejściu pracowników, w sytuacjach znajdujących się poza zakresem zastosowania art. 23¹ §1 k.p. powinno spotkać się z aprobatą. Równoczesne rozwiązanie stosunku pracy z pracodawcą macierzystym i nawiązanie stosunku pracy z usługodawcą zapewnia pracownikom większą stabilizację niż sytuacja, gdy te dwa zdarzenia dzieli odstęp czasowy.

2.2. Ważność „nowej” umowy o pracę zawartej przez pracodawcę rzeczywistego z pracownikiem przejętym w trybie transferu zakładu pracy lub jego części

¹⁰⁵⁷ Zob. A. Tomanek, *Przejście zakładu...*, s. 138-139.

¹⁰⁵⁸ Ibidem.

¹⁰⁵⁹ Ibidem; Ł. Pisarczyk, *Przejście zakładu pracy...*, s. 160; B. Wagner, *Zakres swobody umów w pracowniczym stosunku pracy*, Kraków 1986, s. 67.

¹⁰⁶⁰ Przytoczone cytaty nie dotyczą porozumienia, o którym mowa w art. 174 (1) k.p.

¹⁰⁶¹ K. Jaśkowski [w:] E. Maniewska, K. Jaśkowski, *Komentarz aktualizowany do Kodeksu pracy*, Sopot 2020, art. 23¹.

Rozwiązanie umów o pracę z pracodawcą macierzystym oraz ich nawiązanie z usługodawcą stanowi drugi wariant „przejęcia” pracowników w trybie art. 23¹ § 1k.p. Występuje najczęściej w przypadku outsourcingu usług dokonywanego w odniesieniu do zakładów pracy opartych na wykwalifikowanej sile roboczej, w których przejęcie wiedzy i umiejętności grupy pracowników dotychczas wykonującej określone zadania, może odgrywać decydującą rolę w ustaleniu czy zostały spełnione przesłanki transferu. Choć nie można wykluczyć zaistnienia tego wariantu w przypadku outsourcingu pracowniczego, w odniesieniu do pracodawców, do których znajduje zastosowanie tryb tzw. ustawy o zwolnieniach grupowych, dokonywanie outsourcingu pracowniczego w ten sposób pozostaje nieopłacalne, zatem rzadko występuje w praktyce.

Wiąże się on jednak w praktyce z niełatwymi konsekwencjami dla wszystkich podmiotów zaangażowanych we współpracę. Jak już wspomniano powyżej, usługodawca może nie mieć świadomości, wynikających z dynamicznie ewoluującego orzecznictwa TSUE konsekwencji zatrudnienia znacznej części pracowników, z którymi pracodawca macierzysty rozwiązał stosunki pracy. Osłabia to faktyczną sytuację pracownika, który ochrony praw nabytych podczas zatrudnienia u pracodawcy macierzystego będzie wówczas musiał dochodzić w drodze postępowania sądowego. Wydaje się, iż w tej sytuacji umowa zawarta przez pracownika z usługodawcą powinna zostać uznana za ważną, a do postanowień mniej korzystnych, w szczególności wyłączających uprawnienia pracownika wynikające z praw nabytych podczas zatrudnienia u pracodawcy macierzystego, zastosowanie znajdzie art. 18 § 1 k.p.

Wydaje się, iż w najmniej korzystnej sytuacji znajduje się pracodawca macierzysty. Może on bowiem nawet nie wiedzieć, że dokonał się transfer. Spełnienie jego przesłanek zależy w przeważającej części od woli nawiązania stosunków pracy po stronie pracowników i usługodawcy. Ponadto, jeśli do rozwiązania przez niego stosunków pracy z pracownikami dotychczas wykonującymi zadania zlecane na zewnątrz dojdzie w trybie ustawy o zwolnieniach grupowych, wówczas będzie on na mocy art. 8 ust. 1 u.z.g. zobowiązany do wypłaty pracownikom kosztownych odpraw pieniężnych,. W doktrynie istnieją różne poglądy na temat obowiązku wypłaty odprawy przez pracodawcę macierzystego w sytuacji podjęcia przez pracownika kolejnego zatrudnienia.

A. Kijowski¹⁰⁶² łączy obowiązek wypłaty odprawy z utratą dotychczasowego miejsca pracy (a nie miejsca pracy w ogólności). Podobny pogląd wyraża K. W. Baran twierdząc, że *odprawa z tytułu zwolnienia grupowego przysługuje pracownikowi niezależnie od tego, czy w związku z rozwiązaniem stosunku pracy pozostaje bez pracy, czy podjął zatrudnienie u tego samego lub innego pracodawcy*¹⁰⁶³. Inne stanowisko zajmuje A. Sobczyk, który istoty odprawy upatruje w realizacji funkcji socjalnej. Powołuje się on na art. 12 ust. 2 konwencji MOP Nr 158¹⁰⁶⁴, zgodnie z którym prawo do odprawy (zwanej w Konwencji zasiłkiem) nie przysługuje, jeśli pracownik nie spełnia warunków kwalifikujących go do otrzymania świadczenia na wypadek bezrobocia lub pomocy z systemu ogólnego¹⁰⁶⁵. W art. 12 ust. 2 konwencji posłużono się jednak zwrotem, że owego zasiłku (odprawy) „nie trzeba” wypłacać wyłącznie z tego powodu, że pracownik nie otrzymuje świadczenia z ubezpieczenia w razie bezrobocia. Treść normy nie wyklucza zatem ustalenia korzystniejszych warunków wypłaty odprawy w ustawodawstwie krajowym.

De lege lata rozwiązanie umowy o pracę z pracownikiem w celu dokonania outsourcingu usług implikuje konieczność wypłaty odprawy pieniężnej, jeżeli ustawa o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników znajduje zastosowanie. W praktyce, jest to element, który niejednokrotnie skłania pracodawców macierzystych do negocjacji z usługodawcami możliwości „przejęcia” przez nich pracowników. W sytuacji, gdy zatrudnienie pracowników przez usługobiorcę po wypłacie przez pracodawcę macierzystego odpraw pieniężnych spowoduje transfer zakładu pracy lub jego części, wówczas odpadnie podstawa prawna świadczenia. Dochodzenie zwrotu świadczenia napotyka jednak liczne trudności. *De lege ferenda* rozważać można stworzenie katalogu wyjątków od obowiązku zapłaty odprawy obejmującego, m.in. sytuację, w której pracodawca zapewnia pracownikowi możliwość dalszego zatrudnienia u siebie lub u swojego kontrahenta.

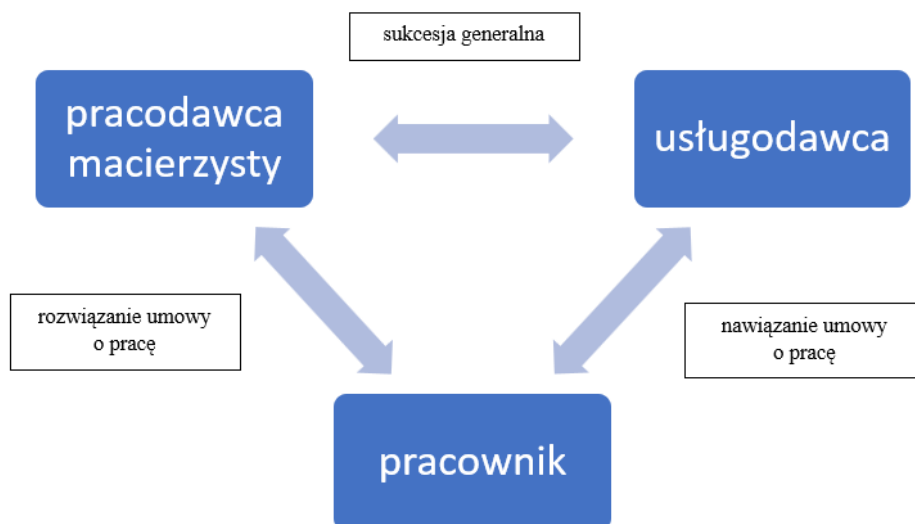
¹⁰⁶² A. Kijowski, *Przejęcie zakładu pracy na inną osobę. Wykładnia i Praktyka*, PiZS 1991/4, s. 54.

¹⁰⁶³ K.W. Baran, M. Lekston, *Komentarz do ustawy o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników* [w:] *Zbiorowe prawo zatrudnienia. Komentarz*, red. naukowa K.W. Baran, Warszawa 2019, art. 8; w odniesieniu do koncepcji ograniczenia konstytucyjnej ochrony własności pracodawcy autor powołuje się na pogląd A. Sobczyka; zob. A. Sobczyk, *Prawo pracy w świetle Konstytucji RP. Tom II. Wybrane problemy i instytucje prawa pracy a konstytucyjne prawa i wolności człowieka*, Warszawa 2013, s. 187 i nast.

¹⁰⁶⁴ Konwencja MOP Nr 158 dotycząca rozwiązania stosunku pracy z inicjatywy pracodawcy z dnia 23 listopada 1985 r., <https://www.mop.pl/doc/html/konwencje/k158.html>

¹⁰⁶⁵ Konwencja MOP Nr 158.

Rzeczywistym pracodawcą pracownika w sytuacji rozwiązania umowy o pracę przez pracodawcę macierzystego i nawiązania tej umowy z usługodawcą, jeśli towarzyszy jej transfer zakładu pracy lub jego części, jest usługodawca. Nie nawiązuje on wówczas z pracownikiem „nowego” stosunku pracy, lecz wstępuje w istniejący w drodze sukcesji generalnej po stronie pracodawczej. Ilustruje to poniższa grafika:



Źródło: opracowanie własne

3. Uwagi *de lege lata* i *de lege ferenda*

Podsumowując, przejęcie pracowników na pierwszym etapie outsourcingu usług odbywa się na dwa sposoby: kontrahenci zawierają porozumienie o „przejęciu” pracowników lub pracodawca macierzysty rozwiązuje stosunki pracy z pracownikami a usługodawca ich zatrudnia. Zawarcie przez kontrahentów w toku outsourcingu usług porozumienia o „przejęciu” pracowników, nie implikuje sukcesji generalnej po stronie pracodawczej, jeżeli nie towarzyszy mu spełnienie przesłanek transferu zakładu pracy lub jego części. Pracodawcą rzeczywistym staje się wówczas pracodawca macierzysty, a porozumienie należy uznać za nieważne ze względu na niezgodny z prawem cel, jakim jest obejście bezwzględnie obowiązującej normy, wyrażonej w art. 23¹§1 k.p. W przypadku outsourcingu pracowniczego, należy stwierdzić

ponadto, iż - co do zasady - nie wiąże się on ze spełnieniem przesłanek transferu zakładu pracy lub jego części. Usługodawca nie uzyskuje bowiem faktycznej możliwości zarządzania przejętym zakładem pracy lub jego częścią tj. korzystania z jego majątku i kierowania zespołem pracowniczym. Na gruncie prawa pracy outsourcing pracowniczy nie różni się od „pozornego outsourcingu pracowniczego”. Odmienności dostrzec można na gruncie prawa podatkowego oraz prawa ubezpieczeń społecznych. Przejawiają się one w braku realizacji przez podmiot „przejmujący” pracowników obowiązków publicznoprawnych związanych z pełnieniem roli płatnika.

Alternatywny sposób „przejęcia pracowników” to rozwiązanie z pracownikami umów o pracę przez pracodawcę macierzystego oraz ich nawiązanie przez usługodawcę. Nierzadko pojawia się on w przypadku outsourcingu usług stosowanego do zakładu pracy lub jego części opartej na wykwalifikowanej sile roboczej. Sytuacja ta powoduje, iż rzeczywistym pracodawcą stanie się podmiot, który w wielu wypadkach uważa, iż nawiązuje nowy stosunek pracy, a nie wstępuje w już istniejący. Wydaje się, iż w tej sytuacji umowy o pracę zawarte pomiędzy pracownikami a tym podmiotem należy uznać za ważne. Ochrona praw nabytych w toku zatrudnienia u pracodawcy macierzystego zapewniona zostanie pracownikom na podstawie normy zawartej w art. 18 §1k.p. Trudnym do rozwiązania problemem pozostaje wówczas kwestia nienależnej wypłaty odprawy pieniężnej, w sytuacjach gdy zastosowanie znajduje ustawa o zwolnieniach grupowych.

Wnioski płynące z powyższych rozważań należy odnieść do tezy badawczej przyjętej na gruncie niniejszej rozprawy, zgodnie z którą w aktualnym stanie prawnym, zagadnienie tożsamości rzeczywistego pracodawcy w outsourcingu usług:

- 1) nie zostało uregulowane w sposób jednoznaczny i zrozumiały dla podmiotów, którym przypisuje się ten status;
- 2) nie zapewnia efektywnej ochrony pracownikom faktycznie wykonującym pracę w ramach outsourcingu usług;
- 3) nie stanowi gwarancji przestrzegania zasad uczciwej konkurencji.

Uregulowanie przedmiotowego zagadnienia w sposób zgodny z Zaleceniem MOP oraz zasadami konstytucyjnymi wymaga zarówno ujednoczenia sposobu wykładni istniejącego prawa, jak i interwencji ustawodawcy w jego treść.

Lakoniczna regulacja zagadnienia transferu zakładu pracy lub jego części, zawarta w art. 23¹ §1 k.p. oraz ogromna rola orzecznictwa sądowego, w tym w szczególności orzecznictwa TSUE, w wykładni przesłanek transferu

powoduje niekorzystne skutki na polu pewności prawa. Trybunał Sprawiedliwości tłumaczy swoją rozszerzającą wykładnię przepisów dyrektywy koniecznością ochrony pracowników¹⁰⁶⁶. Zakres sytuacji, w których pracownicy objęci są ochroną wynikającą ze stosowania instytucji przejścia jednostki gospodarczej, w istocie oceniać należy jako szeroki. Wobec ciągłej ewolucji wykładni, ochrona ta traci jednak walor efektywności. Jak słusznie zauważa H. Collins, *choć zasadnicza idea dyrektywy jest jasna, jej zastosowanie do określonych przypadków [outsourcingu – przyp. B.A.] jest nieprzewidywalne*¹⁰⁶⁷. Uzależnienie zmiany statusu pracodawcy od wielu złożonych reguł wynikających z orzecznictwa Trybunału powoduje niski stopień pewności prawa zarówno wśród pracodawców, jak i pracowników. Odstrasza to pracowników od dochodzenia ochrony w drodze postępowań sądowych, z uwagi na istotną niepewność co do ich wyniku. Faktyczna skala problemu jest trudna do oszacowania. Wydaje się, że bogate orzecznictwo TSUE oraz sądów krajowych unaocznia jedynie jej ułamek – wielu pracowników nie decyduje się bowiem na wystąpienie na drogę sądową. Po stronie pracodawców, przypisanie statusu rzeczywistego pracodawcy po wieloletnim postępowaniu sądowym może skutkować negatywnymi konsekwencjami zwłaszcza finansowymi, a w skrajnych przypadkach koniecznością zakończenia działalności. Wydaje się zatem, iż rozszerzający kierunek wykładni przepisów dyrektywy prowadzi do nieuprawnionego naruszania słusznych interesów pracodawców. Jak zauważa się w doktrynie, *prawo pracy nie powinno ingerować w decyzje ekonomiczne pracodawców, przewidując ich obciążenie jedynie w niezbędnym zakresie. W szczególności sytuacja pracodawcy przejmującego nie powinna być gorsza niż sytuacja pozostałych pracodawców*¹⁰⁶⁸. W przypadku outsourcingu usług pogorszenie sytuacji usługodawcy może wiązać się z koniecznością przejęcia *ex lege* trudnej do ustalenia grupy pracowników pracodawcy macierzystego. Jak trafnie podnosi A. Tomanek *jeżeli nie dochodzi do przejęcia całego przedsiębiorstwa, a jedynie do wydzielenia lub powierzenia wykonania określonego zadania (kontraktu), nowy usługodawca nie*

¹⁰⁶⁶ Zob. cytowane już wyroki TSUE z 13.09.2007 r., w sprawie C-458/05 Mohamed Jouini i inni przeciwko Princess Personal Service GmbH (PPS), ECR 2007 I-07301, ECLI identifier: ECLI:EU:C:2007:512, pkt 23 oraz powoływane tam w odniesieniu do art. 1 ust. 1 dyrektywy 77/187 wyroki z 7.02.1985 r., w sprawie 135/83 Abels, Rec. str. 469, pkt 11-13 i z 19.05.1992 r., Sophie Redmond Stichting przeciwko Bartol i in., C-29/91, EU:C:1992:220, LEX nr 123198, Rec. str. I-3189, pkt 10.

¹⁰⁶⁷ H. Collins, *Employment Law...*, EBSCOhost.

¹⁰⁶⁸ Ł. Pisarczyk, *Przejście zakładu pracy...*, s. 27.

*jest w stanie oszacować ryzyka związanego z przejęciem załogi i nie powinien być tym ryzykiem obarczony*¹⁰⁶⁹.

Mając świadomość, iż w świetle aktualnego orzecznictwa Trybunału oraz sądów krajowych, pogląd ten nie może zostać powszechnie przyjęty, uważam, że specyfika outsourcingu usług nie pozwala na stosowanie do niego norm dotyczących transferu zakładu pracy lub jego części. Sukcesja uniwersalna towarzysząca transferowi zakładu pracy lub jego części służy ochronie pracowników przypisanych do określonej, zintegrowanej struktury w przypadku gdy zmienia się jej właściciel. Istotą outsourcingu usług jest natomiast rozbitcie istniejącej struktury części zakładu pracy złożonej z pracowników, zadań oraz mienia i przekazanie na zewnątrz wyłącznie zadań. Ewentualne przejęcie części pracowników czy mienia ma charakter uboczny. Pokreślić należy w tym zakresie pogląd M. Trockiego, zgodnie z którym przedmiotem outsourcingu jest *zlecenie na zewnątrz zadań, procesów lub funkcji, a nie elementów struktury organizacyjnej przedsiębiorstwa macierzystego, tzn. jego stanowisk bądź komórek organizacyjnych*¹⁰⁷⁰.

Ochronę przejmowanym przez usługodawcę pracownikom należałoby zapewnić poprzez utworzenie ram prawnych dla zastosowania w stosunkach pracy sukcesji singularnej opartej o trójstronne porozumienia. Stanowiłoby to rozwiązanie pośrednie pomiędzy trudną dla pracodawcy macierzystego decyzją o definitywnym rozwiązaniu stosunków pracy z pracownikami dotychczas wykonującymi zadania zlecane na zewnątrz, a trudną dla usługodawcy decyzją o przejęciu w drodze sukcesji uniwersalnej, wszystkich pracowników, których praca powiązana była z realizacją przejmowanych zadań. W konsekwencji zwiększyłaby się elastyczność prawa pracy w odniesieniu do popularnych na rynku działań w obszarze outsourcingu usług. Zarówno liczne orzecznictwo sądowe dotyczące sporów mających na celu ustalenie rzeczywistego pracodawcy, jak i cytowane w rozdziale pierwszym poglądy przedstawicieli nauk o zarządzaniu, świadczą o istnieniu wyraźnej społecznej potrzeby zapewnienia standardów prawnych stanowiących wypadkową pomiędzy ochroną pracowników a pewnością prawa oraz brakiem nadmiernych ograniczeń dla zasad konkurencji po stronie przedsiębiorców.

Wracając jednak do rozważań wpisujących się w aktualny nurt wykładni norm konstytuujących instytucję przejścia zakładu pracy lub jego części, zgłosić należy *de lege*

¹⁰⁶⁹ A. Tomanek, *Przejście przedsiębiorstwa...*, s. 410.

¹⁰⁷⁰ Zob. M. Trocki, *Outsourcing. Metoda restrukturyzacji...*, s. 58.

ferenda postulat rozbudowania treści art. 23¹ kodeksu pracy, na wzór rozwiązania brytyjskiego¹⁰⁷¹. W artykule 3 (1) (b) aktu *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 2006*¹⁰⁷² jako jedną z podstaw transferu *expressis verbis* wyrażono zmianę w zakresie świadczenia usług, czyli sytuację, w której:

- (i) określone zadania przestają być samodzielnie wykonywane przez dany podmiot ("klienta") i zaczynają być wykonywane przez inny podmiot na rzecz klienta ("usługodawca");
- (ii) określone zadania przestają być realizowane przez usługodawcę na rzecz klienta (niezależnie od tego, czy zadania były wcześniej wykonywane przez klienta w imieniu własnym) i zaczynają być realizowane na jego rzecz przez inny podmiot ("dalszy usługodawca");
lub
- (iii) określone zadania przestają być wykonywane przez usługodawcę lub kolejnego usługodawcę na rzecz klienta (niezależnie od tego, czy zadania były wcześniej wykonywane przez klienta w imieniu własnym) i zaczynają być realizowane przez klienta w imieniu własnym¹⁰⁷³.

Przykładowe brzmienie dodatkowego paragrafu art. 23¹ k.p. mogłoby uzyskać następującą formę: *art. 23¹ §1 k.p. znajduje zastosowanie do zmian w zakresie świadczenia usług, w sytuacjach takich jak:*

- a. zaprzestanie wykonywania przez pracodawcę zadań o charakterze powtarzalnym we własnym imieniu i rozpoczęcie ich wykonywania przez usługodawcę na rzecz pracodawcy (*outsourcing*);
- b. zaprzestanie wykonywania przez usługodawcę zadań o charakterze powtarzalnym na rzecz usługobiorcy (niezależnie od tego, czy czynności te były wcześniej wykonywane przez usługobiorcę w jego własnym imieniu) i rozpoczęcie ich wykonywania przez kolejnego usługodawcę na rzecz usługobiorcy (*dalszy outsourcing*);

¹⁰⁷¹ Statutory Instruments 2006 No. 246, The Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 2006, <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2006/246/made> (dostęp: 9.03.2021 r.).

¹⁰⁷² The Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 2006, Statutory Instruments 2006 No. 246. <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2006/246/made> (dostęp: 9.03.2021 r.).

¹⁰⁷³ Zob. J. McMullen, *The Developing Case Law on TUPE and Service Provision Change*, „Industrial Law Journal”, 2016/2, t. 45, s. 220-230.

- c. zaprzestanie wykonywania zadań o charakterze powtarzalnym przez usługodawcę lub kolejnego usługodawcę (niezależnie od tego, czy czynności te były wcześniej wykonywane przez usługobiorcę w imieniu własnym) i rozpoczęcie ich wykonywania przez usługobiorcę w imieniu własnym (insourcing)*
- o ile spełnione są przesłanki jego zastosowania.

Rozbudowana treść art. 23¹ §1 k.p. sugerowałaby podmiotom rozważającym podjęcie współpracy w ramach outsourcingu usług konieczność zbadania owego zagadnienia pod kątem zgodności z prawem pracy. Spowodowałoby to zwiększenie świadomości kontrahentów outsourcingowych, a w konsekwencji ograniczenie sporów sądowych dotyczących ustalenia statusu rzeczywistego pracodawcy prowadzonych w związku z procesami outsourcingowymi.

Rozdział IV

Nabycie statusu pracodawcy rzeczywistego wskutek zawarcia umowy o pracę w sposób dorozumiany pomiędzy usługobiorcą a osobą faktycznie wykonującą pracę na jego rzecz

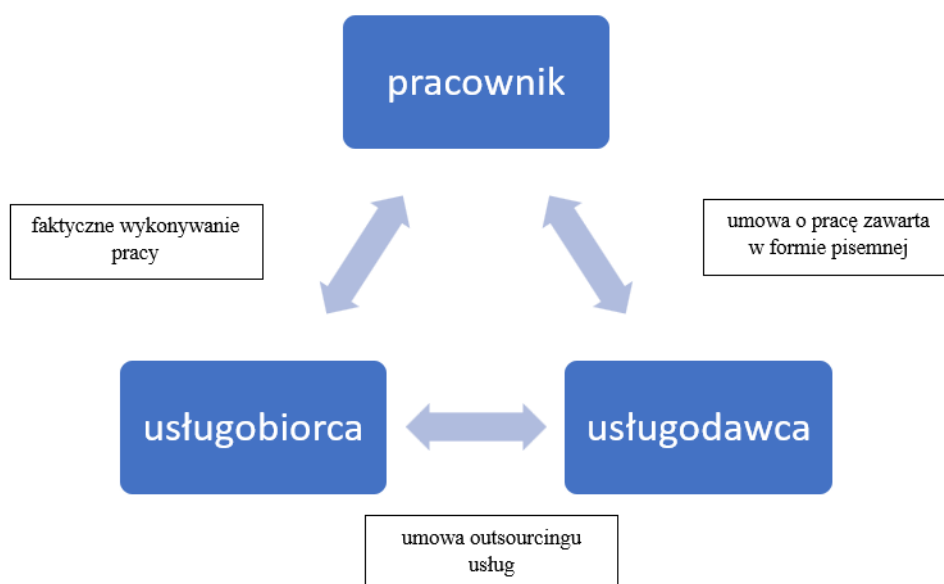
Rozważania w niniejszym rozdziale dotyczyć będą drugiego etapu współpracy stron w ramach outsourcingu, czyli etapu świadczenia usług przez usługodawcę, z pomocą jego pracowników, na rzecz usługobiorcy. Zagadnienie identyfikacji pracodawcy rzeczywistego na tym etapie zostało już zarysowane w rozdziale II. Przed przystąpieniem do szczegółowych rozważań, warto zatem przypomnieć po krótku najistotniejsze elementy, przygotowanej dla nich bazy.

Outsourcing usług stanowi alternatywę dla zatrudniania pracowników własnych. Z perspektywy usługobiorcy jest sposobem korzystania z pracy faktycznie wykonywanej przez pracowników innego podmiotu dla realizacji zadań własnych. Co do zasady, działanie to mieści się w granicach wolności gospodarczej i swobody umów, umożliwiając podmiotom, które z niego korzystają zdobycie przewagi konkurencyjnej. Z perspektywy prawa pracy powoduje jednak oddalenie się podmiotu, który czerpie zasadnicze korzyści z pracy pracownika (usługobiorcy) od podmiotu występującego w roli jego pracodawcy (usługodawcy). Samo czerpanie korzyści, z pracy pracownika, niezależnie jak znaczących, nie przesądza jeszcze o tym, że praca, w wąskim rozumieniu przyjętym na gruncie art. 22 § 1 k.p., wykonywana jest „na rzecz” danego podmiotu. Aby dokonać takiej kwalifikacji, podmiot musi czerpać bezpośrednio korzyści z pracy wykonywanej w sposób ciągły, w warunkach osobistej zależności zachodzącej pomiędzy nim a pracownikiem. Jeśli praca faktycznie wykonywana przez pracownika charakteryzuje się tymi cechami, należy uznać ją za „wykonywaną na rzecz” usługobiorcy w rozumieniu art. 22 § 1 k.p., co rodzi istotne wątpliwości w odniesieniu do tego, czy nie wchodzi on wówczas w rolę pracodawcy.

1. Natężenie cech stosunku pracy w faktycznej relacji pomiędzy pracownikiem a usługobiorcą

Outsourcing usług, w przypadkach silnej interakcji pomiędzy usługobiorcą a pracownikiem faktycznie wykonującym pracę na jego rzecz, doprowadza do sytuacji, w której cechy stosunku pracy ulegają podziałowi pomiędzy dwie relacje:

usługodawca-pracownik oraz usługobiorca-pracownik. Jak wspomniano już w rozdziale drugim, ustalenie statusu pracodawcy w outsourcingu usług wymaga nałożenia na siebie perspektywy prawa pracy oraz prawa cywilnego. Istota problemu sprowadza się do identyfikacji przypadków, w których pracę faktycznie wykonywaną przez pracownika na rzecz usługobiorcy należy na płaszczyźnie normatywnej uznać nie za usługę świadczoną przez pracownika w imieniu usługodawcy, lecz za pracę w rozumieniu art. 22 k.p., świadczoną przez pracownika w imieniu własnym. Ustalenie statusu pracodawcy w outsourcingu usług powinno zatem przebiegać poprzez porównanie natężenia cech stosunku pracy w relacji pracownik – usługodawca z natężeniem owych cech w relacji pracownik – usługobiorca. Połączenie perspektyw ilustruje przedstawiana już powyżej grafika:



Źródło: opracowanie własne

W konsekwencji, **by *de lege lata* uznać, usługobiorcę za pracodawcę rzeczywistego, nasilenie cech stosunku pracy w faktycznej relacji istniejącej pomiędzy pracownikiem a tym podmiotem musi być silniejsze aniżeli w faktycznej relacji pomiędzy pracownikiem a usługodawcą.** Jeżeli natężenie cech okaże się zbliżone, zdecydować powinna wola stron wyrażona w umowach zawartych w formie pisemnej, co doprowadzi do potwierdzenia, iż rolę pracodawcy pełni usługodawca. Badaniu nasilenia cech stosunku pracy służy metoda typologiczna, oparta na kryterium jakościowym. Oznacza to, że za uznaniem danego stosunku za więź pracowniczą nie

przemawia liczba występujących w nim cech, ale ich jakość pozwalająca przyjąć, że zobowiązanie - ze względu na swój charakter - w istocie ma cechy pracownicze¹⁰⁷⁴. Ponadto, żaden ze wskaźników nie ma sam w sobie wartości decydującej¹⁰⁷⁵, a każdemu przypisuje się różną wagę. Za pierwszoplanowe cechy stosunku pracy uznaje się: kierownictwo pracodawcy, osobisty charakter świadczenia oraz odpłatność¹⁰⁷⁶. W niniejszym rozdziale przeanalizowane zostanie zagadnienie natężenia poszczególnych cech stosunku pracy w faktycznej relacji pomiędzy pracownikiem a usługobiorcą na kanwie różnych możliwych w ramach tej współpracy rodzajów sytuacji, a następnie skutki, jakie ustalenie, że rzeczywistym pracodawcą pracownika jest usługobiorca wywołuje dla ważności czynności prawnych, w których treści jako pracodawcę wskazano usługodawcę.

1.1. Kierownictwo

Za najistotniejszą cechą stosunku pracy uznaje się „kierownictwo pracodawcy”, ponieważ wyznacza ono zakres stosunku pracy¹⁰⁷⁷. Jak podnosi P. Prusinowski, *ustalenie ponad wszelką wątpliwość, że dana osoba pracuje pod kierownictwem pracodawcy w rozumieniu art. 22 § 1 k.p. z reguły przesądza o pracowniczym charakterze więzi prawnej*¹⁰⁷⁸. Cecha ta budzi także największe kontrowersje w przypadku outsourcingu usług. Jednocześnie to ona odgrywa największą rolę w procesie ustalenia rzeczywistego pracodawcy w outsourcingu usług.

1.1.1. Koordynacja realizacji zadań w toku outsourcingu usług a pojęcia kierownictwa pracodawcy i zlecającego

W przypadku outsourcingu usług, w ramach którego pracownicy faktycznie wykonują pracę na rzecz usługobiorcy, kluczowym zagadnieniem staje się sposób koordynacji owej pracy. *Od menadżerów usługobiorcy oczekuje się umiejętności*

¹⁰⁷⁴ Zob. P. Prusinowski, *Umowne podstawy zatrudnienia*, Warszawa 2012, s. 114, 126.

¹⁰⁷⁵ Zob. A. Supiot, *Zatrudnienie pracownicze i zatrudnienie niezależne* [w:] *Referaty na VI Europejski Kongres Prawa Pracy i Zabezpieczenia Społecznego*, Warszawa 1999, s. 144-145.

¹⁰⁷⁶ Zob. P. Prusinowski, *Umowne podstawy ...*, s. 112; K. Topolewski, *Zlecenie a umowa o pracę* [w:] K. Topolewski, *Przedmiot zobowiązania z umowy zlecenia*, Warszawa 2015, Legalis.

¹⁰⁷⁷ Zob. Z. Kubot, *Pojęcie kierownictwa pracodawcy* [w:] *Prawo pracy a wyzwania XXI wieku. Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego*, red. M. Matey-Tyrowicz, L. Nawacki, B. Wagner, Warszawa 2002, s. 233.

¹⁰⁷⁸ P. Prusinowski, *Umowne podstawy...*, s. 112.

koordynacji realizacji zadań w toku outsourcingu usług¹⁰⁷⁹. Chodzi zarówno o koordynację działań przede wszystkim u zleceniobiorcy, ale również ważną koordynację działań ze zleceniodawcą, w tym koordynację poszczególnych pracowników zleceniodawcy z poszczególnymi pracownikami zleceniobiorcy¹⁰⁸⁰. Koordynacja oznacza scalanie czynów wchodzących w skład działania złożonego, by owe działania sobie pomagały¹⁰⁸¹. Niektóre ze składowych koordynacji na pewno można uwzględnić w konstrukcji umowy kontraktu outsourcingu, np. terminy, czas realizacji, jakość realizacji poszczególnych zadań, kolejność realizacji i inne¹⁰⁸². Szczególnym wyzwaniem jest koordynacja, jaką muszą prowadzić menedżerowie (leaderzy) zleceniobiorcy w przypadku zaistnienia sytuacji nadzwyczajnych w trakcie realizacji kontraktu¹⁰⁸³. Jak bowiem słusznie zauważa się w doktrynie prawa cywilnego, nawet obszerna i wykraczająca poza konieczne minimum umowa, zwykle okazuje się niewystarczająca¹⁰⁸⁴.

Koordynacja wymaga zatem od usługobiorcy oddziaływania bezpośrednio na zachowania pracownika, któremu usługodawca powierzył świadczenie usługi na rzecz danego klienta. Stopień owej ingerencji, jak opisano już we wcześniejszej części wywodu, może być jednak różny. Najbardziej widoczny wpływ występuje w sytuacji, gdy klient przejmuje część funkcji pracodawcy¹⁰⁸⁵. Podmiot ten „wchodzi” w stosunek pracy, a w niektórych przypadkach outsourcingu usług odgrywa w nim wręcz dominującą rolę¹⁰⁸⁶.

W niniejszej części przedmiotem rozważań stanie się granica dopuszczalnego z perspektywy prawa pracy zakresu przekazania uprawnień kierowniczych na rzecz usługobiorcy w ramach outsourcingu usług. Pełna analiza przedmiotowego problemu wymaga jednak uprzedniego przybliżenia zarysu doktrynalnej i jurydycznej dyskusji na temat pojęcia kierownictwa pracodawcy, relacji owego pojęcia do używanego powszechnie pojęcia pracowniczego podporządkowania

¹⁰⁷⁹ Zob. J.P. Foltys, *Outsourcing. Idea...*, s. 291; w dalszej części tekstu posługując się pojęciem usługobiorcy, rozumiem pod nim wszelkie osoby fizyczne, które w imieniu usługobiorcy realizują uprawnienia kierownicze.

¹⁰⁸⁰ Ibidem.

¹⁰⁸¹ Zob. T. Pszczołkowski, *Mała encyklopedia prakseologii i teorii organizacji*, Warszawa 1978, s. 106.

¹⁰⁸² Ibidem.

¹⁰⁸³ Ibidem.

¹⁰⁸⁴ Zob. T. Wiśniewski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna, wyd. II*, red. J. Gudowski, Warszawa 2018, art. 354, LEX.

¹⁰⁸⁵ Zob. E. Albin, *Labour law...*, s. 970.

¹⁰⁸⁶ Zob. E. Albin, *Labour Law...*, s. 971.

oraz porównania zakresu znaczeniowego terminu kierownictwo pracodawcy i kierownictwo zlecającego.

Pojęcie kierownictwa pracodawcy ma specyficzną treść określoną przez przepisy Kodeksu pracy, a także przepisy szczególne w rozumieniu art. 5 k.p.¹⁰⁸⁷. W odniesieniu do jego zakresu znaczeniowego w doktrynie prawa pracy pojawiają się różne poglądy¹⁰⁸⁸. W myśl najszerszego stanowiska obejmuje ono:

- 1) przyjmowanie i zwalnianie pracowników,
- 2) uprawnienia reglamentacyjne (ustalanie regulaminu pracy, rozkładu czasu pracy, planie urlopów wypoczynkowych),
- 3) uprawnienia dyscyplinarne (stosowanie kar wobec pracowników),
- 4) inne uprawnienia (jednostronne kształtowanie treści stosunku, prawo wydawania poleceń, prawo ustalania świadczeń oraz ich wysokości)¹⁰⁸⁹.

Najczęściej przywoływany podział uprawnień kierowniczych to podział na: uprawnienia prawodawcze (reglamentacyjne), których wyrazem zewnętrznym jest regulamin pracy, uprawnienia dyrektywne będące uprawnieniami kierowniczymi w ścisłym znaczeniu, oraz uprawnienia dyscyplinarne służące wymuszeniu posłuszeństwa ze strony pracowników w stosunku do przepisów i poleceń¹⁰⁹⁰. Sens uprawnień dyrektywnych *polega na bezpośrednim kształtowaniu procesu pracy w drodze wydawania poleceń*¹⁰⁹¹. *Ten rodzaj uprawnień stanowi szczególną treść stosunku pracy, bez której nie mógłby on być tak zakwalifikowany*¹⁰⁹².

Uprawnienia dyrektywne stanowią jądro uprawnień kierowniczych. *Przejawami uprawnień kierowniczych są zarówno nakazy, zakazy czy wskazania przekazywane na bieżąco pracownikowi w procesie pracy, jak i zarządzania czy instrukcje – ustne lub pisemne -adresowane do mniejszej lub większej grupy pracowników*¹⁰⁹³. (...) Każda taka

¹⁰⁸⁷ Zob. Z. Kubot, *Kierownictwo zlecającego jako pojęcie prawne* [w:] *Z zagadnień współczesnego prawa pracy...*, s. 235-237.

¹⁰⁸⁸ Zob. T. Liszcz, *Podporządkowanie pracownika...*, s. 146.

¹⁰⁸⁹ Zob. J. Strugała, *Uprawnienia kierownicze podmiotu zatrudniającego* [w:] *Studia nad kodeksem pracy*, red. W. Jaśkiewicz, Poznań 1975, s. 183-189.

¹⁰⁹⁰ Uprawnienia te wyodrębnione w literaturze obcej, zwłaszcza francuskiej opisuje szeroko H. Lewandowski, *Uprawnienia kierownicze w umownym stosunku pracy: przedmiot i granice*, Warszawa 1977, s. 13-27; zob. także M. Raczkowski, *o podporządkowaniu autonomicznym – krytycznie* [w:] *Współczesne problemy prawa pracy...*, s. 131.

¹⁰⁹¹ H. Lewandowski, *Uprawnienia kierownicze...*, s. 21.

¹⁰⁹² *Ibidem*.

¹⁰⁹³ H. Lewandowski, *Uprawnienia kierownicze...*, s. 26.

decyzja jest w stosunku do pojedynczego pracownika poleceniem w rozumieniu art. 100 k.p.¹⁰⁹⁴ H. Lewandowski wśród uprawnień kierowniczych w ścisłym znaczeniu wyróżnia uprawnienie do:

- 1) przydzielania pracownikowi konkretnych zadań do wykonania (wykonywania),
- 2) udzielania wskazówek, instrukcji odnośnie do sposobu wykonania (wykonywania) tych zadań,
- 3) kontroli (nadzoru) i oceny pracy¹⁰⁹⁵.

Zdaniem T. Liszcz kierownictwo oznacza kompetencję pracodawcy do wydawania pracownikowi wiążących go poleceń dotyczących pracy tzn. tego, co, gdzie, kiedy i jak ma robić¹⁰⁹⁶, oczywiście w granicach zakreślonych przez przepisy prawa, umowę stron oraz społeczno-gospodarcze przeznaczenie stosunku pracy i zasady współzycia społecznego¹⁰⁹⁷. Autorka zwraca też uwagę, że wprowadzenie do art. 22 § 1k.p. elementu wyznaczenia przez pracodawcę miejsca i czasu wykonywania pracy, jako samoistnych kryteriów charakteryzujących stosunek pracy, zdaje się zawężyć pojęcie kierownictwa pracodawcy do wyznaczania pracownikowi zadań („co ma robić”) i sposobu ich wykonywania („jak ma robić”)¹⁰⁹⁸, co stanowi jej zdaniem niezamierzony efekt nowelizacji¹⁰⁹⁹.

W doktrynie prawa pracy od lat trwa spór o relację pojęcia prawnego „kierownictwa pracodawcy” do wypracowanego w doktrynie i orzecznictwie pojęcia „podporządkowania pracownika”¹¹⁰⁰. Wyróżnia się węższe i szersze ujęcia pojęcia podporządkowania. Zgodnie z tym szerszym podporządkowanie pracownicze to *stan organizacyjnej zależności pracownika od pracodawcy*¹¹⁰¹. Wąskie, sprowadza się natomiast do nakazu stosowania się pracownika do poleceń pracodawcy dotyczących procesu pracy, w granicach określonych umówionym rodzajem pracy, przepisami obowiązującego prawa oraz zasadami współzycia społecznego¹¹⁰². Nie zagłębiając się w meandry sporu, na potrzeby prowadzonych tu rozważań, przyjmuję zasadę

¹⁰⁹⁴ Ibidem.

¹⁰⁹⁵ Ibidem, s. 23, 54.

¹⁰⁹⁶ Zob. także Z. Kubot, *Pojęcie kierownictwa...*, s. 233-234.

¹⁰⁹⁷ T. Liszcz, *Podporządkowanie pracownika...*, s. 146.

¹⁰⁹⁸ Zob. Gersdorf M., Rączkowski M., Rączka K., *Kodeks pracy. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2014, LEX.

¹⁰⁹⁹ T. Liszcz, *Podporządkowanie pracownika...*, s. 147.

¹¹⁰⁰ Opis sporu zob. B. Bury, *Podporządkowanie pracownika pracodawcy*, PiP 2006/9, s. 60-64.

¹¹⁰¹ T. Duraj, *Podporządkowanie pracowników...*, s. 46.

¹¹⁰² Ibidem, s. 49; zob. także A. Musiała, *Podporządkowanie pracownika...*, LEX.

lustrzanego odbicia, zgodnie z którą podporządkowanie pracownika w stosunku pracy traktowane jest jako lustrzane odbicie (odwrotność) uprawnień kierowniczych (kierownictwa) pracodawcy¹¹⁰³. *Podporządkowanie pracownika polega zatem na tym, że pracownik oddaje się (swoją osobę) do dyspozycji (rozporządzenia) pracodawcy w celu wykorzystania przez pracodawcę jego zdolności do pracy do wykonywania pracy określonego rodzaju, aby w zamian otrzymać świadczenie pieniężne, nazywane wynagrodzeniem*¹¹⁰⁴. A. Supiot stoi na stanowisku, iż w *umowie o pracę połączono (...) pracę stanowiącą dobro, które można od pracownika odseparować, z podporządkowaniem, stanowiącym szczególną formę wejścia w posiadanie tego dobra*¹¹⁰⁵. Trzon zależności pracownika od pracodawcy konstituuje podporządkowanie *rozumiane jako obowiązek stosowania się do poleceń położonych dotyczących pracy*¹¹⁰⁶.

Pojęcie „podporządkowania” stanowi istotę fordowskiego modelu zatrudnienia, który od samego początku swoim zakresem podmiotowym obejmował przede wszystkim robotników fabrycznych¹¹⁰⁷. Obecnie, dostrzega się konieczność modyfikacji interpretacji tego pojęcia, które staje się coraz bardziej nieadekwatne do współczesnych realiów świadczenia pracy. Powszechnie używanym zwrotem, choć także poddawany krytyce¹¹⁰⁸, stało się pojęcie „podporządkowania autonomicznego¹¹⁰⁹”. W doktrynie¹¹¹⁰ i orzecznictwie¹¹¹¹ przyjmuje się, iż oznacza ono sytuację gdy pracodawca określa czas pracy i wyznacza zadania, natomiast co do sposobu ich realizacji pracownik ma margines swobody.

Zgodnie z poglądem Z. Kubota *czynności kierownicze (zarządcze) dotyczące wszystkich osób świadczących pracę (usługi) w danej organizacji to jednolite formy*

¹¹⁰³ T. Liszcz, *Podporządkowanie pracownika...*, s. 144-145; Z. Kubot, *Pojęcie kierownictwa...*, s. 234-235; zob. M. Raczkowski, *o podporządkowaniu autonomicznym...*, s. 130.

¹¹⁰⁴ T. Liszcz, *Podporządkowanie pracownika...*, s. 150-151; zob. także W. Szubert, *Zarys prawa...*, s. 90.

¹¹⁰⁵ A. Supiot, *Zatrudnienie pracownicze...*, s. 138.

¹¹⁰⁶ T. Duraj, *Podporządkowanie pracowników...*, s. 56 i literatura tam powołana.

¹¹⁰⁷ Ibidem, s. 43.

¹¹⁰⁸ Zob. A. Musiała, *Podporządkowanie pracownika...*, LEX.

¹¹⁰⁹ Zob. np. T. Liszcz, w *sprawie podporządkowania pracownika* [w:] *Współczesne problemy prawa pracy...*, s. 120-121; M. Gersdorf, *Prawo zatrudnienia*, Warszawa 2013, s. 42.

¹¹¹⁰ Zob. m.in. L. Mitrus, *Podporządkowanie pracownika zatrudnionego w formie telepracy*

[w:] *z zagadnień współczesnego prawa pracy...*, s. 173-174; L. Mitrus, *Podporządkowanie pracownicze...*, s. 126-127; M. Raczkowski, *o podporządkowaniu autonomicznym – krytycznie* [w:] *Współczesne problemy prawa pracy...*, s. 131; B. Bury, *Podporządkowanie pracownika pracodawcy*, PiP 2006/9, s. 62-63.

¹¹¹¹ Zob. m.in. postanowienie SN z 26.01.2021 r., I USK 23/21, LEX nr 3112379; wyrok SN z 22.09.2020 r., I PK 126/19, LEX nr 3106148; wyrok SN z 7.09.1999 r., I PKN 277/99, LEX nr 44853.

kierownictwa pracodawcy, a zarazem kierownictwa zlecającego¹¹¹². Należy zatem przyjąć, iż także koordynacja przez usługobiorcę wykonywania zadań przez pracowników usługodawcy mieści się w pojęciu kierownictwa realizowanego w reżimie prawa cywilnego. Ze względu na zbliżony, choć nie identyczny, charakter relacji usługobiorca-pracownik usługodawcy oraz zlecający i przyjmujący zlecenie, poglądy na temat odróżnienia kierownictwa pracodawcy od kierownictwa zlecającego przytoczyć należy *in extenso*. *Jednolite formy kierownictwa pracodawcy oraz kierownictwa zlecającego nie niweczą wyróżnienia tego pierwszego kierownictwa od drugiego*¹¹¹³. *Kierownictwo pracodawcy obejmuje formy, którymi nie może posługiwać się zlecający*¹¹¹⁴. Różne jest także źródło uprawnień kierowniczych - w przypadku pracodawcy jest to ustawa a w przypadku usługobiorcy umowa¹¹¹⁵.

W doktrynie prawa pracy wyłącza się uprawnienie zlecającego do wykonywania uprawnień prawodawczych (reglamentacyjnych), uprawnień dyscyplinarnych oraz dyrektywnych¹¹¹⁶. W ramach samych uprawnień dyrektywnych szczególną uwagę przywiązuje się do uprawnienia podmiotu zatrudniającego do określania sposobu wykonywania zadań przydzielanych pracownikowi. Uważane jest ono za właściwość stosunku pracy, która ma podstawowe znaczenie przy odróżnianiu go od stosunków z umów cywilnoprawnych o świadczenie usług¹¹¹⁷. *W odróżnieniu od zamawiającego dzieło czy dającego zlecenie, których rola ogranicza się do ustalenia ogólnej orientacji postępowania i nie pozbawia wykonawcy wyboru konkretnych środków prowadzących do celu, podmiot zatrudniający w stosunku pracy ma prawo decydowania o sposobie wykonania produktu czy usługi, dając pracownikowi szczegółowe wskazówki w tej materii i egzekwując ich przestrzeganie*¹¹¹⁸. Według L. Mitrusa udzielanie wskazówek w ramach umów cywilnoprawnych nie jest tak „intensywne” jak w przypadku umowy o pracę¹¹¹⁹. Także w orzecznictwie podnosi się, że w zleceniu mogą wystąpić cechy kierownictwa i podporządkowania, choć nie takie same jak w zależności właściwej dla stosunku pracy. *Bez wątpienia, (...) wydawanie*

¹¹¹² Z. Kubot, *Kierownictwo zlecającego...*, s. 127.

¹¹¹³ Ibidem.

¹¹¹⁴ Ibidem.

¹¹¹⁵ Zob. ibidem, s. 122-123.

¹¹¹⁶ Zob. ibidem, s. 127.

¹¹¹⁷ H. Lewandowski, *Uprawnienia kierownicze...*, s. 124.

¹¹¹⁸ Ibidem.

¹¹¹⁹ L. Mitrus, *Podporządkowanie pracownicze...*, s. 129.

*bezpośrednich, wiążących poleceń dotyczących bieżącego wykonywania zadań jest cechą charakterystyczną dla kierownictwa typowego dla stosunku pracy*¹¹²⁰.

Kierownictwo zlecającego może natomiast *wyrażać się w udzielaniu wskazówek, zaleceń, czy też propozycji co do wykonania zadań*¹¹²¹. Na zleceniobiorcy nie ciąży w tym zakresie obowiązek stosowania się do poleceń przełożonych¹¹²². Do wskazówek następczych, które nie dotyczą sposobu wykonania zlecenia, ale np. zmiany jego przedmiotu, zleceniobiorca nie musi się stosować¹¹²³. Odstąpienie od wskazówek dotyczących wykonania zlecenia jest prawem zleceniobiorcy¹¹²⁴.

W doktrynie prawa cywilnego dominuje odmienny pogląd w odniesieniu do charakteru wskazówek dającego zlecenie. Zgodnie z treścią art. 737 k.c. *przyjmujący zlecenie może bez uprzedniej zgody dającego zlecenie odstąpić od wskazanego przez niego sposobu wykonania zlecenia, jeżeli nie ma możliwości uzyskania jego zgody, a zachodzi uzasadniony powód do przypuszczenia, że dający zlecenie zgodziłby się na zmianę, gdyby wiedział o istniejącym stanie rzeczy*. Jeśli zatem dający zlecenie wskazuje sposób jego wykonania, to co do zasady, usługodawca powinien w zasadzie działać ściśle wskazanego sposobu¹¹²⁵, natomiast w zakresie w jakim nie określono sposobu wykonania, może on decydować samodzielnie¹¹²⁶. Opisujący artykuł dotyczy możliwości odstąpienia przez przyjmującego zlecenie od imperatywnych wskazówek dającego zlecenie¹¹²⁷. Dzieli się je na pierwotne oraz następcze¹¹²⁸, ponieważ wskazanie sposobu wykonania zlecenia może mieć miejsce zarówno przy zawarciu umowy, jak i w toku jej wykonywania¹¹²⁹.

Zgodnie z powszechnie przyjętym poglądem, wszystkie wskazania zawarte w umowie (pierwotne) wiążą przyjmującego zlecenie¹¹³⁰. Co do

¹¹²⁰ I PSKP 18/21, LEX nr 3223823.

¹¹²¹ Z. Kubot, *Kierownictwo zlecającego*..., s. 121-128.

¹¹²² Z. Kubot, *Kierownictwo pracodawcy* [w:] *Kształtowanie warunków pracy przez pracodawcę. Możliwości i granice*, red. H. Szur gacz, Warszawa 2011.

¹¹²³ P. Zakrzewski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom IV. Zobowiązania. Część szczególna (art. 535-764(9))*, red. M. Frasz, M. Habdas, Warszawa 2018, LEX, art. 737.

¹¹²⁴ P. Zakrzewski [w:] *Kodeks cywilny*..., LEX, art. 737.

¹¹²⁵ Zob. P. Nazaruk [w:] *Kodeks cywilny*..., LEX, art. 737.

¹¹²⁶ Zob. P. Drapała [w:] *Kodeks cywilny*..., LEX, art. 737.

¹¹²⁷ Zob. P. Kapusta, *Komentarz do art. 737 k.c.* [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Załucki, wyd. 2, Warszawa 2019, Legalis. Zob. także L. Ogiegło, *Komentarz*..., Legalis, art. 737.

¹¹²⁸ Zob. P. Drapała [w:] *Kodeks cywilny*..., LEX, art. 737.

¹¹²⁹ Zob. L. Ogiegło, *Komentarz*..., Legalis, art. 737.

¹¹³⁰ P. Machnikowski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, wyd. 10, Warszawa 2021, Legalis, art. 737; zob. także M. Gutowski (red.) [w:] *Kodeks cywilny. Tom III. Komentarz. Art. 627-1088*, wyd. 3, Warszawa 2022, Legalis, art. 737.

wskazówek udzielonych po zawarciu umowy (następczych) także uznaje się je za wiążące¹¹³¹, ale pod pewnymi warunkami. P. Machnikowski uważa, że przyjmującego zlecenie wiążą te następcze, które nie zmieniają istotnie obowiązków zleceniobiorcy. *Wskazówki następcze nie wiążą zatem przyjmującego zlecenie, jeżeli naruszają tożsamość świadczenia (tworzą obowiązek wykonania innej czynności obok lub zamiast określonej w umowie)*¹¹³². M. Gutowski wypowiada się w podobnym tonie uznając, że *wskazówki następcze mogą być udzielone, o ile nie zmieniają one przedmiotu zlecenia, lecz jedynie określają sposób jego wykonania.*¹¹³³ R. Morek dodaje, że wiążące dla przyjmującego zlecenie są te wskazówki udzielone już po zawarciu umowy, które nie zmieniają istotnie jego obowiązków (nie naruszają tożsamości świadczenia)¹¹³⁴. *Udzielenie wskazówek zmieniających sposób wykonania zleconej czynności tak, że zwiększa to zakres obowiązków przyjmującego zlecenie bądź w inny sposób narusza jego interesy (np. gdy poleca mu się działanie w sposób niezgodny z wymogami staranności, które narażałoby jego reputację zawodową), stanowi ważny powód wypowiedzenia zlecenia*¹¹³⁵. P. Drapała uważa, że wskazówki te [następcze – przyp. B.A.] *są wiążące dla przyjmującego zlecenie i ograniczają samodzielność jego działania, chyba że wykraczają poza uzgodniony zakres świadczenia przyjmującego zlecenie, względnie ich respektowanie prowadziłoby do naruszenia bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa*¹¹³⁶. W doktrynie prawa cywilnego podnosi się ponadto, że wskazówki mogą mieć charakter jedynie merytoryczny¹¹³⁷.

Porównując poglądy wyrażone na gruncie dwóch gałęzi prawa¹¹³⁸, stwierdzić należy, że pozostają one zbieżne w zakresie braku uprawnień prawodawczych (reglamentacyjnych) po stronie zlecającego. Do szczególnych uprawnień mieszczących się w zakresie kierownictwa pracodawcy, ale wykraczających poza zakres kierownictwa zlecającego, zaliczyć należy także uprawnienia dyscyplinarne oraz uprawnienia do wyjścia, w sytuacjach wyjątkowych, poza ramy rodzaju pracy wskazanego w umowie

¹¹³¹ Zob. L. Ogiegło, *Komentarz...*, Legalis, art. 737.

¹¹³² P. Machnikowski [w:] *Kodeks cywilny...*, Legalis, art. 737.

¹¹³³ M. Gutowski (red.), *Komentarz do art. 737 k.c.* ...

¹¹³⁴ R. Morek [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. serii K. Osajda, red. tomu W. Borysiak, wyd. 30, Warszawa 2022, Legalis, art. 737.

¹¹³⁵ P. Machnikowski [w:] *Kodeks cywilny...*, Legalis, art. 737.

¹¹³⁶ P. Drapała [w:] *Kodeks cywilny...*, LEX, art. 737.

¹¹³⁷ Zob. B.J. Kowalczyk [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Balwicka-Szczyrba, A. Sylwestrzak, Warszawa 2022, LEX, art. 737.

¹¹³⁸ Zob. także Z. Kubot, *Kierownictwo zlecającego...*, s. 122-123; B.J. Kowalczyk [w:] *Kodeks cywilny...*, LEX, art. 737.

(art. 42 § 4 k.p. i art. 81§1 k.p.)¹¹³⁹. W tym zakresie można jednoznacznie stwierdzić, iż zakres uprawnień kierowniczych zlecającego pozostaje węższy aniżeli zakres uprawnień kierowniczych pracodawcy.

Rozbieżność w poglądach przedstawicieli doktryny dwóch gałęzi prawa, sprowadza się do zakresu uprawnień dyrektywnych, stanowiących jądro uprawnień kierowniczych pracodawcy. W doktrynie prawa pracy dominuje pogląd, iż wskazówki zlecającego nie mają charakteru wiążącego, podczas gdy w doktrynie prawa cywilnego przeważa zapatrywanie, zgodnie z którym zlecający ma prawo do wydawania następczych, wiążących wskazówek co do sposobu realizacji zlecenia, o ile nie naruszają one tożsamości świadczenia i mają charakter merytoryczny, a nie porządkowy.

Największe trudności w zakresie rozgraniczenia kierownictwa zlecającego oraz kierownictwa pracodawcy powstają w odniesieniu do pracowników świadczących pracę w warunkach podporządkowania autonomicznego. Jak słusznie zauważa M. Raczkowski *ujęcie nowoczesne (autonomia pracownika połączona, co w praktyce częste, z zastosowaniem zadaniowego czasu pracy) powoduje, że praca wykonywana jest przez pracownika w sposób zupełnie nietypowy dla prawa pracy*. Dostrzega przy tym, że **kluczowy element wyróżniający pracę w ramach stosunku pracy od innych stosunków zatrudnienia, tj. sposób jej wykonywania (stanowisko przyjmowane powszechnie w piśmiennictwie), nie może służyć odróżnieniu autonomicznego stosunku pracy od np. stosunku zatrudnienia wynikającego z umowy o świadczenie usług na warunkach zlecenia**¹¹⁴⁰. W najnowszym orzecznictwie odnaleźć można orzeczenia potwierdzające prawdziwość powyższej tezy. W odniesieniu do modelu autonomicznego SN staje na stanowisku, zgodnie z którym *podporządkowanie zatrudniającemu nie stanowi przesłanki właściwej tylko stosunkowi pracy. W samych stosunkach pracy istnieje szereg sytuacji, w których nie występuje taki element zależności pracownika*¹¹⁴¹.

Powyższy spór ma kluczowe znaczenie dla oceny czy praca faktycznie świadczona przez pracownika powinna być kwalifikowana jako oparta na stosunku pracy, czy na stosunku cywilnoprawnym. Trudność w uchwyceniu granicy pomiędzy kierownictwem pracodawcy oraz kierownictwem zlecającego w przypadku wielu samodzielnych pracowników, skutkuje osłabieniem oddziaływania norm ochronnych prawa

¹¹³⁹ Zob. T. Liszcz, *Podporządkowanie pracownika...*, s. 151; Z. Kubot, *Pojęcie kierownictwa...*, s. 236.

¹¹⁴⁰ M. Raczkowski, *o podporządkowaniu autonomicznym...*, s. 133.

¹¹⁴¹ Wyrok SN z 21.01.2021 r., III PSKP 3/21, LEX nr 3108632, zob. też wyrok SN z 7.10.2009 r., III PK 38/09, LEX nr 560867.

pracy i podlega krytyce doktrynalnej. Przynajmniej w części nie można zatem odmówić prawidłowości poglądu A. Musiały, zgodnie z którym pojęcie pracowniczego podporządkowania zostało *wydrążone ze swej treści – istoty*¹¹⁴².

Podsumowując, koordynację wykonywania zadań przez pracowników usługobiorcy uznać można za formę kierownictwa tego podmiotu sprawowanego względem pracowników usługodawcy. Zakres i charakter owego kierownictwa powinien być węższy aniżeli kierownictwa pracodawcy. W praktyce jednak, podobnie jak w przypadku relacji bilateralnych, uchwycenie granicy dopuszczalnego faktycznego kierownictwa, jakie usługobiorca może sprawować nad pracownikami usługodawcy wykonującymi na jego rzecz usługę, budzi liczne wątpliwości. Największy spór toczy się w odniesieniu do współpracy w ramach outsourcingu pracowniczego, w ramach którego usługodawca wyzbywa się całokształtu własnych uprawnień kierowniczych, przenosząc je na usługobiorcę. Pytanie brzmi, czy usługobiorca dysponujący tak szeroką gamą uprawnień kierowniczych nie staje się rzeczywistym pracodawcą.

1.1.2. Przekazanie usługobiorcy całokształtu uprawnień kierowniczych w outsourcingu pracowniczym

Outsourcing pracowniczy prowadzi do sytuacji, w której usługobiorca kieruje pracą pracowników faktycznie wykonywaną na jego rzecz, lecz nie jest ich formalnym pracodawcą, ani pracodawcą użytkownikiem w rozumieniu ustawy o zatrudnianiu pracowników tymczasowych¹¹⁴³. Oddając pracownika do dyspozycji innego podmiotu, usługodawca wyzbywa się swoich uprawnień kierowniczych na jego rzecz, po swojej stronie pozostawiając jedynie uprawnienie do wskazywania usługobiorców którym „wypożycza” pracownika. W doktrynie i judykaturze współistnieją dwa skrajne poglądy na temat dopuszczalności przekazania całokształtu uprawnień kierowniczych innemu podmiotowi na podstawie art. 22 § 1 k.p.

Zgodnie z pierwszym z nich *nie ma przeszkód prawnych, aby przez umowę o pracę pracownik zobowiązał się do wykonywania, na zasadach starannego działania (art. 12 i 100 k.p.), czynności w jednostce organizacyjnej nie wchodzącej w skład zakładu pracy, przy jednoczesnym podporządkowaniu kierownictwu tej jednostki*¹¹⁴⁴. Pogląd ten

¹¹⁴² Zob. A. Musiały, *Podporządkowanie pracownika...*, LEX.

¹¹⁴³ Wątek opisany w dalszej części rozważań.

¹¹⁴⁴ Wyrok SN z 6.04.1989 r., I PR 138/89, LEX nr 341107.

wyrażony w wyroku SN z dnia 6 kwietnia 1989 r.¹¹⁴⁵. wraz z krytyczną glosą autorstwa A. Kijowskiego stanowi podstawę funkcjonujących do dziś jurydycznych oraz doktrynalnych twierdzeń na temat dopuszczalności oddania pracowników do dyspozycji innego podmiotu. Z tego względu wymagają one szczegółowej analizy.

Orzeczenie z dnia 6 kwietnia 1989 r. dotyczyło kolarza, który został zatrudniony w kopalni na podstawie umowy o pracę określającej jako rodzaj jego pracy - stanowisko robotnika dołowego, ze stosownym do tego stanowiska wynagrodzeniem. Nigdy jednak nie wykonywał on tej pracy, ponieważ niezwłocznie po zawarciu umowy o pracę został oddelegowany do Górniczego Klubu Sportowego („GKS”) w celu uprawiania sportu kolarskiego. Następnie, na prośbę kolarza zarząd GKS wyraził zgodę na zwolnienie go z obowiązków zawodnika i przejście do innego klubu sportowego. Wiceprezes zarządu GKS polecił mu jednak, aby na okres do czasu przejścia podjął wykonywanie pracy w kopalni na stanowisku określonym w umowie. Kolarz nie zgłosił się do pracy, co spowodowało, że kopalnia powiadomiła go o wygaśnięciu umowy o pracę na skutek porzucenia pracy. Prezes GKS był wówczas zastępcą dyrektora kopalni.

W glosie do opisanego powyżej orzeczenia A. Kijowski wyraził krytykę, podkreślając, iż SN nie zajął się charakterem prawnym umowy pomiędzy klubem a kopalnią, a ponadto całkowicie pominął analizę powiązań między klubem i zawodnikiem¹¹⁴⁶. Jest zaś prawdopodobne, że po uwzględnieniu relacji prawnych pomiędzy trzema zainteresowanymi podmiotami (kopalnia-klub-zawodnik) SN doszedłby do zupełnie innej konkluzji¹¹⁴⁷.

Glosator słusznie dostrzegł zatem potrzebę pogłębionej analizy relacji trójpodmiotowych (kopalnia-klub-zawodnik) ze szczególnym uwzględnieniem relacji pomiędzy pracownikiem a podmiotem, do którego został delegowany. To ona wszakże była podstawą zatrudnienia kolarza przez kopalnię, za którym przemawiały jego wyniki sportowe, a nie przydatność do pracy w charakterze robotnika dołowego. A. Kijowski uznał także, iż z faktu, że *„oddelegowanie” pracownika do dyspozycji innego pracodawcy nie jest w powszechnym prawie pracy wyraźnie uregulowane, nie wynika, iż stanowi ono przedmiot zakazu. Dopuszczalność takiego oddelegowania może zresztą wynikać z danego rodzaju pracy lub warunków jej wykonywania, np. w razie*

¹¹⁴⁵ Wyrok SN z 6.04.1989 r., I PR 138/89, LEX nr 341107.

¹¹⁴⁶ A. Kijowski, *Glosa do wyroku SN z dnia 6 kwietnia 1989 r.*, I PR 138/89, LEX.

¹¹⁴⁷ *Ibidem*.

zatrudnienia w ekipie technicznej, która u odbiorców i pod ich kierownictwem montuje urządzenia produkowane przez przedsiębiorstwo pracodawcy. W innym wypadku obowiązek wykonywania umówionej pracy w obcym zakładzie należy uznać za objęty uprawnieniami dyrektywnymi pracodawcy na ogólnych zasadach, a więc w zakresie, w jakim może on swymi poleceniami zmieniać ustalone miejsce pracy¹¹⁴⁸. Zdaniem A. Kijowskiego, prawo pracy bowiem nie gwarantuje trwałości podporządkowania macierzystemu pracodawcy i nie wyłącza przenoszenia jego kierowniczych uprawnień na inne podmioty, a tym samym dopuszcza oddawanie pracownika do dyspozycji osób trzecich. Co prawda, przez nawiązanie stosunku pracy pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju „na rzecz pracodawcy” (art. 22§1 k.p.), ale oznacza to jedynie świadczenie pracy „na rachunek” pracodawcy, a więc prawo dysponowania tak czy inaczej rozumianym rezultatem pracy i obowiązek ponoszenia związanych z tym ryzyk¹¹⁴⁹. Pracodawca sam więc rozstrzyga o sposobie zawłaszczenia wspomnianych rezultatów, a do tego nie jest mu potrzebne bieżące kierowanie procesem pracy. Równocześnie A. Kijowski podkreśla, że zawarte w art. 22 § 1¹ k.p. sformułowanie, które stanowi że zatrudnienie w warunkach określonych w § 1 jest zatrudnieniem na podstawie stosunku pracy, bez względu na nazwę zawartej przez strony umowy jest zbyt wąskie i uznaje, że art. 22 §1 k.p. powinien zamiast sformułowania o wykonywaniu pracy na rzecz pracodawcy i „pod jego kierownictwem” posługiwać się zwrotem o wykonywaniu na rzecz pracodawcy „podporządkowanej pracy” określonego rodzaju¹¹⁵⁰.

Przytoczona *in extenso* glosa niewątpliwie wyprzedza swoje czasy i zawiera wiele uwag, które można odnieść do outsourcingu pracowniczego. Glosator bezbłędnie identyfikuje braki w orzeczeniu SN polegające na niedostrzeżeniu trójpodmiotowego charakteru relacji zaistniałej w stanie faktycznym będącym podstawą orzeczenia. Nie zgadzam się jednak z przewodnim poglądem wyrażonym przez A. Kijowskiego, zgodnie z którym prawo pracy nie gwarantuje trwałości podporządkowania macierzystemu pracodawcy i nie wyłącza przenoszenia jego kierowniczych uprawnień na inne podmioty, a tym samym dopuszcza oddawanie pracownika do dyspozycji osób trzecich. . Przyjmuję wywód A. Kijowskiego jako postulat *de lege ferenda*, lecz *de lege lata* nie można jednak pominąć, iż w art. 22 § 1 k.p. oprócz zwrotu „na rzecz”, pojawia

¹¹⁴⁸ A. Kijowski, *Oddanie pracownika...*, s. 21.

¹¹⁴⁹ Ibidem.

¹¹⁵⁰ Ibidem.

się także zwrot „pod kierownictwem”. Kierownictwo oznacza natomiast w języku polskim *zarządzanie jakimiś sprawami lub ludźmi*¹¹⁵¹. Pominiecie w interpretacji art. 22 § 1 k.p. pojęcia „pod kierownictwem”, konstytuującego najważniejszą cechę stosunku pracy, stanowi przejaw wykładni *contra legem*.

Ponadto, kierownictwo jest cechą stosunku pracy, która ma ujawniać się w faktycznym sposobie wykonywania pracy pomiędzy określonym pracodawcą a określonym pracownikiem. Jeśli zatem pracodawca przekazuje je w całości innemu podmiotowi, to cecha ta nie występuje w bilateralnej relacji pomiędzy pracodawcą a pracownikiem, co sprawia, że stosunku tego nie można już kwalifikować jako stosunku pracy. Jak słusznie podkreślono w wyroku SN z 6.05.2009 r.¹¹⁵² *podporządkowanie, o którym mowa w art. 22 k.p., zakłada istnienie podmiotu, względem którego ono występuje*¹¹⁵³.

Pogląd o dopuszczalności przekazania kierownictwa został przyjęty w orzecznictwie sądowym. W wyroku z dnia 7 maja 1998 r., Sąd Najwyższy stwierdził, że *w ramach stosunku pracy pracodawca może powierzyć pracownikowi wykonywanie czynności określonych w umowie o pracę na rzecz innego podmiotu, co nie oznacza, że wskutek tego pracownik staje się pracownikiem owego podmiotu i że od niego należy mu się wynagrodzenie za pracę*¹¹⁵⁴. Następnie, w wyroku z dnia 5 listopada 1999 r., uznał, iż *wykonywanie pracy w miejscu wyznaczonym przez pracodawcę, znajdującym się w zakładzie pracy innego podmiotu i pod jego kierownictwem, nie powoduje nawiązania stosunku pracy z tym podmiotem*¹¹⁵⁵. Orzeczenie to zapadło na gruncie stanu faktycznego, w którym powódka przez kilka lat wykonywała pracę u pozwanego w oparciu o umowy o pracę zawierane przez nią kolejno z dwoma pracodawcami: Ryszardem Ł. i spółką cywilną Elżbiety i Grzegorza R. Pracodawcy powódki świadczyli na rzecz pozwanego Urzędu usługi i na podstawie tych umów powódka wykonywała faktycznie w tym Urzędzie funkcję inspektora. W lakonicznym uzasadnieniu Sąd Najwyższy wyraża następujący pogląd: *sąd drugiej instancji przyjął za podstawę rozstrzygnięcia rozróżnienie między faktycznym wykonywaniem pracy na rzecz pozwanego Urzędu i formalnym pozostawianiem w stosunku pracy z podmiotami*

¹¹⁵¹ Ibidem.

¹¹⁵² II PK 95/09, LEX nr 687056.

¹¹⁵³ Przyjmując pogląd, iż podporządkowanie jest odbiciem lustrzanym kierownictwa, o czym szerzej piszę w kolejnym rozdziale.

¹¹⁵⁴ Wyrok SN z 7.05.1998 r., I PKN 71/98, LEX nr 35693.

¹¹⁵⁵ Wyrok SN z 5.11.1999 r., I PKN 337/99, LEX nr 38924.

prywatnymi (formalnymi pracodawcami). Dał on prymat pierwszej z tych okoliczności z tego względu, że powódka była zobowiązana do wykonywania poleceń jej przełożonych w Urzędzie. Jest to jednakże pogląd błędny, opierający się na założeniu, że pracownik powinien świadczyć pracę w zakładzie pracy pracodawcy i pod jego kierownictwem. Nie ma takich uregulowań w prawie pracy. Pracownik powinien stosować się do poleceń przełożonych (art. 100 § 1 KP), ale niewątpliwie - co często występuje w praktyce życia gospodarczego - polecenie przełożonego (w tym przypadku obu pracodawców) może polegać na tym, iż zobowiązuje on pracownika do wykonywania poleceń innych osób.

O ile zgodzić się należy z twierdzeniem, że w prawie pracy nie ma uregulowań zgodnie z którymi pracownik powinien świadczyć pracę w zakładzie pracy, o tyle zwrot *pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy (...) na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem* zawarty w art. 22 § 1 k.p. niewątpliwie jest uregulowaniem, w świetle którego pracownik powinien świadczyć pracę pod kierownictwem pracodawcy. Warto jednak dodać, iż w przedmiotowej sprawie powódka domagała się ustalenia drugiego, niejako „równoległego” stosunku pracy¹¹⁵⁶.

Kwintesencja trudności, jakich outsourcing pracowniczy przysparza judykaturze uchwycona została w wyrokach SN z dnia 19 września 2018 r.¹¹⁵⁷ oraz z dnia 2 października 2019 r.¹¹⁵⁸, w których SN przeniósł pogląd o dopuszczalności przekazania kierownictwa na inny pogląd na zatrudnienie cywilnoprawne. W obydwu orzeczeniach SN uznał bowiem, że *wykonywanie pracy w miejscu wyznaczonym przez pracodawcę lub zleceńdawcę (usługobiorcę), znajdującym się w zakładzie pracy innego podmiotu i pod jego kierownictwem, nie powoduje automatycznie nawiązania stosunku pracy lub stosunku zlecenia z tym innym podmiotem*¹¹⁵⁹. Orzeczenia obrazują, że w praktyce, sądy stają przed koniecznością ustalenia nie tylko na czyją rzecz pracownik wykonywał pracę, ale także czy praca ta wykonywana była w warunkach, o których mowa w art. 22 §1 k.p. Wobec dwupoziomowej konstrukcji problemu, pierwszeństwo przyznaje się badaniom o charakterze przedmiotowym. Zgodzić się należy z twierdzeniem, że *dopuszczalna jest taka konstrukcja umowy zlecenia (umowy o świadczenie usług), w ramach której zleceńdawcy (usługodawcy) powierza się wykonywanie*

¹¹⁵⁶ Zob. także postanowienie SN z 13.05.2020 r., I PK 121/19, LEX nr 3217358.

¹¹⁵⁷ Wyrok SN z 19.09.2018 r., I UK 210/17, LEX nr 2558652.

¹¹⁵⁸ Wyrok SN z 2.10.2019 r., II UK 103/18, LEX nr 2751810.

¹¹⁵⁹ Wyrok SN z 19.09.2018 r., I UK 210/17, LEX nr 2558652; wyrok SN z 2.10.2019 r., II UK 103/18, LEX nr 2751810.

czynności określonych w umowie zlecenia (umowie o świadczenie usług) na rzecz innego podmiotu oraz pod jego kierownictwem bez konsekwencji prawnych w postaci przyjęcia, że ten podmiot staje się zleceniodawcą (usługobiorcą)¹¹⁶⁰. Do umów prawa cywilnego nie mają zastosowania przepisy prawa pracy¹¹⁶¹. Na gruncie zatrudnienia cywilnoprawnego, do którego „dołączany” jest trzeci podmiot nie istnieje bowiem odpowiednik instytucji zawartej w art. 22 § 1¹ k.p., który umożliwiłby stwierdzenie, że trójpodmiotowa współpraca ukrywa rzeczywisty stosunek cywilnoprawny zawarty pomiędzy zatrudnionym, a podmiotem innym niż wskazany w umowie usługobiorca. Niepokojącym zjawiskiem jest natomiast stawianie obok siebie w zdaniu zarówno stosunku pracy jak i cywilnoprawnego stosunku zlecenia, gdy w faktycznej relacji między podmiotami spełniona jest kluczowa cecha stosunku pracy tj. kierownictwo, bez pogłębionej analizy kształtu owego kierownictwa w faktycznej relacji pomiędzy podmiotami.

Wydźwięk opisywanej linii orzecniczej został nieco zmodyfikowany w postanowieniu SN z dnia 20 sierpnia 2020 r.¹¹⁶², w którym SN zmierzył się z pytaniem: *"Czy w świetle art. 22 k.p. osoba zatrudniona przez pracodawcę outsourcingowego, a w rzeczywistości wykonująca pracę i znajdująca się pod wyłącznym kierownictwem podmiotu korzystającego z usług outsourcingu pracowniczego podlega ubezpieczeniu społecznemu na podstawie zawartej na piśmie umowy o pracę z pracodawcą outsourcingowym czy na podstawie faktycznie wykonywanej pracy i znajdowania się pod wyłącznym kierownictwem podmiotu korzystającego z usług outsourcingowych?"*. Sąd Najwyższy uznał, iż na to pytanie udzielił już odpowiedzi: *powierzenie pracownikowi wykonywania czynności określonych w umowie o pracę na rzecz innego podmiotu nie oznacza jeszcze, że wskutek tego pracownik staje się pracownikiem beneficjenta jego pracy. Podobnie wykonywanie pracy w miejscu wyznaczonym przez pracodawcę, znajdującym się w zakładzie pracy innego podmiotu i pod jego kierownictwem, nie powoduje **automatycznie** [wyróżnienie - przyp. B.A.] nawiązania stosunku pracy z tym innym podmiotem¹¹⁶³. Sąd*

¹¹⁶⁰ Wyrok SN z 19.09.2018 r., I UK 210/17, LEX nr 2558652; wyrok SN z 2.10.2019 r., II UK 103/18, LEX nr 2751810; pozostawiam tutaj na uboczu rozważania na temat zakresu odpowiedzialności podmiotu za działania pracownika.

¹¹⁶¹ Wyrok SN z 19.09.2018 r., I UK 210/17, LEX nr 2558652; wyrok SN z 2.10.2019 r., II UK 103/18, LEX nr 2751810.

¹¹⁶² III UK 308/19, LEX nr 3225120.

¹¹⁶³ SN odwołał się do uzasadnień wyroków SN: z 19.09.2018 r., I UK 210/17, LEX nr 2558652; z 2.10.2019 r., II UK 103/18, LEX nr 2751810; z 18.06.2019 r., I UK 159/18, LEX nr 2684741.

Najwyższy w wyroku z dnia 3 czerwca 2008 r.¹¹⁶⁴ wyjaśnił, że czynności formalnie wykonywane na rzecz innego niż pracodawca podmiotu są wykonywaniem pracy na rzecz tego pracodawcy, bowiem art. 22 k.p. w § 1 i § 1¹ obejmuje także sytuację, w której praca odpowiadająca cechom stosunku pracy została objęta formalnie umową wiążącą jej wykonawcę z innym podmiotem niż pracodawca, na którego rzecz praca ta faktycznie była wykonywana.

Odpowiedź SN należy uznać za swego rodzaju unik. W pytaniu posłużono się bowiem pojęciem „pod wyłącznym kierownictwem”, co świadczy o spełnieniu przesłanki kierownictwa w relacji pracownika z usługobiorcą i braku jej spełnienia w relacji z usługodawcą. W odpowiedzi przytoczono natomiast utrwaloną linię orzeczniczą dodając do niej słowo „automatycznie” sugerujące, że ustalenie istnienia stosunku pracy nie jest wykluczone, za czym przemawia także powołanie się w orzeczeniu na treść wyroku SN z dnia 3 czerwca 2008 r., w którym wyraźnie dopuszczono taką możliwość.

W doktrynie również brak jest zgody co do możliwości przeniesienia uprawnień kierowniczych na inny podmiot. Zdaniem J. Wiśniewskiego z *przepisów prawa pracy nie wynika obowiązek bezpośredniej realizacji przez pracodawcę jego uprawnień kierowniczych wobec pracownika, co w konsekwencji oznacza możliwość przenoszenia tych uprawnień na inne podmioty*¹¹⁶⁵. M. Tomaszewska nazywa owo zjawisko „wynajmem” usług świadczonych przez własnych pracowników i wskazuje, że jego stosowanie znacznie rozszerzyło znaczenie pojęcia podporządkowania¹¹⁶⁶. M. Mędrala upatruje podstawy dopuszczalności skierowania pracownika do pracy pod kierownictwem innego pracodawcy w samym art. 22 § 1 k.p. argumentując, iż *pomimo świadczenia pracy u innego podmiotu i pod jego kierownictwem, pracownik wciąż pozostaje podporządkowany pracodawcy*¹¹⁶⁷.

Pojawiają się również liczne głosy przeciwne możliwości przenoszenia całokształtu uprawnień kierowniczych pracodawcy na inny podmiot. A. Sobczyk uważa, że samo pojęcie outsourcingu sprowadza się już do świadczenia na rzecz innego podmiotu usługi wykonywanej przez pracowników własnych i podporządkowanych świadczącemu usługę¹¹⁶⁸. Zbliżony pogląd wyraża A. Miętek, która twierdzi, że zatrudnienie

¹¹⁶⁴ I PK 311/07, LEX nr 494044.

¹¹⁶⁵ J. Wiśniewski, *Prawne aspekty...*, s. 110-111.

¹¹⁶⁶ Zob. M. Tomaszewska [w:] *Kodeks pracy...*, LEX, art. 22.

¹¹⁶⁷ M. Mędrala, *Outsourcing pracowniczy...*, s. 196.

¹¹⁶⁸ A. Sobczyk, *Ustawa o zatrudnianiu...*, Legalis, art. 1.

zewnętrzne, rozumiane jako korzystanie z pracy pracowników innego podmiotu, nie obejmuje typowego outsourcingu (*ang. outside-resource-using*), polegającego na wydzieleniu zadań dotychczas realizowanych samodzielnie przez podmiot A i przekazaniu ich podmiotowi zewnętrznemu B, wyspecjalizowanemu w działalności obejmującej przejęte zadania¹¹⁶⁹. Zdaniem Autorki efektem końcowym wdrożenia outsourcingu nie jest, a przynajmniej nie powinno być, wykonywanie pracy przez pracowników jednego podmiotu na rzecz i pod kierownictwem innego¹¹⁷⁰. Zdaniem T. Duraja *poza możliwością wydawania oddelegowanemu pracownikowi wiążących poleceń ustalających mu codzienne zadania oraz sposób ich wykonania, a także precyzujących czas i miejsce świadczenia pracy, outsourcer [usługodawca- przyp. B.A.] wyznacza przełożonego, który kieruje oddelegowanymi pracownikami, udziela im urlopu wypoczynkowego, a także sprawuje faktyczny nadzór i kontrolę nad tymi pracownikami oraz nad prawidłowością procesu pracy realizowanej w zakładzie należącym do insourcera [usługobiorcy – przyp. B.A.]¹¹⁷¹. Najbardziej kateryczne stanowisko zajmuje M. Chakowski, który uważa, że *pracownicy podmiotu zleceniobiorcy (firma outsourcingowa), podczas wykonywania usługi, **powinni być podporządkowani wyłącznie kierownictwu zleceniobiorcy**¹¹⁷². Nie można dopuszczać żadnych form faktycznego czy też formalnego podporządkowania tych osób kadrze zarządzającej podmiotu zleceniodawcy (klient podmiotu outsourcingowego)¹¹⁷³.**

Istnieje wreszcie grupa poglądów o charakterze pośrednim. W doktrynie pogląd taki wyraża A. Patulski twierdząc, że *gdy macierzysty pracodawca poleca pracownikowi wykonywanie czynności określonych w umowie o pracę na rzecz innego podmiotu, w miejscu znajdującym się w zakładzie pracy tego podmiotu i pod jego kierownictwem, oznacza to zachowanie dotychczasowego stosunku pracy tych pracowników z macierzystym pracodawcą, a w tym także wynagrodzenia na dotychczasowych warunkach (tj. świadczonego przez macierzystego pracodawcę)¹¹⁷⁴. A. Patulski podkreśla jednak, że *tego typu leasing musi wynikać z charakteru działalności prowadzonej przez pracodawców (kierującego i przyjmującego) i nie może prowadzić do**

¹¹⁶⁹ A. Miętek, *Zatrudnienie...*, Legalis.

¹¹⁷⁰ Ibidem.

¹¹⁷¹ T. Duraj (red.), *Kilka refleksji na temat uprawnień kierowniczych w zatrudnieniu tymczasowym* [w:] *Jurisprudencja 19. Zatrudnienie tymczasowe jako nietypowa forma świadczenia pracy*, Łódź 2022, s. 114.

¹¹⁷² M. Chakowski, *Umowy outsourcingu...*, Legalis.

¹¹⁷³ Ibidem, s. 40.

¹¹⁷⁴ A. Patulski, *Doktrynalne aspekty zatrudnienia tymczasowego (wybrane aspekty)* [w:] *Z problematyki zatrudnienia tymczasowego*, red. A. Sobczyk, Warszawa 2011, s. 97.

przekształcenia się *de facto* w pracę tymczasową¹¹⁷⁵. Autor dodaje zatem do poglądu o dopuszczalności przekazania uprawnień kierowniczych ograniczenie zakresu owych uprawnień do zakresu wynikającego z rodzaju usługi. J. Stelina stawia natomiast inne warunki, uważając, że *praktyka czasowego oddawania pracownika do dyspozycji innego podmiotu (pracodawcy), o ile nie narusza to przepisów prawa pracy i umowy o pracę, była i jest akceptowana w doktrynie i orzecznictwie*¹¹⁷⁶.

Kluczowe znaczenie w tym nurcie rozważań ma wyrok SN z dnia 27 stycznia 2016 r.¹¹⁷⁷, zgodnie z którym *podstawową cechą odróżniającą outsourcing pracowniczy od zatrudnienia pracowników własnych lub też świadczenia pracy przez pracowników tymczasowych jest brak bezpośredniego i stałego podporządkowania (zarówno prawnego, jak i faktycznego) wykonawców w stosunku do podmiotu (insourcera), u którego takie usługi lub praca są wykonywane. W przypadku skierowania pracownika przez insourcera do pracy w innym podmiocie, pracownik ten może podlegać jedynie pośredniemu i krótkotrwałemu zwierzchnictwu w nowym miejscu pracy.*

W zacytowanym orzeczeniu na uwagę zasługuje wiele elementów. Po pierwsze, SN określa relację pracownik-usługobiorca pojęciem „zwierzchnictwa”, które stanowi odwrotność „podporządkowania”. Moim zdaniem, wprowadzanie kolejnego, niezdefiniowanego przez SN, pojęcia do dyskusji na temat prawnopracowniczych aspektów świadczenia pracy w ramach outsourcingu usług jest zbędne. W doktrynie przyjęto zwrot „kierownictwo zlecającego” nie ma zatem podstaw, aby nie używać tego pojęcia również w odniesieniu do usługobiorcy. Po drugie, dla określenia relacji wykonawców (pracowników) do insourcera (usługobiorcy) SN posługuje się pojęciem „usługi lub praca”, jak gdyby wahał się w jaki sposób zakwalifikować świadczenie pracownika. Zagadnienie to zostało doprecyzowane w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 23 czerwca 2021 r.¹¹⁷⁸, zgodnie z którym *chodzi zatem nie tyle o "outsourcing pracowniczy", co o "outsourcing usług". Popularnym rodzajem outsourcingu jest zlecenie podmiotowi zewnętrznemu (outsourcerowi) - na podstawie umowy cywilnoprawnej - realizacji określonych zadań przy wykorzystaniu jego "własnych" pracowników. W tej konstrukcji podmiot korzystający z outsourcingu (insourcer) nie pozostaje w żadnym stosunku prawnym z osobą faktycznie wykonującą pracę na jego*

¹¹⁷⁵ Ibidem, s. 98.

¹¹⁷⁶ J. Stelina, *Tradycyjna koncepcja stosunku pracy a stosunek pracy tymczasowej – potrzeba redefinicji?* [w:] *Z problematyki zatrudnienia tymczasowego*, red. A. Sobczyk, Warszawa 2011, s. 110.

¹¹⁷⁷ Wyrok SN z 27.01.2016 r., I PK 21/15, LEX nr 1975836.

¹¹⁷⁸ I USKP 37/21, LEX nr 3363480.

rzecz. Pogląd ten odnosi się jednak do outsourcingu usług innego typu aniżeli outsourcing pracowniczy, wyraźnie wskazano w nim bowiem, że podmiot zewnętrzny podejmuje się realizacji zadań przy wykorzystaniu własnych pracowników, a nie oddania ich odpłatnie do dyspozycji usługobiorcy. W przypadku outsourcingu pracowniczego kwestia podstawy prawnej pracy faktycznie wykonywanej przez pracownika na rzecz usługobiorcy pozostaje wątpliwa.

Po trzecie, w wyroku z dnia 27 stycznia 2016 r. SN nie dostrzegł natury outsourcingu pracowniczego, który spośród innych rodzajów outsourcingu usług wyróżnia szczególnie przedmiot umowy: oddanie pracowników usługodawcy do dyspozycji usługobiorcy w zamian za wynagrodzenie. Stworzone przez SN kryteria *braku bezpośredniego i stałego podporządkowania (zarówno prawnego, jak i faktycznego) wykonawców w stosunku do podmiotu (insourcera), u którego takie usługi lub praca są wykonywane* odnieść należy jednak według mnie do każdego przypadku outsourcingu usług, w ramach którego pracownicy usługodawcy faktycznie wykonują pracę na rzecz usługobiorcy w jego zakładzie pracy.

Nałożenie kryteriów sformułowanych przez SN na specyfikę faktycznej relacji usługobiorca-pracownik usługodawcy we współpracy na podstawie umowy outsourcingu pracowniczego daje ciekawe rezultaty. Kryterium krótkotrwałości podporządkowania pozostaje w sprzeczności z definicją pojęcia outsourcingu. Outsourcing jest bowiem relacją o charakterze długoterminowym, w której pracownicy usługodawcy powinni poczuć się jak gdyby byli pracownikami usługobiorcy. Za wyjątkiem sytuacji, w których ów zamiar stron umowy outsourcingu usług nie zostaje zrealizowany, należy uznać, iż outsourcing sam w sobie oznacza współpracę o długotrwałym charakterze, różniąc się tym od incydentalnego świadczenia usług np. montażu maszyny przez pracowników usługodawcy u usługobiorcy. Specyfika faktycznego świadczenia pracy w ramach outsourcingu usług, a tym bardziej outsourcingu pracowniczego, nie obejmuje zatem co do zasady przypadków krótkotrwałego podporządkowania pracownika usługobiorcy.

Po czwarte, także kolejne kryterium wskazane przez SN nie będzie spełnione w przypadku outsourcingu pracowniczego. Opiera się on bowiem na przekazaniu całokształtu uprawnień kierowniczych usługobiorcy, co oznacza, iż zwierzchnictwo usługobiorcy ma charakter bezpośredni. Treść wyroku SN, choć początkowo wydawała się kompromisowa, prowadzi w istocie do wniosku, iż w przypadku outsourcingu pracowniczego żadne z kryteriów nie zostaje spełnione. Oznacza to, że pracownik usługodawcy oddany do dyspozycji usługobiorcy faktycznie

wykonuje pracę w sposób zbieżny ze sposobem, w jaki świadczą ją pracownicy tymczasowi czy pracownicy zatrudnieni bezpośrednio przez usługobiorcę. Wpisuje się zatem w pogląd o braku możliwości przekazania całokształtu uprawnień kierowniczych pracodawcy na inny podmiot na podstawie art. 22 §1 k.p. Do podobnej konkluzji dochodzi po analizie opisywanego wyroku E. Pachała. Zdaniem autorki, *jeśli by przyjąć, iż nie ma żadnych przeszkód, aby pracodawca scedował swoje uprawnienia kierownicze na inny podmiot, wskazane stwierdzenie SN straciłoby swój sens, a brak podporządkowania przestałby pełnić funkcję cechy odróżniającej outsourcing od zatrudnienia pracowników własnych*¹¹⁷⁹.

Warto podkreślić, iż orzeczenie SN z dnia 27 stycznia 2016 r. zapoczątkowało linię orzeczniczą¹¹⁸⁰, współlistniejącą obecnie z linią orzeczniczą zakładającą dopuszczalność przenoszenia uprawnień kierowniczych na inny podmiot bez utraty statusu pracodawcy¹¹⁸¹. Pozostaje zatem mieć nadzieję, że Sąd Najwyższy opowie się wkrótce definitywnie za jednym z tych przeciwstawnych poglądów.

Warto jeszcze podkreślić, iż kierownictwo stanowi kluczową, lecz nie jedyną, cechę stosunku pracy. Warto w tym kontekście przytoczyć wyrok SN z dnia 22 grudnia 1998 r., który wprawdzie nie dotyczy outsourcingu usług, ale pokazuje jak w praktyce wygląda wykładnia art. 22 § 1k.p. w odniesieniu do relacji o charakterze trójpodmiotowym. Zgodnie z orzeczeniem *wykonywanie przez grupę osób konkretnych czynności (montaż kabli antenowych) na podstawie porozumienia zawartego przez zleceniodawcę wyłącznie z organizatorem tej grupy, bez określenia przez zlecającego pracę zakresu obowiązków każdego z członków zespołu oraz ich indywidualnego wynagrodzenia i bez dokładnego określenia miejsca i czasu realizacji powierzonego zadania, nie ma cech właściwych dla stosunku pracy. Wykonywanie zleconych czynności pod nadzorem kierownika budowy nie przesądza o świadczeniu pracy w ramach podporządkowania pracowniczego*¹¹⁸². Pomimo istnienia bezpośredniego kierownictwa osoby działającej w imieniu zleceniodawcy, w przedmiotowym wyroku, nie ustalono stosunków pracy pomiędzy członkami grupy a zleceniodawcą. Zabrakło bowiem pozostałych cech stosunku pracy, w szczególności: ciągłości (chodziło o jednorazowe

¹¹⁷⁹ E. Pachała, *Outsourcing – ryzyko z perspektywy prawa pracy*, MOPR 2021/2, s. 40.

¹¹⁸⁰ Zob. m.in. postanowienie SN z 22.04.2021 r., I USK 43/21, LEX nr 3181963; postanowienia SN z 11.05.2021 r.: I USK 42/21, LEX nr 3177815; I USK 45/21, LEX nr 3177886; I USK 41/21, LEX nr 3252651.

¹¹⁸¹ Zob. postanowienie SN z 13.05.2020 r., I PK 121/19, LEX nr 3217358, a także wyrok SN z 10.02.2012 r., II PK 147/11, LEX nr 1167471; wyrok SN z 13.03.2012 r., II PK 170/11, LEX nr 1211150.

¹¹⁸² Wyrok SN z 22.12.1998 r., I PKN 517/98, LEX nr 35614.

wykonanie konkretnych czynności), osobistego charakteru (brak zakresu obowiązków poszczególnych pracowników), odpłatności (ustalonej dla każdego członka grupy z osobna), określenia miejsca i czasu pracy. Orzeczenie to wyraźnie obrazuje, że nawet spełnienie kluczowej przesłanki nie wystarczy jeszcze by ustalić istnienie stosunku pracy.

Na zakończenie rozważań w poruszonym wątku należy stwierdzić, iż w doktrynie i orzecznictwie występują dwa przeciwstawne poglądy dotyczące możliwości przenoszenia uprawnień kierowniczych na inny podmiot w ramach stosunku pracy. Zgodnie z pierwszym z nich, pracodawca może przekazać całokształt swoich uprawnień podmiotowi trzeciemu i nie traci w ten sposób statusu pracodawcy. Zgodnie z drugim, pracodawca nie może tego uczynić, a konsekwencją przeniesienia uprawnień kierowniczych na inny podmiot może być przypisanie mu statusu pracodawcy. Opowiadam się za poglądem drugim. W odniesieniu do outsourcingu pracowniczego należy zatem uznać, że jeśli oprócz kierownictwa, w relacji z pracownikiem występuje także nasilenie innych cech stosunku pracy, wówczas rzeczywistym pracodawcą pracownika jest usługobiorca.

1.1.3. Podział uprawnień kierowniczych pomiędzy usługodawcę i usługobiorcę w ramach outsourcingu usług

Jak wskazano już powyżej, outsourcing usług może w przypadku ścisłej relacji pomiędzy pracownikiem a usługobiorcą powodować podział cech stosunku pracy na dwie relacje: pracownik- usługodawca oraz pracownik-usługobiorca. Konieczność koordynacji wykonywania zadań w ramach outsourcingu powoduje, iż część uprawnień kierowniczych przenoszona zostaje na usługobiorcę. Kontynuując rozważania na temat granicy uprawnień kierowniczych, której podmiot ten nie powinien przekraczać, uważam, że istnieją dwa kryteria pozwalające odróżnić kierownictwo pracodawcy od kierownictwa usługobiorcy. Pierwszym z nich jest, analogiczne jak w przypadku zlecającego, kryterium zakresu owych uprawnień. Uprawnienia kierownicze usługobiorcy muszą być bowiem węższe aniżeli uprawnienia kierownicze pracodawcy. W tym przypadku *per analogia* zastosować należy poglądy dotyczące kierownictwa zlecającego. Punktem wyjścia do rozważań jest zatem stwierdzenie, że usługobiorcy w outsourcingu usług, a ściślej osobom fizycznym działającym w jego imieniu, przysługują uprawnienia kierownicze względem osób faktycznie wykonujących

pracę na rzecz usługobiorcy. Uprawnienia te nie są jednak tak szerokie, jak w przypadku uprawnień przysługujących pracodawcy w ramach stosunku pracy.

Posługując się podziałem na uprawnienia prawodawcze (reglamentacyjne), dyrektywne oraz uprawnienia dyscyplinarne, należy stwierdzić, iż usługobiorcy nie przysługują uprawnienia reglamentacyjne¹¹⁸³ oraz dyscyplinarne. W faktycznej relacji z pracownikami usługodawcy nie powinien on zatem wymierzać kar porządkowych, ani egzekwować przestrzegania własnych regulaminów wewnątrzzakładowych, nawet jeżeli pracownicy usługodawcy faktycznie świadczą pracę w jego zakładzie. Wyjątek stanowi obowiązek przestrzegania przepisów dotyczących bhp, gdyż usługodawca ponosi odpowiedzialność za stan bhp także wobec osób przebywających (w różnych celach) na terenie jego zakładu pracy¹¹⁸⁴.

W odniesieniu do uprawnień dyrektywnych nie można jednak całkowicie wyłączyć możliwości ich realizacji przez usługobiorcę. W praktyce bowiem od menadżerów usługobiorcy oczekuje się umiejętności koordynacji realizacji zadań w toku outsourcingu usług¹¹⁸⁵. Drugie kryterium pozwalającym odróżnić kierownictwo pracodawcy od kierownictwa usługobiorcy jest pośredni charakter kierownictwa. Sformułował je Sąd Najwyższy w cytowanym już wyroku z dnia 27 stycznia 2016 r.¹¹⁸⁶, który odnosił się do outsourcingu pracowniczego. Kryterium to można według mnie odnieść także do innych rodzajów outsourcingu usług. Należy jednak doprecyzować zakres jego zastosowania. SN, na gruncie opisywanego wyroku, zawężył swoje rozważania jedynie do tych przypadków outsourcingu usług, które są przez pracowników usługodawcy faktycznie realizowane w zakładzie pracy należącym do usługobiorcy. Moim zdaniem, kryterium pośredniego kierownictwa zastosować można także do osób świadczących pracę w ramach outsourcingu usług poza zakładem pracy usługobiorcy. Ma to istotne znaczenie, ponieważ w niedalekiej przyszłości wątpliwości na temat statusu pracodawcy rzeczywistego mogą pojawiać się dość często również w stosunku do pracowników świadczących pracę całkowicie zdalnie.

Pomimo zarysowanych powyżej mankamentów, przedmiotowemu wyrokowi SN nie można odmówić przełomowego charakteru. Sformułowano w nim kryterium

¹¹⁸³ Zob. Z. Kubot, *Kierownictwo zlecającego...*, s. 127.

¹¹⁸⁴ Zob. T. Wyka, *Przedmiot, przesłanki oraz charakter odpowiedzialności pracodawcy w sferze bhp* [w:] *Zagadnień prawa pracy i prawa socjalnego. Księga jubileuszowa Profesora Herberta Szurgacza*, red. Z. Kubot, T. Kuczyński, Warszawa 2011, s. 348.

¹¹⁸⁵ Zob. J.P. Foltys, *Outsourcing. Idea...*, s. 291.

¹¹⁸⁶ Wyrok SN z 27.01.2016 r., I PK 21/15, LEX nr 1975836.

pozwalające odróżnić kierownictwo pracodawcy od kierownictwa usługobiorcy w outsourcingu usług. Bezpośrednie kierownictwo przysługuje wyłącznie pracodawcy, a pośrednie może zostać przekazane usługobiorcy¹¹⁸⁷. Sąd Najwyższy nie definiuje jednak pojęcia „pośrednie”.

Kryterium to, w przeciwieństwie do sformułowanego powyżej kryterium węższego zakresu uprawnień, charakterystycznego także dla kierownictwa zlecającego w zatrudnieniu cywilnoprawnym, ma unikalny charakter wynikający ze specyfiki świadczenia pracy w ramach outsourcingu usług. Relacja pracownik – usługobiorca, stanowi w istocie wypadkową dwóch stosunków prawnych: opartej na umowie outsourcingu usług relacji usługodawca-usługobiorca oraz opartej na umowie o pracę relacji pracownik – usługodawca. Przeplatanie się faz produkcji i konsumpcji usługi powoduje nakładanie się na siebie w czasie praw i obowiązków stron obydwu tych stosunków prawnych. W przypadkach outsourcingu usług budzących największe wątpliwości, kierownictwo pracodawcy i usługobiorcy w istotnym zakresie się zazębiają.

Rozważyć zatem należy jak strony umowy outsourcingu mogą podzielić między siebie uprawnienia kierownicze w ścisłym znaczeniu, aby nie spowodować, nawiązania stosunku pracy w sposób dorozumiany pomiędzy pracownikiem a usługobiorcą. W doktrynie prawa pracy akcentuje się odrębną naturę wiążących poleceń pracodawcy oraz niewiążących wskazówek następczych usługobiorcy. Poza opisaną już powyżej wątpliwą różnicą w zakresie ich wiążącego charakteru, warto zwrócić także uwagę na fakt, iż udzielanie wskazówek następczych przez usługobiorcę pracownikom usługodawcy w toku realizacji usługi uznaje się za przejaw współdziałania wierzyciela z dłużnikiem przy wykonaniu zobowiązania w rozumieniu art. 354 § 2 k.c.¹¹⁸⁸ Obowiązek współdziałania ciąży na obydwu stronach stosunku zobowiązaniowego. Każda z nich obowiązana jest baczyć na uzasadniony interes kontrahenta i nie czynić nic takiego, co by wykonywanie zobowiązania komplikowało, hamowało lub utrudniało¹¹⁸⁹. Ten negatywny obowiązek spoczywa na wierzycielu zawsze¹¹⁹⁰. Pozytywnego natomiast działania wymagać należy od wierzyciela jedynie w sytuacji, gdy wynika to z właściwości świadczenia lub umowy¹¹⁹¹.

¹¹⁸⁷ Odmienne T. Duraj (red.), *Kilka refleksji na temat uprawnień...*, s. 115.

¹¹⁸⁸ Zob. A. Rzetecka-Gil [w:] *Kodeks cywilny...* LEX, art. 354.

¹¹⁸⁹ Zob. P. Nazaruk [w:] *Kodeks cywilny...*, LEX, art. 354.

¹¹⁹⁰ Ibidem.

¹¹⁹¹ Wyrok SN z 25.02.2015 r., IV CSK 297/14, LEX nr 1663826.

Usługobiorca musi udzielić wskazówek jedynie wtedy gdy jego zaniechanie uniemożliwi usługodawcy spełnienie świadczenia. W innych przypadkach jest to jego uprawnienie a nie obowiązek. Na gruncie prawa pracy największe wątpliwości budzą przypadki, gdy usługobiorca często i intensywnie korzysta z tego uprawnienia. W aspekcie faktycznym wskazówki następcze nie różnią się bowiem od poleceń pracodawcy.

Uważam, że w przypadku outsourcingu usług problem nie sprowadza się do charakteru prawnego wskazówek następczych, ale do pytania czy jeśli pracownik stosuje się do owych wskazówek, to usługobiorcę należy uznać za kierującego jego pracą w rozumieniu kodeksu pracy. Moim zdaniem, należałoby na nie udzielić odpowiedzi przeczącej, o ile podporządkowanie pracownika wskazówkom następczym usługobiorcy mieści się w dopuszczalnym zakresie, węższym od podporządkowania pracowniczemu, i ma charakter pośredni.

1.1.3.1. Zakres uprawnień kierowniczych (dyrektywnych) usługobiorcy

Odnosząc się do wymogu węższego zakresu podporządkowania wskazówkom usługobiorcy, należy stwierdzić, iż ograniczają go:

- 1) polecenia usługodawcy;
- 2) umowa o pracę zawarta pomiędzy pracownikiem a usługodawcą oraz akty prawa wewnątrzzakładowego usługodawcy;
- 3) interes zakładu pracy usługodawcy;
- 4) przepisy prawa i zasady współżycia społecznego.

Podstawowym ograniczeniem zakresu, w jakim pracownik może wykonać wskazówkę następczą usługobiorcy jest polecenie pracodawcy. O ile polecenie pozostaje zgodne z prawem, umową o pracę oraz zasadami współżycia społecznego, pracownik ma obowiązek się mu podporządkować. Kryteria te ograniczają naturalnie także zakres wskazówek jakich pracownikowi udzielać może usługobiorca. Każdorazowo jednak, w przypadku sprzeczności wskazówki następczej usługobiorcy z poleceniem pracodawcy, nadrzędny charakter ma polecenie pracodawcy.

Drugim ograniczeniem zakresu podporządkowania pracownika wskazówkom następczym jest umowa o pracę oraz akty prawa wewnątrzzakładowego usługodawcy. Co ciekawe, stanowią one zbiory praw i obowiązków, które nie muszą być znane usługobiorcy. Jeśli zatem poprosi on pracownika o wykonanie zadania wykraczającego

poza zakres rodzaju pracy objęty umową o pracę, to pracownik powinien odmówić lub zwrócić się do usługodawcy o decyzję jak ma się zachować. Istotne znaczenie w przypadku outsourcingu usług mają także wszelkie akty prawa wewnątrzzakładowego lub polecenia pracodawcy adresowane do grup pracowników np. dotyczące standardu obsługi klienta, których powinni oni przestrzegać świadcząc usługi w imieniu usługodawcy.

Usługobiorcy nie przysługuje również uprawnienie do jednostronnego nałożenia na pracownika usługodawcy obowiązków wykraczających poza zakres objęty umową o pracę. Uprawnienie takie przysługuje bowiem wyłącznie pracodawcy i to jedynie w sytuacjach wyjątkowych (art. 42 § 4 k.p. i art. 81 § 1 k.p.)¹¹⁹².

Na marginesie należy dodać, że kwestia wykroczenia przez usługobiorcę w toku koordynacji działań pracowników usługodawcy poza zakres przedmiotowy umowy outsourcingowej może rodzić konsekwencje jedynie na gruncie prawa cywilnego. Dotyczy bowiem relacji usługodawca-usługobiorca statuującej odrębny bok trójkąta trójpodmiotowego modelu.

Trzecie ograniczenie zakresu podporządkowania wskazówkom usługobiorcy stanowi ciążący na pracowniku obowiązek dbałości o dobro zakładu pracy usługodawcy. Jego charakter przybliżył Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 marca 2011 r.¹¹⁹³, zgodnie z którym *powinności określone w art. 100 § 2 pkt 4 k.p. są ustanowieniem szczególnej zasady lojalności pracownika względem pracodawcy, z której przede wszystkim wynika obowiązek powstrzymania się pracownika od działań zmierzających do wyrządzenia pracodawcy szkody czy nawet ocenianych jako działania na niekorzyść pracodawcy. W takich sytuacjach zachowanie pracownika powinno być oceniane w ten sposób, że nacisk należy położyć nie tyle na zawiniony (niezawiniony) bądź też legalny (bezprawny) charakter jego zachowania się, ile na zachowanie przez niego lojalności względem pracodawcy.*

Wydaje się, iż ten element jest szczególnie ważny w przypadku gdy wskazówka usługobiorcy dotyczy kwestii nieobjętej ani poleceniami pracodawcy, ani umową o pracę ani aktami wewnątrzzakładowymi. Wówczas to pracownik powinien zdecydować czy zastosowanie się do wskazówki będzie działaniem na korzyść pracodawcy. Warto przy tym pamiętać, iż w wielu wypadkach zaspokojenie potrzeby klienta będzie działaniem na korzyść usługodawcy (pracodawcy), bowiem na podmiocie tym ciąży obowiązek

¹¹⁹² Zob. T. Liszcz, *Podporządkowanie pracownika...*, s. 151; Z. Kubot, *Pojęcie kierownictwa...*, s. 236.

¹¹⁹³ Wyrok SN z 2.03.2011 r., II PK 204/10, LEX nr 817517.

wynikający z art. 354 § 1 k.c., zgodnie z którym dłużnik ma obowiązek wykonywać zobowiązanie nie tylko zgodnie z jego treścią, ale i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu. Jak szeroko zarysowano w części dotyczącej specyfiki wykonywania pracy w ramach outsourcingu usług, jeden z celów społeczno-gospodarczych outsourcingu usług stanowi jak najszybsze zaspokojenie potrzeb klienta w obszarze objętym umową. Istnieją jednak sytuacje gdy interesy usługodawcy i usługobiorcy będą rozbieżne, wówczas pracownik powinien zawsze przedkładać interes usługodawcy nad interes usługobiorcy.

Powyższe wywody dotyczyły zakresu podporządkowania pracownika wskazówkom usługobiorcy. Jego lustrzanym odbiciem powinien zatem być zakres dopuszczalnego kierownictwa usługobiorcy. Samo udzielanie przez usługobiorcę wskazówek poza dopuszczalnym zakresem nie wywołuje jeszcze skutków prawnych. Podobnie, incydentalne podporządkowanie się nim przez pracownika. Są to bowiem sytuacje nieuniknione w praktyce. Decydujące znaczenie w opisywanej sytuacji mają działania podejmowane przez usługodawcę. Na nim ciąży bowiem obowiązek egzekwowania od pracowników przestrzegania dopuszczalnego zakresu podporządkowania życzeniom klienta i reagowania na podporządkowywanie się przez pracowników wskazówkom usługobiorcy wykraczającym poza jego zakres. Jeśli jednak usługobiorca w sposób powtarzalny wykracza poza ramy przysługujących mu uprawnień kierowniczych, a usługodawca zaniecha działań polegających na kierowaniu zachowaniami pracowników w toku współpracy z usługobiorcą, wówczas należy przyjąć, że przekazał on kierownictwo, w ścisłym znaczeniu, usługobiorcy. Przy spełnieniu dodatkowych przesłanek, doprowadzi to do przypisania mu statusu rzeczywistego pracodawcy usługobiorcy.

1.1.3.2. Pośredni charakter uprawnień kierowniczych (dyrektywnych) usługobiorcy

Zagadnienie pośredniego charakteru kierownictwa usługobiorcy oznacza, iż wszelkie uprawnienia kierownicze tego podmiotu stanowią pochodną uprawnień kierowniczych usługodawcy. Oznacza to, że ich zakres wyznacza i kontroluje usługodawca, któremu uprawnienia kierownicze przysługują bezpośrednio. Charakter kierownictwa usługobiorcy zależy od kilku okoliczności. Pierwszą z nich jest liczba usługobiorców, których obsługuje pracownik. Im więcej podmiotów, tym węższy zakres

uprawnień kierowniczych przysługuje każdemu z nich, a szerszy usługodawcy. W praktyce, wątpliwości w zakresie tożsamości pracodawcy powstają, gdy pracownik wykonuje wszystkie lub niemal wszystkie zadania na rzecz jednego usługobiorcy. Dalsze rozważania należałoby zatem zawęzić do tych przypadków. Drugą istotną okoliczność stanowi zbiorowy lub indywidualny charakter świadczonych usług. Im większy zespół świadczy usługę na rzecz usługobiorcy, tym węższe uprawnienia kierownicze usługobiorcy względem poszczególnych jego członków, a szersze uprawnienia osób upoważnionych przez usługodawcę do kierowania jego działaniami. Trzecia, to zakres samodzielności pracownika. Im większa samodzielność pracownika tym mniej faktycznych przejawów kierownictwa, a zatem trudniej ustalić, który z podmiotów kieruje bezpośrednio, a który pośrednio. Zagadnienie to wymaga szerszej analizy, pozwalającej przyrzeć się pracownikom samodzielnym w nieco innym świetle, niż pozwala na to przyjęta na gruncie prawa pracy nomenklatura związana z „autonomicznym podporządkowaniem”. W tym celu warto sięgnąć do dorobku wypracowanego w naukach o zarządzaniu.

W naukach tych w miejsce kierowania pojawiają się najczęściej pojęcia „zarządzania” oraz „przywództwa”. Wnikliwa analiza relacji owych pojęć wykracza poza zakres niniejszej rozprawy, lecz można przyjąć, iż pojęcie zarządzanie jest pojęciem szerszym od kierowania. Kierowanie bowiem odnosi się do ludzi, natomiast zarządzanie dotyczyć może także innych zasobów organizacji. Przywództwo natomiast tym różni się od kierowania, rozumianego na gruncie prawa pracy jako relacja jednostronna, iż stanowi relację dwustronną. Warto zauważyć, że współczesne teorie przywództwa odbiegają dalece od relacji kierowanie – podporządkowanie¹¹⁹⁴. Według R.W. Griffina istnieją cztery etapy zarządzania: *planowanie i podejmowanie decyzji, organizowanie, przewodzenie (motywowanie) i kontrola*¹¹⁹⁵. *Działania te mają doprowadzić do osiągnięcia celów organizacji w sposób sprawny i skuteczny*¹¹⁹⁶. W ramach teorii „przywództwa sytuacyjnego”, wyrażono natomiast pogląd, zgodnie z którym zachowania menedżera powinny być dostosowane do aktualnego poziomu wiedzy i kompetencji pracownika. Przywództwo (kierowanie) sytuacyjne stanowi połączenie czterech stylów kierowania (dyrygowania, trenowania, wspierania,

¹¹⁹⁴ Zob. M.W. Kopertyńska, *Przywództwo w organizacji czynnikiem sukcesu*, „Przegląd Prawa i Administracji”, t. CIII, Wrocław 2015, s. 255-260.

¹¹⁹⁵ R.W. Griffin, *Podstawy zarządzania organizacjami*, Warszawa 2004, s. 6-7.

¹¹⁹⁶ Ibidem.

delegowania), które opierają się na dwóch wzorcach zachowań menedżera: dyrygowaniu i wspieraniu¹¹⁹⁷. Tradycyjne kierownictwo, w rozumieniu prawa pracy, znajduje zastosowanie w stylu dyrygowania, stosowanym w odniesieniu do pracowników o najniższych kompetencjach. Na kolejnych dwóch poziomach mamy do czynienia z konsultowaniem i wspieraniem. Opisując te style przy użyciu języka prawniczego należy zatem uznać, że w obydwu wypadkach pracodawca (a ściślej przełożony pracownika działający w imieniu pracodawcy) włącza pracownika w proces podejmowania decyzji co do konkretyzacji zadań do wykonania oraz sposobu ich wykonania. Im bardziej kompetentny i zaangażowany pracownik, tym większy jego wpływ na te decyzje. Początkowo to przełożony wydaje polecenia, później słucha pracownika, starając się uwzględnić jego zdanie w podejmowanej decyzji, następnie to pracownik przedstawia swoje sposoby konkretyzacji zadań, a także sposoby ich wykonania i konsultuje je z przełożonym, zwracając się także do niego o wsparcie w sytuacjach wątpliwych. W przypadku ostatniego stylu - delegowania, stosowanego w stosunku do pracowników o najwyższych kompetencjach, przełożony może oczekiwać od pracownika samodzielnego wyznaczania zadań, rysując przed nim jedynie ogólnie istniejące wyzwania, przyznać mu uprawnienia do samodzielnej ich realizacji, a następnie omawiać jedynie osiągnięte wyniki i zachęcać do samodzielnej oceny własnej pracy¹¹⁹⁸.

Nakładając na siebie definicje wypracowane w naukach o zarządzaniu oraz w doktrynie prawa pracy, należy stwierdzić, iż w naukach o zarządzaniu występuje jeden dodatkowy element, jakim jest planowanie. W uproszczeniu, polega on na wyznaczeniu celów gospodarczych, jakie podmiot zatrudniający chce osiągnąć w wyniku pracy pracownika lub zespołu pracowników. Po zakończeniu fazy planowania, następuje organizacja odpowiadająca etapowi konkretyzacji zadań pracownika. Po niej rozpoczyna się etap kierowania, zatem bieżącego określania sposobu wykonywania zadań połączonego z nadzorem nad prawidłowością ich wykonania. Ostatni etap stanowi kontrolowanie rozumiane jako ocena działań pracownika. Model ten pokrywa się z fordowskim modelem zatrudnienia w przypadku pracowników niesamodzielnymi. Im bardziej samodzielny pracownik, tym bardziej oddala się od tego modelu. Nie oznacza to jednak całkowitego zaniku uprawnień pracodawczych. Styl kierowania adekwatny dla

¹¹⁹⁷ Zob. W. Walczak, *Przywództwo i motywowanie w procesach zarządzania kompetencjami pracowników*, E-mentor 2011/1(38), s. 28-29.

¹¹⁹⁸ Ibidem.

samodzielnych pracowników nadal opiera się na wyznaczaniu przez pracodawcę celów (nawet jeśli czyni to lakonicznie lub w formie wyzwania do pokonania) oraz ocenie, nie tyle sposobu wykonywania zadań przez pracownika, ile stopnia realizacji założonego celu. W przypadku najbardziej samodzielnych pracowników zanika natomiast kierowanie polegające na bieżącej konkretyzacji zadań i ingerencji w sposób ich wykonywania. W zakresie nadzoru nie uważam, aby można było mówić o całkowitym wyłączeniu konieczności aktywnego działania po stronie przełożonego pracownika. Aby właściwie ocenić jego pracę, a także wykonać inne obowiązki specyficzne dla zatrudnienia pracowniczego, np. związane z ewidencją czasu pracy, przełożony pracownika powinien być przynajmniej informowany przez samodzielnego pracownika o realizowanych zadaniach. Stopień szczegółowości informacji pozostaje przy tym do ustalenia przez strony.

Warto jednak dodać, iż w naukach o zarządzaniu poza pracownikami świadczącymi pracę w warunkach klasycznego podporządkowania oraz podporządkowania autonomicznego wyróżnia się także grupę pośrednią. W jej przypadku na etapie konkretyzacji zadań oraz określenia sposobu ich wykonywania kierowanie przez przełożonego oraz samodzielność pracownika przenikają się. Warto zatem podkreślić, iż w przypadku pracowników należących do owej pośredniej grupy, która moim zdaniem może być największą spośród opisywanych, kluczowe jest zwracanie się do przełożonego w przypadkach budzących wątpliwości pracowników. Samodzielność pracowników nie niweluje zatem kierownictwa przełożonego, a jedynie odwraca ową relację. Zamiast decydować w każdym przypadku, przełożony wyznacza pracownikowi swobodę decyzyjną i podejmuje decyzje wykraczające poza ów zakres lub wspiera pracownika na jego prośbę.

Kierownictwo może zatem, w zależności od kompetencji pracownika oraz jego zaangażowania polegać na:

- 1) określeniu celu pracy pracownika lub zespołu, w skład którego wchodzi, przydzieleniu pracownikowi zadań do wykonania, wydawaniu poleceń co do sposobu ich realizacji, ciągłym nadzorem w toku ich wykonywania oraz ocenie sposobu pracy pracownika;
- 2) określeniu celu pracy pracownika lub zespołu, w skład którego wchodzi; przydzieleniu, po konsultacji z pracownikiem, zadań do wykonania oraz określeniu sposobu ich wykonania, okresowym nadzorem oraz ocenie sposobu pracy pracownika;

- 3) określeniu celu pracy pracownika lub zespołu, w skład którego wchodzi; przekazaniu pracownikowi uprawnienia do samodzielnej konkretyzacji i realizacji zadań, okazjonalnym nadzorze, w szczególności na prośbę pracownika (wspieraniu) oraz ocenie stopnia realizacji celu pracy;
- 4) określeniu celu pracy pracownika lub zespołu, w skład którego wchodzi; przydzieleniu pracownikowi określonego celu do osiągnięcia, umożliwieniu pracownikowi dokonania samodzielnego wyboru sposobu konkretyzacji zadań do wykonania, w określonym z pracodawcą zakresie, nadzorze sprowadzonym do informowania pracodawcy o podejmowanych zadaniach oraz ocenie rezultatów pracy.

Uważam, że uwspółcześnienie pojęcia kierownictwa pozwoli na precyzyjniejsze rozgraniczenie zatrudnienia w ramach stosunku pracy oraz stosunków cywilnoprawnych. Rosnąca samodzielność pracowników, nie przekreśla bowiem istnienia kierownictwa w faktycznej relacji przełożony-pracownik, zmienia jedynie jego formę¹¹⁹⁹. Złożona natura zagadnienia wymaga odrębnego rozważanie „pośredniego kierownictwa” w odniesieniu do każdego elementu uprawnień dyrektywnych wyróżnionego w definicji H. Lewandowskiego.

1.1.3.2.1. Przydzielanie zadań i określanie sposobu ich wykonania

W doktrynie prawa pracy dominuje pogląd, zgodnie z którym uprawnienie do przydzielania zadań przysługuje pracodawcy niezależnie od stopnia samodzielności pracownika. Nawet w przypadku tzw. pracowników podporządkowanych autonomicznie, zadania przydziela pracodawca, a pracownik ma swobodę jedynie w określeniu sposobu ich wykonania. Moim zdaniem, w przypadku najbardziej samodzielnych pracowników bezpośrednio kierownictwo pracodawcy może polegać wyłącznie na określeniu celu, realizacji którego oczekuje od pracownika pracodawca przy pozostawieniu pracownikowi pełnej swobody w określeniu jakie działania, i w jaki sposób powinien wykonać by ów cel osiągnąć. Pracodawca może także określić kategorię zadań, jakie pracownik ma realizować na rzecz określonego usługobiorcy. Ponadto uważam, że w zakresie określonym we wcześniejszej części rozważań, dopuścić należy

¹¹⁹⁹ Na marginesie niniejszej pracy pozostawiam zagadnienie relacji z podmiotem zatrudniającym osób pełniących najwyższe funkcje w przedsiębiorstwie, ponieważ trudno wyobrazić sobie zlecenie na zewnątrz zadań i funkcji przypisanych do stanowiska np. dyrektora generalnego.

przekazanie usługobiorcy uprawnienia do pośredniej konkretyzacji zadań. Przyjęcie, że uprawnienie do przydziału zadań przysługuje wyłącznie przełożonemu, działającemu w imieniu pracodawcy, prowadzi bowiem do absurdalnych konsekwencji w przypadku outsourcingu usług. Gdyby uznać, że w ramach przydzielonej pracownikowi przez przełożonego kategorii zadań, np. przywołanego powyżej utrzymywania czystości w budynku biurowym usługobiorcy, uprawnienie do dalszej, bieżącej, konkretyzacji poszczególnych zadań przysługiwało wyłącznie przełożonemu pracownikowi, to pracownik poproszony przez osobę reprezentującą usługobiorcę o umycie podłogi, na którą ktoś właśnie rozlał płyn, powinien poinformować ją, że zgłoszenie tego rodzaju może być skierowane wyłącznie do jego przełożonego i wstrzymać się z jego realizacją do chwili otrzymania wyraźnego polecenia od przełożonego. Cel społeczno-gospodarczy umowy outsourcingu wymaga natomiast, aby pracownik niezwłocznie zrealizował prośbę, w trosce o zadowolenie klienta pracodawcy. Uważam, że taka rozszerzająca interpretacja pojęcia kierownictwa minimalizuje ryzyko nieuzasadnionego i nadmiernego ograniczania swobody gospodarczej przez normy prawa pracy.

Powyższy pogląd nie oznacza jednak, iż uprawnienie usługobiorcy do przydzielania zadań jest tożsame względem uprawnienia pracodawcy. Ma ono pośredni charakter polegający na tym, że w ramach rodzaju zadań przydzielonego przez usługodawcę, usługobiorca może dokonywać jedynie dalszej ich konkretyzacji (jak w powyższym przykładzie). Gdyby jednak wykroczył poza rodzaj zadań przydzielony przez usługodawcę, wówczas pracownik powinien odmówić lub skonsultować się z przełożonym, np. w sytuacji, gdyby pracownik, któremu pracodawca polecił sprzątnięcie powierzchni biurowych otrzymał polecenie sprzątnięcia powierzchni magazynowych.

Rosnąca samodzielność pracowników i nastawienie na bezpośrednią interakcję z klientem powoduje, że proces kierownictwa doznaje swoistego odwrócenia. Pracownik nierzadko ustala zadania do wykonania, a także sposób ich wykonywania bezpośrednio z usługobiorcą, a jeżeli ma wątpliwość czy określone działanie mieści się w granicach zakreślonych przez usługodawcę, wówczas konsultuje z nim, jak ma się zachować. W odniesieniu do sposobu realizacji zadań należy stwierdzić, iż jeżeli dopuszczono przekazanie pracownikowi swobody w określeniu sposobu realizacji zadania w dwustronnej relacji faktycznej pracodawca-pracownik, to dopuszczalne jest to także w przypadku świadczenia pracy w ramach outsourcingu usług. Ustalając priorytety

oraz merytoryczny sposób podejścia do zadań z usługobiorcą, w ramach przyznanej przez usługodawcę swobody, pracownik działa w wielu przypadkach w interesie pracodawcy: przyspiesza to proces realizacji usługi na rzecz klienta i ogranicza czas, jaki przełożony pracownika musi poświęcić na kierowanie jego pracą. Uważam, że sytuacje, w których pracownik dokonuje w porozumieniu z usługobiorcą konkretyzacji zadań, w ramach rodzaju określonego przez usługodawcę, oraz określenia sposobu ich wykonania, w ramach swobody przyznanej przez usługodawcę pracownikowi, mieszczą się w granicach pośredniego kierownictwa usługobiorcy. Warto jednak dodać, że określenie zakresu samodzielności pracownika w czynieniu ustaleń bezpośrednio z usługobiorcą podlega decyzji usługodawcy. Usługodawca może go dowolnie kształtować i zmieniać w drodze poleceń w toku zatrudnienia.

Kwestia konsultacji sposobu wykonania zadania z przełożonym ma szczególne znaczenie w przypadku umiarkowanie samodzielnych pracowników, zwłaszcza w odniesieniu do outsourcingu usług opartych na wiedzy. Kierownictwo w zakresie określania sposobu wykonywania zadań może przejawiać się także w dzieleniu się wiedzą profesjonalną. Odmiennie prezentują się natomiast sytuacje powiązane z pracownikami niesamodzielnymi, świadczącymi pracę w warunkach zbliżonych do fordowskiego modelu zatrudnienia. W ich przypadku, to usługodawca powinien przydzielać zadania oraz określać sposób ich wykonania. Wówczas jedynie incydentalnie dopuścić można czynienie tego przez usługobiorcę.

Bezpośredni charakter kierownictwa pracodawcy sprowadza się do braku możliwości przeniesienia na usługobiorcę prawa do przydzielenia, choćby w sposób najbardziej ogólny, celu pracy pracownika lub rodzaju zadań jakie ma wykonywać. Dalszej ich konkretyzacji może dokonywać usługobiorca we współpracy z pracownikiem, realizując własne prawo do sprawowania kierownictwa pośredniego. W ramach kierownictwa pośredniego usługobiorca ma również prawo do udzielania pracownikowi wskazówek co do sposobu realizacji usługi. Pracownik może podporządkować się owym wskazówkom w zakresie swojej swobody decyzyjnej, o ile ich realizacja nie narusza interesu pracodawcy. Dotyczy to jednak wyłącznie pracowników samodzielnych, którzy nie świadczą pracy w ramach tzw. tradycyjnego podporządkowania. W odniesieniu do drugiej grupy osób, konkretyzacji zadań oraz bieżącego określania sposobu ich wykonania dokonywać powinien usługodawca, jedynie okazjonalnie dopuścić można realizację tych uprawnień przez usługobiorcę.

1.1.3.2.2. Kontrola pracy pracownika

Jak trafnie zauważa M. Kuba, *praca realizowana pod kierownictwem pracodawcy oznacza także pracę przez niego kontrolowaną*¹²⁰⁰. Skoro pracodawca uprawniony (i zobowiązany) jest planować działania składające się na proces pracy oraz zająć się ich organizacją, musi także dysponować w tym zakresie kompetencjami kontrolnymi¹²⁰¹. W innym wypadku proces kierowania ludźmi pozbawiony byłby sensu¹²⁰². Usługobiorcy przysługuje natomiast niewątpliwie uprawnienie do kontroli czy świadczenie usługi przebiega zgodnie ze standardem przyjętym w umowie outsourcingu. Co do zasady zatem, im bardziej szczegółowe ustalenia co do wymogów jakościowych, jakie mają zostać spełnione w toku świadczenia usług, które w praktyce często stanowią załącznik do umowy outsourcingu usług określane angielskim terminem *SLA (Service Level Agreement)*, tym szerszy zakres uprawnień kontrolnych pod stronie usługobiorcy.

Zakres nadzoru nad poszczególnymi kategoriami pracowników znacząco się różni, dlatego warto przeanalizować to zagadnienie w odniesieniu do kilku grup pracowników. W przypadku pracowników niesamodzielnych, wymagających ciągłego nadzoru, a także w przypadku świadczenia usług o charakterze zespołowym, bieżący nadzór powinien być sprawowany przez usługodawcę. W przypadku pracowników nie w pełni samodzielnych istotne jest sprawowanie okresowego nadzoru przez ten podmiot. Największe wątpliwości w zakresie nadzoru powstają na gruncie outsourcingu usług indywidualnych, realizowanych przez samodzielnych pracowników o wysokich kompetencjach. W przypadku outsourcingu usług opartych na wiedzy, świadczonych przez najwyższej klasy ekspertów nadzór pracodawcy może nie dotyczyć w ogóle warstwy merytorycznej wykonywanej przez nich pracy, w szczególności w sytuacji gdy przełożeni pracownika nie mają wystarczającej wiedzy do dokonania merytorycznej oceny sposobu wykonywania pracy ekspertów.

W przypadku pracowników samodzielnych zakres faktycznego nadzoru bezpośredniego oraz pośredniego pozostaje zbliżony. Z jednej strony *pracowniczego podporządkowania nie można utożsamiać z permanentnym nadzorem (obserwacją) przełożonego nad sposobem czy też właściwym tempem wykonywanych czynności*,

¹²⁰⁰ M. Kuba, *Upewnienia kierownicze pracodawcy a kontrola pracownika* [w:] *Prawne formy kontroli pracownika w miejscu pracy*, LEX 2014.

¹²⁰¹ *Ibidem*.

¹²⁰² *Ibidem*.

wystarczy bowiem wskazanie zadania i określenie terminu jego wykonania, a następnie kontrola jakości i terminowości wykonanej pracy¹²⁰³, z drugiej samo zlecenie zatrudnionym zakresów prac i określanie terminów ich wykonania oraz kontrola postępu i terminowości wykonania uzgodnionych robót mieści się w ramach zakresu podporządkowania charakterystycznego dla stosunków cywilnoprawnych¹²⁰⁴. Zleceniodawcy przysługuje uprawnienie do ogólnej kontroli dokonywanej z punktu widzenia rezultatów działalności¹²⁰⁵.

Uważam, że minimalnym przejawem realizacji przez usługodawcę bezpośrednich uprawnień kierowniczych, w sytuacji ścisłej współpracy samodzielnego pracownika z usługobiorcą, jest egzekwowanie przez przełożonego obowiązku bycia informowanym o podejmowanych przez pracownika działaniach. Stopień szczegółowości owej informacji zależy od zakresu swobody przyznanej pracownikowi przez usługodawcę. Ważne, aby ów kontakt następował cyklicznie, to znaczy by nie sprowadzał się do działania incydentalnego.

Kryterium bezpośredniego i pośredniego nadzoru nad pracą pracowników ma istotne znaczenie w przypadku wykonywania pracy przez pracowników niesamodzielnymi. W odniesieniu do pracowników samodzielnych jego zastosowanie ma ograniczoną przydatność. Oznacza to, że zarzut braku bezpośredniego nadzoru po stronie usługodawcy można byłoby postawić jedynie w sytuacji zaniechania przez ten podmiot jakichkolwiek przejawów nadzoru nad pracą pracownika.

Zagadnienie bezpośredniego nadzoru w przypadku wszystkich kategorii pracowników należy odnieść do nadzoru nie tyle nad sposobem świadczenia pracy przez pracownika, co nad przestrzeganiem ustalonego zakresu podporządkowania wskazówkom usługobiorcy wynikającego z: umowy o pracę, aktów wewnętrzzakładowych usługodawcy, poleceń usługodawcy, obowiązku działania w interesie zakładu pracy, a także przestrzegania przepisów prawa i zasad współżycia społecznego.

1.1.3.2.3. Ocena pracy pracownika

¹²⁰³ Wyrok SN z 4.12.2019 r., II PK 97/18, LEX nr 3144899.

¹²⁰⁴ I PKN 415/98, LEX nr 38488.

¹²⁰⁵ Wyrok SN z 22.04.2015 r., II PK 153/14, LEX nr 1712814.

Uprawnienie do oceny pracy określonego pracownika posiada wyłącznie pracodawca. Usługobiorca może oceniać jedynie, czy spełnione są standardy określone w umowie outsourcingowej¹²⁰⁶. W praktyce, jak trafnie zauważyła E. Albin, ocena zadowolenia klienta z usług świadczonych przez określonego pracownika ma istotny wpływ na decyzje pracodawcy o dalszych losach tego pracownika¹²⁰⁷. Może być to jednak wyłącznie wpływ pośredni. Z aprobatą należy zatem przyjąć pogląd wyrażony przez WSA w Rzeszowie w wyroku z dnia 12.06.2018 r., zapadłym na kanwie sprawy związanej z outsourcingiem pracowniczym, zgodnie z którym *jakkolwiek skarżący próbuje przekonać, że kontrolował tylko wykonanie usług, to warto zauważyć, że de facto były to czynności nadzorcze i związane z podporządkowaniem pracowników jemu bezpośrednio. To bowiem skarżący decydował o zatrudnieniu pracowników i dokonywał oceny ich pracy, sprawdzał jakość obsługi i wyniki finansowe sklepu*¹²⁰⁸. W orzeczeniu tym dostrzeżono ścisłe powiązanie uprawnienia do oceny pracy z uprawnieniem pracodawcy do nawiązywania, modyfikacji i rozwiązywania stosunków pracy we własnym imieniu, bowiem ocena kompetencji pracownika stanowi podstawę do podjęcia tych decyzji. Jak wskazano już powyżej, kompetencje definiuje się jako wewnętrzny potencjał pracowników do wykonywania określonej pracy, na który składają się m.in. wiedza, umiejętności oraz postawy osoby¹²⁰⁹. Ocena czy dana osoba posiada wystarczające kompetencje do realizacji przydzielonych jej zadań stanowi zatem istotny element realizacji uprawnień kierowniczych. Dokonywanie przez usługobiorcę oceny pracy poszczególnych pracowników uznać należy za przejaw kierownictwa bezpośredniego.

Podsumowując, usługodawca nie może przekazać usługobiorcy bezpośredniego kierownictwa nad własnymi pracownikami, a jedynie kierownictwo pośrednie. Bezpośrednie kierownictwo pracodawcy oznacza wyłączne sprawowanie uprawnień reglamentacyjnych i dyscyplinarnych, a także możliwość jednostronnego nałożenia na pracownika, w sytuacjach wyjątkowych obowiązku realizacji zadań wykraczających poza zakres objęty umową i o pracę. W zakresie uprawnień dyrektywnych polega ono na sprawowaniu ich co najmniej w zakresie:

¹²⁰⁶ Zob. T. Duraj (red.), *Kilka refleksji na temat uprawnień...*, s. 115.

¹²⁰⁷ Zob. E. Albin, *Labour Law...*, s. 970.

¹²⁰⁸ Wyrok WSA w Rzeszowie z 12.06.2018 r., I SA/Rz 242/18, LEX nr 2510920.

¹²⁰⁹ A. Springer, *Problemy definiowania i klasyfikowania kompetencji pracowników*, „Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Bankowej w Poznaniu” 2011/34, s. 251, www.man.poznan.pl (dostęp: 22.02.2023 r.).

- określania celu współpracy z usługobiorcą lub rodzaju zadań jakie pracownik ma wykonywać na jego rzecz;
- nadzoru nad przestrzeganiem ustalonego zakresu podporządkowania pracownika wskazówkom usługobiorcy wynikającego z: umowy o pracę, aktów wewnątrzzakładowych usługodawcy, poleceń usługodawcy, a obowiązku działania w interesie zakładu pracy, przestrzegania przepisów prawa oraz zasad współżycia społecznego;
- oceny pracy pracownika.

Jeżeli bowiem usługodawca nie ustanawia ram, w jakich ma mieścić się dopuszczalne kierownictwo usługobiorcy i egzekwuje ich przestrzeganie, to w zasadzie zrzeka się kierownictwa nad własnymi pracownikami, co powoduje istotne ryzyko utraty statusu pracodawcy rzeczywistego. *A contrario*, udzielanie przez usługobiorcę wskazówek oraz podporządkowanie się im w dopuszczalnym zakresie przez pracownika, mieści się w granicach pośredniego kierownictwa usługobiorcy, którego sprawowanie stanowi jego uprawnienie.

1.2. Miejsce i czas wykonywania pracy

Mocą nowelizacji z 26 lipca 2002 r.¹²¹⁰ dodano do art. 22 § 1 k.p. wyrażenie „oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę”, wprowadzając tym samym dodatkową cechę stosunku pracy. Przed nowelizacją uprawnienie pracodawcy do określania miejsca i czasu pracy pracowników wyprowadzono z uprawnień kierowniczych. Po nowelizacji, za uzasadnione w świetle założenia o racjonalności prawodawcy, należy uznać twierdzenie, że są to dwie odrębne cechy stosunku pracy.

W świetle dyskusji na temat dopuszczalności przekazania usługodawcy uprawnień kierowniczych należy zaaprobować tę zamianę. Pozwala ona bowiem wyraźnie odróżnić „oddelegowanie pracownika do dyspozycji innego pracodawcy”, które łączy się z objęciem pracownika bezpośrednim kierownictwem usługobiorcy, od „oddelegowania” rozumianego jako wskazanie pracownikowi innej jednostki organizacyjnej jako miejsca wykonywania pracy¹²¹¹, któremu nie musi towarzyszyć przekazania usługobiorcy bezpośrednich uprawnień kierowniczych. Pierwszy przypadek

¹²¹⁰ Dz.U. Nr 135, poz. 1146.

¹²¹¹ Wyrok SN z 23.02.1999 r., I PKN 594/98, LEX nr 37482.

odnosi się do typowej sytuacji outsourcingu pracowniczego. Warto zauważyć, iż jeśli oddaniu pod bezpośrednie kierownictwo usługobiorcy towarzyszy świadczenie pracy w miejscu przezeń wskazanym, jest to już druga cecha stosunku pracy, która występuje z silnym natężeniem pomiędzy pracownikiem a usługobiorcą, do którego pracownik jest oddelegowany. Warto zadać sobie w tym zakresie pytanie, czy możliwy jest outsourcing pracowniczy nie wykonywany w zakładzie usługobiorcy?

Moim zdaniem, tak, ponieważ pracownik może być „oddelegowanym do dyspozycji” także świadcząc pracę zdalnie. Obecnie zagadnienie to wydaje się mieć jednak znikome znaczenie praktyczne w odniesieniu do outsourcingu pracowniczego. Warto natomiast dostrzec na jego przykładzie transformację, jaka dokonała się w polskich przedsiębiorstwa w ciągu ostatnich kilkudziesięciu lat. Wyrażane pod koniec lat osiemdziesiątych i w latach dziewięćdziesiątych poglądy¹²¹² łączące miejsce pracy z kierownictwem podmiotu zarządzającego danym zakładem wynikały nie tylko z ówczesnego brzmienia art. 22 § 1 k.p., ale także ze specyfiki świadczenia pracy w sposób stacjonarny. Upowszechnienie pracy zdalnej, zwłaszcza po pandemii COVID-19, doprowadziło do ukazania wyraźnie jak wiele rodzajów pracy można wykonywać pod kierownictwem osób nie znajdujących się w tym samym pomieszczeniu, budynku, mieście, a nawet kraju¹²¹³. Cecha wskazywania miejsca pracy przez pracodawcę może mieć zatem istotne znaczenie podczas ustalania pracodawcy rzeczywistego w przypadkach outsourcingu usług realizowanych stacjonarnie. Nie ulega bowiem wątpliwości, że „praca u usługobiorcy” prowadzi, za sprawą fizycznego przebywania pracownika w zakładzie pracy innego podmiotu, nasilenie koordynacji realizacji zadań przez ten podmiot rośnie, a wraz z nim ryzyko uznania go za rzeczywistego pracodawcę pracownika. W przypadku długotrwałego oddelegowania pracownika do świadczenia usług w sposób ciągły w zakładzie usługobiorcy, znaczenie tej okoliczności dla ustalenia statusu rzeczywistego pracodawcy ma istotne znaczenie. Jak słusznie bowiem uznał SN w wyroku z 24.04.2018 r. *nie można aprobować praktyki dorozumianego "stałego oddelegowania" do innego podmiotu*¹²¹⁴. W przypadku pracy świadczonej zdalnie, waga opisywanej cechy zdecydowanie maleje.

Zagadnieniem istotnym z perspektywy prowadzonych tu rozważań jest także kwestia przekazania usługobiorcy uprawnień do wyznaczania „dalszych” miejsc pracy (np.

¹²¹² Zob. A. Kijowski, *Oddanie pracownika...*, s. 19-26.

¹²¹³ Zob. E. Mattarelli, M.R. Tagliaventi, *Changing work...*, s. 268.

¹²¹⁴ Wyrok SN z 24.04.2018 r., I UK 91/17, LEX nr 2552671.

u swoich klientów) oddelegowanym do pracy w jego zakładzie pracownikom. Trudno wyobrazić sobie w praktyce sytuację całkowitego wyizolowania tego uprawnienia od realizacji innych uprawnień kierowniczych przez usługobiorcę. Na kanwie prowadzonych tu rozważań należałoby do uprawnienia do określania miejsca pracy przez usługobiorcę odnieść wymóg pośredniego charakteru tego rodzaju uprawnień¹²¹⁵. Istotnym ograniczeniem w tym przypadku byłoby miejsce pracy wskazane w umowie łączącej pracownika z usługodawcą. Wyznaczanie pracownikowi miejsc wykonywania pracy poza miejscem pracy wskazanym w umowie o pracę połączone z podporządkowaniem się tym wskazaniom przez pracownika i biernością usługodawcy stanowi okoliczność przemawiającą za uznaniem usługobiorcy za rzeczywistego pracodawcę.

Analogiczny pogląd sformułować należy w odniesieniu do określania przez usługobiorcę godzin pracy pracownika. Wymóg zintegrowania faktycznego wykonywania zadań w ramach outsourcingu usług z działalnością usługobiorcy wymaga niekiedy odrębnego ukształtowania czasu pracy pracowników usługodawcy. Ma to szczególne znaczenie w przypadku offshoringu, w którym nierzadko godziny pracy pracowników usługodawcy dostosowywane są do godzin pracy zakładu usługobiorcy przy uwzględnieniu różnic czasowych. Samo dopasowanie czasu pracy do potrzeb klienta stanowi działanie racjonalne gospodarczo, podejmowane w ramach uczciwej konkurencji, trudno zatem jedynie na podstawie tej okoliczności doszukiwać się stosunku pracy pomiędzy pracownikiem usługodawcy a klientem. Zaprezentowana argumentacja nie znajduje jednak w pełni potwierdzenia w orzecznictwie SN. W wyroku z dnia 5 listopada 1998 r.¹²¹⁶ Sąd Najwyższy wyraził pogląd, zgodnie z którym dopasowanie godzin świadczenia usług do godzin funkcjonowania zakładu nie uchyla podporządkowania pracowników w sferze rozkładu czy wręcz normy tygodniowego czasu pracy. W świetle tego poglądu, nawet jeśli godziny świadczenia usług powiązane są funkcjonalnie ze stałymi potrzebami usługobiorcy np. godzin otwarcia zakładu, to i tak świadczą o nasileniu cechy stosunku pracy w relacji pracownik-usługobiorca.

Skoro już ten poziom uznawany jest za istotny w świetle stosowania metody typologicznej, to należy stwierdzić, iż faktyczne wskazywanie czasu pracy przez usługobiorcę może przybierać w niektórych przypadkach outsourcingu usług znacznie

¹²¹⁵ Zob. W. Sanetra, *Komentarz do art. 22 k.p.* [w:] *Kodeks pracy. Komentarz*, red. J. Iwulski, wyd. III, Warszawa 2013, LEX.

¹²¹⁶ I PKN 415/98, LEX nr 38488.

silniejsze nasilenie. Może to wynikać ze specyfiki pracy wykonywanej faktycznie na rzecz usługobiorcy. Warto bowiem podkreślić, że zadania realizowane w ramach outsourcingu usług cechuje ciągłość. Przy niektórych typach outsourcingu usług ma ona kluczowe znaczenie w zakresie zarządzania ryzykiem, stąd, jak wspomniano już powyżej, powszechną praktyką jest wprowadzanie do umów outsourcingowych tzw. SLA (ang. Service Level Agreement), tj. porozumień, w których określona jest jakość usług, a także czas reakcji na zgłoszenie klienta. W przypadku usług z zakresu IT spełnienie tych wymagań może wymagać elastycznego dopasowania się pracownika bezpośrednio do potrzeb usługobiorcy, często w bardzo ograniczonym czasie reakcji, co może skutkować pominięciem elementu wskazania czasu pracy przez usługodawcę i bezpośredniej odpowiedzi pracownika na zgłoszoną przez usługobiorcę doraźną potrzebę. W praktyce bowiem tego typu sytuacje wymagają nierzadko natychmiastowego działania. Świadczenie pracy w godzinach czy dniach ustalonych bezpośrednio z usługobiorcą nasila zatem natężenie w relacji pomiędzy tymi podmiotami opisywanej cechy stosunku pracy. Najwięcej problemów, zagadnienie czasu pracy rodzi w odniesieniu od samodzielnych pracowników, świadczących pracę w elastycznych godzinach dopasowywanych na bieżąco do potrzeb usługobiorcy.

Uprawnienie usługobiorcy do wyznaczania czasu pracy także powinno mieć charakter pośredni. Zwłaszcza w przypadku samodzielnych pracowników trudno wykluczyć sytuacje związane z pracą w godzinach nadliczbowych spowodowaną szczególnymi potrzebami usługobiorcy, czy też konieczność dostosowywania planów urlopowych do jego działalności. Pośredni charakter uprawnienia usługobiorcy przejawia się jednak w respektowaniu przez usługobiorcę i pracownika ograniczeń wynikających z aktów wewnętrznych zakładowych usługodawcy tj. w szczególności z regulaminu pracy oraz co najmniej informowaniu usługodawcy o czynionych ustaleniach.

W odniesieniu do czasu pracy w outsourcingu usług ważny jest jeszcze jeden wątek związany z zagadnieniem przeplatania się faz konsumpcji i produkcji usług. Gdy pracownik pełni funkcję pomocnika w świadczeniu usług na rzecz jednego tylko usługobiorcy, to nie zawsze całość jego czasu pracy poświęcona będzie na faktyczną realizację zadań na jego rzecz. Nie w każdym momencie faza produkcji będzie się bowiem pokrywać z fazą produkcji usługi. Ponadto, istnieje także czas poświęcany przez pracownika na działania organizacyjne prowadzone wewnątrz zakładu pracy pracodawcy np. spotkania organizacyjne, podsumowanie postępów w realizacji poszczególnych

zadań etc. Nawet zatem w sytuacji świadczenia usług na rzecz jednego klienta samo poświęcanie mu znacznej ilości czasu pracy nie przemawia jeszcze za twierdzeniem, iż w relacji pomiędzy tymi podmiotami występuje silne nasilenie cechy stosunku pracy. Dopiero, jeśli towarzyszy jej spełnienie innych cech można rozważać, czy usługobiorcy nie należy przypisać statusu rzeczywistego pracodawcy.

1.3. Odpłatność

Odpłatność stanowi cechę stosunku pracy, która nie występuje bezpośrednio w relacji pomiędzy usługobiorcą a pracownikiem. W orzecznictwie Sądu Najwyższego za ugruntowany należy jednak uznać pogląd, zgodnie z którym o *tym, czy strony istotnie w stosunku pracy pozostawały (...) nie decyduje samo formalne zawarcie umowy o pracę, wypłata wynagrodzenia (...), ale faktyczne i rzeczywiste realizowanie elementów charakterystycznych dla stosunku pracy, wynikających z art. 22 § 1 k.p.*¹²¹⁷. Pomimo że samoistne występowanie tej cechy w relacji usługobiorca-pracownik nie przesądza o istnieniu stosunku pracy pomiędzy tymi podmiotami, to porównując natężenie cech stosunku pracy w relacjach pracownik-usługodawca oraz pracownik-usługobiorca należy wziąć ją pod uwagę.

Branie pod uwagę tej okoliczności przy ustaleniu statusu rzeczywistego pracodawcy ma jednak także swoją ciemną stronę. Outsourcing usług stał się dla części przedsiębiorców metodą ucieczki od statusu pracodawcy, bezpieczniejszą aniżeli bezpośrednio zatrudnianie osób wykonujących pracę w warunkach charakterystycznych dla art. 22 § 1 k.p. Korzystanie z niego daje szersze pole do nadużyć, ponieważ różni się od bilateralnej relacji usługobiorca-osoba zatrudniona w oparciu o umowę cywilnoprawną właśnie kwestią braku występowania w tej relacji cechy stosunku pracy, jaką jest odpłatność. Powoduje to, iż, łączne nasilenie cech stosunku pracy oceniane w oparciu o metodę typologiczną pomiędzy usługobiorcą a pracownikiem jest słabsze, aniżeli w przypadku osoby faktycznie wykonującej pracę na rzecz usługobiorcy/zleceniodawcy na podstawie bilateralnej relacji opartej na umowie cywilnoprawnej. Cesze odpłatności przyznaje się w toku stosowania metody typologicznej wysoką wagę. Stosunek pracy należy bowiem ze swojej istoty do kategorii

¹²¹⁷ Wyrok SN z 24.02.2021 r., III USKP 30/21, LEX nr 3123192; zob. także m.in. wyrok SN z 3.06.2008 r., I PK 311/07, LEX nr 494044; wyrok SN z 1.02.2000 r., I PKN 494/99, LEX nr 47448.

zobowiązań wzajemnych¹²¹⁸, polegających na tym, iż świadczenie jednej ze stron stanowi ekwiwalent świadczenia drugiej. Brak odpłatności w relacji pomiędzy pracownikiem a usługobiorcą narusza zatem istotnie ten układ.

Z aprobatą odnieść się zatem należy do linii orzeczniczej Sądu Najwyższego, zgodnie z którą brak przesłanki odpłatności w relacji pracownik – usługobiorca nie wyklucza możliwości ustalenia istnienia stosunku pracy pomiędzy tymi podmiotami. Przyjęcie poglądu przeciwnego, otwierałoby bowiem drogę do licznych naruszeń reżimu ochronnego prawa pracy przy użyciu narzędzia, jakim jest outsourcing usług, a w szczególności outsourcingu pracowniczego.

1.4. Osobisty charakter świadczenia

Wymóg osobistego świadczenia pracy wyprowadzany jest z posłużenia się przez prawodawcę w art. 22 § 1 k.p. zwrotem „pracownik zobowiązuje się”. W orzecznictwie przyjmuje się, iż *wymóg osobistego świadczenia pracy jest uznawany za jeden z konstytutywnych elementów stosunku pracy¹²¹⁹. Element ten ma istotne znaczenie przy charakterystyce strony podmiotowej, przemawia bowiem na rzecz ścisłego powiązania stosunku pracy z konkretną osobą i jej osobistymi przymiotami, na przykład kwalifikacjami, sumiennością, starannością, osiągnięciem odpowiedniego wieku itp.¹²²⁰ Brak bezwzględnego obowiązku osobistego świadczenia pracy wyklucza możliwość zakwalifikowania stosunku prawnego jako umowy o pracę¹²²¹. Osobisty charakter świadczenia pracy polega zaś na tym, że w ramach stosunku pracy pracownik zobowiązuje się do osobistego wykonywania czynności objętych umówionym rodzajem pracy i nie może powierzyć ich realizacji osobom trzecim. Można w związku z tym stwierdzić, że stosunek ten opiera się na zasadzie szczególnego zaufania między stronami, co z kolei prowadzi do wniosku, że do jego powstania konieczne jest osobiste zawarcie umowy¹²²². W doktrynie mówi się wręcz o „ściśle” osobistym charakterze świadczenia pracownika oraz o osobistym charakterze świadczenia „żywej” pracy¹²²³.*

¹²¹⁸ Zob. M. Tomaszewska [w:] *Kodeks pracy. Komentarz. Tom I. Art. 1-93*, red. K. W. Baran, Warszawa 2022, art. 22, LEX.

¹²¹⁹ Wyrok SN z 23.01.2020 r., II PK 228/18, LEX nr 3107045, zob. również wyrok SN z 22.12.1998 r., I PKN 517/98, LEX nr 35614.

¹²²⁰ Wyrok SN z 23.01.2020 r., II PK 228/18, LEX nr 3107045.

¹²²¹ Wyrok SN z 28.10.1998 r., I PKN 416/98, LEX nr 35429.

¹²²² Wyrok SN z 22.12.1998 r., I PKN 517/98, LEX nr 35614.

¹²²³ Zob. T. Liszcz, *Prawo pracy*, wyd. 14, Warszawa 2020, s. 117-118.

Pracownik wypożycza w ramach zawartej umowy o pracę swoje własne, a nie cudze, kompetencje, takie jak wiedza, umiejętności a nawet postawy¹²²⁴, czyli tzw. kompetencje behawioralne. Co do zasady, poprzez zastosowanie outsourcingu usług w miejsce zatrudniania pracowników własnych, zmienia się podstawa prawna faktycznego świadczenia pracy na rzecz usługobiorcy - z pracy wykonywanej przez pracowników we własnym imieniu na usługę wykonywaną w imieniu usługodawcy¹²²⁵. Nie zawsze jednak to, co zapisane w umowie, znajduje odzwierciedlenie w rzeczywistości. W praktyce, na kanwie wymogu osobistego świadczenia pracy najwyraźniej dostrzec można zastosowanie w odniesieniu do outsourcingu usług koncepcji faktycznego stosunku pracy, którą trafnie scharakteryzowano w wyroku SN z dnia 5 listopada 1998 r.¹²²⁶: *chodzi tu z jednej strony o etap układania treści przyszelego stosunku zobowiązaniowego, a więc zawierania umowy nazywanej umową zlecenia, a z drugiej o fazę realizacji danego zobowiązania. W praktyce społeczno-gospodarczej często bowiem bywa tak, że umowa zostaje zawarta w pisemnej formie, odpowiadającej podręcznikowym wzorcom umowy typu zlecenie (...), natomiast realizacja kreowanego przez nią zobowiązania dokonuje się w sposób znamionujący stosunki pracy. W takiej ewentualnie sytuacji, która ma dla kwalifikacji prawnej zobowiązania rozstrzygające znaczenie, trudno wobec świadczącego pracę powoływać się na jego zamiar zawarcia umowy typu zlecenie, skoro podmiot zatrudniający przekształcił ją - także za dorozumianą zgodą zleceniobiorcy - w zatrudnienie pracownicze. Umowa outsourcingu usług, która co do zasady zmierza do wykluczenia osobistego charakteru świadczenia, może zatem przekształcić się w umowę o pracę zawartą *per facta concludentia* pomiędzy pracownikiem a usługobiorcą. Osobisty charakter pracy faktycznie świadczonej przez pracownika w toku outsourcingu usług, nazwany przez M. Freedlanda „więzią pracy osobistej”, stanowi warunek *sine qua non* ustalenia, iż usługobiorca jest rzeczywistym pracodawcą pracownika. Obracając jednak sytuację, samo osobiste świadczenie pracy, choćby długotrwale, przy zachowaniu pośredniego charakteru kierownictwa usługobiorcy nie uzasadnia jeszcze, moim zdaniem, przypisywania temu podmiotowi statusu pracodawcy.*

¹²²⁴ Zob. cytowany już A. Springer, *Problemy definiowania i klasyfikowania kompetencji pracowników*, „Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Bankowej w Poznaniu” 2011/34, s. 251, www.man.poznan.pl (dostęp: 22.02.2023 r.).

¹²²⁵ Wyjątkiem jest sytuacja, gdy strony w umowie outsourcingu zawrą wymóg osobistego świadczenia usług przez określone osoby.

¹²²⁶ Wyrok SN z 5.11.1998 r., I PKN 415/98, LEX nr 38488.

1.5. Ryzyko pracodawcy

Jak podnosi się w doktrynie, nierównomierne obciążenie stron stosunku pracy konsekwencjami zakłóceń, występujących w trakcie jego realizacji, stanowi niewątpliwie charakterystyczną cechę zatrudnienia pracowniczego, odróżniającą je od zobowiązań prawa cywilnego¹²²⁷. W doktrynie wyodrębnia się kilka rodzajów ryzyka pracodawcy:

- ryzyko ekonomiczne, związane z niepewnością osiągnięcia celu gospodarczego, danego przedsięwzięcia, do realizacji którego zatrudniono pracowników;
- ryzyko techniczne, związane z ponoszeniem przez pracodawcę ekonomicznych skutków zakłóceń o charakterze techniczno-organizacyjnym (przestojów), podczas których pracownik zachowuje, pod pewnymi warunkami, prawo do wynagrodzenia,
- ryzyko osobowe, polegające na tym, że osoby zatrudnione mogą nie posiadać określonych umiejętności potrzebnych do wykonywania pracy i w konsekwencji nie być przydatne do realizacji zamierzonego przedsięwzięcia, a także na tym, że pracodawca ponosi ujemne konsekwencje niezawinionych błędów popełnianych przez pracownika;
- ryzyko socjalne, polegające a ponoszeniu określonych ciężarów socjalnych związanych z zatrudnieniem¹²²⁸.

Jak słusznie zauważa Ł. Pisarczyk, outsourcing umożliwia skorzystanie z usługi zewnętrznego podmiotu dla realizacji zadań, które tradycyjnie realizowane byłyby wewnątrz przedsiębiorstwa przez pracowników własnych owego przedsiębiorstwa¹²²⁹. Co za tym idzie, wykorzystywany bywa jako metoda ograniczenia ryzyka towarzyszącego stosunkom pracy, stanowiąc konstrukcję zatrudnienia za pośrednictwem innego podmiotu, który przejmuje całość lub część obciążeń właściwych zatrudnieniu

¹²²⁷ Ł. Pisarczyk, *Ryzyko pracodawcy*, Warszawa 2008, s. 359 oraz powołana tam literatura.

¹²²⁸ Zob. W. Szubert, *Zarys prawa...*, s. 91-93; T. Liszcz, *Prawo pracy...*, s. 117; M. Lewandowicz-Machnikowska [w:] *Prawo pracy i ubezpieczeń społecznych*, red. K.W. Baran, wyd. 3, Warszawa 2019, s. 182-183; Ł. Pisarczyk, *Ryzyko pracodawcy...*, s. 28-29, a także wyrok SN z 23.01.2020 r., II PK 228/18, LEX nr 3107045.

¹²²⁹ Zob. Ł. Pisarczyk, *Praca tymczasowa...* LEX; zob. także Ł. Pisarczyk, *Ryzyko pracodawcy...*, s. 88-89.

pracowniczemu¹²³⁰. W przypadku outsourcingu usług ryzyko pracodawcy, co do zasady, spoczywa na usługodawcy.

Ryzyko pracodawcy wpisuje się bowiem w konstrukcję normatywną stosunku pracy. Pracodawca wynajmuje kompetencje pracowników dla realizacji swoich celów gospodarczych, kieruje procesem świadczenia przez nich pracy, a także uzyskuje w jego efekcie bezpośrednie korzyści. Wynagrodzenie pracowników pozostaje natomiast co do zasady ukształtowane na poziomie poniżej wartości ekonomicznej świadczenia¹²³¹. By zrównoważyć uprzywilejowanie pracodawcy względem pracownika wynikające z tych elementów i zrealizować funkcję ochronną prawa pracy, podmiot ten obciążono szerszym zakresem ryzyka, aniżeli podmioty stosunków cywilnoprawnych. Ukształtowanie ryzyka w ten sposób wpisuje się w ochronę godności osoby ludzkiej, oznaczającą przede wszystkim pierwszeństwo aspektu personalnego, przed aspektem majątkowym oraz techniczno-organizacyjnym, w życiu społecznym i gospodarczym¹²³².

Stosowanie outsourcingu usług jako narzędzia transferu ryzyka przez podmioty o silnej pozycji gospodarczej na podmioty słabsze, działające w ramach silnej konkurencji doprowadza do osłabienia ochrony pracowników. Zjawisko „pękania zakładów pracy” ma swoje uzasadnienie ekonomiczne i stanowi niewątpliwie trend, którego nie sposób zatrzymać. Z perspektywy prawa pracy można uznać je za działanie wbrew duchowi prawa, nawet jeśli legalne z technicznego punktu widzenia¹²³³. Oddziela bowiem głównego beneficjenta pracy pracownika od podmiotu, który ponosi ryzyko pracodawcy, co prowadzi do sytuacji, w której nawet praca nawet najlepszej jakości nie gwarantuje pracownikowi większej stabilności zatrudnienia czy lepszych warunków pracy. Większość korzyści z jego pracy nie pozostaje bowiem w rękach pracodawcy lecz trafia do podmiotu korzystającego z outsourcingu usług, co przekłada się na sytuację materialną pracodawcy.

Zagadnienie wprowadzenia skuteczniejszej ochrony osób wykonujących pracę w ramach outsourcingu usług pozostaje wyzwaniem dla dalszego rozwoju prawa pracy. *De lege lata*, uważam że branie pod uwagę cechy ryzyka przy ustalaniu statusu pracodawcy rzeczywistego prowadzi zatem do osłabienia ochrony osób faktycznie wykonujących pracę w jego ramach. Z tego powodu postuluję, aby cechy stosunku

¹²³⁰ Zob. Ł. Pisarczyk, *Praca tymczasowa...* LEX; zob. także Ł. Pisarczyk, *Ryzyko pracodawcy...*, s. 88-89.

¹²³¹ Zob. M. Seweryński, *Wynagrodzenie za pracę: pojęcie, regulacja i ustalenie*, Warszawa 1981, s. 119.

¹²³² Zob. Ł. Pisarczyk, *Ryzyko pracodawcy...*, s. 99-101.

¹²³³ Zob. J. Urry, *Offshoring...*, s. 18.

pracy, jaką jest ponoszenie ryzyka przez pracodawcę nie uwzględniać przy ustalaniu pracodawcy rzeczywistego w outsourcingu usług. Ponoszenie ryzyka stanowi moim zdaniem, nie przyczynę, a konsekwencję ukształtowania faktycznej relacji pomiędzy podmiotami w sposób charakterystyczny dla stosunku pracy. Jest zatem czymś czego podmiot ukrywający rzeczywisty stosunek pracy łączący go z pracownikiem pod pozorem outsourcingu usług próbuje uniknąć. Nie można więc traktować go równocześnie jako argumentu świadczącego przeciwko ustaleniu istnienia stosunku pracy pomiędzy rzeczywistym pracodawcą a pracownikiem. Zaproponowana wykładania pozostaje także w zgodzie z literalnym brzmieniem art. 22 § 1 k.p., w którym nie wyrażono wprost cechy ponoszenia ryzyka przez pracodawcę.

1.6. Ciągłość pracy

Jak podnosi się w doktrynie prawa pracy, *ciągły charakter zobowiązania pracownika przejawia się w tym, iż zobowiązanie ciężące na nim nie gaśnie wskutek jednorazowego aktu wykonania, lecz trwa z reguły przez dłuższy czas, w ciągu którego pracownik powinien pełnić funkcje związane z umówionym rodzajem pracy, uzyskując w zamian okresowo prawo do wynagrodzenia*¹²³⁴. Praca wykonywana w sposób ciągły oznacza pracę rozumianą czynnościowo, czyli powtarzalną w codziennych lub dłuższych odstępach czasu¹²³⁵. *Nie odbiera to jednak świadczeniu pracownika charakteru ciągłego, (...) gdy realizowane jest w rzadszych nawrotach czasu, a nie codziennie, lub gdy nie angażuje całkowicie danego pracownika (np. przy zatrudnieniu na część etatu)*¹²³⁶.

Stosunek pracy ma charakter trwałej więzi łączącej pracownika z pracodawcą¹²³⁷. Posiada zatem zbliżony charakter do zobowiązań cywilnoprawnych także charakteryzujących się tą cechą. Najwięcej wątpliwości pojawia się w przypadku konieczności odróżnienia umowy pracy od odpłatnych, wykonywanych osobiście i stale, umów o świadczenie usług¹²³⁸.

Trwałą więź pomiędzy kontrahentami tworzy także umowa outsourcingu. Znajduje to odzwierciedlenie w wielu definicjach outsourcingu. J.C. Linder uważa, że termin ów oznacza trwał kupowanie od zewnętrznych przedsiębiorstw usług, które (...) większość

¹²³⁴ W. Szubert, *Zarys prawa...*, s. 89.

¹²³⁵ Zob. G. Goździewicz, T. Zieliński [w:] *Kodeks pracy...*, LEX, art. 22 k.p.

¹²³⁶ W. Szubert, *Zarys prawa...*, s. 89.

¹²³⁷ Zob. wyrok SN z 14.12.1999 r., I PKN 451/99, LEX nr 46851.

¹²³⁸ Zob. K. Topolewski, *Przedmiot zobowiązania...*

organizacji normalnie realizuje dla siebie samodzielnie¹²³⁹. T. Kopczyński ujmuje outsourcing jako *wydzielenie ze struktury organizacyjnej lub przekazanie na podstawie długookresowej umowy kontraktowej określonych funkcji i odpowiedzialności zarządczej do dyspozycji zewnętrznej jednostki organizacyjnej oraz nawiązanie z nią partnerskich relacji w celu podniesienia efektywności funkcjonowania przedsiębiorstwa*¹²⁴⁰. W doktrynie prawa pracy na cechę ciągłości świadczenia usług w ramach outsourcingu zwraca uwagę Ł. Pisarczyk¹²⁴¹.

Ciągłość współpracy kontrahentów niekoniecznie oznacza ciągłość faktycznego świadczenia pracy na rzecz usługobiorcy przez określonego pracownika usługobiorcy. O ile w przypadku outsourcingu pracowniczego polegającego na oddaniu usługobiorcy do dyspozycji pracowników usługodawcy mniej prawdopodobne jest rotowanie pracowników przez usługodawcę ze względu na konieczność ich wdrożenia do pracy u usługobiorcy, analogicznie jak w przypadku nowych pracowników własnych, o tyle w przypadku outsourcingu usług rotowanie pracowników pomiędzy klientami może zaistnieć. Badanie cechy ciągłości faktycznego wykonywania pracy na rzecz usługobiorcy przeprowadzać trzeba indywidualnie dla każdego pracownika.

Przesłanka ciągłości faktycznego wykonywania pracy ma istotne znaczenie w procesie ustalania rzeczywistego pracodawcy w outsourcingu usług i ogranicza możliwość uznania usługobiorcy za rzeczywistego pracodawcę w dwojaki sposób. Po pierwsze, jeśli pracownik usługodawcy faktycznie wykonuje pracę na rzecz wielu usługobiorców, wówczas maleje natężenie cechy ciągłości w relacji z każdym z nich, a w konsekwencji maleje także prawdopodobieństwo ustalenia, że któryś z tych podmiotów jest jego rzeczywistym pracodawcą. W praktyce ustalenie istnienia stosunku pracy może nastąpić gdy pracownik niemal wszystkie swoje zadania wykonuje na rzecz jednego usługobiorcy. Po drugie, jeśli cecha ciągłości ma się pojawić w faktycznym świadczeniu pracy przez pracownika na rzecz określonego podmiotu, to istnienie stosunku pracy w drodze postępowania sądowego można ustalić jedynie ze skutkiem *ex tunc*. Ciągłość powiązana jest bowiem z czasem trwania faktycznej relacji pomiędzy podmiotami charakteryzującej się innymi cechami opisanymi powyżej. Nie jest wykluczone także, iż relacja faktyczna,

¹²³⁹ J.C. Linder, *Transformational...*, s. 3.

¹²⁴⁰ Choć moim zdaniem pojęcie „funkcji” powinno być rozumiane szerzej, jednak na potrzeby prowadzonych w niniejszej rozprawie rozważań relacja pomiędzy tymi pojęciami nie stanowi kluczowego problemu.

¹²⁴¹ Zob. Ł. Pisarczyk, *Różne formy zatrudnienia*, Warszawa 2003, s.123.

która mieściła się początkowo w kategoriach wykonywania przez pracownika usługi w imieniu usługodawcy, przekształca się z czasem w stosunek pracy¹²⁴².

Aby ustalić który z podmiotów zaangażowany we współpracę w ramach outsourcingu usług jest rzeczywistym pracodawcą pracownika porównać należy faktyczne natężenie cech stosunku pracy w relacji usługodawca-pracownik oraz usługobiorca-pracownik. Pierwszoplanowe znaczenie przyznać należy cechom: kierownictwa, osobistego oraz ciągłego świadczenia pracy. Najważniejsze z nich jest kierownictwo. Za dopuszczalny uznaję podział uprawnień kierowniczych pomiędzy usługodawcę i usługobiorcę, z tym jednak zastrzeżeniem, iż uprawnienia kierownicze usługobiorcy muszą mieć węższy zakres, a także charakter pośredni. Drugoplanowe znaczenie ma natomiast to, który podmiot wskazuje miejsce pracy i określa czas pracy, a także wypłaca wynagrodzenie. Nie oznacza to jednak, iż w niektórych przypadkach cechy te nie okażą się decydujące. W toku porównania należy natomiast całkowicie pominąć fakt, iż to usługobiorca ponosi ryzyko pracodawcy, gdyż jest to normatywna konsekwencja występowania w faktycznej relacji pomiędzy podmiotami cech stosunku pracy.

W odniesieniu do outsourcingu pracowniczego, należy stwierdzić, że przeprowadzone powyżej rozważania przemawiają za poglądem, iż co do zasady, rzeczywistym pracodawcą pracownika w ramach tego rodzaju współpracy jest usługobiorca¹²⁴³. Samo „oddanie pracownika do dyspozycji” świadczy o pojawieniu się w relacji usługobiorca – pracownik nie tylko kierownictwa, ale także istotnego natężenia innych cech, takich jak osobisty charakter faktycznie wykonywanej pracy, czy wskazywanie czasu pracy. O ile w przypadku outsourcingu usług należy przyjąć, że wskazanie usługodawcy jako rzeczywistego pracodawcy znajdzie zastosowanie do wąskiej grupy przypadków, o tyle w przypadku outsourcingu pracowniczego, proporcja ta ulega odwróceniu. Jedynie w wyjątkowych przypadkach zdarzyć się może, że usługobiorca nie zostanie uznany za rzeczywistego pracodawcę pracownika.

W przypadku outsourcingu usług wydaje się, iż decydujące znaczenie ma spełnienie trzech cech wskazanych jako pierwszoplanowe: kierownictwa, osobistego oraz ciągłego świadczenia pracy. Oczywiście w przypadku ich wysokiego natężenia zazwyczaj

¹²⁴² w odniesieniu do możliwości przekształcenia relacji innego typu w stosunek pracy zob. wyrok SN z 6.03.1997 r., II UKN 26/97, LEX nr 30706.

¹²⁴³ Zob. postanowienie SN z 18.12.2019 r., I UK 31/19, LEX nr 2779491; M. Raczkowski, *Outsourcing pracowniczy...*, s. 366.

pojawia się także natężenie cechy wskazania miejsca i czasu pracy, której, pomimo zmiany brzmienia art. 22 § 1 k.p., nie można rozpatrywać w całkowitym oderwaniu od cechy kierownictwa. Na podstawie przeprowadzonych rozważań można wyodrębnić katalog faktycznych okoliczności, towarzyszących współpracy w ramach outsourcingu usług charakteryzujących przypadki współpracy budzące wątpliwości w odniesieniu do tego czy usługobiorca nie powinien zostać uznany za pracodawcę rzeczywistego. Tworzą go następujące okoliczności:

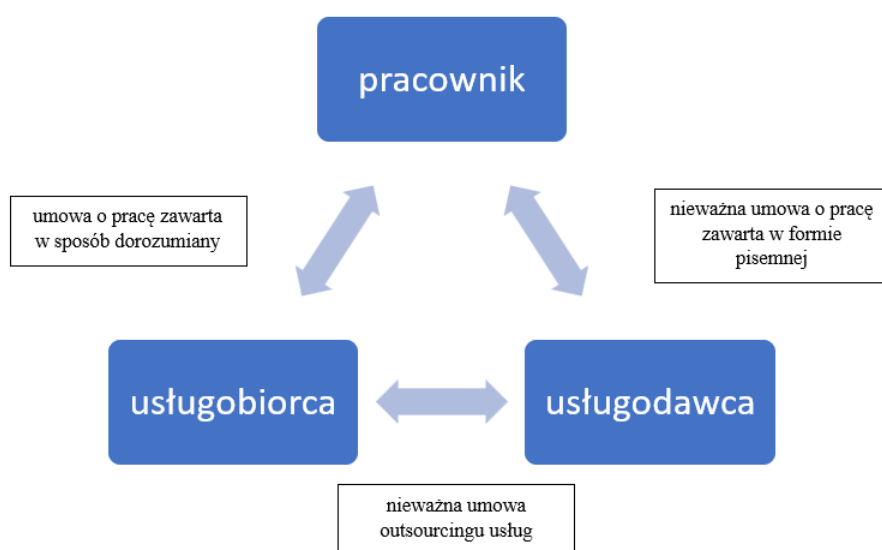
- pracownik cały swój czas pracy lub zdecydowaną jego większość poświęca faktycznemu wykonywaniu pracy na rzecz jednego usługobiorcy;
- praca pracownika nie wymaga skoooperowania z pracą wykonywaną przez innych pracowników usługodawcy wykonywaną na rzecz jednego usługobiorcy (usługa nie jest wynikiem pracy zespołowej);
- pracownik często czyni ustalenia co do organizacji i sposobu wykonania swoich zadań bezpośrednio z usługobiorcą i stosuje się do nich;
- pracownik wykonuje pracę w siedzibie usługobiorcy,
- pracownik elastycznie dostosowuje swój czas pracy do potrzeb usługobiorcy.

Powyższy katalog pozostaje otwarty. Rozważania zawarte w niniejszej rozprawie, jak zaznaczono we wstępie, prowadzone są bowiem w oparciu o zasadę idealizacji nauki, w którą wpisane jest dokonywanie licznych uproszczeń w opisie otaczającej nas rzeczywistości. Ma to na celu wyłonienie pewnych kategorii ogólnych, charakterystycznych dla opisywanego zjawiska. O ustaleniu czy usługobiorcę można uznać za pracodawcę rzeczywistego musi zatem zawsze decydować ostatecznie unikalny zestaw okoliczności występujących na gruncie danego stanu faktycznego.

Badanie typologiczne może dać dwojaki wynik. Jeżeli nasilenie cech stosunku pracy okaże się silniejsze w relacji pracownik – usługodawca, wówczas potwierdzony zostaje jego status jako pracodawcy. Jeżeli nasilenie cech stosunku pracy przeważy natomiast w relacji pracownik-usługobiorca, to owemu podmiotowi przypisany zostanie status rzeczywistego pracodawcy, pomimo zawarcia umowy o pracę pomiędzy pracownikiem a usługodawcą oraz umowy outsourcingu usług pomiędzy usługodawcą a usługobiorcą.

2. Skutki ustalenia statusu rzeczywistego pracodawcy dla ważności czynności prawnych wskazujących inny podmiot jako pracodawcę

Konsekwencją nawiązania stosunku pracy bezpośrednio pomiędzy pracownikiem a usługobiorcą jest konieczność rozważenia ważności umów, konstytuujących dwa pozostałe boki trójkąta w trójpodmiotowym modelu współpracy w ramach outsourcingu usług, co ilustruje poniższa grafika:



Źródło: opracowanie własne

Zawarcie z pracownikiem umowy o pracę w sposób dorozumiany następuje z chwilą dopuszczenia pracownika przez usługobiorcę do pracy na warunkach określonych w art. 22 k.p. Może to nastąpić wraz z rozpoczęciem współpracy podmiotów, ale również w jej trakcie. Dostrzec bowiem należy także kategorię sytuacji, w których relacja usługobiorca-pracownik początkowo mieści się w reżimie prawa cywilnego, a następnie, wskutek nasilenia cech stosunku pracy, wychodzi poza jego granice, wkraczając w reżim prawa pracy. Ustalenie, że usługobiorca jest rzeczywistym pracodawcą pracownika prowadzi do pytania o ważność pozostałych czynności prawnych dokonanych w toku outsourcingu usług w formie pisemnej, w treści których za pracodawcę uznano usługodawcę.

2.1. Ważność umowy o pracę zawartej przez pracownika z usługodawcą

Rozważania na temat ważności umowy o pracę zawartej przez pracownika z usługodawcą w formie pisemnej rozpocząć należy od dość oczywistego stwierdzenia, że praca faktycznie wykonywana przez pracownika podczas współpracy w ramach outsourcingu usług nie powinna być równocześnie zakwalifikowana jako praca wykonywana na rzecz usługobiorcy, stanowiąca realizację umowy o pracę zawartej w sposób dorozumiany oraz jako praca wykonywana na rzecz usługodawcy w oparciu o umowę o pracę zawartą w formie pisemnej. Pracownik nie może bowiem, nawet w przypadku wskazania niewłaściwego podmiotu jako pracodawcy, domagać się „podwójnego” wynagrodzenia za wykonywaną pracę¹²⁴⁴.

Niewątpliwie, w chwili nawiązania stosunku pracy pomiędzy pracownikiem a usługobiorcą stosunek pracy łączący go z usługodawcą traci swój byt. Istnieje także możliwość, że stosunek ten nigdy nie powstał. Dzieje się tak, gdy dniem rozpoczęcia pracy wskazanym w umowie o pracę z usługodawcą będzie ten sam dzień, w którym pracownik zostaje dopuszczony przez usługobiorcę do pracy w warunkach zatrudnienia pracowniczego. W tym przypadku należałoby przyznać rację A. Miętek, która twierdzi, że *sprzeczne z art. 22 § 1 k.p., jak i naturą stosunku pracy będzie takie ukształtowanie łączącej strony relacji, że nie będzie w niej występować kierownictwa i odpowiadające mu podporządkowanie, co nastąpi w sytuacji, gdy pracownik będzie wykonywał pracę w ramach stosunku pracy z jednym podmiotem, pozostając pod faktycznym kierownictwem innego podmiotu*¹²⁴⁵. Konsekwencją przekroczenia wskazanych granic swobody będzie nieważność niewykonywanej umowy o pracę, zawartej z formalnym pracodawcą [usługodawcą – przyp. B.A.] (na podstawie art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 300 k.p. w zw. z art. 22 § 1 k.p.) oraz dorozumiane nawiązanie stosunku pracy pomiędzy pracownikiem a podmiotem, na rzecz którego praca jest świadczona¹²⁴⁶. Autorka dodaje, że do tożsamyh wniosków prowadzi wykładnia celowościowa art. 22 § 1 k.p. *Celem stosunku pracy jest stworzenie takiego układu zależności, w którym praca jest wykonywana na rzecz pracodawcy i to on zleca pracę, instruuje i nadzoruje pracownika, ponosi koszt wynagrodzenia, odpowiedzialność za pracę pracownika i czerpie korzyści z jego pracy*¹²⁴⁷. W opisywanym przypadku cel ten nie zostaje zrealizowany. Stosunek prawny pomiędzy pracownikiem a usługodawcą nie

¹²⁴⁴ Zob. wyrok SN z 5.11.1999 r., I PKN 337/99, LEX nr 38924.

¹²⁴⁵ A. Miętek, *Swoboda umów i jej ograniczenia przy kształtowaniu treści stosunku pracy*, Warszawa 2019, s. 258-260.

¹²⁴⁶ Ibidem.

¹²⁴⁷ Ibidem.

zawiera kluczowych cech stosunku pracy, co sprawia, iż w istocie nim nie jest. Należy przyjąć, że umowa o pracę zawarta przez pracownika w formie pisemnej z usługodawcą będzie zatem nieważna ze skutkiem *ex tunc*.

W doktrynie prawa pracy ostrożnie podchodzi się do stosowania sankcji nieważności do umowy o pracę z uwagi na możliwość pokrzywdzenia pracownika wskutek jej zastosowania¹²⁴⁸. Uzasadnienie to nie uwzględnia jednak do specyfiki sytuacji, w której za nieważny uznaje się stosunek pracy łączący pracownika z innym podmiotem niż pracodawca rzeczywisty. Przypadek ten uznać należy za jeden z dopuszczalnych wyjątków¹²⁴⁹, w odniesieniu do których dopuścić należy zastosowanie owej sankcji.

Nieco bardziej złożonym zagadnieniem jest sytuacja, gdy w trakcie trwania stosunku pracy, nawiązanego na podstawie umowy o pracę odpadną cechy konstytutywne tego stosunku. M. Raczkowski, rozważając analogiczną sytuację na gruncie ustalenia istnienia stosunku pracy w ramach grupy spółek, uznaje iż *można przyjąć, że strony konkludentnie rozwiązały stosunek pracy (...) albo że doszło do udzielenia urlopu bezpłatnego na czas pracy u innego pracodawcy (art. 174¹ k.p.)*¹²⁵⁰. Wola „oddelegowania” nie daje się bowiem zrealizować w ramach stosunku pracy, ale nie potwierdza z pewnością chęci jego rozwiązania¹²⁵¹. Kwalifikacja tej sytuacji jako konkludentnego udzielenia urlopu bezpłatnego w rozumieniu art. 174¹ k.p. wydaje się stanowić interpretację najbliższą oczekiwaniom stron a zarazem interpretację legalną (czego nie można powiedzieć o delegowaniu w ramach stosunku pracy)¹²⁵². Moim zdaniem, przyjęcie tej interpretacji pozostaje jednak w sprzeczności z wolą stron. Umowa outsourcingu usług, w przeciwieństwie do instytucji zawartej w art. 174¹ k.p. stanowi bowiem umowę odpłatną.

M. Gersdorf¹²⁵³ uważa, że w sytuacji odpadnięcia cech konstytutywnych stosunku pracy, bez których nie można przyjąć stosunku pracy, takich jak wykonywanie zatrudnienia na rzecz i ryzyko pracodawcy w warunkach podporządkowania jego kierownictwu stosunek ten wygasa. Przyjęcie ten poglądu rodzi jednak trudności we wskazaniu podstawy prawnej wygaśnięcia umowy. T. Liszcz staje natomiast na

¹²⁴⁸ W. Szubert, *Zarys prawa...*, s. 117.

¹²⁴⁹ Zob. *ibidem*.

¹²⁵⁰ M. Raczkowski, *Grupa spółek...*, s. 221; tenże, *Pomijanie prawnej odrębności członków holdingu w indywidualnym prawie pracy*, cz. II, PiZS 2016/9, s. 12.

¹²⁵¹ M. Raczkowski, *Grupa spółek...*, s. 221.

¹²⁵² M. Raczkowski, *Grupa spółek...*, s. 221.

¹²⁵³ M. Gersdorf [w:] *Kodeks pracy. Komentarz*, M. Gersdorf, K. Rączka, M. Raczkowski, Warszawa 2014, s. 530-531.

stanowisku, zgodnie z którym sankcją zawarcia umowy o pracę sprzecznej z właściwością (naturą) stosunku pracy jest nieważność (bądź nawet nieistnienie) tej umowy jako umowy o pracę. Jako podstawę prawną nieważności wskazuje się w doktrynie art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 300 k.p.¹²⁵⁴ Umowa taka jest bowiem sprzeczna z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 300 k.p. i z art. 22 § 1 k.p.¹²⁵⁵ Analogiczny pogląd wyraża Sąd Najwyższy w cytowanym już postanowieniu z dnia 16 lipca 2020 r.¹²⁵⁶ .

Przychyłam się do ostatniego poglądu. Uważam jednak, iż w przypadku gdy do nawiązania stosunku pracy pomiędzy pracownikiem a usługobiorcą doszło w toku współpracy w ramach outsourcingu usług, należy przyjąć, iż w pierwotnej relacji usługodawca – pracownik istniały cechy stosunku pracy. Strony zawarły ważną umowę o pracę, która stała się nieważna w chwili gdy silniejsze natężenie cech stosunku pracy pojawiło się w relacji pracownika z usługobiorcą, wówczas bowiem cech tych zabrakło w faktycznej relacji pomiędzy pracownikiem a usługodawcą. Uzasadnia to zastosowanie sankcji nieważności ze skutkiem *ex nunc* od tej chwili.

2.2. Ważność umowy outsourcingu pracowniczego

W doktrynie zaproponowano dwie alternatywne podstawy nieważności umowy outsourcingu pracowniczego. M. Raczkowski uważa, że narusza ona regułę *exceptiones non sunt extendae*, pozwalając na osiągnięcie skutków niedozwolonych w ramach stosunku pracy tymczasowej, a w konsekwencji stanowi działanie zmierzające do obejścia prawa (art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 300 k.p.)¹²⁵⁷. A. Miętek podziela pogląd M. Raczkowskiego, ale jedynie w odniesieniu do zadań i funkcji wypełniających definicję pracy tymczasowej z art. 2 u.z.p.t. Poza owym zakresem, autorka uważa, że o obejściu przepisów ustawy nie może być mowy, ponieważ efektem stosowanej konstrukcji nie jest praca tymczasowa, ale inna, nieuregulowana w przepisach konstrukcja, którą analizować należy przez pryzmat art. 353¹ k.c. w zw. z art. 300 k.p. w związku z art. 22 § 1 k.p.¹²⁵⁸ Analiza ta prowadzi autorkę do wniosku, że umowa taka będzie sprzeczna z art. 22 § 1

¹²⁵⁴ Zob. L. Kaczyński, *Zasada swobody umów w prawie pracy po nowelizacji kodeksu pracy*, PiP 1997/3, s. 20-21.

¹²⁵⁵ T. Liszcz, *Swoboda umów w prawie pracy [w:] Wolność i sprawiedliwość w zatrudnieniu. Księga pamiątkowa poświęcona Prezydentowi Rzeczypospolitej Polskiej Profesorowi Lechowi Kaczyńskiemu*, red. M. Seweryński, J. Stelina, Gdańsk 2012, s. 190.

¹²⁵⁶ III PK 163/19, LEX nr 3153460.

¹²⁵⁷ M. Raczkowski, *Outsourcing pracowniczy...*, s. 364.

¹²⁵⁸ A. Miętek, *Zatrudnienie...*, Legalis.

k.p. oraz będzie sprzeciwiać się naturze stosunku pracy na podstawie art. 353¹ k.c. w zw. z art. 300 k.p.¹²⁵⁹ Obydwa poglądy zawierają przekonującą argumentację, warto zatem odnieść się do nich w szerszym stopniu.

2.2.1. Obejście ustawy

Zakres możliwości zastosowania outsourcingu pracowniczego jest zdecydowanie szerszy, aniżeli zatrudnienia tymczasowego. W ustawie z 9 lipca 2003 r.¹²⁶⁰ zawarto bowiem zarówno przedmiotowe, jak i podmiotowe ograniczenia zatrudnienia tymczasowego. Ograniczenia podmiotowe oznaczają, iż więź pracy tymczasowej może powstać jedynie pomiędzy agencją pracy tymczasowej, pracownikiem tymczasowym oraz pracodawcą użytkownikiem. Zawęża to zastosowanie opisywanej instytucji prawnej, w szczególności w odniesieniu do katalogu podmiotów, które mogą kierować pracownikami do pracy w innym podmiocie¹²⁶¹. Zgodnie bowiem z art. 18 ust. 1 pkt 4 ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy¹²⁶² prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie świadczenia usług pracy tymczasowej - jest działalnością regulowaną w rozumieniu ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców i wymaga wpisu do rejestru podmiotów prowadzących agencje zatrudnienia. Ograniczenie przedmiotowe wynika natomiast z natury pracy tymczasowej, która zakłada limit czasowy jej świadczenia oraz charakter zadań, jakie wykonywać może pracownik tymczasowy.

W pierwotnej wersji przedmiotowa ustawa *nie zawierała zakazu „dzierżawienia” pracowników na warunkach innych niż w niej określone, tj. do pracy nie tymczasowej*¹²⁶³. Mocą nowelizacji z 7 kwietnia 2017 r.¹²⁶⁴ uległo to zmianie za sprawą wprowadzenia sankcji w przypadku naruszenia zakresu przedmiotowego objętego ustawą. Nie wprowadzono jednak sankcji wyjścia poza zakres podmiotowy zastosowania ustawy – nie zawiera ona zatem zakazu wykraczającego poza granice ustawy, odpłatnego

¹²⁵⁹ Ibidem.

¹²⁶⁰ Ustawa z 9.07.2003 r. o zatrudnianiu pracowników tymczasowych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1563).

¹²⁶¹ Zob. B. Wagner, *Jednolitość, wielopostaciowość czy ewolucja funkcji ochronnej prawa pracy – zatrudnienie typowe versus tymczasowe* [w:] *Z problematyki zatrudnienia tymczasowego*, red. A. Sobczyk, Warszawa 2011, s. 65.

¹²⁶² Ustawa z 20.04.2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz.U. z 2022 r. poz. 690 z późn. zm.).

¹²⁶³ Zob. A. Sobczyk, *Ustawa o zatrudnianiu...*, Legalis, art. 1.

¹²⁶⁴ Ustawa z 7.04.2017 r. o zmianie ustawy o zatrudnianiu pracowników tymczasowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 962).

oddawania do dyspozycji pracowników własnych przez podmioty inne aniżeli agencje zatrudnienia.

Powstaje wątpliwość czy skoro ustawodawca wprowadził do systemu prawnego instytucję zatrudnienia tymczasowego, nakładając na podmioty korzystające z niej liczne ograniczenia, to równolegle dopuszcza korzystanie z outsourcingu usług, do którego ograniczenia te nie znajdują zastosowania¹²⁶⁵. Zdaniem A. Sobczyka *jak się wydaje - intencją ustawy jest to, aby stanowiła ona wyłączne i jedynie dopuszczalne przypadki dzierżawy pracowników*¹²⁶⁶. (...) Dlatego wykładnia systemowa przemawia za tym, że dzierżawa pracowników nie tymczasowych zarówno przez agencje pracy tymczasowej, jak i inne podmioty jest niedopuszczalna¹²⁶⁷. Warto zauważyć, iż podobne stanowisko zajął także, jeszcze przed wprowadzeniem ustawy o zatrudnianiu pracowników tymczasowych, A. Kijowski. Choć autor uważał, że przeniesienie uprawnień kierowniczych na inny podmiot co do zasady nie powoduje nawiązania stosunku pracy pomiędzy tym podmiotem a pracownikiem, to wyraźnie zaznaczył, że jego poglądy nie dotyczą stałej działalności gospodarczej polegającej na wypożyczaniu pracowników, która powinna zostać uregulowana ustawowo¹²⁶⁸.

Odmienne stanowisko wyraża M. Mędrala, zdaniem której *z pewną dozą ryzyka można twierdzić, że jeżeli dane zadania nie mieszczą się w definicji pracy tymczasowej, to można skorzystać w celu ich wykonywania z pracowników zewnętrznych nie stosując tej ustawy*¹²⁶⁹. *Ustawa o zatrudnieniu tymczasowym z pewnością nie zaspokaja całkowicie potrzeb gospodarczych przedsiębiorców związanych z korzystaniem z zewnętrznej siły roboczej*¹²⁷⁰. *Nie jest dopasowana do aktualnych wymogów rynku, dlatego dynamiczna rzeczywistość gospodarczo-prawna szuka innych rozwiązań w zakresie zatrudnienia zewnętrznego*¹²⁷¹. *Alternatywą może być właśnie outsourcing pracowniczy*¹²⁷². Zbliżony pogląd uznaje za słuszny A. Patulski, podnosząc, że jedną z granic liberalizacji zatrudnienia tymczasowego może być zakaz nieuzasadnionego zastępowania pracy tymczasowej innymi formami leasingu pracowniczego¹²⁷³. *Tego typu leasing pracowniczy nie może być ukrytą formą pracy*

¹²⁶⁵ Zob. M. Mędrala, *Outsourcing pracowniczy...*, s. 190.

¹²⁶⁶ A. Sobczyk, *Ustawa o zatrudnianiu...*, Legalis, art. 1.

¹²⁶⁷ Ibidem.

¹²⁶⁸ A. Kijowski, *Oddanie pracownika...*, s. 24.

¹²⁶⁹ M. Mędrala, *Outsourcing pracowniczy...*, s. 192.

¹²⁷⁰ Ibidem, s. 197.

¹²⁷¹ Ibidem.

¹²⁷² Ibidem.

¹²⁷³ A. Patulski, *Doktrynalne aspekty...*, s. 92.

tymczasowej, czyli nie może dotyczyć zadań, które mają sezonowy, okresowy czy doraźny charakter, a więc z góry ograniczony zasięg czasowy¹²⁷⁴. Nie może także dotyczyć zadań stałych w dwóch przypadkach¹²⁷⁵. Pierwszym z nich jest sytuacja, gdy pracownicy bezpośrednio zatrudnieni przez pracodawcę użytkownika nie są w stanie terminowo wykonać zadań, drugim – konieczność zastąpienia nieobecnego w pracy pracownika zatrudnionego przez pracodawcę użytkownika¹²⁷⁶. Opowiadam się za poglądem pierwszym. Jak słusznie zauważa A. Sobczyk, znalezienie sankcji prawnych w tym przypadku rodzi jednak trudności¹²⁷⁷.

Zagadnienie ważności umowy outsourcingu pracowniczego należy odnieść do kilku różnych sytuacji. Pierwsza to naruszenie zakresu przedmiotowego ustawy, przy zachowaniu zakresu podmiotowego, tj. sytuacja, gdy umowę outsourcingu pracowniczego zawierają agencja pracy tymczasowej oraz pracodawca użytkownik, ale wykraczają poza dopuszczalny ustawą zakres przedmiotowy lub temporalny pracy tymczasowej. Państwowa Inspekcja Pracy od lat wskazuje na liczne przypadki zastępowania pracy tymczasowej outsourcingiem¹²⁷⁸. Wówczas umowa outsourcingu jest nieważna jako zmierzająca do obejścia prawa – ustawy o zatrudnieniu tymczasowym¹²⁷⁹.

Druga to naruszenie zakresu podmiotowego, przy zachowaniu zakresu przedmiotowego tj. outsourcing pracowniczy, w ramach którego praca faktycznie wykonywana przez pracowników na rzecz usługobiorcy spełnia cechy charakterystyczne dla pracy tymczasowej w rozumieniu ustawy. Wówczas umowę można uznać za nieważną nie tylko z powodu obchodzenia ustawy o zatrudnieniu tymczasowym, ale także ustawy o promocji zatrudnienia oraz ustawy - Prawo przedsiębiorców, zgodnie z którymi działalność polegająca na świadczeniu usług pracy tymczasowej stanowi działalność regulowaną. Za słuszną, w odniesieniu do opisywanej konfiguracji naruszenia, uznać należy propozycję działań legislacyjnych zaproponowaną przez Państwową Inspekcję Pracy, aby wprowadzić odpowiedzialność z tytułu wykroczeń dotyczących korzystania z usługi outsourcingu – świadczonej przez agencję

¹²⁷⁴ Ibidem, s. 98.

¹²⁷⁵ Ibidem.

¹²⁷⁶ Ibidem.

¹²⁷⁷ Zob. A. Sobczyk, *Ustawa o zatrudnianiu...*, Legalis, art. 1.

¹²⁷⁸ Zob. m.in. *Sprawozdanie z działalności Państwowej Inspekcji Pracy...*, s. 133; *Sprawozdanie z działalności Państwowej Inspekcji Pracy w 2021 roku*, Warszawa 2022, s. 14, <https://www.pip.gov.pl/pl/o-urzedzie/sprawozdania-z-dzialalnosci> (dostęp: z 19.03.2023 r.).

¹²⁷⁹ W przypadku spełnienia przesłanek z art. 83 k.c. nie można także wykluczyć uznania umowy za pozorną. Zob. A. Sobczyk, *Zatrudnianie pracowników tymczasowych*, PiZS 2004/4, s. 36.

zatrudnienia lub podmiot niewpisany do rejestru agencji zatrudnienia – w warunkach charakterystycznych dla pracy tymczasowej¹²⁸⁰.

Trzecia sytuacja wiąże się z naruszeniem obydwu zakresów ustawy. W tym miejscu rozważyć należy, jaki cel chcą osiągnąć strony zawierając umowę outsourcingu pracowniczego. Zarówno outsourcing jak i praca tymczasowa pozwalają na uzyskanie świadczenia pracy bez konieczności ponoszenia większości obciążeń wynikających z prawa pracy¹²⁸¹. Od strony ekonomicznej pozwala to na ograniczenie kosztów pracy. Jak podnosi M. Moszczyński, w przypadku decyzji o skorzystaniu z pracy tymczasowej *ważną rolę odgrywa ograniczenie pozapłacowych kosztów pracy, jak również nakładów związanych z rekrutacją, szkoleniem, przyuczaniem, ryzykiem rotacji i motywowaniem pracowników*¹²⁸². Uwagi te odnieść można także do outsourcingu pracowniczego. Druga regulacja pozwala jednak obniżyć te koszty dalece bardziej niż pierwsza, bowiem na usługobiorcy nie ciąży szereg obowiązków nakładanych mocą opisywanej ustawy. W szczególności nie ma w stosunku do pracowników oddelegowanych do dyspozycji usługobiorcy zastosowania ochrona przed mniej korzystnym traktowaniem w zakresie warunków pracy i innych warunków zatrudnienia niż pracownicy zatrudnieni przez tego pracodawcę użytkownika na takim samym lub podobnym stanowisku pracy przewidziana w art. 15 ust. 1 u.z.p.t.

Elementem łączącym oba modele jest transfer ryzyka pracodawcy na agencję pracy tymczasowej lub usługodawcę¹²⁸³. Jak zauważa Ł. Pisarczyk, w odniesieniu do zatrudnienia tymczasowego *kluczowym elementem, istotnym z punktu widzenia rozkładu ryzyka kontraktowego, jest brak tożsamości pracodawcy w znaczeniu prawnym i ekonomicznym*¹²⁸⁴. Autor trafnie podnosi również, że można przyjąć, iż wynagrodzenie wpłacane agencji przez pracodawcę użytkownika z reguły obejmuje również swoistą premię z tytułu transferu ryzyka¹²⁸⁵. W obydwu wypadkach zatem jednostki zewnętrzne (agencja, usługodawca) działają w celu uzyskania korzyści majątkowej powiązanej z okolicznością ponoszenia znacznej części ryzyka tradycyjnie obciążającego pracodawcę. Odmienny charakter ma natomiast natura potrzeby podmiotu

¹²⁸⁰ *Sprawozdanie z działalności Państwowej Inspekcji Pracy w 2021 roku*, Warszawa 2022, s. 14, <https://www.pip.gov.pl/pl/o-urzedzie/sprawozdania-z-dzialalnosci> (dostęp: z 19.03.2023 r.).

¹²⁸¹ Zob. L. Florek, Ł. Pisarczyk, *Prawo pracy*, Warszawa 2019, s. 342.

¹²⁸² M. Moszczyński, *Praca tymczasowa – aspekty ekonomiczne i zatrudnieniowe*, PiZS 2004/10, s. 9.

¹²⁸³ W odniesieniu do pracy tymczasowej zob. Ł. Pisarczyk, *Praca tymczasowa...*, LEX.

¹²⁸⁴ *Ibidem*.

¹²⁸⁵ *Ibidem*.

korzystającego z usługi. W przypadku zatrudnienia tymczasowego jest nią wypełnienie nagłego zapotrzebowania na siłę roboczą, natomiast w przypadku outsourcingu pracowniczego długotrwałe zaspakajanie potrzeby o charakterze ciągłym.

Kontrahentom umowy outsourcingu usług trudno postawić zarzut obchodzenia ustawy o zatrudnieniu tymczasowym. W postanowieniu z dnia 14 lutego 2014 r. Sąd Najwyższy stwierdził iż o *obejściu prawa można mówić tylko jeżeli strony świadomie, a nie przypadkowo dokonały czynności w celu obejścia prawa*¹²⁸⁶. Zdaniem M. Safjana, czynności mające na celu obejście ustawy (in fraudem legis) zawierają pozór zgodności z ustawą¹²⁸⁷. A. Janas dodaje, iż zawierając pozór legalności, pozostają one jednak w sprzeczności z intencją ustawy¹²⁸⁸. Ich treść nie zawiera elementów wprost sprzecznych z ustawą, ale skutki, które wywołują i które objęte są zamiarem stron, naruszają zakazy lub nakazy ustawowe¹²⁸⁹.

W świetle powyższego, trafnym wydaje się pogląd A. Miętek, zgodnie z którym efektem outsourcingu pracowniczego nie jest praca tymczasowa, ale inna, nieuregulowana w przepisach konstrukcja. Cele jakie chcą osiągnąć strony umowy outsourcingu pracowniczego sięgają bowiem dalej aniżeli wywołanie efektu w postaci współpracy w ramach pracy tymczasowej poza granicami ustawy o zatrudnianiu pracowników tymczasowych. Powstaje także pytanie z jakim nakazem lub zakazem ustawowym skutki mogłyby być sprzeczne. W ustawie o zatrudnieniu pracowników tymczasowych brak bowiem ogólnego zakazu kierowania pracowników do pracy na rzecz innych podmiotów poza jej granicami. Stronom umowy outsourcingu pracowniczego można zatem postawić jedynie zarzut chęci wywołania skutku niezgodnego z intencją owej ustawy. Odwołując się do postanowienia SN należy jednak zwrócić uwagę na fakt, iż wobec rozbieżnych poglądów doktrynalnych i jurydycznych na temat outsourcingu pracowniczego, strony umowy, a przynajmniej jedna z nich, może nie mieć świadomości, iż zawiera umowę wywołującą skutki sprzeczne z ustawą.

Z przytoczonych względów w opisywanej sytuacji zaaprobować należy pogląd o nieważności umowy outsourcingu usług z uwagi na jej sprzeczność z naturą stosunku prawnego. Jak wskazuje się bowiem w doktrynie prawa cywilnego, *na obszarze umów obligacyjnych – gdzie znaczenie autonomii woli jest szczególnie eksponowane –*

¹²⁸⁶ Postanowienie SN z 14.02.2014 r., II CSK 216/13, LEX nr 1458819.

¹²⁸⁷ M. Safjan [w:] *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz. Art. 1–449¹⁰*, red. K. Pietrzykowski, wyd. 10, Warszawa 2020, Legalis, art. 58.

¹²⁸⁸ Zob. A. Janas [w:] *Kodeks cywilny...*, LEX, art. 58.

¹²⁸⁹ M. Safjan [w:] *Kodeks cywilny...*, Legalis, art. 58.

kontrolę umów poza zakresem wyraźnych regulacji ustawowych umożliwia także kryterium natury stosunku prawnego.¹²⁹⁰

2.2.2. Sprzeczność z naturą stosunku prawnego

Natura stosunku prawnego stanowi jedno z ograniczeń zasady swobody umów wyrażone w art. 353¹ k.c. Dla rozważań na temat zagadnienia natury stosunku prawnego powstałego na gruncie umowy outsourcingu pracowniczego kluczowe znaczenie ma wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2017 r.¹²⁹¹, w którym SN stanął na stanowisku, iż *umowa między stronami, z których żadna nie jest agencją zatrudnienia (w tym agencją pracy tymczasowej) w rozumieniu art. 18 ust. 1 ustawy z 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy - nazywana "body leasing" (inaczej: outsourcing personalny, kompetencyjny), na mocy której jeden z podmiotów kieruje swoich pracowników do wykonywania pracy w innym podmiocie i otrzymuje za to wynagrodzenie, w rzeczywistości jest umową o świadczenie usług między podmiotami gospodarczymi - sprzedającym usługę (pracodawcą) i nabywcą usługi (podmiotem trzecim). Tym samym w układzie pracownik-pracodawca czynności wykonywane w tym przypadku w innej firmie nadal są obowiązkami wynikającymi ze stosunku pracy, za wykonywanie których wynagrodzenie należy się od pracodawcy i z obowiązku tego nie zwalniają ani umowy zawarte między przedsiębiorcami, ani umowy zawarte z pracownikami przez inny podmiot. (...) Skoro zwykły status pracodawcy nie uprawnia do wykonywania usług pośrednictwa pracy między własnymi pracownikami a innymi podmiotami, to przedmiotem obrotu gospodarczego, niezależnie od nazwy umowy, nie są pracownicy, ale ich praca. Innymi słowy, w takich umowach towarem podlegającym odpłatnej wymianie jest praca, a nie wykonujący ją ludzie. (...) W takim przypadku pracownik świadczy pracę na rzecz swojego pracodawcy (w ramach istniejącego stosunku pracy), który jest płatnikiem składek (art. 4 pkt 2a ustawy systemowej).*

Orzeczenie to budzi wątpliwości na wielu płaszczyznach. Poczynając od warstwy semantycznej, należy zaznaczyć, iż pojęcie „body leasing” oznacza w języku polskim „wypożyczenie ciała”, co jednoznacznie wskazuje, że przedmiotem umowy jest oddanie do dyspozycji innego podmiotu - człowieka. Pojęcie „leasingu” podobnie jak

¹²⁹⁰ R. Trzaskowski [w:] *Kodeks cywilny...*, LEX, art. 58.

¹²⁹¹ Wyrok SN z 3.10.2017 r., II UK 488/16, LEX nr 2361596.

„wypożyczenia” nie powinno być w ogóle używane w odniesieniu do ludzi¹²⁹². Zasadnicze wątpliwości powstają także w warstwie aksjologicznej. Uznanie przez Sąd Najwyższy, iż przedmiotem obrotu gospodarczego w przypadku umów outsourcingu pracowniczego jest praca ludzka stanowi tezę kontrowersyjną w świetle podstawowej zasady międzynarodowego prawa pracy, zgodnie z którą „*praca nie jest towarem*”. Została ona wyrażona w deklaracji filadelfijskiej z dnia 10 maja 1944 r.¹²⁹³ i stanowi rdzeń dla wielu innych aktów prawnych. Społeczne i humanistyczne walory pracy podkreślano m.in. w traktatach ONZ, konwencjach MOP i Europejskiej Karcie Społecznej¹²⁹⁴. Także w art. 24 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej¹²⁹⁵ zawarto zasadę ochrony pracy, która implikuje przede wszystkim ochronę osób ją świadczących¹²⁹⁶.

Zgodnie z definicją zawartą w Słowniku Języka Polskiego towar to *wytwór pracy ludzkiej zaspokajający jakąś potrzebę człowieka, produkowany na sprzedaż*¹²⁹⁷. Praca stanowi zaś *celową działalność człowieka zmierzającą do wytworzenia określonych dóbr materialnych lub kulturalnych*¹²⁹⁸. W ekonomii klasycznej pracę uznawano za jeden z czynników produkcji, występujący obok ziemi i kapitału. Ujęciu temu przeciwstawił się K. Marks rozdzielając pracę rzeczywiście wykonaną (ang. *labour*) od siły roboczej (ang. *labour power*, niem. *Arbeitskraft*) będącej synonimem zdolności do pracy¹²⁹⁹. Do ujmowania pracy jako czynnika produkcji powrócono w ekonomii neoklasycznej¹³⁰⁰. Uznając pracę za towar, ekonomiści podkreślają jednak, że jest to towar *osobliwy i specyficzny*¹³⁰¹.

Postrzeganie pracy jako towaru spotkało się ze stanowczym sprzeciwem w katolickiej nauce społecznej, który wyrażony został także w encyklikach

¹²⁹² Zob. M. Rycak [w:] *Zatrudnienie pracowników...*, s. 16; z tego względu w rozprawie pojęcia te zostały wzięte w cudzysłów.

¹²⁹³ <https://www.mop.pl/doc/pdf/> <https://www.mop.pl/doc/pdf/inne/dekfil.pdfinne/dekfil.pdf> (dostęp: 15.01.2022 r.).

¹²⁹⁴ Zob. A.M. Świątkowski, *Wzorce pracy w prawie*, Kraków 2018, s. 39.

¹²⁹⁵ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U.1997.78.483 z 16.07.1997 r.).

¹²⁹⁶ Zob. P. Tuleja [w:] P. Czarny, M. Florczak-Wątor, B. Naleziński, P. Radziejewicz, P. Tuleja, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, wyd. II, LEX/el. 2021, art. 24.

¹²⁹⁷ Źródło: <https://sjp.pwn.pl/slowniki/towar.html> (dostęp: 24.10.2021 r.).

¹²⁹⁸ Źródło: <https://sjp.pwn.pl/szukaj/praca.html> (dostęp: 24.10.2021 r.); zob. także N.G. Mankiw, M.P. Taylor, *Mikroekonomia...*, s. 26.

¹²⁹⁹ Zob. A. Jagoda, M. Klimczask, *Praca jako zasób – pojęcie pracy i jej znaczenie w naukach ekonomicznych*, „Acta Universitatis Nicolai Copernici. Nauki humanistyczno-społeczne. Ekonomia”, XLII, z. 402, Toruń 2011, s. 154.

¹³⁰⁰ Ibidem, s. 156.

¹³⁰¹ P. Antoszak, *Analiza zmian na rynku pracy w Polsce w latach 2009-2018*, „Myśl Ekonomiczna i Polityczna” 2020/1/68, s. 33, DOI: 10.26399/meip.1(68).2020.02/p.antoszak; R. Milewski, E. Kwiatkowski, *Podstawy ekonomii...*, s. 6.

papieskich¹³⁰². W naukach społecznych, dominuje pogląd, zgodnie z którym uznanie pracy za towar implikuje uprzedmiotowienie człowieka, który zostaje zredukowany do roli „anonymowego producenta”¹³⁰³, czy „anonymowej energii społecznej”¹³⁰⁴.

W polskiej doktrynie prawa pracy najszerszą polemikę z ekonomicznym sposobem ujmowania pracy podjęli A. Świątkowski oraz T. Liszcz. Zgodnie z poglądem A. Świątkowskiego *ze względu na materialne i inne pożytki, mające określoną wartość gospodarczą, wynikające z jej wykonywania praca była – i jest nadal – postrzegana jako dobro majątkowe – oferowane przez osoby i/lub podmioty dysponujące kapitałem oraz środkami produkcji osobom zdolnym do pracy oraz posiadającym umiejętności i chęć jej świadczenia*¹³⁰⁵. Autor dodaje jednak, iż *ekonomizowanie pracy oraz wynagrodzenia za nią, polegające na uznaniu i traktowaniu pracy jako towaru, a wynagrodzenia jako ceny płaczonej sprzedającemu (pracownikowi) przez kupującego (pracodawcę), prowadzi do dehumanizacji zjawiska pracy świadczonej przez człowieka*¹³⁰⁶. T. Liszcz stanowczo oponuje przeciwko przyjęciu do nauki prawa pracy towarowej koncepcji pracy, która zakłada, że *wynagrodzenie (płaca) jest ceną pracy (siły roboczej)*¹³⁰⁷. Jej zdaniem, *jeżeli dla ekonomistów, do celu rachunku ekonomicznego przydatne jest określenie jako towaru, a wynagrodzenia (płacy) jako ceny tego towaru, to wcale nie znaczy, że my mamy przejmować te określenia (a w ślad za tym ten sposób myślenia) do języka prawa pracy lub jego doktryny*¹³⁰⁸.

Sednem opisywanego problemu jest zatem niemożność oddzielenia pracy od człowieka ją świadczącego. Jak zauważa W. Szubert, *stosunek pracy angażuje w pewnym sensie całą osobę pracownika, wyznacza jego osiągnięcia zawodowe i pozycję*

¹³⁰² Leon XIII, *Encyklika o kwestii robotniczej. Rerum Novarum*, <https://www.mop.pl/doc/html/encykliki/Rerum%20novarum.htm> (dostęp: 15.01.2022 r.); Jan Paweł II, *Laborem Exercens, o pracy ludzkiej (z okazji 90. rocznicy encykliki Rerum novarum) w której zwraca się do czcigodnych braci w biskupstwie, do kapłanów, do rodzin zakonnych, do drogich synów i córek Kościoła oraz do wszystkich ludzi dobrej woli*, https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/pl/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_14091981_laborem-exercens.html (dostęp: 15.01.2022 r.).

¹³⁰³ K. Krajewski, *Godność pracy ludzkiej* [w:] *Godność – Praca – Globalizacja*, red. naukowa W. Dłubacz, s. 38, DOI: <https://dlibra.kul.pl/dlibra/publication/56691/edition/50570/content> (dostęp: 7.01.2022 r.).

¹³⁰⁴ A. Zwoliński, *Miejsce katolickiej nauki społecznej w trosce o człowieka pracy* [w:] *Prekaryjna praca kwestią społeczną?*, red. J. Mazur OSPPE, Kraków 2018, s. 61, DOI: <http://dx.doi.org/10.15633/9788347386609.05> (dostęp: 22.03.2023 r.); zob. także J. Mariański, *Praca ludzka jako wartość społeczna*, „Homo et Societas” 2017/2, s. 143, <https://www.ejournals.eu/Homo-et-Societas/2017/2-2017/art/14091> (dostęp: 7.01.2022 r.).

¹³⁰⁵ A.M. Świątkowski, *Wzorce pracy...*, s. 24.

¹³⁰⁶ *Ibidem*.

¹³⁰⁷ T. Liszcz, *Praca nie jest towarem*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska. Sectio G. Ius” 2015/2/62, s. 121.

¹³⁰⁸ *Ibidem*, s. 127.

społeczną¹³⁰⁹. Wartości moralne występują tu zatem niezwykle silnie¹³¹⁰. Dosadnie, i w moim przekonaniu trafnie, ujęła owo zjawisko T. Liszcz: *nie można wyizolować z osoby człowieka samej zdolności do pracy i uczynić jej przedmiotem obrotu towarowego*¹³¹¹. (...) *Człowiek, udając się do pracy, nie zabiera ze sobą tylko swej zdolności do pracy, pozostawiając resztę swej osobowości w domu*¹³¹². Zbieżne zapatrywanie wyraził także A. Sobczyk twierdząc, iż *praca nie odrywa się od człowieka, więc nie może być towarem ze swojej istoty*¹³¹³.

Powyższe wywody prowadzą do wniosku, że praca to określone działanie człowieka, które oprócz efektu w postaci wymiernej wartości gospodarczej, stanowi aktywność immanentnie powiązaną z samym człowiekiem ją świadczącym, generującą wartości w sferze psychologicznej oraz społecznej. W konsekwencji zgodzić się należy z poglądem A. Świątkowskiego, zgodnie z którym *praca (...) nie może więc być przedmiotem obrotu prawnego regulowanego przepisami prawa handlowego*¹³¹⁴. *Nie może być ani sprzedawana przez zatrudnionych, ani kupowana przez przedsiębiorców*¹³¹⁵. *Podlega regulacji prawa pracy (zatrudnienie pracownicze) lub prawa cywilnego (cywilnoprawne zatrudnienie niepracownicze)*¹³¹⁶.

Warto jednak zauważyć, iż przedmiotem outsourcingu pracowniczego nie jest jakakolwiek praca, ale praca w rozumieniu art. 22 § 1 k.p. Jak wskazano już we wcześniejszych częściach wywodu, istota stosunku pracy polega na odpłatnym oddaniu przez pracownika do dyspozycji pracodawcy, w określonym czasie i miejscu, swoich kompetencji tj. wiedzy, umiejętności i postaw. Pracodawca może te kompetencje wykorzystać do realizacji własnych celów gospodarczych. Aby je skutecznie realizować przysługują mu uprawnienia kierownicze, którym odpowiada obowiązek podporządkowania istniejący po stronie pracownika. Takie ukształtowanie stosunku prawnego prowadzi jednak do powstania nierówności stron - zobowiązując się do świadczenia pracy w warunkach podporządkowania pracownik oddaje bowiem część swojej wolności w ręce osób kierujących pracą. Rodzi to ryzyko nadużyć dominującej pozycji przez pracodawcę. Z tego względu pracownik powinien podlegać szczególnej

¹³⁰⁹ W. Szubert, *Zarys prawa pracy*, Warszawa 1980, s. 95.

¹³¹⁰ Ibidem.

¹³¹¹ T. Liszcz, *Praca ludzka – wartość ekonomiczna czy etyczna?*, „Etnolingwistyka. Problemy Języka i Kultury” 2016/28, s. 69, DOI:10.17951/et.2016.28.59 (dostęp: 22.03.2023 r.).

¹³¹² Ibidem.

¹³¹³ A. Sobczyk, *Podmiotowość pracy...*, s. 186-187.

¹³¹⁴ A.M. Świątkowski, *Status pracy i jej pożytków*, „Polityka Społeczna” 2017/1, s. 11.

¹³¹⁵ Ibidem.

¹³¹⁶ Ibidem.

ochronie prawnej wyznaczającej m.in. nieprzekraczalne granice jego podporządkowania. Outsourcing pracowniczy narusza ten balans. Szerokie uprawnienia kierownicze otrzymuje, wskutek jego zastosowania, inny podmiot, aniżeli ten, na którym ciąży obowiązek przestrzegania norm ochronnych względem pracownika. Pracownik oddaje bowiem swoje kompetencje do dyspozycji usługobiorcy, natomiast jego rzekomym pracodawcą pozostaje usługodawca. Moim zdaniem, przedmiot umowy outsourcingu pracowniczego stanowi praca realizowana w sposób charakterystyczny dla zatrudnienia pracowniczego¹³¹⁷. Ta zaś nie może być przedmiotem umowy cywilnoprawnej, nawet o charakterze bilateralnym, nie wspominając o umowie zawartej z podmiotem innym niż osoba faktycznie wykonująca pracę.

Umowa outsourcingu pracowniczego jest więc sprzeczna z naturą cywilnoprawnego stosunku prawnego bowiem jej przedmiot stanowi dobro, którego nie można nabyć w drodze umowy o świadczenie usług. Pogląd ten znajduje także odzwierciedlenie w orzecznictwie Sądu Najwyższego. W postanowieniu z dnia 13 maja 2020 r.¹³¹⁸ Sąd Najwyższy stwierdził, że *art. 22 § 1¹ k.p. koresponduje z art. 353¹ k.c. Obie normy zastrzegają, że zawarty przez strony stosunek prawny musi być pod względem celu i treści zgodny z jego właściwością (naturą). Nadto, oba przepisy nie zawierają ograniczeń co do rodzaju umowy, którą strony mają zawrzeć, pod warunkiem, że będzie ona spełniała przesłanki przewidziane dla danego rodzaju stosunku prawnego. W konsekwencji umowę outsourcingu pracowniczego uznać należy za nieważną na gruncie art. 58 § 1 k.c., który określa sankcję ustalenia treści umowy niezgodnie z dyrektywami wskazanymi w art. 353¹ k.c.¹³¹⁹*

2.3. Ważność umowy outsourcingu usług innego rodzaju

Za umowę outsourcingu usług innego rodzaju uznaję umowę, której przedmiotem jest świadczenie usług innych niż oddanie do dyspozycji pracowników np. usług sprzątnia, ochrony, czy doradztwa podatkowego. W przypadku, gdy za rzeczywistego pracodawcę uznany zostanie usługobiorca, także i tego rodzaju umowy zawarte są w sposób sprzeczny z naturą cywilnoprawnego stosunku prawnego, bowiem dotyczą materii zastrzeżonej wyłącznie dla prawa pracy. Przypomnienia w tym zakresie wymaga

¹³¹⁷ O zakresie ochrony w ramach prawa pracy zob. T. Liszcz, *Praca ludzka...*, s. 62.

¹³¹⁸ I PK 121/19, LEX nr 3217358.

¹³¹⁹ Zob. J. Chaciński, *Nieważność umowy o pracę*, Lublin 2009, s. 207.

przywoływana już w rozdziale I norma, zawarta w art. XII § 1 p.w.k.c. zgodnie z którym kodeks cywilny nie narusza ustawodawstwa pracy. W odniesieniu do umowy outsourcingu usług innego typu rozwinięcia wymaga zamieszczony powyżej cytat postanowienia SN z dnia 13 maja 2020 r.¹³²⁰: *art. 22 § 1¹ k.p. koresponduje z art. 353¹ k.c. Obie normy zastrzegają, że zawarty przez strony stosunek prawny musi być pod względem celu i treści zgodny z jego właściwością (naturą). Nadto, oba przepisy nie zawierają ograniczeń co do rodzaju umowy, którą strony mają zawrzeć, pod warunkiem, że będzie ona spełniała przesłanki przewidziane dla danego rodzaju stosunku prawnego. Założenie to jest konsekwencją stanowiska, że decydujące znaczenie w procesie rozróżniania charakteru stosunku prawnego łączącego strony ma sposób wykonywania umowy, a w szczególności realizowanie przez kontrahentów - nawet wbrew postanowieniom umownym - tych cech, które charakteryzują umowę o pracę.*

O ile jasna jest podstawa stwierdzenia nieważności umowy outsourcingu usług, to podobnie jak w przypadku umowy o pracę trudno odnaleźć w tym przypadku właściwy tryb utraty przez nią bytu prawnego w przypadku, gdy współpraca stron początkowo mieściła się w reżimie prawa cywilnego, a następnie wyszła poza jego ramy, wkraczając na obszar oddziaływania reżimu prawa pracy. Trudność w odnalezieniu właściwego trybu wynika z faktu, iż sankcja dotyczy stosunku cywilnoprawnego, lecz jest efektem nawiązania stosunku pracy na skutek działania metody typologicznej, różniącej się istotnie od standardowych metod stosowanych na gruncie prawa cywilnego, w których klasyfikacja umów opiera się co do zasady o wskazanie ich elementów definiujących (przedmiotowo istotnych)¹³²¹.

Moim zdaniem najbardziej adekwatne będzie w tym przypadku zastosowanie sankcji nieważności ujętej w art. 58 § 1 k.c. ze skutkiem *ex nunc*. Do momentu przekroczenia trudno uchwytnej, maksymalnej granicy natężenia cech stosunku pracy w relacji pomiędzy pracownikiem a usługodawcą umowa ta była ważna.

2.4. Ważność umowy outsourcingu pracowniczego zawartej pod pozorem umowy outsourcingu usług innego rodzaju

¹³²⁰ I PK 121/19, LEX nr 3217358.

¹³²¹ Zob. B. Wagner, *O swobodzie umowy o pracę raz jeszcze* [w:] *Prawo pracy a wyzwania XXI wieku. Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego*, red. M. Matey-Tyrowicz, L. Nawacki, B. Wagner, Warszawa 2002, s. 368; zob. także H. Lewandowski, *Nawiązanie i zmiana stosunku pracy (zarys problematyki)* [w:] *Prawo pracy RP w obliczu przemian*, red. M. Matey-Tyrowicz, T. Zieliński, Warszawa 2006, s. 130.

W polskiej praktyce obrotu rzadko pojawiają się umowy, w których przedmiot ujęto *explicite* jako „oddanie do dyspozycji pracowników” czy „udostępnienie pracowników”. Najczęściej jednak strony ukrywają zawarcie umowy outsourcingu pracowniczego pod pozorem zawarcia umowy outsourcingu usług innego rodzaju. Jako przedmiot umowy wskazują wówczas np. obsługę sklepów budowlanych¹³²², „kompleksową obsługę przedsiębiorstwa usługobiorcy¹³²³” czy „usługi będące przedmiotem działalności spółki”¹³²⁴. Usługi te realizują wykonawcy, czyli pracownicy lub osoby zatrudnione na podstawie umów cywilnoprawnych¹³²⁵ „przejęte” wcześniej od pracodawcy macierzystego¹³²⁶.

Zgodnie z treścią umów w toku świadczenia usług wykonawcy zobowiązani są do przestrzegania obowiązujących u pracodawcy macierzystego (usługobiorcy) przepisów porządkowych i aktów wewnętrznych, w tym nierzadko regulaminu pracy¹³²⁷, regul dotyczących np. ochrony mienia, przepisów BHP i ppoż., zasad ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa oraz dotyczących ochrony danych osobowych i bezpieczeństwa systemów¹³²⁸. Pracodawca macierzysty (usługobiorca) udostępnia bezpłatnie jednostce zewnętrznej sprzęt dla danego stanowiska pracy oraz dostęp do pomieszczeń socjalnych¹³²⁹. Określa on także szczegółowy zakres obowiązków¹³³⁰ oraz udziela „merytorycznych wskazówek¹³³¹” lub „merytorycznego nadzoru¹³³²” wykonawcom, którzy służbowo podlegają jednak usługodawcy¹³³³.

W rzeczywistości umowy te ukrywają zazwyczaj faktyczne wykonywanie umowy outsourcingu pracowniczego. O tym czy umowę outsourcingu usług można uznać za pozorną decyduje jej treść, a przede wszystkim określenie przedmiotu owej umowy. Zgodnie z definicją pozorności składa się ona z trzech elementów: 1) oświadczenie musi być złożone drugiej stronie; 2) oświadczenie musi być złożone tylko dla pozorów; 3)

¹³²² Zob. wyrok SN z 2.10.2019 r., II UK 103/18, LEX nr 2751810.

¹³²³ Zob. wyrok SN z 8.02.2017 r., I PK 72/16, LEX nr 2268316.

¹³²⁴ Zob. wyrok SN z 19.09.2018 r. I UK 210/17, LEX nr 2558652; wyrok SA we Wrocławiu z 16.01.2019 r., III AUa 1274/18, LEX nr 2895441.

¹³²⁵ Zob. wyrok SN z 8.02.2017 r., I PK 72/16, LEX nr 2268316.

¹³²⁶ Zob. wyrok SA we Wrocławiu z 9.01.2018 r., III AUa 1175/17, LEX nr 2956874.

¹³²⁷ Zob. wyrok SN z 18.06.2019 r., I UK 159/18, LEX nr 2684741.

¹³²⁸ Zob. wyrok SN z 27.01.2016 r., I PK 21/15, LEX nr 1975836.

¹³²⁹ Zob. wyrok SN z 8.02.2017 r., I PK 72/16, LEX nr 2268316.

¹³³⁰ Wyrok SN z 18.06.2019 r., I UK 159/18, LEX nr 2684741.

¹³³¹ Zob. wyrok SN z 8.02.2017 r., I PK 72/16, LEX nr 2268316.

¹³³² Zob. wyrok SN z 1.03.2018 r., I UK 128/17, LEX nr 2495972.

¹³³³ Zob. wyrok SN z 8.02.2017 r., I PK 72/16, LEX nr 2268316; wyrok SA we Wrocławiu z 16.01.2019 r., III AUa 1274/18, LEX nr 2895441.

adresat oświadczenia woli musi zgadzać się na dokonanie czynności prawnej jedynie dla pozoru¹³³⁴. Spełnienie pierwszej przesłanki nie budzi wątpliwości. W przypadku drugiej, jak podnoszono już we wcześniejszej części wyводу, kluczowym elementem jest, aby umowa nie była przez strony faktycznie wykonywana¹³³⁵.

Warunek ten należy uznać za spełniony w przywołanych powyżej przypadkach, jeśli np. zamiast kompleksowo zarządzać przedsiębiorstwem usługodawca wykonuje jedynie czynności administracyjne związane z zatrudnieniem pracowników, których oddaje do dyspozycji klienta, a klient zamiast udzielać „merytorycznych wskazówek” kieruje pracą pracowników w rozumieniu art. 22 § 1 k.p. Wówczas umowa o świadczenie usług określonego rodzaju nie jest faktycznie wykonywana, ponieważ przedmiotem wykonywanej umowy nie jest wykonywanie określonej usługi, ale udostępnienie ludzkiej pracy świadczonej w warunkach art. 22 § 1 k.p.

Trzecia przesłanka pozorności to zgoda adresata oświadczenia woli na dokonanie czynności prawnej jedynie dla pozoru. I tę w wielu wypadkach współpracy w ramach outsourcingu usług uznać należy za spełnioną, gdyż usługobiorca świadomie korzysta z pracy pracownika w sposób charakterystyczny dla zatrudnienia pracowniczego. Ma to istotne znaczenie dla stanów faktycznych związanych z „pozornym outsourcingiem pracowniczym”, w których pracodawcy macierzyści wiedzieli o tym, że po dokonaniu outsourcingu pracowniczego nadal będą kierować pracą pracowników w taki sam sposób, jak przed jego dokonaniem. Mieli zatem świadomość, iż nie zawierają umowy o świadczenie usług określonego rodzaju, a jedynie zmieniają podstawę prawną korzystania z pracy tych samych osób. Przesłanki pozorności mogą zatem zostać spełnione w odniesieniu do wielu umów, w których symulowaną czynność prawną stanowi zawarcie umowy o świadczenie usług określonego rodzaju, a dysymulowaną umowa outsourcingu pracowniczego. Ważność umowy zawartej dla ukrycia innej czynności prawnej ocenia się wówczas według właściwości tej czynności (art. 83 § 1 zd. 2 k.c.). W świetle poczynionych w tym rozdziale rozważań, należy ją zatem uznać za nieważną jako sprzeczną z naturą stosunku prawnego.

3. Podsumowanie. Uwagi *de lege lata* oraz *de lege ferenda*

¹³³⁴ Zob. P. Nazaruk [w:] *Kodeks cywilny...*, LEX, art. 83.

¹³³⁵ Zob. wyrok SN z 14.03.2001 r., II UKN 258/00, LEX nr 49241.

Podsumowując, koordynację wykonywania zadań przez pracowników usługobiorcy uznać można za kierownictwo tego podmiotu sprawowane względem pracowników usługodawcy. W przypadku outsourcingu usług innego rodzaju niż outsourcing pracowniczy, w wyniku silnej współpracy pracownika z usługodawcą dochodzi do podziału cech stosunku pracy pomiędzy dwie relacje: pracownik-usługodawca oraz pracownik-usługobiorca. Aby ustalić, który z podmiotów zaangażowany we współpracę w ramach outsourcingu usług jest rzeczywistym pracodawcą pracownika porównać należy faktyczne natężenie cech stosunku pracy w relacji usługodawca-pracownik oraz usługobiorca-pracownik. W przypadku outsourcingu usług wydaje się, iż decydujące znaczenie ma spełnienie trzech cech wskazanych jako pierwszoplanowe: kierownictwa, osobistego oraz ciągłego świadczenia pracy. Najważniejsze z nich jest kierownictwo. Za dopuszczalny uznaję podział uprawnień kierowniczych pomiędzy usługodawcę i usługobiorcę, z tym jednak zastrzeżeniem, że uprawnienia kierownicze usługobiorcy muszą mieć węższy zakres, a także charakter pośredni. Oczywiście w przypadku ich wysokiego natężenia zazwyczaj pojawia się także natężenie cechy wskazania miejsca i czasu pracy, której, pomimo zmiany brzmienia art. 22 § 1 k.p., nie można rozpatrywać w całkowitym oderwaniu od cechy kierownictwa.

W odniesieniu do outsourcingu pracowniczego, należy stwierdzić, że przeprowadzone powyżej rozważania przemawiają za poglądem, iż co do zasady, rzeczywistym pracodawcą pracownika w ramach tego rodzaju współpracy jest usługobiorca¹³³⁶. Samo „oddanie pracownika do dyspozycji” świadczy o pojawieniu się w relacji usługobiorca – pracownik nie tylko kierownictwa, ale także istotnego natężenia innych cech, takich jak osobisty charakter faktycznie wykonywanej pracy, czy wskazywanie czasu pracy.

Badanie typologiczne może dać dwojaki wynik. Jeżeli nasilenie cech stosunku pracy okaże się silniejsze w relacji pracownik – usługodawca, wówczas potwierdzony zostaje jego status jako pracodawcy. Jeżeli nasilenie cech stosunku pracy przeważy natomiast w relacji pracownik-usługobiorca, to owemu podmiotowi przypisany zostanie status rzeczywistego pracodawcy, wbrew treści umowy o pracę zawartej pomiędzy pracownikiem a usługodawcą oraz umowy outsourcingu usług pomiędzy usługodawcą a usługobiorcą.

¹³³⁶ Zob. postanowienie SN z 18.12.2019 r., I UK 31/19, LEX nr 2779491; M. Raczkowski, *Outsourcing pracowniczy...*, s. 366.

Ustalenia, że usługodawca jest rzeczywistym pracodawcą pracownika implikuje nieważność umowy o pracę zawartej przez pracownika z usługodawcą na podstawie art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 300 k.p. w zw. z art. 22 § 1 k.p. z uwagi na jej sprzeczność umowy z naturą zobowiązania. Stron umowy nie łączy bowiem relacja o silnym natężeniu cech stosunku pracy, gdyż tego typu relacja łączy pracownika z innym podmiotem. Sankcja nieważności z uwagi na sprzeczność umowy z właściwością stosunku prawnego znajduje również w opisywanym przypadku zastosowanie do umowy outsourcingu usług, a w szczególności umowy outsourcingu pracowniczego. Wówczas jednak chodzi o sprzeczność z naturą zobowiązania zawartego w reżimie prawa cywilnego. W praktyce nierzadko zdarza się, iż umowa outsourcingu usług innego rodzaju aniżeli outsourcing pracowniczy jest zawierana w celu ukrycia umowy outsourcingu pracowniczego. Wówczas ważność umowy outsourcingu usług ocenia się według ważności czynności prawnej dysymulowanej, co prowadzi do ustalenia, iż także w tym wypadku jest ona nieważna z uwagi na sprzeczność z naturą stosunku cywilnoprawnego.

Odnosząc poczynione powyżej konkluzje do postawionej w niniejszej rozprawie tezy badawczej, należy stwierdzić, że w aktualnym stanie prawnym, ustalenie czy usługobiorca jest rzeczywistym pracodawcą z toku korzystania z pracy pracownika wykonywanej w ramach outsourcingu usług wymaga poczynienia następujących uwag.

Po pierwsze, należy stwierdzić iż nie zostało ono uregulowane w sposób jednoznaczny i zrozumiały dla podmiotów, którym przypisuje się ten status, gdyż w doktrynie i judykaturze funkcjonuje pogląd, zgodnie z którym usługodawca może przenieść na usługobiorcę w toku outsourcingu pracowniczego całokształt uprawnień kierowniczych bez utraty statusu pracodawcy, co należy zakwalifikować jako wykładnię *contra legem* art. 22§ 1 k.p. w zw. z art. 22 §1¹k.p. Nawet odrzucając ten pogląd, granica pomiędzy reżimem prawa pracy oraz reżimem cywilnoprawnym pozostaje nieostra, co może powodować nabycie statusu rzeczywistego pracodawcy przez podmiot nieświadomy, iż właśnie zawarł dorozumianą umowę o pracę.

Po drugie, istniejąca regulacja nie zapewnia efektywnej ochrony pracownikom faktycznie wykonującym pracę w ramach outsourcingu usług. Składa się na to wysoce niejednolite orzecznictwo w zakresie granicy reżimów korzystania z pracy, co zniechęca pracowników do dochodzenia roszczeń.

Po trzecie, aktualnie obowiązujące prawo nie stanowi gwarancji przestrzegania zasad uczciwej konkurencji. Wydaje się bowiem iż katalog osób objętych ochroną opartą na

podstawie fordowskiego modelu zatrudnienia nie pokrywa się z katalogiem osób tej ochrony potrzebującej. Wynika to przede wszystkim z niedopasowania przyjętego modelu zatrudnienia do specyfiki pracy w usługach, charakteryzującej się znaczną samodzielnością części pracowników w bezpośrednich kontaktach z klientem. W efekcie, ochrona ta może być nadużywana, gdyż pracownicy należący do opisanej kategorii w wielu wypadkach mogliby domagać się ustalenia stosunku pracy bezpośrednio z usługobiorcą np. gdyby dowiedzieli się, iż oferuje atrakcyjniejsze warunki zatrudnienia niż ich pracodawca. Wątek ten rzadko występuje w praktyce, gdyż w większości przypadków pracownicy, o których mowa nie mają interesu faktycznego w dochodzeniu ochrony w drodze postępowań sądowych. W przyszłości jednak przyjęty model będzie się coraz bardziej dezaktualizował, rodząc kolejne komplikacje, nie tylko w odniesieniu do osób wykonujących pracę w ramach outsourcingu usług.

Przeprowadzone w niniejszym rozdziale rozważania prowadzą do wniosku, iż teza badawcza została zatem potwierdzona. Przedstawienia wymagają jeszcze uwagi *de lege lata* oraz *de lege ferenda*, *De lege lata* postulować należy ujednoczenie stanowiska doktryny i judykatury w sprawie dopuszczalności przekazywania uprawnień kierowniczych na podmiot trzeci bez utraty statusu pracodawcy w ramach outsourcingu pracowniczego. Moim zdaniem, przeważać powinno stanowisko, zgodnie z którym przekazanie całokształtu uprawnień kierowniczych na usługobiorcę, przy spełnieniu innych cech stosunku pracy skutkuje nawiązaniem z usługobiorcą stosunku pracy. W toku tej debaty, doprecyzowania wymaga, w szczególności wykładnia pojęć „pod kierownictwem” i „na rzecz” prowadzona na gruncie art. 22 § 1 k.p.

W odniesieniu do outsourcingu usług, zaniechać należy posługiwania się wypracowaną w orzecznictwie przesłanką krótkotrwałości, sprzeczną z istotą tego rodzaju współpracy gospodarczej, które opierać się ma na długotrwałej i ciągłej współpracy kontrahentów. Pogłębionej wykładni wymagają natomiast pojęcia „pośredniego” i „bezpośredniego” kierownictwa. Moim zdaniem, w sytuacji faktycznego sprawowania kierownictwa przez dwa podmioty, pojęciu „bezpośredniego” kierownictwa usługodawcy należy nadać szeroki zakres znaczeniowy. Szczególnie w odniesieniu do samodzielnych pracowników dopuścić bowiem należy sytuację, w której pracownik ustala wiele kwestii dotyczących sposobu czy terminu wykonywania zadań bezpośrednio z usługobiorcą, o ile zasadnicze ustalenia czyni z usługodawcą.

Krokiem milowym w tym zakresie byłoby stworzenie, wzorem judykatury amerykańskiej, katalogu kryteriów badanych w stanach faktycznych dla określenia czy w danej relacji występuje bezpośrednio kierownictwo czy też nie. Kryteria te moim zdaniem nie powinny odnosić się do realizacji przez podmiot obowiązków pracodawcy, lecz uchwycić istotę specyfiki świadczenia pracy objętej ochroną prawa pracy, tj. pracy polegającej na wypożyczeniu własnych kompetencji w określonym czasie innemu podmiotowi, który może za sprawą przyznanych mu uprawnień kierowniczych korzystać z nich dla realizacji własnych celów gospodarczych.

De lege ferenda do art. 22 § 1¹ k.p. należałoby dodać następujący fragment: zatrudnienie w warunkach określonych w § 1 jest zatrudnieniem na podstawie stosunku pracy, bez względu na nazwę zawartej przez strony umowy, **a także na nazwę umowy zawartej z podmiotem trzecim.** Proponowane brzmienie przepisu nie tylko odzwierciedla wypracowany pogląd, zgodnie z którym zawarcie przez pracownika formalnej umowy z innym podmiotem nie wyklucza ustalenia istnienia stosunku pracy z rzeczywistym pracodawcą, ale także zawiera wyraźny sygnał, iż zawarcie przez podmiot korzystający z pracy pracownika umowy outsourcingu pracowniczego nie ogranicza możliwości uznania go za rzeczywistego pracodawcę. Moim zdaniem, zastosowanie powyższej formuły wzmocniłoby pewność prawa w odniesieniu do problemu ustalenia istnienia stosunku pracy pomiędzy pracodawcą rzeczywistym a pracownikiem faktycznie wykonującym pracę na jego rzecz w ramach trójpodmiotowego modelu współpracy.

Problemy dotyczące ustalenia tożsamości pracodawcy rzeczywistego w outsourcingu usług uwidaczniają zdecydowanie głębszy problem, a ściślej istotną potrzebę redefinicji art. 22 § 1 oraz § 1¹ k.p. Przede wszystkim ujawniają bowiem słabość terminu „kierownictwo”, nie wspominając już o enigmatycznym pojęciu pracowniczego „podporządkowania”. Potrzebę zmian w tym zakresie dostrzeżono w doktrynie prawa pracy¹³³⁷, lecz nie wypracowano jeszcze sposobu uaktualnienia owego pojęcia. Moim zdaniem, właściwym kierunkiem rozwoju dla polskiego prawa pracy byłoby dodanie do art. 22 k.p. paragrafu zawierającego katalog faktycznych cech wykonywania pracy, które uzasadniają objęcie jej ochroną prawa pracy i znajdują zastosowanie do pracy pracowników samodzielnych (autonomicznych). Ujmując to inaczej, do kodeksu pracy powinno się wprowadzić drugi

¹³³⁷Zob. m.in. T. Liszcz, w *sprawie podporządkowania...*, s. 117; K. Walczak, *Wpływ globalizacji...*, s. 81.

model ochrony normatywnej, który mógłby funkcjonować obok fordowskiego modelu zatrudnienia. Ten ostatni, choć wyraźnie traci na znaczeniu, znajduje jednak jeszcze rzeczywiste zastosowanie do pewnej kategorii pracowników, zatem brak jest przesłanek, aby całkowicie z niego zrezygnować. „Nowy” model ochrony powinien natomiast nawiązywać do elementów aktualnych definicji „kierowania” oraz „zarządzania” wypracowanych w dorobku nauk o zarządzaniu, w szczególności zarządzaniu zasobami ludzkimi. Wydaje się bowiem, iż zdecydowana większość aktywnych zawodowo Polaków nadal świadczy pracę pod kierownictwem innej osoby – zmieniła się jedynie forma owego kierownictwa.

Zakończenie

Outsourcing usług to oparty na podstawie umowy cywilnoprawnej proces przeniesienia na jednostkę zewnętrzną obowiązku realizacji zadań lub funkcji, tradycyjnie wykonywanych wewnątrz przedsiębiorstwa, w wyniku którego rozpoczyna się długotrwała współpraca gospodarcza, służąca realizacji celów biznesowych przedsiębiorstwa macierzystego. Kształt strategii, ulega ciągłym przemianom. Pośród głównych celów jej stosowania wskazuje się m.in. na: dostęp do *know-how*, poprawę pozycji konkurencyjnej, uproszczenie struktur i procedur organizacyjnych oraz obiektywizację wyników ekonomicznych¹³³⁸.

Jako pojęcie wieloznaczne, outsourcing podlega wielu podziałom. Najważniejsze, z perspektywy prowadzonych w niniejszej rozprawie rozważań, są podziały na outsourcing: usług oraz produkcji, kapitałowy oraz kontraktowy; krajowy oraz międzynarodowy (*offshoring*), indywidualny oraz funkcjonalny. Wywody prowadzone w niniejszej rozprawie zostały zawężone do outsourcingu usług, realizowanego na podstawie umowy pomiędzy niezależnymi podmiotami (outsourcing kontraktowy), na terytorium Polski (krajowy), obejmującego zadania wykraczające poza jedno stanowisko (funkcjonalny).

Wiele uwagi poświęca się w naukach o zarządzaniu sytuacji pracowników w outsourcingu usług. Decyzja o losie osób dotychczas wykonujących zadania zlecane na zewnątrz, jak również właściwe ukształtowanie współpracy z pracownikami usługodawcy po rozpoczęciu współpracy, stanowią elementy determinujące sukces całego przedsięwzięcia. W odniesieniu do pracowników dotychczas wykonujących zadania zlecane na zewnątrz, pracodawca macierzysty może podjąć decyzję o rozwiązaniu z nimi umów o pracę, powierzeniu im pracy innego rodzaju lub pozostawieniu ich na dotychczasowych stanowiskach, co jednak grozi porażką całego przedsięwzięcia¹³³⁹. Z kolei sukcesu współpracy w ramach outsourcingu upatruje się w tym, aby pracownicy usługodawcy poczuli się po części również

¹³³⁸ Zob. M. Trocki, *Outsourcing. Metoda restrukturyzacji...*, s. 52; M.J. Radło, *Outsourcing w strategiach przedsiębiorstw* [w:] *Outsourcing w praktyce*, red. naukowa D. Ciesielska, M.J. Radło, Warszawa 2014, s. 17, 24; M.J. Power, K.C. Desouza, C. Bonifazi, *Outsourcing. Podręcznik sprawdzonych praktyk*, Warszawa 2008, s. 24-27; M. Golarz, *Charakterystyka efektów outsourcingu* [w:] *Współczesne trendy w outsourcingu*, red. S. Wawak, M. Sołtysiak, Kraków 2015, s. 29-30; J. Marciniak, *Optymalizacja zatrudnienia...*, s. 180.

¹³³⁹ Zob. A. Grześ, *Outsourcing w kształtowaniu...*, s. 14; Zob. K. Vitasek, M. Ledyard, K. Manrodt, *Zaangażowany outsourcing. Pięć zasad, które zmieniają oblicze outsourcingu*, Warszawa 2011, s. 45-58.

pracownikami firmy-klienta¹³⁴⁰. Przedmiotem analizy w niniejszej rozprawie stały się dwie z opisanych powyżej sytuacji, odpowiadające dwóm fazom outsourcingu usług. Po pierwsze, zagadnienie „przejęcia” pracowników w toku zlecenia na zewnątrz zadań i funkcji, po drugie, zagadnienie współpracy pracowników usługodawcy z usługobiorcą w toku świadczenia usług w ramach outsourcingu.

Z perspektywy nauk prawnych, outsourcing usług stanowi rodzaj współpracy realizowanej najczęściej na podstawie nienazwanej umowy o świadczenie usług, do której na mocy odesłania zawartego w art. 750 kodeksu cywilnego (dalej: k.c.), jeżeli strony nie postanowią inaczej, stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu, tj. art. 734 i n. k.c.¹³⁴¹ Umowy outsourcingu usług zawierane są zazwyczaj na czas określony, od 3 do 10 lat¹³⁴². Kwalifikuje się je jako konsensualne, dwustronnie zobowiązujące, odpłatne i wzajemne¹³⁴³. Ponadto, co wynika z definicji outsourcingu stworzonych na gruncie nauk o zarządzaniu¹³⁴⁴, świadczeniu usługodawcy przypisać należy charakter ciągły. Może on je realizować osobiście lub z pomocą pracowników własnych, za których działania lub zaniechania ponosi odpowiedzialność na zasadach ryzyka. Na gruncie niniejszej rozprawy rozważaniom podlegał outsourcing usług realizowany przez usługodawcę z pomocą pracowników własnych.

W prawie polskim i europejskim istnieją fragmentaryczne ograniczenia możliwości korzystania z outsourcingu usług, odnoszące się do określonych przedmiotowo rodzajów działalności. Poza ich zakresem stosowanie tej strategii nie doznaje istotnych restrykcji. Nie oznacza to jednak całkowitej dowolności kontrahentów w kształtowaniu zasad współpracy, każdorazowo zamkniętej w ramach wynikających z art. 353¹ kodeksu cywilnego¹³⁴⁵ tj. wymogu zgodności stosunku prawnego z ustawą oraz zasadami współżycia społecznego oraz z właściwością (naturą) tego stosunku. Ukształtowanie zasad współpracy w sposób sprzeczny z owymi kryteriami powoduje objęcie umowy outsourcingu usług sankcją nieważności¹³⁴⁶.

Na gruncie prawa pracy, prowadzenie dyskursu na temat outsourcingu usług napotyka na wiele trudności, związanych między innymi ze współlistnieniem

¹³⁴⁰ Zob. E. Bukłaha, *Outsourcing w opiece...*, s. 98.

¹³⁴¹ J. Wiak, *Umowa outsourcingu...*, LEX; K. Kopaczyńska-Pieczniak, *Komentarz do art. 750 k.c.* [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania – część szczególna*, wyd. II, red. A. Kidyba, 2014, LEX; wyrok SN z 18.06.2019 r., I UK 159/18, LEX nr 2684741.

¹³⁴² J.P. Foltys, *Outsourcing. Idea...*, s. 172.

¹³⁴³ Zob. W. Robaczyński, *Umowa outsourcingu...*, s. 485; J. Wiak, *Umowa outsourcingu...*, LEX.

¹³⁴⁴ M.J. Radło, *Kontrakty outsourcingowe...*, s. 132.

¹³⁴⁵ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. 2020.1740 z 8.10.2020 r.).

¹³⁴⁶ Zob. S. Włodyka, M. Spyra, *Ogólna charakterystyka...*, s. 29.

różnorodnych praktyk rynkowych o zbliżonym charakterze, a także z problemami w zakresie kwalifikacji owych praktyk w świetle istniejących instytucji prawnych. Brak zatem jednolitego stanowiska co do dopuszczalnych i niedopuszczalnych skutków stosowania outsourcingu. Dostrzegł to K. Walczak podnosząc, że outsourcing stanowi jedno z narzędzi zarządzania, które w pewnej perspektywie musi być uwzględnione lub zdecydowanie odrzucone przez ustawodawstwo krajowe¹³⁴⁷. Moim zdaniem, outsourcing, stanowiący strategię biznesową, jako taki nie podlega dopuszczeniu lub odrzuceniu mocą ustawy. Jego stosowanie przybiera wiele różnorodnych postaci. Za przejawy outsourcingu usług można korzystać ze stałej obsługi kancelarii prawnej, przedsiębiorstwa audytorskiego, biura rachunkowego lub kadrowo-płacowego. Zakaz korzystania z outsourcingu oznaczałby w wielu obszarach zmierzch wolnego rynku.

Wydaje się zatem, iż punktem wyjścia do rozważań na temat relacji outsourcingu usług i prawa pracy powinno być dostrzeżenie kluczowego związku pomiędzy nimi: outsourcing stanowi alternatywę dla zatrudniania pracowników własnych. Co do zasady, korzystanie z niej mieści się w ramach wolności gospodarczej. Aktualnym i istotnym wyzwaniem dla rozwoju prawa pracy pozostaje jednak przeciwdziałanie niepożądanym społecznie skutkom stosowania outsourcingu usług. W skrajnej postaci, może on bowiem służyć jako mechanizm przenoszenia na inny podmiot obciążeń związanych z zatrudnieniem pracowników własnych, przy jednoczesnym zachowaniu korzyści płynących z występowania w roli pracodawcy. Staje się wówczas narzędziem do obchodzenia prawnopracowniczego reżimu korzystania z pracy ludzkiej, uważanego przez wielu przedsiębiorców za uciążliwy. Pozbywając się całej gamy obowiązków oraz idących za nimi kosztów, przedsiębiorcy zyskują przewagę konkurencyjną nad innymi podmiotami, czyniącymi zadość obowiązkom przypisanym do roli pracodawcy. Ich działanie implikuje nie tylko negatywne konsekwencje w zakresie ochrony osób faktycznie wykonujących pracę w ramach outsourcingu usług, ale także w obszarze przestrzegania zasad uczciwej konkurencji na rynku.

Wytyczenie granic wolności gospodarczej w odniesieniu do korzystania z outsourcingu usług jako alternatywy dla zatrudniania pracowników

¹³⁴⁷ K. Walczak, Wpływ globalizacji i ogólnoświatowego kryzysu na podstawy i warunki zatrudnienia. Wyzwania dla polskiego prawa pracy [w:] Współczesne problemy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych. XVIII Zjazd Katedr i Zakładów Prawa Pracy i Ubezpieczeń Społecznych. Warszawa, 26-28 maja 2011 r., ISBN 978-83-7620-644-8, red. L. Florek, Ł. Pisarczyk, LexisNexis, Warszawa 2011, s. 84.

własnych nie stanowi jednak łatwego zadania. Przedsiębiorcy na co dzień mierzą się bowiem z licznymi trudnościami w prowadzeniu działalności gospodarczej. Wyważenie odpowiedniego poziomu ochrony normatywnej osób wykonujących pracę oraz elastyczności niezbędnej dla rozwoju przedsiębiorczości przez podmioty zapewniające tym osobom pracę, przypomina nieustanny „taniec na linie”. Nadmierna ochrona przyznana pracownikom kosztem zbyt restrykcyjnych i sztywnych ograniczeń działalności gospodarczej pracodawców powoduje przeciwnskuteczność norm prawnych. Sprzyja bowiem procesowi marginalizacji pracy¹³⁴⁸ tj. wypierania pracowników poza ramy prawa pracy¹³⁴⁹. Oddalanie się od stosunku pracy zbliża relacje pomiędzy podmiotami do „nieformalnych” i „szarych” sektorów rynku pracy, w którym stosunki zatrudnienia charakteryzuje nie pozytywna autonomia zatrudnionych lecz absencja regulacji prawnej i ochrony¹³⁵⁰.

By przeciwdziałać temu zjawisku, w doktrynie prawa pracy od wielu lat prowadzone są rozważania na temat nowej definicji „pracownika” lub „zatrudnionego”, która objęłaby swoim zakresem szerszą gamę podmiotów faktycznie żyjących z „pracy rąk¹³⁵¹.” Stosunkowo niedawno dostrzeżono jednak także rolę, jaką w procesie marginalizacji pracy odgrywa transformacja zachodząca po stronie pracodawczej. D Weil nazwał ją procesem „pęknięcia zakładów pracy”¹³⁵². Autor dostrzegł, iż więzi zatrudnienia, dawniej łączące pracowników ze zintegrowanymi wertykalnie, dużymi zakładami pracy, dziś ulegają rozdrobnieniu i przeniesieniu do sieci mniejszych przedsiębiorców. Duże przedsiębiorstwa, o ugruntowanej pozycji rynkowej, chętnie korzystają z outsourcingu usług zlecając określone zadania lub funkcje mniejszym przedsiębiorcom, działającym w warunkach większej konkurencji. Powoduje to, iż zasadnicza część korzyści uzyskiwanej z pracy wykonywanej w ramach outsourcingu trafia nie do bezpośrednich pracodawców, lecz do usługobiorców. Ryzyko i obowiązki pracodawcy obciążają natomiast jedynie bezpośredniego pracodawcę. Zanika symetria korzyści i obciążeń wynikających z posiadania statusu pracodawcy, sprawiając, że

¹³⁴⁸ Zob. M. Freeland, *Application of labour and employment law beyond the contract of employment*, International Labour Review, tom 146, nr 1-2/2007, s. 13; B. Wagner, *O swobodzie umowy o pracę raz jeszcze* [w:] *Prawo pracy a wyzwania XXI wieku. Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego*, red. M. Matey-Tyrowicz, L. Nawacki, B. Wagner, Warszawa 2002, s. 359.

¹³⁴⁹ Zob. A. Sobczyk, *Prawo pracy w świetle Konstytucji RP. Tom I. Teoria publicznego i prywatnego indywidualnego prawa pracy*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 24.

¹³⁵⁰ M. Freeland, *Application of labour and employment law beyond the contract of employment*, International Labour Review, tom 146, nr 1-2/2007, s. 13.

¹³⁵¹ Zob. M. Gersdorf, *Prawo zatrudnienia*, Warszawa 2013, s. 33.

¹³⁵² Zob. D. Weil, *Enforcing Labour Standards in Fissured Workplaces: The US Experience*, The Economic and Labour Relations Review, tom 22, nr 2, s. 33.

zatrudnienie pracowników wiąże się dla bezpośrednich pracodawców ze zdecydowaną przewagą obciążeń.

Zjawisku „pękania zakładów pracy” towarzyszą przeobrażenia związane ze zmianą struktury zatrudnienia. Według danych GUS w roku 2021, w sektorze usług zatrudnionych było w Polsce 60,3% wszystkich pracujących, podczas gdy w sektorze obejmującym przemysł i budownictwo pracowało 30,7%, a w rolnictwie, leśnictwie, łowiectwie i rybactwie 8,4%¹³⁵³. Dominujący podczas wprowadzania Kodeksu pracy model fabryczny zatrudnienia ustąpił w rzeczywistości modelowi zatrudnienia w sektorze usług. Dawniej, „typowy” pracownik wykonywał pracę na linii produkcyjnej, pod kierownictwem pracodawcy, a następnie gotowy produkt odbierał klient. W sektorze usług fazy produkcji i konsumpcji przeplatają się. Oznacza to, że pracownik w toku świadczenia pracy musi na bieżąco dostosowywać sposób jej wykonywania do potrzeb klienta. Etos *spełniania życzeń i żądań, oczekiwań i fantazji klientów, wpływa na zachowania pracowników i wymagania pracodawców*¹³⁵⁴. Pracodawcy wymagają dziś od pracowników umiejętności samodzielnej pracy i obsługi klienta, a także zdolności elastycznego dostosowywania się do sytuacji¹³⁵⁵. W przypadku outsourcingu usług, charakteryzującego się ciągłością współpracy kontrahentów i nierzadko dominującą pozycją rynkową usługobiorcy, od pracowników usługodawcy wymaga się wręcz, aby poczuli się po części również pracownikami firmy-klienta¹³⁵⁶. Im silniejszy wpływ usługobiorcy na zachowania pracowników, tym trudniej właściwie zidentyfikować podmiot, który jest jego pracodawcą.

Wobec rozdrobnienia elementów konstrukcyjnych statusu pracodawcy i podzielenia ich pomiędzy różne podmioty, poszukiwanie podmiotu, który posiada ich wystarczająco dużo, aby uznać go za pracodawcę w świetle prawa pracy, generują coraz więcej trudności. By rzucić na nie nieco światła niezbędne jest zastosowanie podejścia intradyscyplinarnego, polegającego na nałożeniu na siebie perspektywy prawa cywilnego oraz prawa pracy. Żadna z perspektyw zastosowana osobno nie ukazuje problemu pełnej złożoności problemu, co sprawia, że jego kształt rozplywa się i wymyka kompleksowej

¹³⁵³ *Polska w liczbach 2020* (raport GUS), Warszawa 2022, s. 6, <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/inne-opracowania/inne-opracowania-zbiorcze/polska-w-liczbach-2022,14,15.html> (dostęp: 20.11.2022 r.); w strukturze pracujących ujętych w raporcie nie uwzględniono nieustalonego rodzaju działalności.

¹³⁵⁴ E. Albin, *Labour Law...*, s. 970.

¹³⁵⁵ *Osiem najbardziej poszukiwanych przez pracodawców kompetencji miękkich*, oprac. Julia Grzesiek, <https://www.money.pl/gospodarka/8-najbardziej-poszukiwanych-przez-pracodawcow-kompetencji-miekkich-6793312521194368a.html> (dostęp z 20.11. 2022 r.).

¹³⁵⁶ Zob. E. Bukłaha, *Outsourcing w opiece...*, s. 98.

analizie prawnej. Połączenie obydwu perspektyw sprawia, iż zjawisko outsourcingu usług przybiera postać trójkąta, na wierzchołkach którego znajdują się trzy podmioty faktycznie zaangażowane we współpracę: usługodawca, usługobiorca (pracodawca macierzysty) oraz pracownik. Boki trójkąta składają się z łączących poszczególne podmioty stosunków prawnych oraz faktycznych.

Analiza relacji zachodzących pomiędzy wszystkimi trzema podmiotami pozwala ustalić, który z kontrahentów współpracujących w ramach outsourcingu usług jest, w świetle prawa pracy, pracodawcą. Badanie opiera się na zastosowaniu jednej z dwóch norm prawnych: art. 23¹§ 1k.p. lub art. 22§ 1 k.p. w zw. z art. 22 § 1¹ k.p. Każda z nich stanowi alternatywną podstawę nabycia statusu pracodawcy, znajdującą zastosowanie do innej fazy outsourcingu usług. W fazie zlecenia na zewnątrz zadań, status pracodawcy weryfikować należy w oparciu o art. 23¹§ 1k.p. Dokonanie outsourcingu usług może, choć nie musi, prowadzić do transferu zakładu pracy lub jego części, a w konsekwencji do wstąpienia przez usługodawcę lub podmiot trzeci w ogół praw i obowiązków pracodawcy macierzystego. Z uwagi na automatyzm działania normy prawnej zawartej w art. 23¹§ 1k.p. oraz jej bezwzględnie obowiązujący charakter, strony nie mogą uchylić transferu ani wywołać go wyłącznie poprzez wyrażenie takiej woli w drodze czynności prawnych. Prowadzi to do sytuacji, w której podmiot wskazany jako pracodawca w czynnościach prawnych dokonywanych w formie pisemnej w toku outsourcingu usług, niekoniecznie stanowi pracodawcę w świetle prawa pracy.

Analogiczny problem pojawia się niekiedy także podczas współpracy podmiotów w toku świadczenia usług w ramach outsourcingu. Poprzez silną, faktyczną współpracę pracownika z usługobiorcą może bowiem dojść do zawarcia pomiędzy tymi podmiotami umowy o pracę w formie dorozumianej. Wówczas to ten podmiot uznać należy za pracodawcę rzeczywistego, pomimo że z czynności prawnych zawartych w formie pisemnej przez podmioty zaangażowane we współpracę w ramach outsourcingu usług status ten przypisano innemu podmiotowi.

Powyższe wywody rodzą jednak pytanie o sens poszukiwania rzeczywistego pracodawcy w oparciu o normy prawa pracy w sytuacji, gdy podmioty zaangażowane we współpracę uznały za pracodawcę inny podmiot. Ustalenie statusu rzeczywistego pracodawcy stanowi niezbędny instrument ochrony pracowników w sytuacji, gdy kontrahenci umowy outsourcingu usług regulują kwestię przypisania statusu pracodawcy w sposób sprzeczny z normami prawa pracy.

Art. 23¹ § 1 k.p. chroni prawa nabyte przez pracowników dotychczas wykonujących zadania zlecane na zewnątrz, jeśli procesowi temu towarzyszy transfer zakładu pracy lub jego części. Uniemożliwia zatem wykorzystanie outsourcingu usług jako narzędzia służącego do pozbawienia ochrony praw pracowników nabytych w toku trwania stosunku pracy z pracodawcą macierzystym, np. wynikających ze stażu pracy. Art. 22 § 1 k.p. w zw. z art. 22 § 1¹ k.p. rozciąga natomiast ochronę nad osobami faktycznie wykonującymi pracę w sposób charakterystyczny dla zatrudnienia pracowniczego. Uniemożliwia użycie outsourcingu usług jako mechanizmu obchodzenia, względem wybranej na podstawie subiektywnych kryteriów grupy osób, uprawnień jakie usługobiorca przyznał pracownikom własnym, np. w drodze korzystniejszego od kanonu ustawowego ukształtowania przepisów wewnątrzzakładowych. Nie dopuszcza zatem do sytuacji podziału grupy osób faktycznie wykonujących pracę w tożsamy sposób na rzecz jednego podmiotu na „lepszą” grupę pracowników własnych oraz „gorszą” grupę pracowników usługodawcy pozbawionych wielu uprawnień pracowniczych, na które mogą liczyć ci bardziej uprzywilejowani. Ochrona pracowników w obydwu wypadkach sprowadza się do możliwości wystąpienia z określonymi roszczeniami względem pracodawcy rzeczywistego lub jego ustalenia w drodze postępowania sądowego.

W fazie transferu zakładu pracy lub jego części status rzeczywistego pracodawcy może zostać przypisany kilku podmiotom. Najczęstszy przypadek poruszany w sporach sądowych, to „przejęcie” przez usługodawcę pracowników, któremu nie towarzyszy spełnienie przesłanek transferu. Nie następuje wówczas sukcesja generalna po stronie pracodawcy, zatem pracodawcą rzeczywistym, wbrew treści czynności prawnej, staje się pracodawca macierzysty (usługobiorca). Drugi wariant ma miejsce, gdy pracodawca macierzysty rozwiązuje umowy o pracę z określoną grupą pracowników, a następnie większość tych osób zatrudnia usługodawca. Jeśli spełnione zostaną wówczas przesłanki transferu, pracodawcą rzeczywistym stanie się usługodawca. W tej kategorii przypadków, usługodawca nabywa wprawdzie status pracodawcy, jednak czyni to formalnie zawierając nową umowę o pracę, podczas gdy w rzeczywistości wstępuje w już istniejący stosunek pracy na zasadach sukcesji generalnej. Trzecia grupa przypadków dotyczy nabycia statusu pracodawcy rzeczywistego w wyniku transferu, przez podmiot trzeci np. podwykonawcę jednej ze stron umowy outsourcingu usług.

W fazie faktycznego wykonywania przez pracownika pracy na rzecz usługobiorcy, zakres podmiotów, którym przypisać można status rzeczywistego pracodawcy pozostaje znacznie węższy – obejmuje bowiem jedynie usługobiorcę. Może on nabyć ten

status w drodze zawarcia umowy o pracę z pracownikiem w sposób dorozumiany, wbrew treści czynności prawnych dokonanych w toku outsourcingu w formie pisemnej, zgodnie z którymi za pracodawcę uznano usługodawcę.

W świetle powyższego, uznać należy iż w polskim prawie pracy istnieją normy prawne wytyczające granice dopuszczalności korzystania z outsourcingu usług jako alternatywy dla zatrudniania pracowników własnych. Powstaje jednak pytanie czy istniejąca regulacja normatywna spełnia wszelkie kryteria dobrej legislacji w odniesieniu do zagadnienia tak istotnego jak ustalenie tożsamości jednej ze stron stosunku pracy. Bazując na treści Zaleceń MOP nr 198 dotyczących stosunku pracy, w niniejszej rozprawie postawiono następującą tezę badawczą: **w aktualnym stanie prawnym zagadnienie tożsamości pracodawcy w outsourcingu usług:**

- 1) nie zostało uregulowane w sposób jednoznaczny i zrozumiały dla podmiotów, którym przypisuje się ten status;**
- 2) nie zapewnia efektywnej ochrony pracownikom faktycznie wykonującym pracę w ramach outsourcingu usług;**
- 3) nie gwarantuje zapewnienia uczciwej konkurencji.**

Uregulowanie przedmiotowego zagadnienia w sposób zgodny z Zaleceniem MOP oraz zasadami konstytucyjnymi wymaga zapewnienia ujednolicenia sposobu wykładni istniejącego prawa oraz interwencji ustawodawcy.

Wymienione powyżej elementy tezy badawczej wymagają odrębnej analizy na gruncie poszczególnych podstaw prawnych nabycia statusu pracodawcy, które wymieniono powyżej. Odnosząc się w pierwszej kolejności do instytucji przejścia zakładu pracy lub jego części na inny podmiot, nie ulega obecnie wątpliwości, iż outsourcing usług może stanowić jego podstawę. Nieustannej ewolucji podlegają natomiast w toku ostatnich 30 lat kryteria owego przejścia. Z uwagi na lakoniczne brzmienie art. 23¹ §1 k.p., poszukiwanie przesłanek transferu, wymaga odniesienia się do wykładni pronijniej, uwzględniającej nie tylko literalne brzmienie dyrektywy Rady 2001/23/WE, ale także bogate orzecznictwo TSUE. Aby objąć ochroną wynikającą z dyrektywy szeroki zakres pracowników Trybunał dokonał rozszerzającej interpretacji istniejących norm prawnych¹³⁵⁷. Choć ogólny kierunek ewolucji wykładni

¹³⁵⁷ Zob. cytowane już wyroki TSUE z 13.09.2007 r., w sprawie C-458/05 Mohamed Jouini i inni przeciwko Princess Personal Service GmbH (PPS), ECR 2007 I-07301, ECLI identifier: ECLI:EU:C:2007:512, pkt 23 oraz powoływane tam w odniesieniu do art. 1 ust. 1 dyrektywy 77/187 wyroki z 7.02.1985 r., w sprawie 135/83 Abels, Rec. str. 469, pkt 11-13 i z 19.05.1992 r., Sophie Redmond Stichting przeciwko Bartol i in., C-29/91, EU:C:1992:220, LEX nr 123198, Rec. str. I-3189, pkt 10.

przepisów prawa stosowanej przez Trybunał ocenić należy pozytywnie, to przemiany dokonują się kosztem pewności prawa. O ile bowiem w pełni zrozumiałe jest przypisywanie w różnych stanach faktycznych odmiennej wagi poszczególnym przesłankom transferu, o tyle obecnie mamy do czynienia z ciągłą transformacją samego katalogu przesłanek. Zakres osób objętych ochroną poszerza się, lecz, wobec istotnego poziomu niepewności prawnej, ochrona staje się mało efektywna. Pracownicy mogą bowiem rezygnować z dochodzenia ochrony własnych praw w drodze postępowań sądowych ze względu na zawłość spraw, a także uzasadnioną obawę o ich końcowy wynik. Jeszcze dalej idący poziom niepewności prawa pojawia się po stronie pracodawców zaangażowanych we współpracę gospodarczą w ramach outsourcingu usług. Zaryzykować można by twierdzenie, iż część polskich przedsiębiorców zawierających umowę outsourcingu usług nie ma nawet w najmniejszym zakresie świadomości obowiązującego w tym zakresie prawa. Ingerencja w wolność gospodarczą na podstawie zmieniającej się nieustannie wykładni prawa, w szczególności unijnego, które w znacznej części nie jest nawet dostępne w polskich wersjach językowych, zdecydowanie nie mieści się w kanonie dobrej legislacji.

De lege lata pozostaje jedynie wyrazić nadzieję, że sposób wykładni norm przez TSUE ustabilizuje się, co zapewni wzrost poziomu pewności prawa. Warto przy tym dostrzec, iż orzecznictwo Sądu Najwyższego w zakresie outsourcingu usług już teraz, w znaczącej części, opiera się na wykładni pronunijnej. Ponadto, aprobaty wymaga ugruntowany w judykaturze pogląd o niedopuszczalności zmiany statusu pracodawcy w wyniku „pozornego outsourcingu pracowniczego” polegającego na „przejęciu” pracowników przez usługodawcę jedynie na płaszczyźnie formalnej, bez jakichkolwiek zmian w świecie rzeczywistym.

De lege ferenda art. 23¹ k.p. powinien zostać rozbudowany o dodatkowy paragraf, o następującej treści: art. 23¹ §1 k.p. znajduje zastosowanie do zmian w zakresie świadczenia usług, w sytuacjach takich jak:

- a. zaprzestanie wykonywania przez pracodawcę zadań we własnym imieniu i rozpoczęcie ich wykonywania przez usługodawcę na rzecz pracodawcy (outsourcing);
- b. zaprzestanie wykonywania przez usługodawcę zadań na rzecz usługobiorcy (niezależnie od tego, czy czynności te były wcześniej wykonywane przez usługobiorcę w jego własnym

imieniu) i rozpoczęcie ich wykonywania przez kolejnego usługodawcę na rzecz usługobiorcy (dalszy outsourcing);

- c. *zaprzestanie wykonywania zadań przez usługodawcę lub kolejnego usługodawcę (niezależnie od tego, czy czynności te były wcześniej wykonywane przez usługobiorcę we własnym imieniu) i rozpoczęcie ich wykonywania przez usługobiorcę w imieniu własnym (insourcing)*
- o ile spełnione są przesłanki jego zastosowania.

Ustalenie, iż transfer zakładu pracy lub jego części zaistniał wbrew woli stron wyrażonej w treści czynności prawnych, dokonanych w formie pisemnej, implikuje także nieważność tych czynności prawnych. W odniesieniu do porozumienia o „przejęciu” pracowników nieważność ma swoją podstawę w kwalifikacji owej czynności jako zmierzającej do obejścia prawa. Niedozwolony cel, jaki chciały na jej podstawie osiągnąć strony, to wywołanie skutków transferu zakładu pracy lub jego części poza zakresem zastosowania art. 23¹ § 1 k.p. Analogiczną kwalifikację prawną przyjąć można w odniesieniu do porozumienia zawieranego w toku tzw. „pozornego outsourcingu pracowniczego”, choć w tym wypadku można mówić o chęci wywołania więcej niż jednego celu niezgodnego z prawem.

Do rozważania pozostaje także ważność czynności prawnych zmierzających do rozwiązania umów o pracę z pracodawcą macierzystym oraz ich nawiązania z usługodawcą w sytuacji, gdy spełnione zostają przesłanki transferu zakładu pracy lub jego części. Również te czynności prawne należy wówczas uznać za nieważne jako zmierzające do obejścia prawa. Zgodnie z ich treścią, usługodawca nabywa wprawdzie status pracodawcy, lecz czyni to formalnie nawiązując nowy stosunek pracy, podczas gdy w rzeczywistości wstępuje w już istniejący. Osiąga zatem niedopuszczalny prawem cel, polegający na naruszeniu ochrony praw nabytych przez pracowników, których ochronie służy instytucja transferu zakładu pracy lub jego części.

Przechodząc do ostatniej części rozważań, drugim niepożądanym społecznie skutkiem stosowania outsourcingu usług może być wykorzystywanie go do unikania obciążeń związanych ze statusem pracodawcy, przy zachowaniu korzyści z niego płynących. Wnioski poczynione na ten temat można podzielić na dwie grupy. Pierwsza dotyczy skrajnej postaci zjawiska tj. outsourcingu pracowniczego, w którym usługodawca, na podstawie umowy cywilnoprawnej, oddaje własnych pracowników do dyspozycji usługobiorcy, w zamian za wynagrodzenie. Zgodnie brzmieniem z art. 22§ 1 k.p. w zw. z art. 22 § 1¹ k.p. występowanie w odpowiednim nasileniu cech stosunku

pracy w relacji faktycznej istniejącej pomiędzy dwoma podmiotami powoduje nawiązanie pomiędzy nimi stosunku pracy. Odbywa się ono w drodze zawarcia umowy o pracę *per facta concludentia*. Zawarcie umowy w ten sposób jest możliwe także, gdy *praca odpowiadająca cechom stosunku pracy została objęta formalnie umową wiążącą jej wykonawcę z innym podmiotem niż pracodawca, na którego rzecz praca ta była faktycznie wykonywana*¹³⁵⁸. Sam zwrot „oddanie pracownika do dyspozycji innego podmiotu”, implikuje powstanie pomiędzy pracownikiem a tym podmiotem relacji charakteryzującej się znacznym natężeniem cech stosunku pracy, przede wszystkim spełnieniem przesłanki kierownictwa, a także wyznaczania czasu i miejsca pracy. W relacji pracownik - usługobiorca nie występuje natomiast cecha odpłatności oraz ponoszenia przez usługobiorcę ryzyka pracodawcy. Jeśli faktyczna współpraca podmiotów spełnia jednak przesłanki ciągłości oraz osobistego charakteru świadczenia, wówczas za pracodawcę rzeczywistego, co do zasady, uznać należy usługobiorcę, który nabywa ów status w wyniku zawarcia umowy o pracę z pracownikiem w sposób dorozumiany.

Pogląd ten współistnieje jednak w doktrynie i judykaturze z poglądem przeciwnym, zgodnie z którym dopuszczalne jest przenoszenie uprawnień kierowniczych na inny podmiot, bez utraty statusu pracodawcy, co oznaczałoby iż pomimo „oddania pracownika do dyspozycji innego podmiotu” pracodawcą pozostaje usługodawca. Moim zdaniem, w świetle brzmienia art. 22 § 1 w zw. z art. 22 § 1¹ k.p. należy go zakwalifikować jako przejaw wykładni *contra legem*. Skoro o istnieniu stosunku pracy przesądza natężenie cech tego stosunku w faktycznej relacji pomiędzy dwoma podmiotami, a największą wagę przy ich badaniu przypisuje się kierownictwu pracodawcy, to nie można jednocześnie uważać iż kierownictwo to można dowolnie przekazywać innym podmiotom¹³⁵⁹.

Druga grupa wniosków dotyczy ustalenia statusu pracodawcy rzeczywistego w przypadku podziału uprawnień i obowiązków pracodawcy pomiędzy dwa podmioty. Sytuacja ta towarzyszy przypadkom outsourcingu usług innego rodzaju aniżeli pracowniczy, w których pracownik wykonuje swoją pracę w warunkach ścisłej współpracy z usługobiorcą. Owa ścisła współpraca polega na istnieniu pomiędzy podmiotami bezpośredniej interakcji, zwanej przez M. Freedlanda „więzią pracy osobistej”, a także ciągłego charakteru faktycznego wykonywania pracy przez

¹³⁵⁸ Wyrok SN z 3.06.2008 r., I PK 311/07, LEX nr 494044.

¹³⁵⁹ Mam tu na myśli podmioty, które nie działają w imieniu pracodawcy.

określonego pracownika na rzecz określonego usługobiorcy. W grupie stanów faktycznych wyróżnionych w oparciu o tak skonstruowane kryteria wstępne, pojawia się wątpliwość czy natężenie cech stosunku pracy w relacji pracownik – usługobiorca nie uzasadnia przypisania temu podmiotowi statusu rzeczywistego pracodawcy. Potęguje się ona w przypadkach, w których zachowania usługobiorcy można kwalifikować jako przejawy kierownictwa, a zachowania pracownika jako przejawy podporządkowania owemu kierownictwu. Jak uzasadniono szerzej we wcześniejszej części wyводу, w świecie usług, w którym umiejętność samodzielnego, elastycznego dopasowania zachowania pracownika do potrzeb klienta stanowi kompetencję pożądaną przez większość pracodawców, rośnie liczba przypadków ścisłej i samodzielnej współpracy pracownika z usługobiorcą.

Ustalenie który z podmiotów zaangażowany we współpracę w ramach outsourcingu usług jest rzeczywistym pracodawcą, wymaga porównania faktycznego natężenia cech stosunku pracy w relacji usługodawca-pracownik oraz usługobiorca-pracownik. W toku porównania, jak zaznaczono już powyżej, największą wagę przypisać należy cechom takim jak: kierownictwo pracodawcy oraz osobiste i ciągłe świadczenie pracy. W odniesieniu do cechy kierownictwa dopuszczalny jest podział uprawnień kierowniczych pomiędzy usługodawcę i usługobiorcę, z tym jednak zastrzeżeniem, iż uprawnienia kierownicze usługobiorcy muszą mieć węższy zakres od uprawnień kierowniczych usługodawcy oraz charakter pośredni. Do przesłanek o mniejszej wadze zaliczyć można to, który podmiot wskazuje miejsce i określa czas pracy, a także wypłaca pracownikowi wynagrodzenie. Nie oznacza to jednak, iż w niektórych przypadkach cechy te nie okażą się decydujące. Całkowicie pominąć należy natomiast kwestię tego który z podmiotów ponosi ryzyko pracodawcy.

Zawarcie umowy o pracę w sposób dorozumiany pomiędzy pracodawcą rzeczywistym (usługobiorcą) a pracownikiem implikuje konieczność rozważania ważności umów, konstytuujących dwa pozostałe boki trójkąta. Umowa outsourcingu usług staje się wówczas nieważna z uwagi na jej sprzeczność z cywilnoprawną naturą stosunku prawnego. Umowa zawarta w reżimie prawa cywilnego nie może bowiem regulować zagadnienia sprzedaży pracy ludzkiej, wykonywanej w warunkach charakterystycznych dla stosunku pracy. W niektórych przypadkach umowę outsourcingu usług uznaje się za obciążoną wadą oświadczeń woli w postaci pozorności. Dzieje się tak w szczególności w przypadkach ukrycia umowy outsourcingu pracowniczego pod pozorem umowy outsourcingu usług innego rodzaju np. „usług

będących przedmiotem działalności spółki¹³⁶⁰». Jeśli spełnione zostaną przesłanki pozorności, ważność umowy outsourcingu usług innego rodzaju zależy od ważności umowy outsourcingu pracowniczego. Ta zaś, co do zasady, jest w polskim porządku prawnym nieważna.

Silne natężenie cech stosunku pracy pomiędzy pracownikiem a usługobiorcą oznacza także, iż brakuje ich w relacji pomiędzy pracownikiem a usługodawcą. Moim zdaniem, i w tym przypadku nieważność umowy o pracę wynika z jej sprzeczności naturą stosunku prawnego w tym wypadku prawnopracowniczą. Stosunek prawny pomiędzy pracownikiem a usługodawcą nie zawiera bowiem kluczowych cech stosunku pracy, co sprawia, iż w istocie nim nie jest. Ze względu na brak uregulowania zagadnienia nieważności umowy o pracę w przepisach prawa pracy, oraz brak sprzeczności z zasadami prawa pracy, odpowiednie zastosowanie znajdują przepisy prawa cywilnego. Umowę o pracę zawartą pomiędzy pracownikiem a formalnym pracodawcą uznać należy za nieważną na podstawie art. 353¹ k.c. oraz art. 58 k.c. w zw. z art. 300 k.p.

Rozważania na temat nabycia statusu pracodawcy rzeczywistego wskutek zawarcia umowy o pracę w sposób dorozumiany pomiędzy usługobiorcą a pracownikiem prowadzą do stwierdzenia, iż zagadnienie to charakteryzuje wysoki poziom niepewności prawnej. Najwyraźniej dostrzec go można w dyskusji na temat dopuszczalności przeniesienia uprawnień kierowniczych na inny podmiot mocą umowy outsourcingu pracowniczego. Fakt, iż w tym skrajnym przypadku występuje spór w doktrynie i judykaturze, rzuca także na rozważania prowadzone na temat współpracy usługobiorcy w pracownikiem, w której występuje słabsze nasilenie cech stosunku pracy. Brak pewności prawa utrudnia dochodzenie ochrony pracownikom faktycznie wykonującym pracę na rzecz usługobiorcy w warunkach zbliżonych do zatrudnienia pracowniczego, którzy przynależą wówczas do mniej uprzywilejowanej od pracowników własnych usługobiorcy grupy zwanej w języku angielskim *outsiders*¹³⁶¹. W konsekwencji, gdyby przyjąć powyższy pogląd za słuszny, możliwe byłoby budowanie przewagi konkurencyjnej na zmniejszaniu ochrony osób faktycznie wykonujących pracę na rzecz danego przedsiębiorcy.

¹³⁶⁰ Zob. wyrok SN z 19.09.2018 r. I UK 210/17, LEX nr 2558652; wyrok SA we Wrocławiu z 16.01.2019 r., III AUa 1274/18, LEX nr 2895441.

¹³⁶¹ K. Walczak, *Wpływ globalizacji...*, s. 87.

Z drugiej strony, istnieje także pogląd restrykcyjny, zgodnie z którym usługobiorca nie powinien w ogóle ingerować w sposób wykonywania pracy przez pracownika. Skrajne stanowisko oparte jest na modelu fordowskim, wypracowanym w erze dominacji zatrudnienia w sektorze przemysłu. Przyjęcie go skutkowałoby jednak przypisywaniem statusu pracodawców rzeczywistych szerokiej grupie usługobiorców zaangażowanych w udaną współpracę z samodzielnymi pracownikami usługodawców, co stanowiłoby zbyt daleko idącą ingerencję prawa pracy w wolność działalności gospodarczej.

Aby nie naruszyć zasad uczciwej konkurencji, do przypisywania statusu rzeczywistego pracodawcy w sytuacjach wątpliwych podejść należy z ostrożnością. Na podstawie dorobku judykatury, wyróżnić można sprawowanie kierownictwa bezpośredniego i pośredniego nad pracownikiem. Moim zdaniem, aby zminimalizować skutki nadmiernej ingerencji norm prawa pracy, opartych na fordowskim modelu zatrudnienia, w wykonywaniu pracy w ramach outsourcingu usług, należy pojęciu kierownictwa bezpośredniego usługodawcy nadać możliwie szeroki zakres znaczeniowy. Szczególnie w odniesieniu do samodzielnych pracowników, jego istnienia nie mogą przekreślać nawet liczne ustalenia dokonywane przez pracownika bezpośrednio z usługobiorcą, o ile w odniesieniu do zasadniczych kwestii pracownik konsultuje się lub, w przypadku znacznej autonomii, informuje, usługodawcę. Jedynie w przypadkach bezspornych, stanowiących w istocie konstrukcje zbliżone do outsourcingu pracowniczego, usługobiorcy powinien zostać przyznany status pracodawcy rzeczywistego. Krokiem milowym w tym zakresie byłoby stworzenie, wzorem judykatury amerykańskiej, katalogu kryteriów badanych w stanach faktycznych dla określenia czy w danej relacji występuje bezpośrednie kierownictwo czy też nie.

De lege lata uaktualnienia wymaga sposób wykładni pojęcia kierownictwa, ze szczególnym uwzględnieniem podziału na kierownictwo pośrednie oraz bezpośrednie a także wyrażenia „wykonywanie pracy na rzecz”. *De lege ferenda* do art. 22 § 1¹ k.p. należałoby dodać następujący fragment: *zatrudnienie w warunkach określonych w § 1 jest zatrudnieniem na podstawie stosunku pracy, bez względu na nazwę zawartej przez strony umowy, a także na nazwy umów zawartych z podmiotem trzecim.*

Na zakończenie, warto jeszcze wspomnieć o postulatach względem rozwoju prawa pracy w nieco dalszej perspektywie. Moim zdaniem, nieuniknioną potrzebą pozostaje wprowadzenie do kodeksu pracy drugiego modelu ochrony normatywnej, alternatywnego dla ochrony wypracowanej na podstawie fordowskiego modelu zatrudnienia,

który w większym stopniu uwzględniałby specyfikę pracy w usługach. Ponadto, na gruncie wielu gałęzi prawa rysuje się już nurt zmian normatywnych zmierzających do przypisywania odpowiedzialności podmiotom, które starają się jej uniknąć, poprzez korzystanie z outsourcingu usług. Dążenia te dostrzec można już także w samym prawie pracy, choć na razie jedynie w zakresie przeciwdziałania negatywnym skutkom społecznym outsourcingu międzynarodowego (offshoringu). Kwestią czasu wydaje się wdrożenie odpowiednich regulacji także w odniesieniu do outsourcingu krajowego. Uważam ten kierunek rozwoju prawa za właściwy i mam nadzieję, iż w prawie polskim pojawią się w przyszłości normy pozwalające przypisać pewien zakres odpowiedzialności podmiotowi korzystającemu z pracy faktycznie wykonywanej przez pracownika kontrahenta, bez konieczności uznawania tego podmiotu za rzeczywistego pracodawcę. Rozwiązanie to stanowi bowiem kompromis pomiędzy potrzebą ochrony pracowników oraz wolnością wyboru reżimu korzystania z pracy ludzkiej.

Podsumowując, przeprowadzone na gruncie niniejszej rozprawy badania potwierdziły prawdziwość przyjętej na wstępie tezy badawczej. Obecny stan wiedzy odzwierciedla wysoki poziom niepewności prawnej, która wpływa niekorzystnie na pracowników szukających ochrony swoich praw pogwałconych zastosowaniem outsourcingu jako mechanizmu obchodzenia prawa pracy. Stwarza także ryzyko uznania za rzeczywistych pracodawców przedsiębiorców wchodzących w relacje outsourcingowe bez świadomości potencjalnych, i bardzo doniosłych praktycznie, implikacji, jakie rodzi możliwość przypisania im statusu pracodawców rzeczywistych. Przyjęta obecnie wykładnia przepisów prawa nie wyklucza także definitywnie możliwości podejmowania przez przedsiębiorców działań służących do obchodzenia reżimu prawa pracy przy użyciu outsourcingu usług, umożliwiając im uzyskiwanie przewag konkurencyjnych kosztem ochrony osób faktycznie wykonujących na ich rzecz pracę. **Uregulowanie przedmiotowego zagadnienia w sposób zgodny z Zaleceniem MOP oraz zasadami konstytucyjnymi wymaga ujednoczenia sposobu wykładni istniejącego prawa, w szczególności w zakresie pojęcia „kierownictwa pracodawcy” oraz rozbudowy treści art. 22 i 23¹ k.p.**

Bibliografia

- Adamczyk A., Surdykowska B., *Ponadnarodowe układy ramowe jako próba odpowiedzi związków zawodowych na wyzwania globalizacji*, PiZS 2012/1
- Albin E., *Labour Law in a Service World*, „The Modern Law Review” 2010/73(6)
- Ansari S.M., Sidhu J.S., Volberda H.W., Oshri I., *Managing globally disaggregated teams. The role of organizational politics* [w:] *Global outsourcing and offshoring: an integrated approach to theory and corporate strategy*, red. F.J. Contractor, V. Kumar, S.K. Kundu, T. Pedersen, Cambridge 2011
- Antczak B. *Outsourcing pracownicy – analiza pojęcia* [w:] *Jurisprudencja 19. Zatrudnienie tymczasowe jako nietypowa forma świadczenia pracy*, red. T. Duraj, Łódź 2022
- Antczak B., *O roli MOP w zapewnieniu godnej pracy w świecie offshoringu produkcji*, PiZS 2022/12
- Avilés A.O., *The „externalization” of labour law*, „International Labour Review” 2009/1-2, t. 148
- Bąk E., *Elastyczne formy zatrudnienia*, Warszawa 2006, Legalis
- Bakalarz T., *Odpowiedzialność organizatora sieci franczyzowej wobec pracowników zatrudnionych przez uczestnika sieci* [w:] *Przegląd Prawa i Administracji. Tom CXIII*, red. A. Górnicz-Mulcahy, Wrocław 2018
- Bąk-Grabowska D., *Zarządzanie zasobami ludzkimi w warunkach stosowania niestandardowych form zatrudnienia*, Wrocław 2016
- Balza B., Balza I., *Koszty pracy w polskim, wspólnotowym i międzynarodowym prawie pracy — ich wpływ na ustawowy obowiązek prowadzenia sprawozdawczości statystycznej w Polsce*, PiZS 2014/11
- Baran K. W. [w:] *System Prawa Pracy*, red. K. W. Baran. *Tom II. Indywidualne Prawo Pracy*, red. G. Goździewicz, Warszawa 2017
- Baran K. W., *O niektórych sposobach nawiązania umownego stosunku pracy* [w:] *Wolność i sprawiedliwość w zatrudnieniu. Księga pamiątkowa poświęcona Prezydentowi Rzeczypospolitej Polskiej Profesorowi Lechowi Kaczyńskiemu*, red. M. Seweryński, J. Stelina, Gdańsk 2012
- Baran K.W. (red.), *Kodeks pracy. Komentarz. Tom I. Art. 1-113*, wyd. V, 2020, LEX
- Baran K.W., Lekston M., *Komentarz do ustawy o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników* [w:] *Zbiorowe prawo zatrudnienia. Komentarz*, red. naukowa K.W. Baran, Warszawa 2019
- Baranowska-Zajac W., *Warunki zlecenia przez zakłady ubezpieczeń czynności w drodze outsourcingu na podstawie dyrektywy 2009/138/WE oraz ustawy z 22.5.2003 r. o działalności ubezpieczeniowej*, „Monitor Prawniczy” 2004/18, Legalis
- Barrientos S. W., ‘Labour Chains’: *Analysing the Role of Labour Contractors in Global Production Networks*, “The Journal of Development Studies”, 2013/8, t. 49
- Bednarowicz B., *Uberyzacja zatrudnienia – praca w gospodarce współdziałania w świetle prawa UE*, MOPR 2018/2

Blinder A., *Offshoring: the next industrial revolution*, „Foreign Affairs” 2006/2, t. 85, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/fora85&div=31> (dostęp: 12.10.2020 r.)

Boruta I., W sprawie przyszłości prawa pracy, PiZS 2005/4

Bryson J., Daniels P., Warf B., *Service Worlds: People, Organisations, Technologies*, Routledge 2004, <https://eds-1p-1ebscohost-1.com-100000esp4aa9.han3.lib.uni.lodz.pl/eds/detail?sid=6b0822a3-6bfd-4d4e-9f62-c7dfcfb92b6e@redis&vid=1&format=EB&rid=1#AN=570668&db=e000xww> (dostęp: 22.03.2023 r.)

Bukłaha E., *Outsourcing w opiece zdrowotnej*, Warszawa 2018

Bury B., *Podporządkowanie pracownika pracodawcy*, PiP 2006/9

Byrski J., *Tajemnica prawnie chroniona w działalności bankowej*, Warszawa 2010, Legalis

Cajsel W., *Outsourcing usług a zmiana podmiotowa pracodawcy*, „Służba Pracownicza” 2009/5

Carvell S.A., Sherwyn D., *It is time for something new: a 21st century joint-employer doctrine for 21st century franchising*, t. 5, wyd. 1, Waszyngton 2015, <https://digitalcommons.wcl.american.edu/aublrvol5/iss1/3/> (dostęp: 9.03.2023 r.)

Chaciński J., *Nieważność umowy o pracę*, Lublin 2009

Chakowski M., *Umowy outsourcingu pracowniczego w praktyce polskich przedsiębiorstw [w:] Zatrudnienie w epoce postindustrialnej*, red. B. Godlewska-Bujok, K. Walczak, 2021, Legalis

Chilimoniuk-Przeździecka E., *Offshoring we współczesnej gospodarce światowej*, Warszawa 2018

Chobot A., *Nowe formy zatrudnienia*, Warszawa 1997

Ciesielska D., *Offshoring usług. Wpływ na rozwój przedsiębiorstwa*, Warszawa 2009

Ciesielska D., Radło M.J. (red.), *Outsourcing w praktyce*, Warszawa 2014

Clayson Z.E., Halpern J.L., *Changes in the Workplace: Implications for Occupational Safety and Health*, „Journal of Public Health Policy” 1983/3, t. 4, <http://www.jstor.com/stable/3342110> (dostęp: 13.10.2020 r.)

Collins H., *Employment Law*, Second Edition, Oxford 2010, EBSCOhost, search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=e000xww&AN=694174&lang=pl&site=eds-live (dostęp: 22.03.2023 r.)

Cook M.F., *Outsourcing funkcji personalnej*, Kraków 2003

Czarnecki P., *Odpowiedzialność pracodawcy a rozwój struktur holdingowych*, Warszawa 2014

Czarnecki P., *Glosa do uchwały SN z dnia 16 czerwca 2016 r., III UZP 6/16*, LEX

Czech T., *Zasada swobody outsourcingu w działalności bankowej*, „Monitor Prawniczy” 2008/17, Legalis

Czekaj J., Wodecka-Hyjek A., *Kierunki rozwoju outsourcingu procesów biznesowych [w:] Metody zarządzania procesami w świetle studiów i badań empirycznych*, red. J. Czekaj, „Studia i Prace Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie” 2009/5

Davidov G., *Joint Employer Status in Triangular Employment Relationships*, „An International Journal of Employment Relations” 2004/42

- Davies S., Hammer N., Williams G., Raman R., Ruppert C. S., Volynets L., *Labour standards and capacity in global subcontracting chains: evidence from a construction MNC*, "Industrial Relations Journal", 2011/2, t. 42
- Davy A., *Międzynarodowy outsourcing usług IT. Pozycja Polski na światowym rynku outsourcingu usług*, Warszawa 2018
- Deakin S., *Addressing the labour market segmentation: the role of labour law. Centre for Business Research, University of Cambridge Working Paper No. 446*, Cambridge 2013
- Diukariev D., *Outsourcing: history of development and practical application* [w:] *Management of the 21st century: globalization challenges*, Praga 2019, <http://dspace.puet.edu.ua/bitstream/123456789/8662/1/monog2019summercompressed-1-198%20%281%29.pdf#page=97> (dostęp: 22.03.2023 r.)
- Drapała P. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom V. Zobowiązania. Część szczegółowa*, wyd. 2, red. J. Gudowski, Warszawa 2017, LEX.
- Drzewiecki J., *Outsourcing jako narzędzie zmiany modelu biznesu. Perspektywa Business Model Canvas*, Wrocław 2019
- Duraj T. (red.), *Kilka refleksji na temat uprawnień kierowniczych w zatrudnieniu tymczasowym* [w:] *Jurisprudencja 19. Zatrudnienie tymczasowe jako nietypowa forma świadczenia pracy*, Łódź 2022
- Duraj T., *Podporządkowanie pracowników zajmujących stanowiska kierownicze w organizacjach*, Warszawa 2013
- Duraj T., *Zależność ekonomiczna jako kryterium identyfikacji stosunku pracy – analiza krytyczna*, PiZS 2013/6
- Fenichel Z., *Prawo pracy. Komentarz*, Kraków – Warszawa 1939
- Florek L., *Swoboda umów w prawie pracy* [w:] *Wolność i sprawiedliwość w zatrudnieniu. Księga pamiątkowa poświęcona Prezydentowi Rzeczypospolitej Polskiej Profesorowi Lechowi Kaczyńskiemu*, red. M. Seweryński, J. Stelina
- Florek L. [w:] *System Prawa Pracy*, red. K. W. Baran. *Tom II. Indywidualne Prawo Pracy*, red. G. Goździewicz, Warszawa 2017
- Florek L., Pisarczyk Ł., *Prawo pracy*, Warszawa 2019
- Florek L., *Umowy cywilnoprawne a umowa o pracę* [w:] *Umowa o pracę a umowa o zatrudnienie*, red. G. Goździewicz, Warszawa 2018
- Florek L., *Ustawa i umowa w prawie pracy*, Warszawa 2010
- Foltys J.P., *Outsourcing. Idea. Koncepcja. Standard*, Toruń 2018
- Freedland M., *Application of labour and employment law beyond the contract of employment*, „International Labour Review” 2007/1-2, t. 146
- Freedland M., *From the Contract of Employment to the Personal Work Nexus*, „Industrial Law Journal” 2006/1, t. 35
- Gay Ch.L., Essinger J., *Outsourcing strategiczny. Koncepcja, modele i wdrożenie*, Kraków 2002
- Gersdorf M. (red.), *Zatrudnieni i zatrudniający na aktualnym rynku pracy*, Warszawa 2012
- Gersdorf M., *Jeszcze w sprawie sporu o pojęcie pracodawcy*, PiZS, Nr 1997/2

- Gersdorf M., *Od proletariatu do prekariatu, czyli o kierunku rozwoju prawa pracy* [w:] *Przyszłość prawa pracy. Liber Amicorum. W pięćdziesięciolecie pracy naukowej Profesora Michała Seweryńskiego*, red. Z. Hajn, D. Skupień, Łódź 2015
- Gersdorf M., Raczkowski M., Rączka K., *Kodeks pracy. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2011
- Gersdorf M., Raczkowski M., Rączka K., *Kodeks pracy. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2014, LEX.
- Gersdorf-Giaro M., *Zawarcie umowy o pracę*, Warszawa 1985
- Giedrewicz-Niewińska A., *Pracownicze aspekty outsourcingu* [w:] *Elastyczne formy zatrudnienia i organizacji czasu pracy*, red. naukowa A. Bieliński, A. Giedrewicz-Niewińska, M. Szablowska- Juckiewicz, Warszawa 2015
- Gilley K.M., Rasheed A., *Making more by doing less: An analysis of outsourcing and its effects on firm performance*, „Journal of Management” 2000/26
- Głądoch M., *Prawo wyboru podstawy zatrudnienia w kontekście zasady swobody prowadzenia działalności gospodarczej*, PiZS 2018/5
- Glass A., Saggi K., *Innovation and Wage Effect of International Outsourcing*, “European Economic Review”, 2001/45
- Golarz M., *Charakterystyka efektów outsourcingu* [w:] *Współczesne trendy w outsourcingu*, red. S. Wawak, M. Sołtysiak, Kraków 2015
- Góral Z. [w:] *System prawa pracy. Tom I. Część ogólna*, red. K. W. Baran
- Góral Z., *O kodeksowym katalogu zasad indywidualnego prawa pracy*, Warszawa 2011
- Górnicz-Mulcahy A., *Przejście zakładu pracy na innego pracodawcę a zasada równego traktowania w zakresie wynagradzania w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, MOPR 2016/9
- Górska K. [w:] *Zarys prawa cywilnego*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2021
- Gospodarek G., *Status „niezależnego” usługodawcy a trójpodmiotowy model świadczenia usług w gig economy, cz. 1*, PiZS 2019/2
- Goździewicz G., *Umowa o pracę a umowa o zatrudnienie (charakterystyka ogólna)* [w:] *Umowa o pracę a umowa o zatrudnienie*, red. G. Goździewicz, Warszawa 2018
- Goździewicz G., Zieliński T. [w:] *Kodeks pracy. Komentarz*, wyd. VII, red. L. Florek, Warszawa 2017, LEX
- Griffin R.W., *Podstawy zarządzania organizacjami*, Warszawa 2004
- Griffith K.L., *An empirical study of fast-food franchising contracts: Towards a new intermediary theory of joint employment*, t. 94:171, Waszyngton 2019, HeinOnline
- Grześ A., *Outsourcing w kształtowaniu zatrudnienia oraz kosztów i produktywności pracy w przedsiębiorstwach*, Białystok 2017
- Gutowski M. (red.) [w:] *Kodeks cywilny. Tom III. Komentarz. Art. 627-1088*, wyd. 3, Warszawa 2022, Legalis
- Hajn Z. [w:] *System Prawa Pracy*, red. K. W. Baran. *Tom II. Indywidualne Prawo Pracy*, red. G. Goździewicz, Warszawa 2017
- Hajn Z., *Glosa do wyroku SN z dnia 3 czerwca 1998 r., I PKN 159/98*, LEX

- Hajn Z., *Konkurencja między przedsiębiorcami a prawo pracy* [w:] *Prawo pracy między gospodarką a ochroną pracy. Księga jubileuszowa Profesora Ludwika Florka*, red. naukowa M. Latos-Miłkowska, Ł. Pisarczyk, Warszawa 2016
- Hajn Z., *Nowa regulacja prawna zdolności układowej związków zawodowych*, PiZS 2001/4
- Hajn Z., *Pojęcie jednostki gospodarczej w dyrektywie 2001/23/WE w sprawie przejęcia zakładu pracy w świetle kontrowersji dotyczących stosowania testu Sūzen*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2014/01
- Hajn Z., *Pojęcie pracodawcy po nowelizacji kodeksu pracy*, PiZS 1997/5
- Hajn Z., *Pracodawca jako strona stosunków cywilnoprawnych* [w:] *Przegląd Prawa i Administracji. Tom CXIII*, red. A. Górnicz-Mulcahy, Wrocław 2018
- Hajn Z., *Przejście zakładu pracy na innego pracodawcę w prawie polskim a prawo pracy UE*, MOPR 2004/5, Legalis
- Hajn Z., *Regulacja pozycji prawnej pracownika i pracodawcy a funkcje prawa pracy*, PiZS, 2000/10
- Hippel C. von, *Operationalizing the Shadow Workforce. Toward an Understanding of the Participants in Nonstandard Employment Relationships* [w:] *The Shadow Workforce: Perspectives on Contingent Work in the United States, Europe and Japan*, red. S.E. Gleason, Kalamazoo 2006
- Hirsch J.M., *Joint Employment in the United States*, „Italian Labour Law e-Journal” 2020/1, t. 13, s. 60, <https://doi.org/10.6092/issn.1561-8048/11204> (dostęp: 22.03.2023 r.)
- Iwaniuk M., *Koszty i ryzyko w projektach outsourcingowych* [w:] *Outsourcing w praktyce*, red. naukowa D. Ciesielska, M.J. Radło, Warszawa 2014
- J. Jończyk, *Najem pracy*, PiZS 2016/12
- J. Wojtyła, *Dylematy ochronnej funkcji prawa pracy w stosunkach prawnych zatrudnienia* [w:] *Wolność i sprawiedliwość w zatrudnieniu. Księga pamiątkowa poświęcona Prezydentowi Rzeczypospolitej Polskiej Profesorowi Lechowi Kaczyńskiemu*, red. M. Seweryński, J. Stelina, Gdańsk 2012
- Jackowiak U. i in., [w:] *Kodeks pracy. Komentarz*, wyd. IV, red. K.W. Baran, 2004, LEX.
- Jagoda A., Klimczak M., *Praca jako zasób – pojęcie pracy i jej znaczenie w naukach ekonomicznych*, „Acta Universitatis Nicolai Copernici. Nauki humanistyczno-społeczne. Ekonomia”, XLII, z. 402, Toruń 2011
- Janas A. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna (art. 1-125)*, red. M. Fras, M. Habdas, Warszawa 2018, LEX
- Jaros B., *Zrównowazona konsumpcja w świetle wyzwań XXI wieku*, „Handel Wewnętrzny” 2012/ numer specjalny (lipiec-sierpień), t. 2, *Trendy i wyzwania zrównowozonego rozwoju w XXI wieku*
- Jaśkowski K. [w:] E. Maniewska, K. Jaśkowski, *Komentarz aktualizowany do Kodeksu pracy*, Sopot 2020
- Jaśkowski K. [w:], *Kodeks pracy. Komentarz*, wyd. XI, red. E. Maniewska, K. Jaśkowski, Warszawa 2019, LEX

- Jedliński A. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna*, wyd. II, red. A. Kidyba, Warszawa 2012, LEX
- Jończyk J., *O społecznej naturze zatrudnienia*, PiZS 2011/6
- Jończyk J., *Umowa o zatrudnienie*, PiZS 2012/2
- Kaczyński L., *Zasada swobody umów w prawie pracy po nowelizacji kodeksu pracy*, PiP 1997/3
- Kapusta P. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, wyd. 2, red. M. Załucki, Warszawa 2019, Legalis
- Katner W.J. [w:] *System prawa prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna*, t. 1, red. M. Safjan, Warszawa 2007
- Kijowski A., *Glosa do wyroku SN z dnia 6 kwietnia 1989 r., I PR 138/89*, LEX
- Kijowski A., *Oddanie pracownika do dyspozycji innego pracodawcy*, „Przegląd Sądowy” 1996/6
- Kijowski A., *Przejęcie zakładu pracy na inną osobę. Wykładnia i praktyka*, PiZS 1991/4
- Kijowski A., *Zakres swobody pracodawcy w korzystaniu z zatrudnienia cywilnoprawnego* [w:] *Prawo pracy a wyzwania XXI wieku. Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego*, red. M. Matey-Tyrowicz, L. Nawacki, B. Wagner, Warszawa 2002
- Klimczak-Nowacka M., Lisicki R., *Zmiana pracodawcy w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego i Trybunału Sprawiedliwości*, „Służba Pracownicza” 2012/1
- Kłós M., *Outsourcing w polskich przedsiębiorstwach*, Warszawa 2017
- Koczur S., *Beneficjent pracy jako kryterium objęcia systemem ubezpieczeń społecznych*, MOPR 2013/7
- Koczur S., *Przejęcie pracowników jako następstwo przejęcia zakładu pracy* [w:] *Studia z zakresu prawa pracy i polityki społecznej*, red. A. Świątkowski, Kraków 2013
- Kopczyński T., *Outsourcing w zarządzaniu przedsiębiorstwami*, Warszawa 2010
- Kopertyńska M.W., *Przywództwo w organizacji czynnikiem sukcesu*, „Przegląd Prawa i Administracji”, t. CIII, Wrocław 2015
- Kotarbiński T., *Traktat o dobrej robocie*, wyd. VI, Wrocław – Warszawa 1975
- Kowalczyk B. J. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Balwicka-Szczyrba, A. Sylwestrzak, Warszawa 2022
- Krajewski K., *Godność pracy ludzkiej* [w:] *Godność – Praca – Globalizacja*, red. naukowa W. Dłubacz, s. 38, DOI: <https://dlibra.kul.pl/dlibra/publication/56691/edition/50570/content> (dostęp: 7.01.2022 r.)
- Kryńska E., *Kontraktowanie pracy* [w:] *Europeizacja polskiego prawa pracy*, red. naukowa W. Sanetra, Warszawa 2004
- Krysińska-Wnuk L., *Regulacja zwolnień grupowych pracowników*, LEX 2009
- Kuba M., *Uprawnienia kierownicze pracodawcy a kontrola pracownika* [w:] *Prawne formy kontroli pracownika w miejscu pracy*, LEX 2014
- Kubot Z., *Kierownictwo pracodawcy* [w:] *Kształtowanie warunków pracy przez pracodawcę. Możliwości i granice*, red. H. Szurgacz, Warszawa 2011
- Kubot Z., *Kierownictwo pracodawcy wobec pracowników wypożyczonych*, PiZS 2002/4

Kubot Z., *Kierownictwo zlecającego jako pojęcie prawne* [w:] *Z zagadnień współczesnego prawa pracy. Księga Jubileuszowa Profesora Henryka Lewandowskiego*, red. Z. Góral, Warszawa 2009

Kubot Z., *Konstrukcja uznania za pracownika czy konstrukcja szerokiego rozumienia pojęcia pracownika na gruncie ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych*, MOPR 2021/2

Kubot Z., *Kryterium płatnika składek w aspekcie sporu o wykładnię art. 8 ust. 2a tzw. ustawy systemowej*, MOPR 2020/11

Kubot Z., *Odcinkowa zdolność pracodawcza spółki dominującej w grupie kapitałowej*, PiZS 2014/9

Kubot Z., *Odcinkowe zdolności prawne*, PiZS 2012/8

Kubot Z., *Pojęcie kierownictwa pracodawcy* [w:] *Prawo pracy a wyzwania XXI wieku. Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego*, red. M. Matey-Tyrowicz, L. Nawacki, B. Wagner, Warszawa 2002

Kubot Z., *Pozycja prawna stron w umownym stosunku pracy*, Wrocław 1978

Kuczyński T., *O właściwościach pracowniczego obowiązku dbałości o dobro zakładu pracy*, PiZS 2004/7

Kuek S.Ch., *The global opportunity in online outsourcing*, „Transport & ICT” 2015/6

Kurzynoga M., *Przesłanki przejścia zakładu pracy lub jego części na nowego pracodawcę w najnowszym orzecznictwie SN*, MOPR 2013/2

Kurzynoga M., *Zachowanie tożsamości jednostki gospodarczej jako przesłanka przejścia części zakładu pracy na innego pracodawcę – glosa, I PK 210/09*, MOPR 2011/6

Kuśmierczyk M., *Pojęcie „pracy na rzecz pracodawcy”, o którym mowa w art. 8 ust. 2a ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych*, „Biuletyn Instytutu Studiów Podatkowych” 2022/8, Legalis

Kuźniar A., *Długofalowe tendencje wzrostu roli usług w handlu międzynarodowym* [w:] *Globalizacja usług. Outsourcing, offshoring i shared services centers*, red. A. Szymaniak, Poznań 2007

Latos-Miłkowska M., *Ochrona interesu pracodawcy*, Warszawa 2013

Latos-Miłkowska M., Pisarczyk Ł., *Zwolnienia z przyczyn niedotyczących pracownika*, 2005, LEX

Leighton P., Syrett M., Hecter R., Holland P., *Nowoczesne formy zatrudnienia*, Kraków 2007

Lewandowicz-Machnikowska M. [w:] *Prawo pracy i ubezpieczeń społecznych*, wyd. 3, red. K.W. Baran, Warszawa 2019

Lewandowska H., *Outsourcing. Model zarządzania w podmiotach sektora ochrony zdrowia*, Warszawa 2010

Lewandowski H., *Nawiązanie i zmiana stosunku pracy (zarys problematyki)* [w:] *Prawo pracy RP w obliczu przemian*, red. M. Matey-Tyrowicz, T. Zieliński, Warszawa 2006

Lewandowski H., *Uprawnienia kierownicze w umownym stosunku pracy: przedmiot i granice*, Warszawa 1977

Lewandowski H., *Uwagi o roli umowy we współczesnym prawie pracy* [w:] *Prawo pracy a wyzwania XXI wieku. Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego*, red. M. Matey-Tyrowicz, L. Nawacki, B. Wagner, Warszawa 2002

Lewaszkiwicz-Petrykowska B. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, wyd. II, red. P. Książak, M. Pyziak-Szafnicka, Warszawa 2014, LEX

Liszczyk T., *Nieważność czynności prawnych w umownych stosunkach pracy*, Warszawa 1977

Liszczyk T., *Podporządkowanie pracownika a kierownictwo pracodawcy – relacja pojęć* [w:] *Z zagadnień współczesnego prawa pracy. Księga Jubileuszowa Profesora Henryka Lewandowskiego*, red. Z. Góral, Warszawa 2009

Liszczyk T., *Praca ludzka – wartość ekonomiczna czy etyczna?*, „Etnolingwistyka. Problemy Języka i Kultury” 2016/28, DOI:10.17951/et.2016.28.59 (dostęp: 22.03.2023 r.)

Liszczyk T., *Praca nie jest towarem*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska. Sectio G. Ius” 2015/2/62

Liszczyk T., *Prawo pracy*, Warszawa 2009, LEX

Liszczyk T., *Prawo pracy*, Warszawa 2020

Liszczyk T., *Swoboda umów w prawie pracy* [w:] *Wolność i sprawiedliwość w zatrudnieniu. Księga pamiątkowa poświęcona Prezydentowi Rzeczypospolitej Polskiej Profesorowi Lechowi Kaczyńskiemu*, red. M. Seweryński, J. Stelina, Gdańsk 2012

Liszczyk T., *W sprawie podporządkowania pracownika* [w:] *Współczesne problemy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych*, red. L. Florek, Ł. Pisarczyk, Warszawa 2011

Ludera-Ruszel A., *Samozatrudnienie ekonomicznie zależne a konstytucyjna zasada ochrony pracy*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2017/1, t. XXVII, <http://dx.doi.org/10.18290/rnp.2017.27.1-3> (dostęp: 22.03.2023 r.)

M. Gersdorf, *Prawo zatrudnienia*, Warszawa 2013

Machnikowski P. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, wyd. 10, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2021, Legalis

Makowski D. [w:] *System prawa pracy. Tom II. Indywidualne Prawo Pracy. Część ogólna*, red. K.W. Baran, red. nauk. G. Goździewicz, Warszawa 2017

Makowski D., *Praca tymczasowa jako nietypowa forma zatrudnienia*, Warszawa 2006

Malarewicz-Jakubów A., Tanajewska R., *Prawne i ekonomiczne aspekty outsourcingu*, „Optimum. Studia ekonomiczne” 2014/ 4(70)

Malina A., *Analiza zmian struktury zatrudnienia w Polsce w porównaniu z krajami Unii Europejskiej*, „Zeszyty Naukowe Akademii Ekonomicznej w Krakowie” 2006/726, <https://r.uek.krakow.pl/bitstream/123456789/2600/1/133456430.pdf> (dostęp: 26.11.2022 r.)

Malinowski D.M., Malinowski J., *Konsekwencje karne skarbowe afery „outsourcingu pracowniczego”*. *Analiza forsowanej przez organy podatkowe koncepcji znamion podmiotowych czynów zabronionych*, „Przegląd Podatkowy” 2020/5

Maniewska E., *Holding a pojęcie pracodawcy*, PiZS 2016/12

Mankiw N.G., Taylor M.P., *Mikroekonomia*, Warszawa 2015

- Manowska M. [w:] A. Adamczuk, P. Pruś, M. Radwan, M. Sieńko, E. Stefańska, M. Manowska, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz aktualizowany. Tom I. Art. 1-477(16)*, LEX 2022
- Marciniak J., *Optymalizacja zatrudnienia, wynagrodzeń i struktur organizacyjnych*, Warszawa 2016
- Marcinkowska E., *Outsourcing w zarządzaniu szpitalem publicznym*, Warszawa 2011
- Mariański J., *Praca ludzka jako wartość społeczna*, „Homo et Societas” 2017/2, <https://www.ejournals.eu/Homo-et-Societas/2017/2-2017/art/14091> (dostęp: 7.01.2022 r.)
- Mattarelli E., Tagliaventi M.R., *Changing work practices. Acceptance of virtual work among knowledge professionals engaged in offshoring activities*, [https://nscpolteksby.ac.id/ebook/files/Ebook/Business%20Administration/Global%20outsourcing%20and%20offshoring%20-%20Contractor%20\(2011\)/10%20-%20Changing%20work%20practices.pdf](https://nscpolteksby.ac.id/ebook/files/Ebook/Business%20Administration/Global%20outsourcing%20and%20offshoring%20-%20Contractor%20(2011)/10%20-%20Changing%20work%20practices.pdf) (dostęp: 22.03.2023 r.)
- McMullen J., *The Developing Case Law on TUPE and Service Provision Change*, „Industrial Law Journal”, 2016/2
- Mędrala M., *Outsourcing pracownicy* [w:] *Z problematyki zatrudnienia tymczasowego*, red. A. Sobczyk, Warszawa 2011, LEX
- Miętek A., *Swoboda umów i jej ograniczenia przy kształtowaniu treści stosunku pracy*, Warszawa 2019
- Miętek A., *Zatrudnienie zewnętrzne a swoboda umów stron stosunku pracy – analiza zjawiska*, MOPR 2015/10, Legalis
- Milewski R., Kwiatkowski E., *Podstawy ekonomii*, Warszawa 2005
- Mitrus L., *Podporządkowanie pracownicze jako zmieniające się cecha stosunku pracy* [w:] *Współczesne problemy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych*, red. L. Florek, Ł. Pisarczyk, Warszawa 2011
- Mitrus L., *Podporządkowanie pracownika zatrudnionego w formie telepracy* [w:] *Z zagadnień współczesnego prawa pracy. Księga Jubileuszowa Profesora Henryka Lewandowskiego*, red. Z. Góral, Warszawa 2009
- Mitrus L., *Przejęcie zakładu pracy na innego pracodawcę a prawo pracownika do odprawy w świetle art. 23[1] § 4 k.p.*, MOPR 2011/7, Legalis
- Mol M.J., *Outsourcing: Design, Process and Performance*, Cambridge 2007
- Moras K., *Rozwiązanie umowy o pracę przez pracownika w przypadku przejścia zakładu pracy w prawie polskim i austriackim*, MOPR 2011/3
- Morek R. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, wyd. 30, red. serii K. Osajda, red. tomu W. Borysiak, Warszawa 2022, Legalis
- Morek R., Raczkowski M. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, 2020, Legalis
- Morin M.L., *Labour law and new forms of corporate organization*, „International Labour Review” 2005/1, t. 144
- Moszczyński M., *Praca tymczasowa – aspekty ekonomiczne i zatrudnieniowe*, PiZS 2004/10
- Musiała A., *Glosa do wyroku SN z 9 lutego 2006, II PK 160/05*, PiP 2007/12

Musiała A., *Podporządkowanie pracownika w stosunku pracy. Glosa do wyroku SN z dnia 7 marca 2006 r.*, I PK 146/05, LEX

Muszalski W., Godlewska-Bujok B. [w:] *Kodeks pracy. Komentarz*, wyd. 13, red. W. Muszalski, K. Walczak, Warszawa 2021, Legalis

Muszalski W., Walczak K. (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Legalis

Nadskakulski R., *Część zakładu pracy w rozumieniu wybranych przepisów prawa pracy*, PiZS 1995/10

Nakakubo H., Araki T., *Introduction [w:] The Notion of Employer in the Era of the Fissured Workplace. Should Labour Law Responsibilities Exceed the Boundary of the Legal Entity?*, red. R. Blanpain, F. Hendrickx, , The Netherlands 2017

Nałęcz M. [w:] *Kodeks pracy. Komentarz*, wyd. 13, red. W. Muszalski, Warszawa 2021, Legalis

Nazaruk P. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany*, red. J. Ciszewski, LEX 2021

Niewęglowski A., *Charakter prawny umowy outsourcingu. Glosa do wyroku SA w Katowicach z dnia 28 października 2009 r.*, V ACa 418/09, LEX

Nowak L., *Wstęp do idealizacji teorii nauki*, Warszawa 1977

Nowicka K., *Outsourcing w zarządzaniu zasobami przedsiębiorstwa*, Warszawa 2016

Ogiegło L., [w:] *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 450–1088. Przepisy wprowadzające*, wyd. 10, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2021, Legalis

Olsen K.B., *Productivity Impacts of Offshoring and Outsourcing: A Review*, „OECD Science, Technology and Industry Working Papers” 2006/01, <https://doi.org/10.1787/18151965> (dostęp: 21.08.2020 r.)

Olszak M., *Outsourcing w działalności bankowej*, Warszawa 2006, Legalis

Orekondy D., *What Makes Parties Joint Employers? An Analysis of the National Labor Relations Board's Redefining „of the Joint Employer” Standard and Its Potential Effect on the Labor Industry*, Miami 2016, <https://repository.law.miami.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1301&context=umbl> (dostęp: 22.03.2023 r.)

Orłowski G. [w:] *Kodeks pracy. Komentarz*, wyd. 30, red. K. Walczak, 2020, Legalis.

Oshri I., Kotlarsky J., Willcocks L.P., *The Handbook of Global Outsourcing and Offshoring*, Basingstoke 2015

Osmólski R., *Okiem praktyka: Początek i koniec – czyli umowa [w:] Outsourcing w praktyce*, red. naukowa D. Ciesielska, M.J. Radło, Warszawa 2014

Pachała E., *Outsourcing – ryzyko z perspektywy prawa pracy*, MOPR 2021/2

Paluszkiewicz M., *Zatrudnienie tymczasowe w polskim prawie pracy. Konstrukcji i charakter prawny*, Warszawa 2011

Paruch S., Stępień R., *Likwidacja stanowiska pracy jako przyczyna wypowiedzenia umowy o pracę*, MOPR 2014/12

Patulski A., *Doktrynalne aspekty zatrudnienia tymczasowego (wybrane aspekty) [w:] Z problematyki zatrudnienia tymczasowego*, red. A. Sobczyk, Warszawa 2011

Patulski A., *Modele prawodawstwa pracy a nowelizacja Kodeksu pracy*, „Zarządzanie Zasobami Ludzkimi”, 2003/3-4

Patulski A., *Nietypowe formy zatrudnienia. Elastyczność czy stabilizacja? Część 2*, MOPR 2008/3, Legalis

Patulski A., Orłowski G., *Ewolucja europejskiego prawa pracy a model polski*, MOPR 2004/1, Legalis

Patulski A., Winter M., *Status prawno-organizacyjny głównego księgowego w dobie transformacji* [w:] *Z zagadnień współczesnego prawa pracy*, red. Z. Góral, 2009, LEX

Perraudin C., Thèvenot N., Valentin J., *Avoiding the employment relationship: Outsourcing and labour substitution among French manufacturing firms, 1984-2003*, „International Labour Review” 2013/3-4, t. 152

Piątkowski J., *Aksjologiczne i normatywne podstawy prawa stosunku pracy*, Toruń 2017

Piekarski M. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. Z. Resich, J. Ignatowicz, J. Pietrzykowski, J. Bielski, Warszawa 1972

Pietrzykowski J., *Pojęcie zakładu pracy według kodeksu pracy*, „Państwo i Prawo” 1976/6

Piotrowska K., *Korzyści i zagrożenia związane z wykorzystaniem outsourcingu w polskim przedsiębiorstwie* [w:] *Współczesne trendy w outsourcingu*, red. S. Wawak, M. Sołtysiak, Kraków 2015

Pisarczyk Ł., *Aksjologiczne i prawne uwarunkowania ryzyka pracodawcy w stosunkach pracy*, PiP 2004/12

Pisarczyk Ł., *Cele prawa pracy a jego funkcje ochronna i organizacyjna*, PiZS 2012/12

Pisarczyk Ł., *Praca tymczasowa a ryzyko pracodawcy* [w:] *Z problematyki zatrudnienia tymczasowego*, red. A. Sobczyk, Warszawa 2011, LEX

Pisarczyk Ł., *Przejęcie zakładu pracy lub jego części na innego pracodawcę – wybrane problemy*, PiZS 2007/5

Pisarczyk Ł., *Przejęcie zakładu pracy na innego pracodawcę*, Warszawa 2013

Pisarczyk Ł., *Różne formy zatrudnienia*, Warszawa 2003

Pisarczyk Ł., *Ryzyko pracodawcy*, Warszawa 2008

Pisarczyk Ł., *Wpływ przejścia na stosunki pracy w prawie polskim* [w:] *Przejęcie zakładu pracy na innego pracodawcę*, Warszawa 2013

Pisarczyk Ł., *Glosa do wyroku SN z dnia 29 listopada 2005 r., II PK 391/04*, LEX

Power M.J., Desouza K.C., Bonifazi C., *Outsourcing. Podręcznik sprawdzonych praktyk*, Warszawa 2008

Prusinowski P., *Obowiązek zapłaty składek a definicja pracownika w prawie ubezpieczeń społecznych*, MOPR 2011/6

Prusinowski P., *Umowne podstawy zatrudnienia*, Warszawa 2012

Pszczółkowski T., *Mała encyklopedia prakseologii i teorii organizacji*, Warszawa 1978

Rączka K., *Stosunek pracy a cywilnoprawne umowy o świadczenie pracy*, PiZS 1996/11

Raczkowski M., *Grupa spółek (holding) jako pracodawca*, PiZS 2016/7

Raczkowski M., *Grupa spółek w świetle prawa pracy. Koncepcja pracodawców powiązanych*, Warszawa 2019

Raczkowski M., *Holding jako pracodawca? Problemy indywidualnego prawa pracy w grupie spółek*, „Przegląd Prawa i Administracji” CXIII 2018/3844, DOI: 10.19195/0137-1134.113.9 (dostęp: 22.02.2023 r.)

- Raczkowski M., *Holding jako pracodawca? Problemy indywidualnego prawa pracy* [w:] *Przegląd Prawa i Administracji. Tom CXIII*, red. A. Górnicz-Mulcahy, Wrocław 2018
- Raczkowski M., *O podporządkowaniu autonomicznym – krytycznie* [w:] *Współczesne problemy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych*, red. L. Florek, Ł. Pisarczyk, Warszawa 2011
- Raczkowski M., *Outsourcing pracowniczy. Delegowanie pracowników do pracy u innego pracodawcy na terenie Polski* [w:] *Prawo pracy między gospodarką a ochroną pracy. Księga jubileuszowa Profesora Ludwika Florka*, red. naukowa M. Latos-Miłkowska, Ł. Pisarczyk, Warszawa 2016
- Raczkowski M., *Pomijanie prawnej odrębności członków holdingu w indywidualnym prawie pracy*, cz. 2, PiZS 2016/9
- Raczkowski M., *Powiązania kapitałowe pracodawcy a stosunek pracy*, PiP 2009/3
- Raczkowski M., *Ustawa o zatrudnianiu pracowników tymczasowych. Komentarz*, 2012, LEX
- Raczkowski M., *Zatrudnienie pracownika u kontrahenta pracodawcy* [w:] *Umowy cywilnoprawne w ubezpieczeniach społecznych*, red. M. Szablowska-Juckiewicz, M. Wałachowska, J. Wantoch-Rekowski, Warszawa 2015
- Radło M.J., *Kontrakty outsourcingowe* [w:] *Outsourcing w praktyce*, red. naukowa D. Ciesielska, M.J. Radło, Warszawa 2014
- Radło M.J., *Offshoring i outsourcing. Implikacje dla gospodarki i przedsiębiorstw*, Warszawa 2013
- Radło M.J., *Outsourcing w strategiach przedsiębiorstw* [w:] *Outsourcing w praktyce*, red. naukowa D. Ciesielska, M.J. Radło, Warszawa 2014
- Rawling M. J., *A Generic Model of Regulating Supply Chain Outsourcing. Labour Law and Labour Market Regulation: Essays on The Construction, Constitution and Regulation of Labour Markets and Work Relationships*, Sydney 2006, ANU College of Law Research Paper No. 07-07, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=982748> (dostęp: 22.02.2023 r.)
- Robaczyński W., *Umowa outsourcingu* [w:] *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane*, t. 9, red. naukowa W.J. Katner, Warszawa 2018
- Rudnicka M., *Teoretyczne ujęcie usług wymiernalnych w skali międzynarodowej* [w:] *Procesy globalizacji*, red. J. Rymarczyk, B. Skulska, W. Michalczyk, Wrocław 2009
- Rycak M. [w:] *Zatrudnienie pracowników tymczasowych. Komentarz*, red. A. Reda-Ciszewska, M. Rycak, Warszawa 2017
- Rylski M., *Pracodawca jako płatnik składek za zleceniobiorców swego kontrahenta (art. 8 ust. 2a u.s.u.s.). Uwagi polemiczne*, cz. 1, PiZS 2018/3
- Rzetecka-Gil A. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania – część ogólna*, LEX 2011
- Sadlik R., *Kiedy następuje przejście zakładu pracy na nowego pracodawcę?*, MOPR 2007/6, Legalis
- Sadlik R., *Przejęcie części zakładu pracy przez nowego pracodawcę*, MOPR 2019/6
- Sadlik R., *Zawarcie umowy o pracę w sposób dorozumiany*, MOPR 2011/9, Legalis

Safjan M. [w:] *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz. Art. 1-449¹⁰*, wyd. 10, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2020, Legalis

Salwa Z., *Rola umowy o pracę w kształtowaniu stosunku pracy*, PiP 1977/11

Sanetra W. [w:] *System Prawa Pracy*, red. K. W. Baran. *Tom II. Indywidualne Prawo Pracy*, red. G. Goździewicz, Warszawa 2017

Sanetra W., *Komentarz do art. 22 k.p.* [w:] *Kodeks pracy. Komentarz*, wyd. III, red. J. Iwulski, Warszawa 2013, LEX

Sanetra W., *O pojęciu części zakładu pracy*, „Przeгляд Sądowy” 1994/1

Sanetra W., *Praca tymczasowa – zatrudnienie czy pośrednictwo pracy* [w:] *Z zagadnień współczesnego prawa pracy. Księga Jubileuszowa Profesora Henryka Lewandowskiego*, red. Z. Góral, Warszawa 2009

Sanetra W., *Przyszłość prawa pracy z perspektywy istniejących dla niego zagrożeń* [w:] *Przyszłość prawa pracy. Liber Amicorum. W pięćdziesięciolecie pracy naukowej Profesora Michała Seweryńskiego*, red. Z. Hajn, D. Skupień, Łódź 2015

Sanetra W., *Stosunek pracy i jego przemiany* [w:] *Współczesne problemy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych*, red. L. Florek, Ł. Pisarczyk, Warszawa 2011

Sanetra W., *Uwagi w kwestii zakresu podmiotowego kodeksu pracy* [w:] *Prawo pracy a wyzwania XXI wieku. Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego*, red. M. Matey-Tyrowicz, L. Nawacki, B. Wagner, Warszawa 2002

Sanetra W., *W poszukiwaniu pracodawcy*, PiZS 1992/3

Seweryński M., *Kontraktualizacja stosunków pracy i jej wpływ na ochronę pracowników* [w:] *Godność człowieka a prawa ekonomiczne i socjalne. Księga jubileuszowa wydana w piętnastą rocznicę ustanowienia Rzecznika Praw Obywatelskich*, Warszawa 2003

Seweryński M., *Problemy rekodyfikacji prawa pracy* [w:] *Prawo pracy a wyzwania XXI wieku. Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego*, red. M. Matey-Tyrowicz, L. Nawacki, B. Wagner, Warszawa 2002

Seweryński M., *Wynagrodzenie za pracę: pojęcie, regulacja i ustalenie*, Warszawa 1981

Skąpski M., *Ochronna funkcja prawa pracy w gospodarce rynkowej*, Zakamycze 2006, LEX

Skąpski M., *Pracowniczy obowiązek dbałości o dobro zakładu pracy*, PiZS 2001/2

Snyder A., *Outsourcing* [w:] *The Encyclopaedia of Human Resource Management, Volume 1: Short Entries*, red. William J. Rothwell, red. tomu Robert K. Prescott, Hoboken 2012

Sobczak A., *Legal dimensions of international framework agreements in the field of corporate social responsibility* [w:] “Industrial Relations 3/2007”, t. 62

Sobczyk A., Korus P., *Test Spijkersa i test Süzen a pojęcie części zakładu pracy opartej o kryterium osobowe*, PiZS 2017/1

Sobczyk A., *Podmiotowość pracy i towarowość usług. Analiza prawna*, Kraków 2018

Sobczyk A., *Prawo pracy w świetle Konstytucji RP. Tom II. Wybrane problemy i instytucje prawa pracy a konstytucyjne prawa i wolności człowieka*, Warszawa 2013

Sobczyk A., *Ustawa o zatrudnianiu pracowników tymczasowych. Komentarz*, Zakamycze 2005, Legalis

Sobczyk A., *Zatrudnianie pracowników tymczasowych*, PiZS 2004/4

Sobolewski P. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, wyd. 29, red. K. Osajda, Warszawa 2021

Springer A., *Problemy definiowania i klasyfikowania kompetencji pracowników*, „Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Bankowej w Poznaniu” 2011/34, www.man.poznan.pl (dostęp: 22.03.2023 r.)

Stelina J., *Monocentryczne versus policentryczne prawo pracy* [w:] *Przyszłość prawa pracy. Liber Amicorum. W pięćdziesięciolecie pracy naukowej Profesora Michała Seweryńskiego*, red. Z. Hajn, D. Skupień, Łódź 2015

Stelina J., *Nieparadygmatyczne stosunki pracy*, PiP 2020/12

Stelina J., *Tradycyjna koncepcja stosunku pracy a stosunek pracy tymczasowej – potrzeba redefinicji?* [w:] *Z problematyki zatrudnienia tymczasowego*, red. A. Sobczyk, Warszawa 2011

Strugała J., *Uprawnienia kierownicze podmiotu zatrudniającego* [w:] *Studia nad kodeksem pracy*, red. W. Jaśkiewicz, Poznań 1975

Stuss M.M., *Payrolling jako narzędzie rozwoju zarządzania zasobami ludzkimi we współczesnych przedsiębiorstwach*, cz. 2, „Ekonomiczne Problemy Usług” 2009/44, cz. 2, https://bazhum.muzhp.pl/media/files/Ekonomiczne_Problemy_Uslug/Ekonomiczne_Problemy_Uslug-r2009-t-n44_cz_2/Ekonomiczne_Problemy_Uslug-r2009-t-n44_cz_2-s275-281/Ekonomiczne_Problemy_Uslug-r2009-t-n44_cz_2-s275-281.pdf (dostęp: 20.02.2023 r.)

Sulzdorf J., *Przejęcie pracowników przez innego pracodawcę – niektóre aspekty prawne*, „Służba Pracownicza” 2001/9

Supiot A., *Zatrudnienie pracownicze i zatrudnienie niezależne* [w:] *Referaty na VI Europejski Kongres Prawa Pracy i Zabezpieczenia Społecznego*, Warszawa 1999

Świątkowski A. M., *Autonomiczna definicja pracodawcy w europejskim prawie zabezpieczenia społecznego. Rozważania na tle wyroku Trybunału Sprawiedliwości UW w sprawie AFMB*, PiZS 2021/3

Świątkowski A.M., *Kodeks pracy. Komentarz*, wyd. 6, 2018, Legalis

Świątkowski A.M., *O kontrowersjach wokół pojęcia „autentyczny” pracodawca*, PiP 2018/4

Świątkowski A.M., *Przedmiot stosunku pracy. Rozważania de lege lata i de lege ferenda* [w:] *Współczesne problemy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych*, red. L. Florek, Ł. Pisarczyk, Warszawa 2011

Świątkowski A.M., *Restrukturyzacja zakładu pracy. Komentarz. Prawo socjalne Unii Europejskiej i Rady Europy*, Kraków 2003

Świątkowski A.M., *Status pracy i jej pożytków*, „Polityka Społeczna” 2017/1

Świątkowski A.M., *Wzorce pracy w prawie*, Kraków 2018

Szpunar A., *Uwagi o pojęciu czynności prawnej*, PiP 1974/12

Szubert W., *O charakterze prawnym stosunku pracy*, PiZS 1964/7

Szubert W., *Zarys prawa pracy*, Warszawa 1980

- Szukalski S.M., Wodnicka M., *Outsourcing. Metodyka przygotowywania procesów i ocena efektywności*, Warszawa 2016
- Szurgacz H., *Stosunki pracy z użyczeniem (przekazaniem) pracownika w prawie europejskim a prawo polskie [w:] Szczególne formy zatrudnienia*, red. Z. Kubot, Wrocław 2002
- Szymaniak A., *Polska w rankingach atrakcyjności dla offshoringu usług [w:] Globalizacja usług. Outsourcing, offshoring i shared services centers*, red. A. Szymaniak, Poznań 2007
- T. Duraj, *Przyszłość pracowniczego podporządkowania jako cechy konstrukcyjnej stosunku pracy [w:] Przyszłość prawa pracy. Liber Amicorum. W pięćdziesięciolecie pracy naukowej Profesora Michała Seweryńskiego*, red. Z. Hajn, D. Skupień, Łódź 2015
- Tanajewska R. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. J. Ciszewski, P. Nazaruk, Warszawa 2019
- Tanajewska R., *Charakter prawny zarządu w spółce akcyjnej*, wyd. 1, 2017, Legalis
- Tomanek A., *Przejęcie przedsiębiorstwa, zakładu lub ich części [w:] System Prawa Pracy*, t. X, red. naukowa K.W. Baran, Warszawa 2020
- Tomanek A., *Przejęcie zakładu pracy na innego pracodawcę*, Wrocław 2002
- Tomaszewska M. [w:] *Kodeks pracy. Komentarz. Tom I. Art. 1-93*, wyd. VI, red. K.W. Baran, Warszawa 2022, LEX
- Topolewski K., *Przedmiot zobowiązania z umowy zlecenia*, Warszawa 2015, Legalis
- Torbus U., *Prekaryzacja pracy i jej skutki [w:] Zatrudnienie w epoce postindustrialnej*, red. B. Godlewska-Bujok, K. Walczak, Warszawa 2021
- Trocki M., *Outsourcing. Metoda restrukturyzacji działalności gospodarczej*, Warszawa 2001
- Trzaskowski R. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna, cz. 2 (art. 56-125)*, red. J. Gudowski, Warszawa 2021, LEX.
- Trzeciakowski R., *Prawne uwarunkowania oraz formy zatrudnienia w podmiotach sektora publicznego i w działalności gospodarczej [w:] Prawo gospodarcze – zagadnienia wybrane*, wyd. 1, red. M. Bidziński, D. Jagiełło, 2016, Legalis
- Tuleja P. [w:] P. Czarny, M. Florczak-Wątor, B. Naleziński, P. Radziejewicz, P. Tuleja, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, LEX 2021
- Twardowska-Mędrak I., *Najnowsze orzecznictwo ETS w sprawach dotyczących ochrony praw pracowniczych w razie przejścia przedsiębiorstwa na innego pracodawcę*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2008/5
- Twardowska-Mędrak I., *Przejęcie zakładu pracy na innego pracodawcę*, Warszawa 2011
- Twardowska-Mędrak I., *Zachowanie tożsamości podmiotu gospodarczego jako przesłanka przejścia przedsiębiorstwa na podstawie Dyrektywy 2001/23 WE. Glosa do wyroku TS z dnia 15 grudnia 2005 r., C-232/04 i C-233/04*, LEX
- Tyrańska M., *Istota i znaczenie outsourcingu w działalności przedsiębiorstwa [w:] Współczesne trendy w outsourcingu*, red. S. Wawak, M. Sołtysiak, Kraków 2015
- Urry J., *Offshoring*, Warszawa 2015

- Vitasek K., Ledyard M., Manrodt K., *Zaangażowany outsourcing. Pięć zasad, które zmieniają oblicze outsourcingu*, Warszawa 2011
- Wagner B., *Jednolitość, wielopostaciowość czy ewolucja funkcji ochronnej prawa pracy – zatrudnienie typowe versus tymczasowe* [w:] *Z problematyki zatrudnienia tymczasowego*, red. A. Sobczyk, Warszawa 2011
- Wagner B., *O swobodzie umowy o pracę raz jeszcze* [w:] *Prawo pracy a wyzwania XXI wieku. Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego*, red. M. Matey-Tyrowicz, L. Nawacki, B. Wagner, Warszawa 2002
- Wagner B., *Stosunek pracy i jego treść* [w:] *Prawo pracy RP w obliczu przemian*, red. M. Matey-Tyrowicz, T. Zieliński, Warszawa 2006
- Wagner B., *W sprawie „pracodawcy pośredniego”*, PiP 1990/10
- Wagner B., *Zakres swobody umów w pracowniczym stosunku pracy*, Kraków 1986
- Wagtendonk J. van, *Is There an Employer in the House: Evaluating the National Labor Relations Board's Joint-Employer Standard in the Fissured Health Care Workplace*, Boston 2018, HeinOnline
- Walczak K., *Wpływ globalizacji i ogólnoświatowego kryzysu na podstawy i warunki zatrudnienia. Wyzwania dla polskiego prawa pracy* [w:] *Współczesne problemy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych*, red. L. Florek, Ł. Pisarczyk, Warszawa 2011
- Walczak W., *Przywódstwo i motywowanie w procesach zarządzania kompetencjami pracowników*, E-mentor 2011/1(38)
- Wąż P., *Koncepcja pracodawcy rzeczywistego w świetle art. 3 K.P.*, MOPR 2007/3, Legalis
- Węgierski M., *Zbycie przedsiębiorstwa w świetle art. 23¹ kodeksu pracy*, <http://hdl.handle.net/11089/20247> (dostęp: 22.03.2023 r.)
- Weil D., *Enforcing Labour Standards in Fissured Workplaces: The US Experience*, „The Economic and Labour Relations Review”, t. 22, nr 2
- Wesołowska M., *Restrukturyzacja przedsiębiorstwa a możliwości zastosowania outsourcingu w obszarze zarządzania zasobami ludzkimi* [w:] *Współczesne trendy w outsourcingu*, red. S. Wawak, M. Sołtysiak, Kraków 2015
- Wiak J., *Umowa outsourcingu* [w:] *Pozakodeksowe umowy handlowe*, red. A. Kidyba, 2018, LEX
- Wichrowska-Janikowska E., *Praca a godność człowieka* [w:] *Godność człowieka a prawa ekonomiczne i socjalne. Księga jubileuszowa wydana w piętnastą rocznicę ustanowienia Rzecznika Praw Obywatelskich*, Warszawa 2003
- Wiśniewski T. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna*, red. J. Gudowski, Warszawa 2018, LEX
- Włodyka S., Spyra M., *Ogólna charakterystyka umów handlowych* [w:] *System prawa handlowego. Prawo umów handlowych*, t. 5, red. M. Stec, Warszawa 2017
- Wojtyła J., *Prawo pracy z perspektywy rozwoju małych i średnich przedsiębiorców* [w:] *Prawo pracy a wyzwania XXI wieku. Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego*, red. M. Matey-Tyrowicz, L. Nawacki, B. Wagner, Warszawa 2002
- Wolter A., Ignatowicz J., Stefaniuk K., *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2020

Woźniak A., *Nowelizacja prawa podatkowego a outsourcing i prawo pracy*, PiZS 2007/1

Wratny J., *Przemiany stosunku pracy w III RP [w:] Współczesne problemy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych*, red. L. Florek, Ł. Pisarczyk, Warszawa 2011

Wyka T., *Przedmiot, przesłanki oraz charakter odpowiedzialności pracodawcy w sferze bhp [w:] Z Zagadnień prawa pracy i prawa socjalnego. Księga jubileuszowa Profesora Herberta Szurgacza*, red. Z. Kubot, T. Kuczyński, Warszawa 2011

Wynn-Evans C., *The Use and Abuse of TUPE*, „Industrial Law Journal”, 2020/3, t. 49, <https://academic.oup.com/ilj/article/49/3/459/5878837> (dostęp: 20.10.2020 r.)

Zacharzewski K. [w:] *Prawo rynku kapitałowego. Komentarz*, red. M. Wierzbowski, L. Sobolewski, P. Wajda, wyd. 2, Warszawa 2014, Legalis

Zagórski M., *Korzystanie przez pracodawcę z usług podmiotu zewnętrznego, który zatrudnia jego pracowników*, „Biuletyn Instytutu Studiów Podatkowych” 2020/6, Legalis

Zakrzewski P. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom IV. Zobowiązania. Część szczególna (art. 535-764(9))*, red. M. Frasz, M. Habdas, Warszawa 2018, LEX.

Załużcki M. (red.), *Kodeks cywilny*. Warszawa 2019, Legalis.

Zawirska P., Zwolińska M., *Proeuropejska wykładnia pojęcia przejścia zakładu pracy – kryterium tożsamości*, MOPR 2010/8

Zieleniecki M. [w:] *Kodeks pracy. Komentarz*, wyd. 5, red. A. Sobczyk, Warszawa 2020, Legalis

Zieliński M. J., *Kontrowersje wokół wykonywania pracy na rzecz własnego pracodawcy w rozumieniu art. 8 ust. 2a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych a zgodność tego przepisu z Konstytucją RP [w:] Przegląd Prawa i Administracji. Tom CXIII*, red. A. Górnicz-Mulcahy, Wrocław 2018

Ziętek-Capiga A., *Ochrona praw pracowniczych w przypadku przejęcia przedsiębiorstwa przez kilku przejmujących*, PiZS 2020/4

Żołątyński J., *Konsekwencje przejścia zakładu pracy w ramach tej samej osoby prawnej w sferze zbiorowego prawa pracy*, MOPR, 2015/4

Zwoliński A., *Miejsce katolickiej nauki społecznej w trosce o człowieka pracy [w:] Prekaryjna praca kwestią społeczną?*, red. J. Mazur OSPPE, Kraków 2018, DOI: <http://dx.doi.org/10.15633/9788347386609.05> (dostęp: 22.03.2023 r.)

Inne źródła

Bräutigam P., Thalhofer T., Mückl P., *Outsourcing: Germany Overview* https://content.next.westlaw.com/practical-law/document/I2ef12a421ed511e38578f7ccc38dcbee/Outsourcing-Germany-Overview?contextData=%28sc.Default%29&transitionType=Default&viewType=FullText#co_anchor_a218654 (dostęp : 05.04.2023).

Ciszak P., *Oszustwo na 66 mln zł. 15 tys. pracowników bez składek ZUS, NIK miażdży organy państwa*, <https://www.money.pl/gospodarka/wiadomosci/arttykul/zus-outsourcing-pracownicy-raport-nik,146,0,2166418.html> (dostęp: 3.05.2021 r.)

Dana R. and Ekoukou T., Associés D., Transferring Employees on an Outsourcing in France: Overview, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/9-575-0652?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/9-575-0652?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true), (dostęp: 05.04.2023)

Dictionary Mirriam Webster, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/outsourcer> (dostęp z 13.11.2022 r.)

Duda K., *Outsourcing usług ochrony oraz utrzymania czystości w instytucjach publicznych. Wpływ publicznego dyktatu najniższej ceny usług na warunki zatrudniania pracowników przez podmioty prywatne*, Wrocław 2016, https://odpowiedzialnybiznes.pl/wp-content/uploads/2016/03/OMSL_Outsourcing_uslug-ochrony_i_sprzatania.pdf (dostęp: 22.03.2023 r.)

Guza Ł., *Nierzetelny outsourcing pracowników może mieć skutki karne*, DGP 2016/149

Guza Ł., *Uwaga na outsourcing*, DGP 2018/232

Informacja o działalności agencji zatrudnienia w 2015 r., Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej, Departament Rynku Pracy, <https://psz.praca.gov.pl/documents/10828/2740811/Informacja%20Agencje%20Zatrudnienia%202015.pdf/c6875f91-7996-460c-84ec-b89a5c80011b?t=1462354092891> (dostęp: 3.05.2021 r.)

Jan Paweł II, *Laborem Exercens, O pracy ludzkiej (z okazji 90. rocznicy encykliki Rerum novarum)w której zwraca się do czcigodnych braci w biskupstwie, do kapłanów, do rodzin zakonnych, do drogich synów i córek Kościoła oraz do wszystkich ludzi dobrej woli*, https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/pl/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_14091981_laborem-exercens.html (dostęp: 15.01.2022 r.)

Kraaijenbrink J., *What BANI Really Means (And How It Corrects Your World View)*, Forbes: <https://www.forbes.com/sites/jeroenkraaijenbrink/2022/06/22/what-bani-really-means-and-how-it-corrects-your-world-view/?sh=3ce7123b11bb> (dostęp: 31.03.2023 r.)

Leon XIII, *Encyklika o kwestii robotniczej. Rerum Novarum*, <https://www.mop.pl/doc/html/encykliki/Rerum%20novarum.htm> (dostęp: 15.01.2022 r.)

Maciejasz D., Sidorowicz J., *Kasa plynie, omija ZUS*, „Wyborcza”, <https://classic-1.wyborcza-1pl-1r4i2l7zq009b.han3.lib.uni.lodz.pl/archiwumGW/7688855/Kasa-plynie-omija-ZUS> (dostęp: 20.11.2021 r.)

Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century: Green Paper, Brussels, 2007/2023(INI), [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2007/2023\(INI\)](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2007/2023(INI)) (dostęp: 20.04.2023)

Najbardziej poszukiwani specjaliści na rynku pracy w 2022 r., Aplikuj.pl, <https://www.pap.pl/mediaroom/1270101%2Cnajbardziej-poszukiwani-specjalisci-na-ryнку-pracy-w-2022-roku.html> (dostęp: 24.07.2022 r.)

NIK o tzw. outsourcingu pracowniczym, <https://www.nik.gov.pl/aktualnosci/nik-o-tzw-outsourcingu-pracowniczym.html> (dostęp: 3.05.2021 r.)

Osiem najbardziej poszukiwanych przez pracodawców kompetencji miękkich, oprac. Julia Grzesiek, <https://www.money.pl/gospodarka/8-najbardziej-poszukiwanych-przez-pracodawcow-kompetencji-miekkich-6793312521194368a.html> (dostęp: 20.11.2022 r.)

Outsourcing usług publicznych. Model Kontraktowania Usług Publicznych, opracowanie w ramach projektu innowacyjnego testującego „Od partnerstwa do kooperacji”, 2014,
<http://www.zlecaniezadan.pl/Content/biblioteka/inne/1.%20Outsourcing%20us%20C5%82ug%20publicznych.pdf> (dostęp: 20.03.2021 r.)

Państwo przegrało z outsourcingiem pracowniczym, „Rzeczpospolita”, <https://www.rp.pl/kraj/art3243121-panstwo-przegralo-z-outsourcingiem-pracowniczym> (dostęp: 20.11.2021 r.)

Paruch S., *Outsourcing może być przejściem części zakładu pracy na innego pracodawcę*, „Dziennik Gazeta Prawna. Kadry i Płace”, dodatek z 22.03.2012, <https://praca.gazetaprawna.pl/artykuly/604768,outsourcing-moze-byc-przejsciem-czesci-zakladu-na-innego-pracodawce.html> (dostęp: 22.03.2023 r.)

Piwowska K., *Joint employer (współ-pracodawca) – nowe regulacje w USA*, 2020, Legalis

Polska w liczbach 2020 (raport GUS), Warszawa 2022, <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/inne-opracowania/inne-opracowania-zbiorcze/polska-w-liczbach-2022,14,15.html> (dostęp: 20.11.2022 r.)

Regulating the Employment Relationship in Europe: A guide to Recommendation No. 198, Geneva, 2013,
https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_209280/lang--en/index.htm (dostęp: 31.03.2023).

Rzewuska M., *Secondment – nowa forma zatrudnienia na rynku pracy w branży inżynierskiej i technologicznej*, <https://www.prawo.pl/kadry/secondment-nowa-forma-zatrudnienia-na-ryнку-pracy-w-branzy-inzynierskiej-i-technologicznej,271517.html> (dostęp: 19.02.2023 r.)

Słownik Języka Polskiego, <https://sjp.pl> (dostęp: 24.07.2022 r.)

Słownik Języka Polskiego, <https://sjp.pwn.pl> (dostęp: 24.10.2021 r.)

Sprawozdanie z działalności Państwowej Inspekcji Pracy w 2018 roku, Warszawa 2019, <https://www.pip.gov.pl/pl/f/v/211637/Sprawozdanie%202018%20r.#page=82> (dostęp: 20.11.2021 r.)

Sprawozdanie z działalności Państwowej Inspekcji Pracy w 2021 roku, Warszawa 2022, <https://www.pip.gov.pl/pl/o-urzedzie/sprawozdania-z-dzialalnosci> (dostęp: z 19.03.2023 r.)

Standard for Determining Joint-Employer Status. A Proposed Rule by the National Labor Relations Board on 09/07/2022, 87 FR 54641,
<https://www.federalregister.gov/documents/2022/09/07/2022-19181/standard-for-determining-joint-employer-status#footnote-22-p54644> (dostęp: 10.03.2023 r.)

Szulc M., *Oszukani na outsourcingu wciąż przegrywają w sądach*, DGP 2019/229
Twitter mocno stracił na wartości, odkąd kupił go Elon Musk. Gigantyczna kwota, <https://www.money.pl/gospodarka/oto-ile-twitter-stracil-na-wartosci-odkad-kupil-go-elon-musk-gigantyczna-kwota-6881260712409920a.html> (dostęp: 31.03.2023).

Uwaga na outsourcing, www.zus.pl, <https://www.zus.pl/o-zus/aktualnosci/-/publisher/aktualnosc/1/uwaga-na-outsourcing/216442> (dostęp: 20.11.2021)

Projekt Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie należytej staranności przedsiębiorstw w zakresie zrównoważonego rozwoju oraz zmieniającej dyrektywę (UE) 2019/1937, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15024-2022-REV-1/PL/pdf> (dostęp: 22.03.2022 r.).

Wystąpienie Pokontrolne. Prawidłowość działań Zakładu Ubezpieczeń Społecznych i organów podatkowych w zakresie ściągalności i egzekucji składek na ubezpieczenia społeczne i należności podatkowych wynikających z zatrudniania pracowników w ramach umów outsourcingowych, Najwyższa Izba Kontroli, Departament Pracy, Spraw Społecznych i Rodziny, nr KPS.410.003.03.2015, Warszawa 2016, www.nik.gov.pl/.../pobierz,kps~p_15_111_201602171152361455709956~id2~01,typ,kj.pdf (dostęp: 5.11.2020 r.)

Wykaz aktów prawnych

MOP, Konwencja Nr 158 dotycząca rozwiązania stosunku pracy z inicjatywy pracodawcy z dnia 23 listopada 1985 r., <https://www.mop.pl/doc/html/konwencje/k158.html>

MOP, Zalecenie Nr 198 dotyczące stosunku pracy z dnia 31 maja 2006 r., <https://archiwum.mrips.gov.pl/prawo-pracy/miedzynarodowa-organizacja-pracy-mop/> (dostęp: 11.03.2023 r.)

Deklaracja filadelfijska z dnia 10 maja 1944 r., <https://www.mop.pl/doc/pdf/https://www.mop.pl/doc/pdf/inne/dekfil.pdfinne/dekfil.pdf> (dostęp: 15.01.2022 r.).

Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz. U. UE. C. z 2007 r. Nr 303, str. 1 z późn. zm.)

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.)

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I) (Dz. U. UE. L. z 2008 r. Nr 177, str. 6 z późn. zm.)

Rozporządzenie delegowane Komisji (UE) 2017/565 z dnia 25 kwietnia 2016 r. uzupełniające dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/65/UE w odniesieniu do wymogów organizacyjnych i warunków prowadzenia działalności przez firmy inwestycyjne oraz pojęć zdefiniowanych na potrzeby tej dyrektywy (Dz. U. UE. L. z 2017 r. Nr 87, str. 1 z późn. zm.)

Rozporządzenie delegowane Komisji (UE) 2017/584 z dnia 14 lipca 2016 r. uzupełniające dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/65/UE w odniesieniu do regulacyjnych standardów technicznych określających wymogi organizacyjne w zakresie systemów obrotu (Dz. U. UE. L. z 2017 r. Nr 87, str. 350)

Dyrektywa Rady 77/187/EWG z dnia 14 lutego 1977 r. w sprawie zbliżania ustawodawstw Państw Członkowskich, odnoszących się do ochrony praw pracowniczych w przypadku przejęcia przedsiębiorstw, zakładów lub części przedsiębiorstw lub zakładów (Dz. Urz. UE. L Nr 61, str. 26)

Dyrektywa Rady 98/50/WE (Dz.U. L 201 z 17.7.1998, str. 88).

Dyrektywa 96/71/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 grudnia 1996 r. dotycząca delegowania pracowników w ramach świadczenia usług (Dz. U. UE. L. z 1997 r. Nr 18, str. 1 z późn. zm.)

Dyrektywa Rady 2001/23/WE z dnia 12 marca 2001 r. w sprawie zbliżania ustawodawstw Państw Członkowskich odnoszących się do ochrony praw pracowniczych w przypadku przejęcia przedsiębiorstw, zakładów lub części przedsiębiorstw lub zakładów (Dz. Urz. UE L z 2001 r., nr 82, str. 16 z późn. zm.).

Dyrektywa Komisji 2006/73/WE z dnia 10 sierpnia 2006 r. wprowadzająca środki wykonawcze do dyrektywy 2004/39/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do wymogów organizacyjnych i warunków prowadzenia działalności przez przedsiębiorstwa inwestycyjne oraz pojęć zdefiniowanych na potrzeby tejże dyrektywy (Dz. U. UE. L. z 2006 r. Nr 241, str. 26)

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/138/WE z dnia 25 listopada 2009 r. w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (Wypłacalność II) (wersja przekształcona) (Dz. U. UE. L. z 2009 r. Nr 335, str. 1 z późn. zm.)

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/65/UE z dnia 15 maja 2014 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych oraz zmieniająca dyrektywę 2002/92/WE i dyrektywę 2011/61/UE (wersja przekształcona) (Dz. U. UE. L. z 2014 r. Nr 173, str. 349 z późn. zm.)

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2366 z dnia 25 listopada 2015 r. w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego, zmieniająca dyrektywy 2002/65/WE, 2009/110/WE, 2013/36/UE i rozporządzenie (UE) nr 1093/2010 oraz uchylająca dyrektywę 2007/64/WE (Dz. U. UE. L. z 2015 r. Nr 337, str. 35 z późn. zm.)

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/2341 z dnia 14 grudnia 2016 r. w sprawie działalności instytucji pracowniczych programów emerytalnych oraz nadzoru nad takimi instytucjami (IORP) (Dz. U. UE. L. z 2016 r. Nr 354, str. 37 z późn. zm.)

Code du travail,

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006072050/2023-04-05
(dostęp: 05.04.2023)

Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Gesetz (21.02.2017), https://www.gesetze-im-internet.de/a_g/___10.html (dostęp: 05.04.2023)

The Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 2006, <https://www.legislation.gov.uk/ukxi/2006/246/made> (dostęp: 9.03.2021 r.)

National Labor Relations Act of 1935, United States Code, <https://www.nlr.gov/guidance/key-reference-materials/national-labor-relations-act>.

Fair Labour Standards Act of 1938, <https://www.dol.gov/sites/dolgov/files/WHD/legacy/files/FairLaborStandAct.pdf>
(dostęp: 9.03.2023 r.)

Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 października 1933 r. Kodeks zobowiązań (Dz. U. Nr 82, poz. 598 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Przepisy wprowadzające kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 94 z późn. zm.)

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1360)

Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1805)

Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1510)

Ustawa z dnia 23 maja 1991 r. o związkach zawodowych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 854)

Ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 120)

Ustawa z dnia 2 lutego 1996 r. o zmianie ustawy - Kodeks pracy oraz o zmianie niektórych ustaw (Dz. U. Nr 24, poz. 110 z późn. zm.)

Ustawa z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 2342)

Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 2324)

Ustawa z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1009)

Ustawa z dnia 26 lipca 2002 r. o zmianie ustawy - Kodeks pracy oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 135, poz. 1146 z późn. zm.)

Ustawa z dnia 13 marca 2003 r. o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1969)

Ustawa z dnia 9 lipca 2003 r. o zatrudnianiu pracowników tymczasowych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1563)

Ustawa z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 735)

Ustawa z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 681)

Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1648)

Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 646)

Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 924)

Ustawa z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 2360)

Ustawa z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1745)

Ustawa z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1745).

Ustawa z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 656)

Ustawa z dnia 10 czerwca 2016 r. o delegowaniu pracowników w ramach świadczenia usług (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1140)

Ustawa z dnia 7 kwietnia 2017 r. o zmianie ustawy o zatrudnianiu pracowników tymczasowych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 962)

Ustawa z dnia 11 maja 2017 r. o zmianie ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych oraz ustawy o zmianie ustawy - Kodeks pracy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1027).

Ustawa z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 221)

Ustawa z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 46)

Ustawa z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710)

Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 24 grudnia 2007 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD) (Dz. U. Nr 251, poz. 1885)

Rozporządzenie Ministra Rodziny i Polityki Społecznej z dnia 20 grudnia 2020 r. w sprawie określenia wzorów zgłoszeń do ubezpieczeń społecznych i ubezpieczenia zdrowotnego, imiennych raportów miesięcznych i imiennych raportów miesięcznych

korygujących, zgłoszeń płatnika składek, deklaracji rozliczeniowych i deklaracji rozliczeniowych korygujących, zgłoszeń danych o pracy w szczególnych warunkach lub o szczególnym charakterze, raportów informacyjnych, oświadczeń o zamiarze przekazania raportów informacyjnych, informacji o zawartych umowach o dzieło oraz innych dokumentów (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1349)

U.S. Dep't of Labor, Joint Employer Status under the Fair Labor Standards Act, 85 Fed. Reg. 2820, 2828, No. 55, Jan. 16, 2020, <https://www.federalregister.gov/documents/2020/01/16/2019-28343/joint-employer-status-under-the-fair-labor-standards-act> (dostęp: 9.03.2023 r.)

U.S. Dep't of Labor, Joint Employer Status under the Fair Labor Standards Act, 85 Fed. Reg. 2820, 2828, No. 55, Jan. 16, 2020, <https://www.federalregister.gov/documents/2020/01/16/2019-28343/joint-employer-status-under-the-fair-labor-standards-act> (dostęp: 9.03.2023 r.)

Rescission of Joint Employer Status Under the Fair Labor Standards Act Rule, A Rule by the Wage and Hour Division on 07/30/2021, Federal Register. The Daily Journal of the United States Government, <https://www.federalregister.gov/documents/2021/07/30/2021-15316/rescission-of-joint-employer-status-under-the-fair-labor-standards-act-rule#citation-166-p40954> (dostęp: 9.03.2023 r.)

Wykaz orzecznictwa

Wyrok TSUE z 7.02.1985 r. w sprawie C-135/83 H.B.M. Abels przeciwko Direction de la Bedrijfsvereniging voor de Metaalindustrie en de Electrotechnische Industrie, ECLI:EU:C:1985:55

Wyrok TSUE z 18.03.1986 r. w sprawie C-24/85 Jozef Maria Antonius Spijkers przeciwko Gebroeders Benedik Abattoir CV i Alfred Benedik en Zonen BV, EU:C:1986:127

Wyrok TSUE z 25.07.1991 r. w sprawie C-362/89 Giuseppe d'Urso, Adriana Ventadori i inni przeciwko Ercole Marelli Elettromeccanica Generale SpA oraz innym, ECLI:EU:C:1991:326

Wyrok TSUE z 19.05.1992 r. w sprawie C-29/91 Sophie Redmond Stichting przeciwko Bartol i in., EU:C:1992:220

Wyrok TSUE z 12.11.1992 r. w sprawie C-209/91 Anne Watson Rask i Kirsten Christensen przeciwko Iss Kantineservice A/S, ECLI:EU:C:1992:436

Wyrok TSUE z 14.04.1994 r. w sprawie C-392/92 Christel Schmidt przeciwko Spar, EU:C:1994:134

Wyrok TSUE z 19.09.1995 r. w sprawie C-48/94 Ole Rygaard przeciwko Strø Mølle Akustik A/S, EU:C:1995:290

Wyrok TSUE z 7.03.1996 r. w połączonych sprawach C-171/94 oraz C-172/94 Albert Merckx i Patrick Neuhuys przeciwko Ford Motors Company Belgium SA, EU:C:1996:87

Wyrok TSUE z 14.11.1996 r. w sprawie C-305/94 Claude Rotsart de Hertaing przeciwko J. Benoidt SA, w likwidacji I IGC Housing Service SA, ECLI:EU:C:1996:435

Wyrok TSUE z 11.03.1997 r. w sprawie C-13/95 Ayse Süzen przeciwko Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice, EU:C:1997:141

Wyrok Trybunału z 10.12. 1998 r. w połączonych sprawach C-173/96 oraz C-247/96 Francisca Sánchez Hidalgo i in. przeciwko Asociación de Servicios Aser i Sociedad Cooperativa Minerva (C-173/96), i Horst Ziemann przeciwko Ziemann Sicherheit GmbH i Horst Bohn Sicherheitsdienst (C-247/96), ECLI:EU:C:1998:595

Wyrok TSUE z 10.12.1998 r. w połączonych sprawach C-127/96, C-229/96 oraz C-74/97 Francisco Hernández Vidal SA przeciwko Prudencia Gómez Pérez, María Gómez Pérez i Contratas y Limpiezas SL, Friedrich Santner przeciwko Hoechst AG i Mercedes Gómez Montaña przeciwko Claro Sol SA i Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (Renfe), EU:C:1998:594

Wyrok TSUE z 2.12.1999 r. w sprawie C-234/98 G.C. Allen i in. przeciwko Amalgamated Construction Co. Ltd., EU:C:1999:594

Wyrok TSUE z 25.01.2001 r. w sprawie C-172/99 Oy Liikenne Ab przeciwko Pekka Liskojärvi i Pentti Juntunen, EU:C:2001:59

Wyrok TSUE z 24.01.2002 r. w sprawie C-51/00 Temco Service Industries SA przeciwko Samir Imzilyen i innym, EU:C:2002:48

Wyrok TSUE z 4.12.2002 r. w sprawie C-164/00, Katia Beckmann przeciwko Dynamco Whichloe Macfarlane Ltd., ECLI:EU:C:2002:330

Wyrok z 6.11.2003 r. w sprawie C-4/01 Serene Martin, Rohit Daby i Brian Willis przeciwko South Bank University, ECLI:EU:C:2003:594

Wyrok TSUE z 20.11.2003 r. w sprawie C-340/01 Carlito Ablar i inni przeciwko Sodexho MM Catering Gesellschaft mbH, EU:C:2003:629

Wyrok TSUE z 26.05.2005 r. w sprawie C-478/03 Celtec Ltd przeciwko John Astley i inni, ECLI:EU:C:2005:321, LEX nr 221235

Wyrok TSUE z 15.12.2005 r. w połączonych sprawach C-232/04 oraz C-233/04 Nurten Güney-Görres Gul Demir przeciwko Securicor Aviation (Germany) Ltd i Kötter Aviation Security GmbH & Co. KG., EU:C:2005:778

Wyroku TSUE z 13.09.2007 r. w sprawie C-458/05 Mohamed Jouini i inni przeciwko Princess Personal Service GmbH (PPS), ECLI:EU:C:2007:512

Wyrok TSUE z 12.01.2009 r. w sprawie C-466/07 Diethmar Klarenberg przeciwko Ferrotron Technologies GmbH, LEX nr 485097

Wyrok TSUE z 21.10.2010 r. w sprawie C-242/09 Albron Caterin przeciwko fnv Bondgenoten i John Roestow, LEX nr 604024

Wyrok TSUE z 20.01.2011 r. w sprawie C-463/09 CLECE SA przeciwko María Socorro Martín Valor i Ayuntamiento de Cobisa, EU:C:2011:24

Wyrok TSUE z 6.09.2011 r. w sprawie C-108/10 Scattolon, EU:C:2011:542

Wyrok TSUE z 18.07.2013 r. w sprawie C-426/11, Mark Alemo-Herron i Inni przeciwko Parkwood Leisure Ltd, EU:C:2013:521

Wyrok TSUE z 6.03.2014 r. w sprawie C-458/12 Lorenzo Amatori i Inni przeciwko Telecom Italia Spa i Telecom Italia Information Technology SRL, LEX nr 1430609

Wyrok TSUE z 18.06.2015 r. w sprawie C-586/13 Martin Meat kft przeciwko Gézie Simonfay i Ulrich Salburg, LEX nr 1740352

Wyrok TSUE z 26.11.2015 r. w sprawie C-509/14 Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) przeciwko Luisowi Airze Pascualowi, Algeposa Terminales Ferroviarios SL, Fondo de Garantía Salarial, EU:C:2015:781

Wyrok TSUE z 20.07.2017 r. w sprawie C-416/16 Luís Manuel Piscarreta Ricardo przeciwko Portimão Urbis EM SA i in., EU:C:2017:574, LEX nr 2326532

Wyrok TSUE z 8.05.2019 r. w sprawie C-194/18 Jadran Dodič przeciwko Banka Koper, Alta Invest, LEX nr 2653651

Wyrok TSUE z 27.02.2020 r. w sprawie C-298/18 Reiner Grafe i Jürgen Pohle przeciwko Südbrandenburger Nahverkehrs GmbH i OSL Bus GmbH, EU:C:2020:121

Wyrok TSUE z 26.03.2020 r. w sprawie C-344/18 ISS Facility Services NV przeciwko Sonia Govaerts i Atalian NV, Anciennement Euroclean NV, LEX nr 2872420

Uchwała SN z 24.10.1997 r., III ZP 35/97, , LEX nr 33084.

Uchwała SN z 2.09.2009 r., II UZP 6/09, LEX nr 514221.

Uchwała SN z 28.03.2013 r., III PZP 1/13, LEX nr 1294241

Uchwała SN z 16.06.2016 r., III UZP 6/16, LEX nr 2053819

Wyrok SN z 16.01.1970 r., III PRN 96/69, LEX nr 15215

Wyrok SN z 2.12.1975 r., I PRN 42/75, LEX nr 14292

Wyrok SN z 6.04.1989 r., I PR 138/89, LEX nr 341107

Wyrok SN z 20.09.1990 r., I PR 251/90, LEX nr 13210

Wyrok SN z 6.01.1995 r., I PRN 116/94, LEX nr 11969

Wyrok SN z 29.08.1995 r., I PRN 38/95, LEX nr 23557
Wyrok SN z 2.10.1996 r., I PRN 72/96, LEX nr 27469
Wyrok SN z 20.11.1996 r., I PKN 21/96, LEX nr 192324
Wyrok SN z 6.03.1997 r., II UKN 26/97, LEX nr 30706
Wyrok SN z 1.10.1997 r., I PKN 301/97, LEX nr 32984
Wyrok SN z 28.01.1998 r., II UKN 479/97, LEX nr 34500
Wyrok SN z 7.05.1998 r., I PKN 71/98, LEX nr 35693
Wyrok SN z 3.06.1998 r., I PKN 159/98, LEX nr 36232
Wyrok SN z 28.10.1998 r., I PKN 416/98, LEX nr 35429
Wyrok SN z 5.11.1998 r., I PKN 415/98, LEX nr 38488
Wyrok SN z 22.12.1998 r., I PKN 517/98, LEX nr 35614
Wyrok SN z 23.02.1999 r., I PKN 594/98, LEX nr 37482
Wyrok SN z 1.07.1999 r., I PKN 133/99, LEX nr 41583
Wyrok SN z 7.09.1999 r., I PKN 277/99, LEX nr 44853
Wyrok SN z 22.09.1999 r., I PKN 264/99, LEX nr 44924
Wyrok SN z 21.10.1999 r., I PKN 320/99, LEX nr 39901
Wyrok SN z 5.11.1999 r., I PKN 337/99, LEX nr 38924
Wyrok SN z 9.12.1999 r., I PKN 432/99, LEX nr 39601
Wyrok SN z 14.12.1999 r., I PKN 451/99, LEX nr 46851
Wyrok SN z 1.02.2000 r., I PKN 494/99, LEX nr 47448
Wyrok SN z 2.08.2000 r., I PKN 754/99, LEX nr 1224661
Wyrok SN z 14.03.2001 r., II UKN 258/00, LEX nr 49241
Wyrok SN z 21.03.2001 r., I PKN 328/00, LEX nr 1168043
Wyrok SN z 12.07.2001 r., I PKN 541/00, LEX nr 49204
Wyrok SN z 23.11.2001 r., I PKN 698/00, LEX nr 1169958
Wyrok SN z 12.12.2001 r., I PKN 733/00, LEX nr 49204
Wyrok SN z 6.05.2003 r., I PK 237/02, LEX nr 80126
Wyrok SN z 7.10.2004 r., II PK 29/04, LEX nr 145435
Wyrok SN z 16.11.2004 r., I PK 23/04, LEX nr 149878
Wyrok SN z 9.12.2004 r., I PK 103/04, LEX nr 152756
Wyrok SN z 17.03.2005 r., III PK 82/04, LEX nr 158197
Wyrok SN z 29.11.2005 r., II PK 391/04, LEX nr 195770
Wyrok SN z 29.03.2006 r., II PK 163/05, LEX nr 232587
Wyrok SN z 15.09.2006 r., I PK 75/06, LEX nr 218687
Wyrok SN z 7.02.2007 r., I PK 212/06, LEX nr 360061
Wyrok SN z 7.02.2007 r., I PK 269/06, LEX nr 366124
Wyrok SN z 3.06.2008 r., I PK 311/07, LEX nr 494044
Wyrok SN z 18.09.2008 r., II PK 18/08, LEX nr 558196
Wyrok SN z 6.05.2009 r., II PK 95/09, LEX nr 687056
Wyrok SN z 7.10.2009 r., III PK 38/09, LEX nr 560867
Wyrok SN z 14.01.2010 r., I UK 252/09, LEX nr 577824
Wyrok SN z 2.02.2010 r., I UK 259/09, LEX nr 585727
Wyrok SN z 4.02.2010 r., III PK 49/09, LEX nr 578145
Wyrok SN z 9.03.2010 r., I UK 326/09, LEX nr 585737

Wyrok SN z 13.04.2010 r., I PK 210/09, LEX nr 987058
Wyrok SN z 8.06.2010 r., I PK 214/09, LEX nr 602051
Wyrok SN z 8.06.2010 r., I PK 16/10, LEX nr 607243
Wyrok SN z 19.10.2010 r., I PK 91/10, LEX nr 785346
Wyrok SN z 19.10.2010 r., II PK 91/10, LEX nr 1112867
Wyrok SN z 4.12.2010 r., III PK 51/09, LEX nr 602053
Wyrok SN z 27.01.2011 r., I UK 191/10, LEX nr 896481
Wyrok SN z 2.03.2011 r., II PK 204/10, LEX nr 817517
Wyrok SN z 30.09.2011 r., III PK 14/11, LEX nr 1227508
Wyrok SN z 18.10.2011 r., III UK 22/11, LEX nr 1227536
Wyrok SN z 2.12.2011 r., III PK 30/11, LEX nr 1163948
Wyrok SN z 9.02.2012 r., I UK 265/11, LEX nr 1169836
Wyrok SN z 10.02.2012 r., II PK 147/11, LEX nr 1167471
Wyrok SN z 7.03.2012 r., II PK 233/11, LEX nr 1211154
Wyrok SN z 13.03.2012 r., II PK 170/11, LEX nr 1211150
Wyrok SN z 29.03.2012 r., I PK 150/11, LEX nr 1167736
Wyrok SN z 29.03.2012 r., I PK 151/11, LEX nr 1619610
Wyrok SN z 11.04.2012 r., I PK 145/11, LEX nr 1168867
Wyrok SN z 11.04.2012 r., I PK 155/11, LEX nr 1289157
Wyrok SN z 18.09.2014 r., III PK 136/13, LEX nr 1554335
Wyrok SN z 17.05.2012 r., I PK 178/11, LEX nr 1619611
Wyrok SN z 17.05.2012 r. I PK 179/11, LEX nr 1219491
Wyrok SN z 17.05.2012 r., I PK 180/11, LEX nr 1219492
Wyrok SN z 14.06.2012 r., I PK 235/11, LEX nr 1250558
Wyrok SN z 5.07.2012 r., I UK 101/12, LEX nr 1250560
Wyrok SN z 4.09.2012 r., I PK 197/11, LEX nr 1619734
Wyrok SN z 5.11.2012 r., I UK 5/12, LEX nr 1222140
Wyrok SN z 21.01.2013 r., II PK 154/12, LEX nr 1747593
Wyrok SN z 18.04.2013 r., II CSK 557/12, LEX nr 1425320
Wyrok SN z 4.12.2013 r., II PK 67/13, LEX nr 1418806
Wyrok SN z 13.03.2014 r., I BP 8/13, LEX nr 1511807
Wyrok SN z 18.03.2014 r., II UK 374/13, LEX nr 1448332
Wyrok SN z 10.04.2014 r., I PK 243/13, LEX nr 1486963
Wyrok SN z 4.06.2014 r., II UK 565/13, LEX nr 1475235
Wyrok SN z 10.07.2014 r., II PK 250/13, LEX nr 1500667
Wyrok SN z 25.02.2015 r., IV CSK 297/14, LEX nr 1663826
Wyrok SN z 3.03.2015 r., I PK 187/14, LEX nr 1785193
Wyrok SN z 17.03.2015 r., I PK 179/14, LEX nr 1663396
Wyrok SN z 22.04.2015 r., II PK 153/14, LEX nr 1712814
Wyrok SN z 29.04.2015 r., IV CSK 489/14, LEX nr 1754269
Wyrok SN z 8.07.2015 r., II PK 282/14, LEX nr 1771522
Wyrok SN z 19.01.2016 r., I UK 28/15; LEX nr 2043737
Wyrok SN z 27.01.2016 r., I PK 21/15, LEX nr 1975836
Wyrok SN z 15.03.2016 r., II PK 24/15, LEX nr 2019610

Wyrok SN z 17.05.2016 r., I PK 139/15, LEX nr 2057610
Wyrok SN z 7.02.2017 r., II UK 693/15, LEX nr 2238708
Wyrok SN z 8.02.2017 r., I PK 72/16, LEX nr 2268316
Wyrok SN z 5.09.2017 r., II UK 365/16, LEX nr 2401069
Wyrok SN z 21.09.2017 r., I UK 370/16, LEX nr 2357398
Wyrok SN z 3.10.2017 r., II UK 488/16, LEX nr 2361596
Wyrok SN z 1.03.2018 r., I UK 128/17, LEX nr 2495972
Wyrok SN z 15.03.2018 r., I PK 369/16, LEX nr 2508615
Wyrok SN z 24.04.2018 r., I UK 91/17, LEX nr 2552671
Wyrok SN z 20.06.2018 r., I PK 48/17, LEX nr 2508183
Wyrok SN z 19.09.2018 r., I UK 210/17, LEX nr 2558652
Wyrok SN z 17.01.2019 r., II UK 477/17, LEX nr 2607880
Wyrok SN z 18.06.2019 r., I UK 159/18, LEX nr 2684741
Wyrok SN z 2.10.2019 r., II UK 103/18, LEX nr 2751810
Wyrok SN z 4.12.2019 r., II PK 97/18, LEX nr 3144899
Wyrok SN z 23.01.2020 r., II PK 228/18, LEX nr 3107045
Wyrok SN z 22.09.2020 r., I PK 126/19, LEX nr 3106148
Wyrok SN z 23.09.2020 r., II UK 374/18, LEX nr 3054509
Wyrok SN z 30.09.2020 r., I UK 51/19, LEX nr 3077394
Wyrok SN z 21.01.2021 r., III PSKP 3/21, LEX nr 3108632
Wyrok SN z 28.01.2021 r., I USKP 4/21, LEX nr 3113282
Wyrok SN z 24.02.2021 r., III USKP 30/21, LEX nr 3123192
Wyrok SN z 23.06.2021 r., I PSKP 18/21, LEX nr 3223823
Wyrok SN z 23.06.2021 r., I USKP 37/21, LEX nr 3363480
Postanowienie SN z 7.12.2005 r., III PZP 2/05, LEX nr 214274
Postanowienie SN z 14.02.2014 r., II CSK 216/13, LEX nr 1458819
Postanowienie SN z 30.03.2016 r., I UK 21/16, LEX nr 2320363
Postanowienie SN z 30.08.2018 r., I UZ 22/18, LEX nr 2538819
Postanowienie SN z 27.11.2018 r., I PK 248/17, LEX nr 2583114
Postanowienie SN z 18.06.2019 r., II CSK 672/18, LEX nr 2683750
Postanowienie SN z 18.12.2019 r., I UK 31/19, LEX nr 2779491
Postanowienie SN z 13.05.2020 r., I PK 121/19, LEX nr 3217358
Postanowienie SN z 20.05.2020 r., III UK 197/19, LEX nr 3161436
Postanowienie SN z 16.07.2020 r., III PK 163/19, LEX nr 3153460
Postanowienie SN z 20.08.2020 r., III UK 308/19, LEX nr 3225120.
Postanowienie SN z 18.11.2020 r., III PK 173/19, LEX nr 3080581
Postanowienie SN z 13.04.2021 r., I USK 6/21, LEX nr 3159922
Postanowienie SN z 22.04.2021 r., I USK 43/21, LEX nr 3181963
Postanowienia SN z 22.04. 2021 r., I USK 44/21, LEX nr 3181919
Postanowienie SN z 11.05.2021 r.: I USK 41/21, LEX nr 3252651
Postanowienie SN z 11.05.2021 r., I USK 42/21, LEX nr 3177815
Postanowienie SN z 11.05.2021 r., I USK 45/21, LEX nr 3177886
Postanowienia SN z 11.05.2021 r., I USK 41/21, LEX nr 3252651
Postanowienie SN z 26.01.2021 r., I USK 23/21, LEX nr 3112379

Postanowienie SN z 27.01.2022 r., II USK 402/21, LEX nr 3394850
Postanowienie SN z 23.02.2022 r., III PSK 199/21, LEX nr 3403015
Postanowienie SN z 29.06.2022 r., I USK 405/21, LEX nr 3477815
Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 21.03.2005 r.,
XVII Ama 29/04, LEX nr 156798
Wyrok SA w Gdańsku z 18.12.2012 r., III AUa 1031/12, LEX nr 1254347
Wyrok SA w Białymstoku z 20.05.2014 r., III AUa 30/14, LEX nr 1480386
Wyrok SA w Białymstoku z 20.05.2014 r., III AUa 146/14, LEX nr 1480371
Wyrok SA w Krakowie z 5.11.2015 r., III AUa 1821/14, LEX nr 1927539
Wyrok SA w Białymstoku z 2.12.2015 r., III AUa 569/15, LEX nr 1960699
Wyrok SA we Wrocławiu z 13.04.2016 r., III AUa 1755/15, LEX nr 2974724
Wyrok SA w Gdańsku z 6.07.2016 r., III AUa 357/16, LEX nr 2157832
Wyrok SA we Wrocławiu z 9.01.2018 r., III AUa 1175/17, LEX nr 2956874
Wyrok SA we Wrocławiu z 14.05.2018 r., III AUa 1344/17, LEX nr 2940122
Wyrok SA w Katowicach z 10.01.2019 r., III AUa 1162/18, LEX nr 2623264
Wyrok SA we Wrocławiu z 16.01.2019 r., III AUa 1274/18, LEX nr 2895441
Wyrok SA w Katowicach z 31.01.2019 r., III AUa 1238/18, LEX nr 2635181
Wyrok SA w Białymstoku z 28.02.2020 r., III AUa 981/19, LEX nr 2977210
Wyrok SA w Lublinie z 31.03.2021 r., III AUa 555/20, LEX nr 3166305
Wyrok SA w Lublinie z 30.06.2021 r., III AUa 378/21, LEX nr 3199188
Wyrok SO w Warszawie z 17.05.2018 r., XXI Pa 6/18, LEX nr 2514837
Wyrok NSA z 22.01.2010 r., II OSK 1834/09, LEX nr 579719
Wyrok NSA z 9.10.2018 r.: I FSK 1031/18, LEX nr 2580120
Wyrok NSA z 9.10.2018 r., I FSK 1033/18, LEX nr 2587680
Wyrok NSA z 9.10.2018 r., I FSK 1201/18, LEX nr 2590204
Wyrok WSA w Warszawie z 28.05.2009 r., VI SA/Wa 580/09, LEX nr 599458
Wyrok WSA w Opolu z 26.04.2017 r., I SA/Op 106/17, LEX nr 2291920
Wyrok WSA w Rzeszowie z 12.06.2018 r., I SA/Rz 242/18, LEX nr 2510920
Bonnette v. Dist. of Columbia Court of Appeals, 796 F. Supp. 2d 164, 43 NDLR P 173
(D.D.C. 2011), <https://casetext.com/case/bonnette-v-district-of-columbia-court-of-appeals?q=Bonnette&sort=relevance&p=1&type=case> (dostęp: 9.03.2023 r.).
Browning-Ferris Industries Of California v. Nlrb,
<https://www.leagle.com/decision/infco20181228097> (dostęp: 9.03.2023 r.)

