

Redaktor naczelny:

Dr hab. **Krzysztof Rączka**
Prof. Uniwersytetu Warszawskiego

Redaktor tematyczny:

Prof. dr hab. **Małgorzata Gersdorf**

Sekretarz naukowy:

Dr **Michał Raczkowski**

Sekretarz redakcji: Urszula Joachimiak

Rada naukowa

Prof. **Andrzej Łusznikow** (kierownik Katedry
Prawa Pracy i Prawa Finansowego, Uniwersytet
im. P.G. Diemidowa w Jarosławlu)

Prof. **Helga Oberloskamp** (Wyższa Szkoła
Zawodowa w Kolonii)

Prof. dr hab. **Walerian Sanetra** (Uniwersytet
w Białymstoku)

Prof. **Marlene Schmit** (Uniwersytet im. Johanna
Wolfganga Goethego we Frankfurcie nad Menem)

Dr **Anja Steiner** (sędzia Sądu Ubezpieczeń
Społecznych w Bayreuth)

Prof. dr hab. **Jerzy Wrątny** (Instytut Pracy i Spraw
Socjalnych)

Adres redakcji

00-252 Warszawa, ul. Podwale 17 lok. 2
tel. 795 145 873

e-mail: pizs@pwe.com.pl

strona internetowa: www.pizs.pl

Informacje dla autorów, zasady recenzowania i lista
recenzentów są dostępne na stronie internetowej cza-
sopisma. Wersja drukowana miesięcznika jest wersją
pierwotną. Redakcja zastrzega sobie prawo do opra-
cowania redakcyjnego oraz dokonywania skrótów
w nadesłanych artykułach.

„Praca i Zabezpieczenie Społeczne” jest czasopismem
naukowym punktowanym przez Ministerstwo Nauki
i Szkolnictwa Wyższego (8 punktów).

Wydawca

Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne S.A.

00-252 Warszawa, ul. Podwale 17 lok. 2

<http://www.pwe.com.pl>

Warunki prenumeraty

Cena prenumeraty w 2019 r.: roczna 718,80 zł,
półroczna 359,40 zł. Cena pojedynczego numeru 59,90 zł.
Nakład 1200 egz.

Prenumerata u Wydawcy

Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne S.A.

Dział Handlowy

ul. Podwale 17 lok. 2, 00-252 Warszawa

tel. (22) 828 19 61 e-mail: handel@pwe.com.pl

**Prenumerata u Wydawcy: roczna 25% taniej,
półroczna 10% taniej.**

Prenumerata u kolporterów:

Poczta Polska SA — infolinia: 801 333 444,

<http://www.poczta-polska.pl/prenumerata>;

Ruch SA — zamówienia na prenumeratę w wersji
papierowej i na e-wydania można składać bezpośrednio
na stronie www.prenumerata.ruch.com.pl. Ewentualne
pytania prosimy kierować na adres e-mail: [prenume-
rata@ruch.com.pl](mailto:prenume-
rata@ruch.com.pl) lub kontaktując się z Centrum Obs-
ługi Klienta „RUCH” pod numerami: 22 693 70 00
lub 801 800 803 — czynne w dni robocze w godzinach
7⁰⁰–17⁰⁰. Koszt połączenia wg taryfy operatora.

Kolporter SA — tel. (22) 355 04 72 do 75,

<http://dp.kolporter.com.pl>;

Garmond Press SA — tel. (22) 837 30 08;

<http://www.garmondpress.pl/prenumerata>;

Sigma-Not — tel. (22) 840 30 86;

e-mail: bok_kol@sigma-not.pl;

As Press — tel. (22) 750 84 29, (22) 750 84 30;

GLM — tel. (22) 649 41 61,

e-mail: prenumerata@glm.pl, <http://www.glm.pl>

Skład i łamanie: Koncept, tel. 501 132 246

Druk: Sowa Sp. z o.o.

Spis treści

Między ochroną a efektywnością. Systemowe i terminologiczne aspekty objęcia cywilnoprawnych umów o zatrudnienie ustawodawstwem pracy	2
<i>Małgorzata Gersdorf</i>	
Dyskryminacja (nierówne traktowanie) w stosunkach cywilnoprawnych	6
<i>Małgorzata Barzycka-Banaszczyk</i>	
Podporządkowanie w umownym zatrudnieniu cywilnoprawnym	17
<i>Anna Dubowik</i>	
Zakres uniformizacji ochrony wynagrodzenia za pracę w umownych stosunkach zatrudnienia	28
<i>Eliza Maniewska</i>	
Ochrona osób zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych w razie niewypłacalności pracodawcy	39
<i>Monika Latos-Miłkowska</i>	
Zakaz konkurencji w zatrudnieniu cywilnoprawnym	46
<i>Aleksandra Ziętek-Capiga</i>	
Prawo do odpoczynku a zatrudnienie cywilnoprawne	54
<i>Agnieszka Zwolińska</i>	
Bezpieczne i higieniczne warunki pracy w zatrudnieniu cywilnoprawnym	66
<i>Michał Raczkowski</i>	
Ochrona rodzicielstwa osób zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych	71
<i>Monika Latos-Miłkowska</i>	
Krajobraz po reformie. Zbiorowa reprezentacja praw i interesów zatrudnionych niebędących pracownikami	81
<i>Piotr Grzebyk, Łukasz Pisarczyk</i>	
Skutki oddziaływania ustawodawstwa pracy na umowy cywilnoprawne w ubezpieczeniach społecznych	99
<i>Dorota Dzienisiuk</i>	
Upowszechnienie stosowania umów cywilnoprawnych a ochrona socjalna zatrudnionych	114
<i>Barbara Godlewska-Bujok</i>	
Archiwalne artykuły z lat 2013–2018 są dostępne na stronie internetowej naszego czasopisma: http://www.pizs.pl/archiwum Co miesiąc wraz z nowym numerem „Pracy i Zabezpieczenia Społecznego” kolejny numer archiwalny	

W 2019 roku przypada Jubileusz 60-lecia istnienia naszego miesięcznika. Z tej okazji publikujemy poniżej zestaw artykułów poświęconych bardzo aktualnej obecnie problematyce oddziaływania ustawodawstwa pracy na cywilnoprawne umowy o zatrudnienie, przygotowanych przez pracowników i współpracowników Katedry Prawa Pracy i Polityki Społecznej Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Chociaż artykuły te stanowią wyraz poglądów każdego z Autorów na podjęty przezeń wycinek tematu, w publikowanym zbiorze dają w miarę kompletny i szeroki obraz analizowanego zjawiska. Ich celem jest uwzględnienie dotychczasowego i niemałego przecież dorobku działań prawodawcy, rozstrzygnięć judykatury i wypowiedzi nauki prawa.

Redakcja miesięcznika „Praca i Zabezpieczenie Społeczne”

Między ochroną a efektywnością. Systemowe i terminologiczne aspekty objęcia cywilnoprawnych umów o zatrudnienie ustawodawstwem pracy

Between protection and effectivity. Covering civil law employment
contracts with labour regulation — introductory remarks

prof. dr hab. Małgorzata Gersdorf

Uniwersytet Warszawski, Wydział Prawa i Administracji,
Katedra Prawa Pracy i Polityki Społecznej
m.gersdorf@wpia.uw.edu.pl

Streszczenie Artykuł zawiera uwagi systemowe i ma charakter wprowadzenia do publikowanego w niniejszym numerze „Pracy i Zabezpieczenia Społecznego” zbioru artykułów ukazujących problematykę oddziaływania ustawodawstwa pracy na zatrudnienie niepracownicze, nawiązywane na podstawie umów prawa cywilnego. Zbiór prezentuje odmienności i podobieństwa w spojrzeniu na tę materię, jako wynik zespołowej pracy i indywidualnych analiz przygotowanych przez pracowników i współpracowników Katedry Prawa Pracy i Polityki Społecznej Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Ma stanowić syntezę dotychczasowych poglądów na tę materię, ewolucji stanu prawnego i dorobku judykatury, wskazując jednocześnie możliwe kierunki dalszego ich rozwoju.

Słowa kluczowe: zatrudnienie niepracownicze, Konstytucja RP, ochrona pracy.

Summary Hereby presented analyses focus on various ways labour legislation affects non labour (civil law based) employment. As a result of collective cooperation and individual activity of employees of the Department of Labour Law and Social Policy, Faculty of Law and Administration, University of Warsaw, they underline differences and similarities of views on the matter. Trying to gather understanding of the topic as presented so far with evolution of the legislation and judiciary, possible directions of solving future challenges are also available.

Keywords: non labour employment, Constitution of the Republic of Poland, protection of labour.

JEL: K31

Zatrudnienie niepracownicze i jego relacja do zatrudnienia pracowniczego (w ramach stosunku pracy w rozumieniu art. 22 § 1 k.p.) jest od dziesięcioleci przedmiotem zainteresowania społecznego i naukowego. Nie chodzi jedynie o okres po 1989 r., kiedy to zatrudnienie niepracownicze zaczęto stosować w szerokim zakresie w szeroko pojętym sektorze prywatnym (publicznym zresztą także). Pamiętać však należy, że o problemie ochrony wykonawców umów o dzieło w kontekście prawa pracy pisał już w latach 40. ubiegłego wieku S.M. Grzybowski (1949, s. 100–101).

Mówiąc o oddziaływaniu ustawodawstwa pracy mamy na myśli cały jego — specyficzny dla tej gałęzi prawa — złożony system. Obejmuje on przede wszystkim akty prawa powszechnie obowiązującego — poczynając od Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, przez liczne akty rangi ustawowej (z kodeksem pracy na czele, nie pomijając aktów regulujących zbiorowe stosunki pracy), po akty wykonawcze. Nie mniej istotne dla prawa pracy pozostają jednak źródła tzw. autonomiczne, z układami zbiorowymi na pierwszym miejscu. Publikowane w tym numerze „Pracy i Zabezpieczenie Społeczne” artykuły obejmują zarówno problematykę wiążącą się z działaniem aktów powszechnie obowiązujących jak i aktów autonomicznych (tę drugą kwestię poruszają Ł. Pisarczyk i P. Grzebyk). Podjęta została również problematyka socjalna (teksty D. Dzienisiuk, B. Godlewskiej-Bujok i M. Latos-Miłkowskiej), nieodzownie związana z kwestiami zatrudnienia, czemu poświęcam też kilka uwag w niniejszym opracowaniu wprowadzającym.

Zakłada ono, że zasadniczym celem objęcia cywilnoprawnych umów o zatrudnienie oddziaływaniem ustawodawstwa pracy jest udzielenie ochrony osobom zatrudnionym. Nie neguje to jednak innych aspektów oddziaływania tej grupy norm, które także zostały pokazane, czego przykład niech stanowi „wychowawcza” rola regulacji umowy o zakazie konkurencji (art. 1011 i n.k.p.). Okazuje się, że umowa ta (jak pokazuje w swoim artykule A. Ziętek-Capiga) stanowi wzorzec, do którego sięga się w judykaturze sądów powszechnych odnoszącej się do stosunków wynikających z umów o świadczenie usług mimo braku wyraźnego, normatywnego, wskazania prawodawcy.

Wracając jednak do przyjętej hipotezy — należy założyć, że celem ustawodawcy, obejmującego (coraz częściej, jak wykazują poniższe opracowania) umowy cywilnoprawne działaniem aktów z zakresu prawa pracy, jest udzielenie wykonawcom pracy w ramach tych umów ochrony takiej, z jakiej korzystają pracownicy w rozumieniu art. 2 k.p., a więc zatrudnieni w ramach stosunku pracy (art. 22 k.p.) bez względu na podstawę, z której on wynika.

Stanowi to odzwierciedlenie punktu widzenia, w świetle którego osoba fizyczna wykonująca pracę podlega ochronie państwa. Wymaga tego przecież Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, poczynając od wynikającego z art. 24 obowiązku ochrony pracy przez Państwo Polskie, a uszczegóławiając ten obowiązek w art. 65–66 (np. Hajn, 2000, s. 147).

Praca nie może być przy tym rozumiana jedynie jako praca w ramach stosunku pracy. Pojęcia konstytucyjne mają charakter autonomiczny i nie muszą (a często nie

moga) być rozumiane przez pryzmat ustawodawstwa zwykłego (uzasadnienie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 2 czerwca 2015 r., K 1/13, pkt 4.2). Nie oznacza to oczywiście możliwości ich generalizowania ponad potrzebę (por. np. różnica terminologiczna w brzmieniu ust. 1 i ust. 2 w art. 66 Konstytucji; zob. analizę tej kwestii w artykule A. Zwolińskiej), niemniej jednak ustawa zasadnicza stanowi dla ustawodawcy kierunek, który ma obowiązek realizować. Czy zakwalifikujemy doktrynalnie takie działanie jako powstanie prawa zatrudnienia (Gersdorf, 2013), czy też nadanie odpowiednio szerokich ram prawu pracy (Sobczyk, 2013), nie ma kluczowego znaczenia. Możemy się także różnić w ocenie zakresu, w jakim od ustawodawcy zwykłego oczekiwać będziemy udzielenia ochrony osobom zatrudnionym w ramach umów cywilnoprawnych, jednak taka potrzeba — w perspektywie systemu norm prawnych — nie budzi wątpliwości.

Ustawodawca w realizacji tego celu podąża dwiema drogami. Z jednej strony — czego przykładem pozostają nowelizacje art. 22 k.p.¹ — próbuje się przeciwdziałać stosowaniu zatrudnienia niepracowniczego w przypadkach, w których sposób wykonywania pracy ma cechy stosunku pracy. Z drugiej strony — nie zmieniając charakteru więzi zobowiązaniowej — nakłada się na podmiot zatrudniający obowiązki lub przyznaje osobie zatrudnionej uprawnienia jakimi dysponowali wcześniej jedynie pracownicy.

Pierwszy z wymienionych kierunków nie wymaga od prawodawcy określania w sposób skonkretyzowany jego zakresu podmiotowo-przedmiotowego. Każda bowiem umowa (nie tylko nawet o zatrudnienie), wskutek zawarcia której osoba zatrudniona wykonuje pracę podporządkowaną, jest kwalifikowana jak umowa o pracę, a stosunek zatrudnienia — jako stosunek pracy.

Ciekawszy z punktu widzenia niniejszych uwag systemowych pozostaje drugi kierunek. Jak wskazano, jego istota polega na nakładaniu obowiązków na podmiot zatrudniający albo przyznawaniu uprawnień osobie zatrudnionej. Tam, gdzie prawodawca decyduje się nakładać obowiązki na zatrudniającego, może to czynić w sposób oderwany od rodzaju umowy o zatrudnienie, czego przykładem są przepisy art. 304 § 1 i § 3 k.p. (o czym szerzej w artykule M. Raczkowskiego). Obowiązek dbałości o bezpieczne i higieniczne warunki pracy nakładany jest na pracodawcę — a także przedsiębiorcę niebędącego pracodawcą — jeśli osoby zatrudnione wykonują pracę w miejscu wskazanym przez taki podmiot. Podstawa, na jakiej praca jest wykonywana, nie ma w tym przypadku znaczenia i nie wymaga konkretyzacji — co należy podkreślić raz jeszcze — właśnie dlatego, że adresatem norm jest podmiot zatrudniający.

Inaczej natomiast należy podejść do problemu, gdy zamiarem prawodawcy pozostaje przede wszystkim udzielenie ochrony osobie zatrudnionej. Jeśli ma ona być adresatem uprawnienia, ustawodawca decyduje się bowiem na wyraźne wskazanie, które z umów prawa cywilnego ustawodawca uznaje za wymagające zastosowania ochrony. Umożliwia to formułowanie zakresu przedmiotowego prawa zatrudnienia czy poszerzonego prawa pracy, a jednocześnie — ułatwia sformułowanie niniejszych, wstępnych uwag terminologicznych doty-

czących oddziaływania ustawodawstwa pracy na umowy cywilnoprawne.

W ramach omawianej kategorii ustawodawca samodzielnie wskazuje w akcie prawnym, których zatrudnionych (a więc w ramach jakich umów) obejmuje normowaniem albo też odsyła do innego aktu prawnego.

Drugą z metod zastosowano w znolizowanych (ze skutkiem od 2 stycznia 2016 r.) przepisach działu ósmego kodeksu pracy dotyczących uprawnień związanych z rodzicielstwem (szerzej zob. artykuł M. Latos-Miłkowskiej). Treść art. 175¹ pkt 1 i 2 k.p. wskazuje, że z uprawnień tych mają korzystać osoby podlegające społecznemu ubezpieczeniu chorobowemu. Potwierdza się w ten sposób po raz pierwszy sygnalizowany już istotny związek zatrudnienia niepracowniczego typu cywilnoprawnego z ubezpieczeniami społecznymi. Będzie jeszcze o tym mowa.

Związki z ubezpieczeniami społecznymi — choć nieco mniej widoczne na pierwszy rzut oka — ujawniają się także w tych przypadkach, w których ustawodawca pracy decyduje się samodzielnie określać, jakiego rodzaju zatrudnienie ma podlegać jego działaniu. Najszerzy chyba katalog takich umów zawiera art. 10 ustawy z 13 lipca 2006 r. o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy. Formułując w tym przepisie autonomiczną — wobec art. 2 k.p. — definicję ustawodawca uznaje za pracownika osobę, która pozostaje z pracodawcą w stosunku pracy lub jest zatrudniona na podstawie umowy o pracę nakładczą albo wykonuje pracę na podstawie umowy agencyjnej lub umowy zlecenia albo innej umowy o świadczenie usług, do której stosuje się przepisy dotyczące zlecenia. Na marginesie jedynie wypada wskazać, że ustawodawca wiąże ochronę także z pracą wykonywaną w ramach stosunków członkowskich regulowanych prawem spółdzielczym (rolnicze spółdzielnie produkcyjne, spółdzielnie kółek rolniczych i spółdzielnie produkcji rolnej). Widać tu jednak istotne związki z prawem ubezpieczeń społecznych — wymienione umowy stanowią przecież tytuł podlegania ubezpieczeniom społecznym. Wprost wynika to z art. 30 ust. 1 ustawy zakładającego, że składki na Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, mające finansować ochronę wynagrodzenia przed niewypłacalnością, są pobierane przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych łącznie ze składkami na ubezpieczenie społeczne.

Tam, gdzie związek tego rodzaju nie okazuje się konieczny, ustawodawca tworzy samodzielnie węższe katalogi. Dla przykładu, gwarantując płacę minimalną ogranicza się jedynie do umowy zlecenia i umowy o świadczenie usług na warunkach zlecenia.

Tworząc na tej podstawie katalog umów obejmowanych ochroną prawa pracy dostrzegamy w jego ramach:

- 1) umowę zlecenia i umowę o świadczenie usług na warunkach zlecenia,
- 2) umowę o pracę nakładczą,
- 3) umowę agencyjną.

Brakuje w nim wyraźnie umowy o dzieło, uznawanej w praktyce i literaturze za podstawową — obok umowy zlecenia — umowę o zatrudnienie niepracownicze (Gersdorf, 1993). Jest obecna właściwie jedynie w art. 8 ust. 2a ustawy z 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (dalej: u.s.u.s.) — umowa o dzieło

zawarta z własnym pracodawcą lub jeśli na rzecz takiego pracodawcy praca jest wykonywana w ramach takiej umowy zawartej z innym podmiotem.

Odniesienie do prawa ubezpieczeń społecznych nie jest i nie może być przypadkowe w niniejszych rozważaniach. Otwiera ono inny punkt widzenia na problematykę zatrudnienia niepracowniczego w ramach umów cywilnoprawnych. Należy zakładać, że w wielu przypadkach to nie potrzeba ochrony i stabilność wiążąca się z zatrudnieniem pracowniczym, ale opłacalność i koszty wiążące się z zatrudnieniem mają decydujące znaczenie dla stron. Na etapie nawiązywania współpracy wybierają one taką formę prawną, która zapewni optymalny dla nich (a więc często niższy niż w przypadku zatrudnienia pracowniczego) koszt pracy. **Innymi słowy, to nie potrzeba ochrony, ale oczekiwanie efektywności determinuje spojrzenie na analizowaną problematykę.**

Należy bowiem podzielić wyrażane już w literaturze zapatrywanie, że o wyborze form zatrudnienia niepracowniczego decydują w dużej mierze pozapłacowe koszty pracy (Jończyk, 2000, s. 39). Strony oceniają zatem, jak z punktu widzenia prawnopodatkowego będzie kwalifikowany przychód uzyskiwany przez osobę zatrudnioną.

Mając na uwadze, że przychody uzyskiwane przez osobę zatrudnioną w pierwszej kolejności podlegają obowiązkowi składkowym (a dopiero potem podlegają opodatkowaniu), musimy uwzględnić istotne różnice w ich kwalifikacji w świetle norm ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych. Podchodząc do zagadnienia syntetycznie — inaczej traktuje się przychody uzyskiwane z tytułu umowy o zatrudnienie przez osobę nieprowadzącą działalności pozarolniczej (art. 18 ust. 1 u.s.u.s.), a inaczej — przychody z takiej działalności (art. 18 ust. 8 u.s.u.s.), przy czym znaczenie ma także podjęcie takiej działalności (art. 18a u.s.u.s.). Złożone pozostają reguły rozstrzygania zbiegów tytułów do ubezpieczenia (art. 9 u.s.u.s.), nie wymagając — w niektórych przypadkach — objęcia obowiązkami składkowym przychodu ze stosunku zatrudnienia. Warto zaznaczyć, że o ile przymus taki dotyczy dwóch lub więcej stosunków pracy (art. 9 ust. 1 u.s.u.s.), o tyle w przypadku umów agencyjnych i umów zlecenia przymus dotyczy tylko pierwszej umowy (art. 9 ust. 2 u.s.u.s. — jeśli podstawa wymiaru składek jest wyższa w danym miesiącu od minimalnego wynagrodzenia za pracę), a w przypadku kilku rodzajów działalności pozarolniczej — obowiązek składkowy wynika z jednego, wybranego przez ubezpieczonego (art. 9 ust. 3 u.s.u.s.). Nie wchodząc w szczegóły relacji między poszczególnymi tytułami ubezpieczenia nie da się nie zauważyć, że reguły zbiegu umożliwiają wyłączenie części przychodu spod oskładkowania w sytuacji „odpowiedniego” łączenia wielu relacji zatrudnienia z tym samym lub różnymi podmiotami (płatnikami).

Także podatkowa kwalifikacja przychodu jako przychodu ze stosunku pracy, stosunku pracy nakładczej czy spółdzielczego stosunku pracy (art. 12 ustawy z 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych, dalej: u.p.d.o.f.), działalności wykonywanej osobiście (art. 13 u.p.d.o.f.) czy działalności pozarolniczej (art. 14 u.p.d.o.f.), ma istotne znaczenie dla zatrudnionego. Przede wszystkim pozwala „wybrać” sposób jego opo-

datkowania. Oczywista jest różnica między koniecznością opodatkowania dochodu pracownika według jego skali w sposób progresywny (por. np. art. 27 u.p.d.o.f.) oraz możliwością zastosowania liniowej stawki dochodu z działalności gospodarczej (art. 30c u.p.d.o.f.). Dużą rolę odgrywają również inne aspekty podatkowe, w szczególności metoda określenia i uwzględniana wielkość kosztów uzyskania przychodu.

W obu tych grupach regulacji zwraca uwagę szczególna pozycja osoby prowadzącej działalność pozarolniczą (działalność gospodarczą), a więc tzw. samozatrudnionego. Objęcie osób samozatrudnionych zryczałtowanymi składkami na ubezpieczenie społeczne i zryczałtowanym podatkiem ma istotne znaczenie dla wielkości obciążeń publiczno-prawnych, zastępując tym samym obciążenia uzależnione od wielkości przychodu osiąganego z konkretnych umów — umów o zatrudnienie niepracownicze. Można i należy zakładać, że to właśnie ów specyficzny status podmiotowy osoby zatrudnionej — a nie tylko rodzaj zawieranej przez nią umowy o zatrudnienie — ma w wielu wypadkach kluczowy wpływ na wybór podstawy zatrudnienia. Skoro — z uwagi na specyfikę stosunku pracy, w szczególności rozkład ryzyka — nie ma możliwości jego nawiązania w ramach działalności gospodarczej, to wybór podstaw niepracowniczego zatrudnienia staje się swoistą koniecznością.

Warto uwzględnić taką perspektywę choćby w kontekście planowanych zmian dotyczących zakresu obciążeń wynikających z prawa ubezpieczeń społecznych. Po pierwsze, zakładana jest rezygnacja z rocznego ograniczenia podstawy wymiaru składek na ubezpieczenie emerytalno-rentowe. Nieobowiązująca ustawa z 15 grudnia 2017 r. o zmianie ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych oraz niektórych innych ustaw zakładała zniesienie — wynikającego obecnie z art. 19 ust. 1 u.s.u.s. — rocznego limitu kwot, które podlegają obowiązkowi składkowemu na te ubezpieczenia. Utrata mocy przez ten akt prawny (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 14 listopada 2018 r., Kp 1/18) miała za podstawę względy formalne związane z procesem legislacyjnym. Trudno przewidywać, czy w ten sposób problem został ostatecznie zamknięty. Gdyby ustawodawca zdecydował się na ponowne wprowadzenie podobnego rozwiązania, nie tylko można, lecz wręcz należałoby zakładać znaczny wzrost liczby osób podejmujących działalność gospodarczą z uwagi na rosnące obciążenia publiczno-prawne.

Po drugie, od 1 stycznia 2019 r. weszła w życie ustawa z 20 lipca 2018 r. o zmianie niektórych ustaw w celu obniżenia składek na ubezpieczenia społeczne osób fizycznych wykonujących działalność gospodarczą na mniejszą skalę (DzU poz. 1577). Jej tytuł oddaje istotę wprowadzanych zmian. Oceniając oba omawiane rozwiązania łącznie może się okazać, że motywację do podjęcia działalności gospodarczej uzyskają osoby zarówno najlepiej jak i najgorzej zarabiające.

Rozważania takie czynione są — nie bez przyczyny — z perspektywy osoby zatrudnionej. Chodzi o podkreślenie, że wybór podstawy zatrudnienia w kontekście związanych z nim kosztów nie stanowi wyłącznie domeny tego, kto zatrudnia. Nie negując istotnej roli zatrudniającego przedsiębiorcy w poszukiwaniu ograniczenia kosztów własnej działalności, nie możemy tracić z punktu wi-

czenia uwarunkowań rynku pracy. Skłania do tego moment pisanie niniejszych uwag — czas korzystnej koniunktury gospodarczej, w której to przedsiębiorcy zwiększają zakres prowadzonej działalności, do czego konieczni są wykonawcy pracy. Obserwujemy zatem elementy tzw. rynku pracownika, na którym ma on dużo do powiedzenia w kwestii podstawy zatrudnienia i jego warunków. Stają się one nie tylko odbiciem potrzeb tego, kto zatrudnia, ale także perspektywy osoby zatrudnionej i jej interesów. Powszechnie podzielane — choć niekoniecznie racjonalnie uzasadnione — przekonania co do przyszłej (nie)wydolności systemu emerytalnego lub (często z tym związane) dążenie do maksymalizacji bieżących dochodów stają się istotnym czynnikiem determinującym rolę umowy o pracę i umów o zatrudnienie cywilnoprawne. Wynikająca ze stosunku pracy ochrona przed ryzykami zatrudnienia może łatwo przegrać — w indywidualnej ocenie zatrudnionego — z możliwością osiągnięcia większych bieżących korzyści z pracy.

Konkludując niniejsze wstępne uwagi, dążenie do zapewnienia ochrony, jakiego prawodawca konstytucyjny oczekuje od ustawodawcy zwykłego, wymaga systemowego zestawienia norm ustawodawstwa pracy z normami tworzącymi inne gałęzie prawa — tak prawa prywatnego stanowiącego źródło umów o zatrudnienie niepracownicze z normami prawa publicznego, określającymi rozmiar danin, jakie wiążą się z pracą realizowaną w ramach stosunku pracy (art. 22 § 1 k.p.) i umów cywilnoprawnych. Wyrażam pogląd, że zapewnienie efektywnej ochrony ustawodawstwa pracy stanowi w znacznej mierze pochodną nie tyle treści jego samego, ile treści norm prawa publicznego. Nie mniejsze znaczenie mają w tym wszystkim realia gospodarcze, w tym specyfika — aktualna zawsze tylko w danym momencie — rynku pracy.

Efektywność proponowanej w ustawodawstwie pracy ochrony wymaga współdziałania prawodawcy, którego zadaniem pozostaje dopasowanie jej zakresu do rzeczywistych potrzeb i uczestników rynku — podmiotów zatrudniających i osób zatrudnionych. Bez uwzględnienia potrzeb i oczekiwań tych ostatnich wprowadzane regulacje nie będą przestrzegane — bo postrzegane jako zbędne bądź jako przeszkoda dla osiągania indywidualnych celów.

¹ Dokonana ze skutkiem od 2 lutego 1996 r. nowelizacja brzmienia art. 22 § 1 k.p. i dodanie § 11, a następnie dokonana ze skutkiem od 29 listopada 2002 r. ponowna nowelizacja art. 22 § 1 k.p. i dodanie § 12.

Bibliografia

- Gersdorf, M. (1993). *Umowa o pracę, umowa o dzieło, umowa zlecenia*. Warszawa.
- Gersdorf, M. (2013). *Prawo zatrudnienia*. Warszawa.
- Grzybowski, S. M. (1947). *Wstęp do nauki prawa pracy*. Kraków.
- Hajn, Z. (2000). Regulacja prawna zatrudnienia agentów. W: Z. Kubot (red.), *Szczególne formy zatrudnienia*. Wrocław.
- Jończyk, J. (2000). O szczególnych formach zatrudnienia i formach ubezpieczeń społecznych. W: Z. Kubot (red.), *Szczególne formy zatrudnienia*. Wrocław.
- Sobczyk, A. (2013). *Prawo pracy w świetle Konstytucji*. Warszawa.

Dyskryminacja (nierówne traktowanie) w stosunkach cywilnoprawnych

Discrimination (unequal treatment) in civil-law relationships

dr hab. Małgorzata Barzycka-Banaszczyk

Uniwersytet Warszawski, Wydział Prawa i Administracji,
Katedra Prawa Pracy i Polityki Społecznej

Streszczenie Artykuł zawiera analizę rozwiązań przyjętych w ustawie z 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania. Poza uwagami dotyczącymi terminologii autorka przedstawia kwestie dotyczące ochrony przed dyskryminacją (nierównym traktowaniem) osób świadczących pracę na podstawie umów cywilnoprawnych, wskazując, że dopiero wskutek uchwalenia tej ustawy polskie ustawodawstwo antydyskryminacyjne zostało uzupełnione o przepisy ustanawiające ochronę również na rzecz podmiotów doświadczających nierównego traktowania w stosunkach prawnych funkcjonujących poza reżimem prawa pracy w sytuacjach gdy obowiązkiem tych podmiotów było świadczenie pracy. Szerszej analizie poddane jest zagadnienie podstaw odpowiedzialności odszkodowawczej z tytułu dyskryminacji stanowiącej jeden z przejawów nierównego traktowania oraz jej zakresu. Autorka zwraca także uwagę na rozkład ciężaru dowodu i zagadnienie przedawnienia roszczeń z tytułu nierównego traktowania osób świadczących pracę na podstawie umów cywilnoprawnych.

Słowa kluczowe: umowy cywilnoprawne, dyskryminacja, nierówne traktowanie, odpowiedzialność odszkodowawcza.

Summary The article presents the analysis of legal solutions adopted by an Act of 3rd December 2010 on the implementation of some regulations of European Union regarding equal treatment. Besides the remarks concerning terminology, it studies issues connected with protection against discrimination (unequal treatment) of people performing work on the basis of civil-law contracts. It points out that only in result of enacting the above-mentioned act the Polish anti-discrimination law has been complemented with provisions providing protection also for those who experience unequal treatment in legal relationships existing outside the labour law regime in situations, when their duty is to perform work. The article contains a wider analysis of basis and scope of compensatory liability for discrimination as one of the expressions of unequal treatment. Moreover, it emphasizes the problematics of the burden of proof and limitation of compensation claims for unequal treatment of those performing work on the basis of civil-law contracts.

Keywords: civil-law contracts, discrimination, unequal treatment, compensatory liability.

JEL: K31

Zagadnienia terminologiczne

Wobec faktu, że pojęcia „dyskryminacja” i „nierówne traktowanie” używane są niejednokrotnie zamiennie, należy zwrócić uwagę na ich zakres pojęciowy. O równym traktowaniu podmiotów świadczących pracę można mówić wówczas, gdy wykonujący taką samą pracę i posiadający takie same cechy podmiotowe są tak samo traktowani, a ich status jest określony według jednako-
wej miary (głównie według pracy) (tak w odniesieniu do pracowników por. m.in. Sanetra, 1997a, s. 71; Zieliński, 2001, s. 169 i n.; Szewczyk, 2002, s. 487; Ziętek-Capiga,

2018, s. 44–46). Zasada równego traktowania polega więc nie na bezwzględnym zakazie różnicowania uprawnień osób świadczących pracę, ale na prawidłowym doborze kryteriów ich różnicowania. Jak podkreśla się w literaturze, prawo musi uwzględniać różnice wynikające z właściwości danego rodzaju pracy, jej uciążliwości, zakresu odpowiedzialności oraz ze szczególnych właściwości podmiotowych pracowników (por. Skoczyński, 1999, s. 3–4). Tak więc osoby znajdujące się w innej sytuacji faktycznej i prawnej mogą zostać po-
traktowane odmiennie.

Elementem odróżniającym dyskryminację od równego traktowania jest zatem różnicowanie, którego podstawę stanowi określone kryterium. W doktrynie prawa pracy za dyskryminację uważa się „nieusprawiedliwione obiektywnymi powodami gorsze traktowanie pracownika ze względu na niezwiązane z wykonywaną pracą cechy lub właściwości dotyczące go osobiście i istotne ze społecznego punktu widzenia” (Sobczyk, 2017; por. także np. Bolesta, 2017; Florek, 1997, s. 2; Babińska, 2005, s. 23 i n.; Czarnecki, 2006, s. 11 i n.; Gonera, 2006, s. XIV i n.; Naumann, 2007, s. 286 i n.). Słusznie podkreśla Sąd Najwyższy, że „dyskryminacja to nierówność ze względu na szczególną (kwalifikowaną) przyczynę, co wcale nie oznacza, że nierówne traktowanie zawsze spowodowane jest dyskryminacją” (wyrok SN z 4 listopada 2015 r., II PK 36/15, „Monitor Prawa Pracy” 2016, nr 2, s. 90). Zasada niedyskryminacji jest więc kwalifikowaną postacią nierównego traktowania pracowników i oznacza niedopuszczalne różnicowanie sytuacji prawnej w sferze zatrudnienia według negatywnych i zakazanych przez ustawę kryteriów (tak wyrok SN z 3 grudnia 2009 r., II PK 148/09, *Legalis*).

W ustawie z 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania (DzU z 2016 r. poz. 1219, dalej: ustawa antydyskryminacyjna, ustawa z 3 grudnia 2010 r.) dyskryminacja jest jednym z przejawów nierównego traktowania. Jest to pojęcie węższe aniżeli pojęcie nierównego traktowania (art. 3 pkt 5). Nie można zatem mówić o dyskryminacji w przypadkach nierównego traktowania z innych przyczyn aniżeli te, które uznaje się za podstawę dyskryminacji. Tak więc, gdy nierówność nie wynika z zakazanych przez przepisy kryteriów, wówczas występuje jedynie naruszenie zasady równego traktowania (tak wyrok SN z 26 stycznia 2016 r., II PK 303/14, *Legalis*; por. także Barzycka-Banaszczyk, 2017, s. 59). Skoro ustawa z 3 grudnia 2010 r. definiuje pojęcie nierównego traktowania (art. 3 pkt 5), zasadę równego traktowania (art. 3 pkt 6), a także pojęcie dyskryminacji bezpośredniej (art. 3 pkt 1), dyskryminacji pośredniej (art. 3 pkt 2), molestowania (art. 3 pkt 3), molestowania seksualnego (art. 3 pkt 4), to nie ma przeszkód, aby na potrzeby co najmniej niniejszego artykułu pojęć „dyskryminacja” i „nierówne traktowanie” używać zamiennie, wszędzie tam gdzie dystynkcja między nimi nie jest konieczna lub nie wynika z okoliczności normatywnie usprawiedliwionych.

Dodatkowym argumentem wskazującym na możliwość takiego zamiennego używania pojęć jest fakt, iż w zakresie roszczeń odszkodowawczych art. 13 ustawy z 3 grudnia 2010 r. nie różnicuje osób dotkniętych nierównym traktowaniem i osób dyskryminowanych, mimo odrębnego ich zdefiniowania przez ustawę.

Rozważając problematykę zapobiegania nierównemu traktowaniu (dyskryminacji) w stosunkach związanych ze świadczeniem pracy należy przede wszystkim wskazać, że dopiero 1 stycznia 2004 r. do kodeksu pracy została wprowadzona kompleksowa regulacja stanowiąca implementację prawa unijnego w obszarze ochrony pracowników przed nierównym traktowaniem w zakresie nawiąza-

nia i rozwiązania stosunku pracy, warunków zatrudnienia, awansowania oraz dostępu do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych (szerzej na temat zasady równego traktowania i dyskryminacji w prawie pracy por. np. Goździewicz, 1988; Florek, 1997, s. 2 i 2004, s. 5; Skoczyński, 1999, s. 3–4; Wagner, 2002, s. 10 i n.; Boruta, 2004; Babińska, 2005, s. 23 i n.; Neumann, 2007; Maniewska, 2010, s. 39 i n.; Pacian i Pacian, Daniluk-Jarmoniuł, 2012, s. 82 i n.; H. Szewczyk, 2014; Barzycka-Banaszczyk, 2017, s. 57–88). Regulacja ta objęła jednak jedynie te stosunki prawne, które miały charakter stosunków pracy. Dlatego dopiero wskutek uchwalenia ustawy z 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania polskie ustawodawstwo antydyskryminacyjne zostało uzupełnione o przepisy ustanawiające ochronę również na rzecz podmiotów doświadczających nierównego traktowania w stosunkach prawnych funkcjonujących poza reżimem prawa pracy, także w sytuacjach gdy obowiązkiem tych podmiotów było świadczenie pracy (art. 1 w związku z art. 4 pkt 2 ustawy antydyskryminacyjnej).

Przywołana wyżej ustawa miała na celu wdrożenie następujących aktów prawa unijnego: 1) dyrektywy Rady 86/613/EWG z 11 grudnia 1986 r. w sprawie stosowania zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn pracujących na własny rachunek, w tym w rolnictwie, oraz w sprawie ochrony kobiet pracujących na własny rachunek w okresie ciąży i macierzyństwa (Dz. Urz. WE L 359 z 19.12.1986, s. 56; Dz. Urz. UE polskie wydanie specjalne, rozdz. 5, t. 1, s. 330), 2) dyrektywy Rady 2000/43/WE z 29 czerwca 2000 r. wprowadzającej w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne (Dz. Urz. WE L 180 z 19.07.2000, s. 22; Dz. Urz. UE polskie wydanie specjalne, rozdz. 20, t. 1, s. 23), 3) dyrektywy Rady 2000/78/WE z 27 listopada 2000 r. ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy (Dz. Urz. WE L 303 z 02.12.2000, s. 16; Dz. Urz. UE polskie wydanie specjalne, rozdz. 5, t. 4, s. 79), 4) dyrektywy Rady 2004/113/WE z 13 grudnia 2004 r. wprowadzającej w życie zasadę równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do towarów i usług oraz dostarczania towarów i usług (Dz. Urz. UE L 373 z 21.12.2004, s. 37), 5) dyrektywy 2006/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 5 lipca 2006 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy (Dz. Urz. UE L 204 z 26.07.2006, s. 23), 6) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/54/UE z 16 kwietnia 2014 r. w sprawie środków ułatwiających korzystanie z praw przyznanych pracownikom w kontekście swobodnego przepływu pracowników (Dz. Urz. UE L 128 z 30.04.2014, s. 8).

Przesłanki nierównego traktowania

Omawiając przepisy ustawy antydyskryminacyjnej w kontekście ich generalnego oddziaływania na stosunki cywilnoprawne, w pierwszej kolejności należy poddać analizie jej zakres przedmiotowy. W odróżnieniu od re-

gulacji zawartej w kodeksie pracy zamieszczone w art. 1 ust. 1 ustawy antydyskryminacyjnej wyliczenie przesłanek, ze względu na które nierówne traktowanie jest zakazane, ma charakter taksatywny, albowiem ustawodawca nie posłużył się określeniem „w szczególności” ani innym ekwiwalentnym sformułowaniem, które wskazywałoby, że mamy do czynienia z otwartym katalogiem cech chronionych. Z treści przepisu wynika, że do właściwości osobistych, które mogą zostać uznane za relewantne czynniki różnicowania położenia podmiotu objętego ochroną, należy płeć, rasa, pochodzenie etniczne, narodowość, religia, wyznanie, światopogląd, niepełnosprawność, wiek oraz orientacja seksualna. Warto już w tym miejscu wskazać, że wartości te są także przedmiotem ochrony prawa cywilnego, gdzie będąc cechami przynależnymi, w różnym zresztą stopniu, podmiotom cywilnoprawnym (osobom fizycznym, prawnym, a nawet jednostkom organizacyjnym przewidzianym w art. 33¹ k.c.) przybierają postać dóbr osobistych (art. 23 i 24 k.c.).

Lista wymienionych w analizowanym przepisie kryteriów jest zasadniczo zbieżna z tymi wskazywanymi przez akty prawa unijnego, które implementuje ustawa antydyskryminacyjna. Jedyną dodatkową cechą objętą przez polskiego ustawodawcę ochroną wybiegającą poza minimalny standard wyznaczony przez prawo unijne jest narodowość. Pojęcie narodowości nie zostało w ustawie zdefiniowane, co uprawnia do przyjęcia założenia, że dyskryminującą przesłankę dyferencjacji może stanowić nie tylko przynależność do mniejszości narodowej chronionej przez ustawę o mniejszościach narodowych i etnicznych oraz o języku regionalnym¹, lecz do wszelkiej innej narodowości, która może narażać daną osobę na dyskryminacyjne traktowanie. W skrajnych przypadkach za kryterium dyskryminacyjne może zostać uznana nawet przynależność do narodowości polskiej, na co zwrócił uwagę Sąd Najwyższy w wyroku z 22 listopada 2012 r. (I PK 100/12, Legalis; por. także Śmiszek, 2017a), w uzasadnieniu którego stwierdzono, że „kryterium narodowościowe nie może prowadzić do nierównego traktowania polskich pracowników względem pracowników narodowości koreańskiej, tak jak wykluczone byłoby »odwrotne« nierówne traktowanie koreańskich pracowników względem pracowników narodowości polskiej”. Polski ustawodawca nie zdecydował się zresztą na zamieszczenie w ustawie antydyskryminacyjnej legalnej definicji żadnej z objętych ochroną cech, wobec czego należy przyjąć, że ocena, czy w danym przypadku miała miejsca niezgodna z prawem dyferencjacja motywowana cechą prawnie chronioną, należy do sądów badających konkretne przypadki w postępowaniach o naruszenie zasady równego traktowania. Podkreślenia wymaga jednak, że ocena nie może być oparta wyłącznie o brzmienie przepisów krajowych, ale powinna przede wszystkim uwzględniać kryteria wypracowane przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE)².

Zastosowanie techniki implementacji polegającej na wdrożeniu jedynie minimalnego (obligatoryjnego) standardu ochrony wynikającego z prawa unijnego jest zasadniczo prawidłowe, ponieważ wprowadzenie dalej

idących rozwiązań prawnych uzależnione jest wyłącznie od swobodnej decyzji państw członkowskich, niemniej jednak taki stan rzeczy należy ocenić jako dyskusyjny na gruncie prawa krajowego z uwagi na brak spójności systemu ochrony przed dyskryminacją i niekonsekwencję polskiego ustawodawcy, który na potrzeby prawa pracy przyjął odmienne rozwiązanie (tj. otwarty katalog przesłanek dyskryminacyjnych — art. 11³ k.p.). Nie bez znaczenia dla oceny obranego kierunku budowania analizowanej regulacji pozostaje także fakt, że przedmiotem procesu implementacji unijnej ochrony przed dyskryminacją zarówno w kodeksie pracy, jak i w analizowanej ustawie były — co do zasady — te same akty prawne. Trudno zatem znaleźć racjonalne kryteria, które wpłynęły na zróżnicowanie poziomu ochrony przyznanej przez te dwa akty normatywne. Ponadto, również w ustawie antydyskryminacyjnej mamy do czynienia z przejawem ograniczonego odstępstwa od minimalnego poziomu ochrony przez objęcie nią uzupełniająco także przypadków nierównego traktowania z uwagi na przynależność narodowościową.

Ograniczenie zakresu przedmiotowego ustawy do ściśle określonych przesłanek nierównego traktowania wzbudzało zastrzeżenia zarówno w toku procesu legislacyjnego, jak i po jego zakończeniu. Podnoszone wątpliwości dotyczyły zwłaszcza możliwości pogodzenia takiego rozwiązania z wyrażonym w art. 32 ust. 2 Konstytucji zakazem dyskryminacji „z jakiegokolwiek przyczyny”³.

Także po wejściu ustawy w życie Rzecznik Praw Obywatelskich, który zgodnie z art. 18 i 19 ustawy antydyskryminacyjnej pełni rolę krajowego organu ds. równości, zasygnalizował w swoim wystąpieniu do Pełnomocnika Rządu do spraw Równego Traktowania problem możliwej niezgodności przepisów ustawy ze standardami konstytucyjnymi, między innymi właśnie w zakresie ochrony limitowanej jedynie do kilku cech prawnie chronionych⁴. Rzecznik Praw Obywatelskich podniósł wówczas również, że zaproponowany przez ustawodawcę katalog kryteriów objętych ochroną przed dyskryminacją może nie odpowiadać standardom prawa międzynarodowego, zwłaszcza art. 14 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (EKPCz) zakazującemu dyskryminacji „wynikającej z takich powodów, jak płeć, rasa, kolor skóry, język, religia, przekonania polityczne i inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie bądź z jakichkolwiek innych przyczyn”. Dalszą konsekwencją dostrzeganych przez Rzecznika Praw Obywatelskich uchybień był jego wniosek do Trybunału Konstytucyjnego o stwierdzenie niezgodności przepisów ustawy z wybranymi normami konstytucyjnymi, a to przede wszystkim art. 1 ustawy antydyskryminacyjnej z art. 32 w zw. z art. 2 Konstytucji, w zakresie, w jakim ogranicza on zastosowanie ustawy do sytuacji naruszenia zasady równego traktowania ze względu na zamknięty katalog przesłanek dyskryminacyjnych⁵. Powyższy wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich nie doczekał się jednak merytorycznego rozpoznania, ponieważ postanowieniem Trybunału

Konstytucyjnego z 11 października 2017 r., K 17/16, postępowanie zostało umorzone wobec jego cofnięcia przez wnioskodawcę.

Podmioty objęte ochroną przed nierównym traktowaniem

W art. 2 ust. 1 ustawy z 3 grudnia 2010 r. został bardzo szeroko określony jej zakres podmiotowy, bowiem ustawę stosuje się do osób fizycznych oraz do osób prawnych i jednostek organizacyjnych niebędących osobami prawnymi, którym ustawa przyznaje zdolność prawną, z wyłączeniem ochrony pracowników, a więc osób fizycznych, w takim zakresie, w jakim dotyczą ich uregulowania zawarte w przepisach kodeksu pracy (art. 2 ust. 2 ustawy). Z punktu widzenia praktyki stosowania ustawy wyłączenie to nie uniemożliwia porównywania sytuacji osób wykonujących pracę na innej podstawie niż stosunek pracy do pracowników. Ma to zwłaszcza istotne znaczenie w stosunkowo częstych przypadkach, w których w jednym przedsiębiorstwie (zakładzie pracy) zbliżone obowiązki są wykonywane przez osoby zatrudnione w ramach stosunku pracy, jak i przez osoby świadczące pracę lub wykonujące usługi na podstawie umów cywilnoprawnych, takich jak umowa zlecenia, umowa o świadczenie usług podobna do umowy zlecenia, umowa o dzieło, umowa agencyjna albo umowa prowadząca do samozatrudnienia w zbliżonym przedmiotowo zakresie.

Przyznanie ochrony osobom fizycznym wynika z samej istoty zjawiska dyskryminacji, które następuje ze względu na osobiste cechy osoby dyskryminowanej, takie jak płeć, wiek, niepełnosprawność, religia, orientacja seksualna, stan zdrowia, tożsamość płciowa, poglądy polityczne czy pochodzenie narodowe, które składają się na tożsamość człowieka. Z tego względu także ochrona osób prawnych i jednostek organizacyjnych niebędących osobami prawnymi, którym ustawa przyznaje zdolność prawną, będzie każdorazowo powiązana z osobami fizycznymi tworzącymi daną osobę prawną lub jednostkę organizacyjną. Taki sposób rozumienia ochrony osób prawnych i jednostek organizacyjnych wynika również z samej definicji nierównego traktowania zawartej w art. 3 pkt 5 ustawy antydyskryminacyjnej, który stanowi, że pod tym pojęciem rozumie się „traktowanie osób fizycznych w sposób będący jednym lub kilkoma z następujących zachowań: dyskryminacją bezpośrednią, dyskryminacją pośrednią, molestowaniem, molestowaniem seksualnym, a także mniej korzystnym traktowaniem osoby fizycznej wynikającym z odrzucenia molestowania lub molestowania seksualnego lub podporządkowania się molestowaniu lub molestowaniu seksualnemu, oraz zachęcanie do takich zachowań i nakazywanie tych zachowań”.

Dla stosunków cywilnoprawnych istotne znaczenie mają obszary ochrony wskazane w art. 4 pkt 1 i 2 ustawy antydyskryminacyjnej (oraz analogicznie wskazane w art. 8 ust. 1 tejże ustawy), tj. podejmowanie kształcenia zawodowego, w tym doksztalcania, doskonalenia,

przekwalifikowania zawodowego oraz praktyk zawodowych, a także warunki podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej lub zawodowej, w tym w szczególności w ramach stosunku pracy albo pracy na podstawie umowy cywilnoprawnej. Artykuł 8 ustawy antydyskryminacyjnej doprecyzowuje zakres przedmiotowy zastosowania tej ustawy w obszarach wymienionych w tym przepisie, wskazując na wszystkie przewidziane w ustawie kryteria zakazanej dyferencjacji, tj. płeć, rasę, pochodzenie etniczne, narodowość, religię, wyznanie, światopogląd, niepełnosprawność, wiek oraz orientację seksualną. Występujące w przywołanym wyżej przepisie określenie „wykonywanie działalności zawodowej” należy pojmować szeroko, jako wszelkie formy świadczenia pracy, rozumianej jako wykonywanie określonych obowiązków czy zadań w zamian za wynagrodzenie, przykładowo na podstawie działalności gospodarczej lub umowy zlecenia.

W stanie prawnym obowiązującym przed wejściem w życie omawianej ustawy dochodzenie roszczeń wynikających z naruszenia zasady równego traktowania byłoby możliwe dopiero pod warunkiem uprzedniego ustalenia na drodze sądowej, że stosunek cywilnoprawny był w rzeczywistości stosunkiem pracy, co znacznie utrudniało osobom doświadczającym nierównego traktowania obronę ich praw. Natomiast obecnie możliwe jest formułowanie odpowiednich roszczeń wywodzonych ze zróżnicowania pomiędzy osobami wykonującymi swoje zadania w ramach stosunku pracy z tymi, którzy realizują je w ramach umów cywilnoprawnych. Nie dotyczy to jednak dyskryminacji w zakresie samej podstawy zatrudnienia, ponieważ takie roszczenie jest wyłączone z uwagi na zamknięty katalog podstaw dyskryminacji (Walczak, 2012, s. 120).

Cywilnoprawna ochrona odszkodowawcza

Zgodnie z art. 13 ust. 1 ustawy antydyskryminacyjnej prawo do odszkodowania ma każdy, wobec kogo zasada równego traktowania została naruszona. Skoro jednak zgodnie z art. 13 ust. 2 tej ustawy w sprawach naruszenia zasady równego traktowania stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, to należy zwrócić uwagę na fakt, że owo roszczenie odszkodowawcze może znaleźć swą podstawę prawną w różnych przepisach tego kodeksu.

W zakresie cywilnoprawnej ochrony odszkodowawczej w grę mogą wchodzić tak przepisy regulujące odpowiedzialność odszkodowawczą *ex contractu*, jak i *ex delicto*, albowiem warto przypomnieć, iż naruszenie zasady równego traktowania może mieć miejsce zarówno w trakcie trwania stosunku cywilnoprawnego, jak i przed jego nawiązaniem (np. w trakcie negocjacji).

Należy także już w tym miejscu odnotować zawarty w kodeksie cywilnym przypadek odszkodowawczej ochrony przedkontraktowej. W art. 72 k.c. została bowiem uregulowana odpowiedzialność za tzw. *culpa in contrahendo*. Instytucja winy w kontraktowaniu rozu-

miana jest obecnie w nauce i orzecznictwie prawa cywilnego jako szczególnie przypadek odpowiedzialności deliktowej, do której znajdują zastosowanie przepisy tytułu VI księgi trzeciej kodeksu cywilnego. W tym jednak przypadku obszarem indemnizacji objęte są jedynie uszczerbki majątkowe wynikające z naruszenia nakazu negocjowania w dobrej wierze i zgodnie z dobrymi obyczajami (Brzozowski, 2018, s. 373), które obejmują zarówno straty (*damnum emergens*), jak i nieuzyskane korzyści (*lucrum cessans*). Obowiązek naprawienia szkody podlega tu jednak ograniczeniu do tzw. ujemnego interesu umowy, gdyż zgodnie z treścią normy kompensacja dotyczy naprawienia szkody, której doznał poszkodowany licząc na zawarcie negocjowanej umowy, a nie wskutek tego, że negocjowana umowa nie została zawarta i wykonana (tzw. dodatni interes umowy) (por. np. Krajewski, 2013, s. 867; Machnicka, 2007, s. 244; Kocot, 2013, s. 82 i n.; w doktrynie prawa pracy por. np. Tomaszewska, 2018, s. 135; Zwolińska, 2016, s. 405 i n.).

Stosując do omawianych roszczeń normy kodeksu cywilnego należy w pierwszej kolejności rozważyć, przepisy którego z reżimów odpowiedzialności powinny znaleźć zastosowanie w każdym z możliwych przypadków. Nie można także wykluczyć, że w razie wyrządzenia szkody zachowaniem naruszającym zasadę równego traktowania w trakcie związania stron stosunkiem obligacyjnym może dojść do zbiegu podstaw odpowiedzialności odszkodowawczej z obu wymienionych reżimów. Dla odpowiedzialności odszkodowawczej istotne jest bowiem dokonanie oceny skutków zdarzenia szkodzącego, które w zależności od reżimu odpowiedzialności wpływają m.in. na kwestie ciężaru dowodu, zakresu szkody podlegającej naprawieniu, rozmiaru odszkodowania, przesłanek odpowiedzialności za czyny cudze, a także przedawnienia roszczeń odszkodowawczych (por. np. Kaliński, 2016, s. 247) (choć to ostatnie zagadnienie jest odrębnie uregulowane w art. 15 ustawy z 3 grudnia 2010 r.)⁶.

Przepisy kodeksu cywilnego uzależniają odpowiedzialność odszkodowawczą od spełnienia trzech jej przesłanek: szkody, zdarzenia, z którym ustawa łączy obowiązek jej naprawienia, oraz łączącego je związku przyczynowego. Przy tożsamości przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej w obu reżimach odmiennie uregulowano wszakże zakres i sposób ochrony poszkodowanego.

Gdyby w ustawie antydyskryminacyjnej zamieszczono przepis określający zasadę odpowiedzialności za nierówne traktowanie, to zapewne — podobnie jak w przypadku art. 18^{3d} k.p., gdzie odpowiedzialność pracodawcy za naruszenie zasady równego traktowania w zatrudnieniu została uregulowana w szczególnie sposób — przybrałaby ona postać odpowiedzialności oderwanej od winy, a opartej wyłącznie na bezprawności⁷. Wskazuje na to kształt ustawy, która nierówne traktowanie ujmuje w sposób obiektywny i nie uzależnia skutków prawnych takiej dyskryminacji od cech subiektywnych osoby zatrudniającej, a dopuszczającej się naruszenia praw podmiotów świadczących pracę. W istocie nierów-

nego traktowania kryje się bowiem obiektywnie negatywna ocena zachowania się zatrudniającego (por. Wandzel, 2004, s. 94 i n.; Liszcz, 2009, s. 2; odmiennie Sanetra, 2003, s. 89).

Należy jednak zwrócić uwagę na fakt, że skoro w ustawie antydyskryminacyjnej nie przewidziano przepisu określającego zasadę odpowiedzialności odszkodowawczej za szkody wyrządzone naruszeniem jej przepisów, to brak ten wydaje się powodować, że odesłanie przewidziane w art. 13 ust. 2 ustawy zmusza do przyjęcia, iż obowiązek naprawienia uszczerbków będących następstwem nierównego traktowania podmiotów świadczących (lub mających świadczyć) pracę, będzie ustalany na podstawie przepisów ogólnych regulujących tę odpowiedzialność w ramach wymienionych powyżej reżimów odpowiedzialności. Do wskazanych w ustawie stanów faktycznych naruszenia zasady równego traktowania znajdą więc zastosowanie przepisy art. 415 lub art. 471 k.c., regulujące opartą na zasadzie winy odpowiedzialność odszkodowawczą za czyn własny, a także oparte na zasadzie ryzyka przepisy art. 430 lub art. 474 k.c., przewidujące odpowiedzialność odszkodowawczą za zawiniony czyn cudzy.

Warto jednak zwrócić uwagę na fakt, że w ramach odpowiedzialności odszkodowawczej *ex delicto* obowiązek kompensacyjny obejmuje nie tylko naprawienie uszczerbku majątkowego (szkody), ale w wielu sytuacjach także uszczerbku niemajątkowego (krzywdy). Taki stan rzeczy nie występuje, co do zasady, w ramach odpowiedzialności odszkodowawczej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania.

Należy także wskazać na obecne w regulacji kodeksu cywilnego różnice w zakresie sposobu ochrony poszkodowanego. Przepisy regulujące odpowiedzialność z tytułu czynów niedozwolonych nakładają bowiem na niego obowiązek udowodnienia wszystkich przesłanek odpowiedzialności, a przepisy regulujące odpowiedzialność odszkodowawczą *ex contractu* przenoszą ciężar dowodu na stronę przeciwną, nakładając nań dla zwolnienia się od odpowiedzialności obowiązek wykazania braku winy. Niemniej jednak w tym zakresie przepisy ustawy antydyskryminacyjnej wprowadzają regulację szczególną, która w każdym z możliwych przypadków wymaga od poszkodowanego wyłącznie uprawdopodobnienia faktu nierównego traktowania, a ciężar dowodu przenosi na tego, komu zarzucono naruszenie tej zasady (art. 14 ust. 2 i 3 ustawy). Odnosnie do pozostałych przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej, a więc szkody i związku przyczynowego, ciężar ich udowodnienia obciąża poszkodowanego (por. art. 6 w związku z art. 415 lub 471 k.c.).

Godny odnotowania jest fakt pojawiających się w doktrynie wątpliwości co do prawidłowości implementacji prawa unijnego w zakresie omawianego wyżej odesłania do przepisów kodeksu cywilnego. Zwrócono uwagę, że zgodnie z powszechnym sposobem wykładni art. 361 § 2 k.c. obowiązek odszkodowawczy ograniczony jest zasadniczo do naprawienia szkody majątkowej w postaci straty i utraconych korzyści (Kaliński, 2011, s. 218; Safjan, 2004, s. 255). W konsekwencji dłużnik obowiąz-

zany jest do naprawienia szkody niemajątkowej tylko wtedy, gdy właściwy przepis modyfikuje zakres jego odpowiedzialności w stosunku do art. 361 § 2 k.c. Oznacza to, że możliwość domagania się naprawienia uszczerbków niemajątkowych (krzywd) została ograniczona do tych przypadków, w których ustawodawca wyraźnie to przewidział. Z tego zaś wyprowadzono wniosek, że brak w ustawie antydyskryminacyjnej przepisu przewidującego możliwość żądania zadośćuczynienia z tytułu naruszenia przewidzianego w niej zakazu nierównego traktowania może być kwestionowana (Strugała, 2016, s. 14–19; por. także Gromaszek, 2011, s. 91 i n.), mimo że nie zasługuje to na aprobatę ze względu na zakładane cele regulacji i motywację unijnego ustawodawcy (szerzej na temat wpływu regulacji unijnych na prawo krajowe zob. Mitrus, 2006). W literaturze przedmiotu prezentowane są także odmienne poglądy, które są oparte na funkcjonalnej wykładni przepisów i postulują przewyższanie ewentualnych niedoskonałości w implementacji poprzez dokonywanie prounijnej interpretacji prawa krajowego (Górski, 2015, s. 13–14; Kędziora, Śmiszek, http://www.ptpa.org.pl/site/assets/files/1028/opinia_roza_problematyczne_zagadnienia_w_stosowaniu_prawa_antydyskryminacyjnego_w_polsce.pdf s. 25).

Warto zauważyć, że dotychczasowe orzecznictwo sądów polskich rozstrzygających spory z zakresu ustawy antydyskryminacyjnej jest wyjątkowo skąpe z uwagi na fakt, że omawiana regulacja była jak dotąd stosowana niezmiennie rzadko.

Jednym z niewielu przykładów tej judykatury jest wyrok Sądu Rejonowego dla Warszawy Śródmieścia w Warszawie z 9 lipca 2014 r. (VI C 402/13) oraz wydany wskutek apelacji wniesionych od wyżej wskazanego orzeczenia wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 18 listopada 2015 r. (V Ca 3611/14, [http://orzeczenia.warszawa.so.gov.pl/content/\\$N/154505000001503_V_Ca_003611_2014_Uz_2015-12-14_001](http://orzeczenia.warszawa.so.gov.pl/content/$N/154505000001503_V_Ca_003611_2014_Uz_2015-12-14_001)). Rozpatrując apelację strony powodowej od wyroku sądu I instancji sąd okręgowy zaznaczył, że „rację miał powód wskazując, że odszkodowanie z art. 13 Ustawy, nie podlega rozróżnieniu na naprawienie szkody majątkowej i niemajątkowej (krzywdy)”, co w ocenie sądu wynika z art. 13 ust. 2, który zawiera odesłanie do kodeksu cywilnego, „który wyraźnie rozróżnia w osobnych jednostkach redakcyjnych kodeksu odpowiedzialność za szkodę majątkową i niemajątkową. Dlatego też gdyby ustawodawca w istocie zechciał rozróżnić w ustawie wdrożeniowej odpowiedzialność za szkodę majątkową i za krzywdę zostałyby to rozróżnione już w samej treści przepisu”. Z powyższego sąd okręgowy wywiódł wniosek, że w zakresie kompensowania szkody niemajątkowej będą miały zastosowanie odpowiednie przepisy kodeksu cywilnego odnoszące się do zadośćuczynienia.

Inną koncepcją, której przyjęcie pozwalałoby na rekompensatę szkody niemajątkowej pomimo braku wyraźnego przyzwolenia ustawowego, jest założenie, że w przypadku dyskryminacji osoba pokrzywdzona z reguły doświadcza krzywdy, zaś przedmiotem ochrony w tych sprawach jest przede wszystkim jej naruszona

godność, a dopiero w dalszej kolejności szeroko rozumiana sfera majątkowa. W wyroku z 11 kwietnia 2006 r., I PK 169/05, (OSNP 2007/7–8/93) Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że „dyskryminacja jest nieuchronnie związana z naruszeniem godności drugiego człowieka, a poszanowanie tej godności jest nakazem nie tylko prawnym, lecz również moralnym i stanowi naruszenie nie tylko przepisów dotyczących nierównego traktowania, ale również jednej z podstawowych wolności człowieka uregulowanej w art. 30 Konstytucji RP (...) każdy przejaw dyskryminacji stanowi naruszenie godności, a godność to szczególnie wartość człowieka, jako osoby pozostającej w relacjach interpersonalnych”. Skoro zatem każdy przejaw dyskryminacji stanowi naruszenie dobra osobistego w postaci godności, to w tego rodzaju sprawach z istoty rzeczy konieczne jest kompensowanie nie tylko uszczerbków majątkowych, ale także w równym stopniu uszczerbków niemajątkowych osoby, która doświadczyła nierównego traktowania.

W celu zapewnienia pełnej ochrony przed dyskryminacją w sferze stosunków cywilnoprawnych oraz uniknięcia wątpliwości interpretacyjnych, które mogłyby negatywnie rzutować na ochronę interesów osób dyskryminowanych, nie trzeba jednak postulować doprecyzowania treści przepisów ustawy antydyskryminacyjnej, np. przez wprowadzenie *explicite* prawa do dochodzenia obok odszkodowania także roszczenia o zadośćuczynienie za doznaną krzywdę, skoro ochrona taka wynika z wyraźnego przepisu kodeksu cywilnego. W art. 24 § 1 zd. 3 k.c. przyjęto bowiem, że w przypadku naruszenia dobra osobistego istnieje na zasadach przewidzianych w kodeksie, a więc m.in. w art. 448 k.c., możliwość żądania zadośćuczynienia pieniężnego lub zapłaty odpowiedniej sumy pieniężnej na wskazany cel społeczny. Przyjmuje się, że odpowiedzialność z ostatniego z przywołanych przepisów oparta jest także na zasadzie winy (por. Safjan, 2018, s. 1589 i n.).

Ustalenie wysokości odszkodowania jest dokonywane stosownie do przepisów kodeksu cywilnego i oparte na zasadzie pełnej kompensacji doznanej szkody (art. 361 k.c.). Rozmiar tego uszczerbku majątkowego określany jest natomiast w oparciu o metodę dyferencyjną, polegającą na porównaniu stanu istniejącego ze stanem hipotetycznym, który istniałby gdyby nie zaszło zdarzenie szkodzące (por. Banaszczyk, 2018, s. 1215 i n.). Należy jednak wskazać, że zasada pełnego odszkodowania doznaje w prawie cywilnym szeregu ograniczeń, wynikających z przepisów ustawy, wśród których dla prowadzonych tu rozważań szczególne znaczenie ma art. 362 k.c., regulujący skutki przyczynienia się poszkodowanego do powstania lub zwiększenia szkody (w tym zakresie por. np. Banaszczyk, 2018, s. 1220 i n.).

Niezależnie od powyższego należy zwrócić uwagę na wyrażane w literaturze przedmiotu poglądy, że uzależnianie przyznania rekompensaty z tytułu dyskryminacji od istnienia przesłanki szkody i wykazania jej przez powoda, należałoby uznać za limitujące i niedopuszczalne w świetle przepisu art. 17 zdanie drugie dyrektywy 2000/78/WE, który stanowi, że „sankcje, które mogą

określać wypłacenie odszkodowania ofierze, muszą być skuteczne, proporcjonalne i dolegliwe” (Górski, 2015; Śmiszek, 2017c). Jak podkreślił TSUE w wyroku z 8 listopada 1990 r., C-177/88 (Dekker, Rec.), w którym odniósł się do art. 17 dyrektywy 2000/78/WE, „kiedy państwo członkowskie wybiera sankcję stanowiącą część zasad prawa cywilnego, jakiegokolwiek naruszenie zakazu dyskryminacji jest wystarczające, aby uznać odpowiedzialność osoby winnej tego naruszenia i nie można uwzględniać przesłanek wyłączenia (odpowiedzialności) przewidzianych prawem krajowym”. Mając powyższe względy na uwadze, za usprawiedliwioną należy uznać tezę, że samo naruszenie zakazu dyskryminacji powinno prowadzić do zasądzenia odszkodowania, skoro taką sankcję prywatnoprawną za naruszenie tego zakazu wybrał polski ustawodawca, a zgodnie z art. 17 dyrektywy 2000/78/WE niedopuszczalne byłoby ograniczenie odszkodowania należnego ofierze dyskryminacji przez uzależnienie go od przesłanek limitujących odpowiedzialność wynikających z prawa krajowego.

Zgodnie z art. 16 ustawy antydyskryminacyjnej, dochodzenie roszczeń na podstawie jej przepisów nie pozbawia osób dyskryminowanych prawa do dochodzenia roszczeń na podstawie przepisów innych ustaw. Powołana norma statuuje istotną dla ochrony osób dyskryminowanych zasadę niewyłączności roszczenia odszkodowawczego, co oznacza, że jest możliwe dochodzenie razem z nim innych roszczeń w ramach jednego postępowania, a także dochodzenie w odrębnych postępowaniach ochrony wynikających z innych tytułów uprawnień, odebranych lub ograniczonych w konsekwencji zastosowania kryterium dyskryminacyjnego. Możliwe jest zatem, aby podmiot dyskryminowany domagał się kompensacji wyrządzonych mu w ten sposób uszczerbków majątkowych (np. na podstawie art. 415 k.c.), a jeżeli dyskryminacja doprowadziła do naruszenia jego dóbr osobistych, także usunięcia skutków tego naruszenia (np. w drodze przeproszenia) oraz naprawienia krzywdy (na podstawie art. 24 § 1 i § 3 w zw. z art. 448 k.c.). W takiej sytuacji warto podkreślić, że zasada pełnego odszkodowania ogranicza zakres kompensacji w taki sposób, iż odszkodowanie nie może przenosić wysokości szkody (por. Banaszczyk, 2018, s. 1218). Niewyłączność roszczenia odszkodowawczego stanowi do pewnego stopnia remedium na dotkliwie skutki przedawnienia roszczeń, albowiem roszczenia niemajątkowe związane z ochroną dóbr osobistych nie ulegają przedawnieniu, a ich uwzględnienie może także w pewnym stopniu doprowadzić do zniwelowania uszczerbku doznanego przez ofiarę dyskryminacji. W każdym czasie możliwe jest także wystąpienie z roszczeniem o ustalenie w trybie art. 198 k.p.c., że do dyskryminującego naruszenia doszło, aczkolwiek wykorzystanie takiego środka prawnego może mieć miejsce jedynie wówczas, gdy poszkodowanemu zależy wyłącznie na satysfakcji ze stwierdzonego naruszenia (zob. Kędziora, Wieczorek, 2013, s. 169).

Przy ustalaniu wysokości rekompensaty przyznawanej na podstawie ustawy antydyskryminacyjnej przez

analogię znajdzie zastosowanie także dotychczasowe orzecznictwo sądów cywilnych dotyczące zasad naprawiania krzywdy. Jak wskazał przykładowo Sąd Apelacyjny w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 18 czerwca 2015 r. (I ACa 473/15, Legalis), „ocena ta powinna uwzględniać całokształt okoliczności sprawy decydujących o rozmiarze cierpienia i skali zmian w życiu poszkodowanego, nie wyłączając takich czynników, jak np. jego wiek oraz postawa sprawcy. Przy ustalaniu rozmiaru cierpienia powinny być uwzględniane zobiektywizowane kryteria oceny, odniesione jednak do indywidualnych okoliczności danego wypadku. Oceniając rozmiar doznanej krzywdy trzeba zatem wziąć pod rozwagę całokształt okoliczności, w tym: rozmiar cierpienia fizycznych i psychicznych, ich nasilenie i czas trwania, nieodwracalność następstw wypadku, rodzaj wykonywanej pracy, szanse na przyszłość itp.”.

W przeciwnieństwie do art. 18^{3d} k.p. w ustawie antydyskryminacyjnej nie mamy do czynienia z gwarancją minimalnego odszkodowania, ponieważ brak stosownego przepisu odgraniczającego powoduje, że odszkodowanie musi odpowiadać wykazanej szkodzie. Mimo to usprawiedliwione wydaje się, aby do określenia poziomu świadczenia kompensacyjnego znalazły zastosowanie zasady wypracowane w orzecznictwie w odniesieniu do dyskryminacji w stosunkach pracy (Kędziora, Śmiszek, http://www.ptpa.org.pl/site/assets/files/1028/opinia_roza_problematyczne_zagadnienia_w_stosowaniu_prawa_antydyskryminacyjnego_w_polsce.pdf, s. 25). Na szczególną uwagę zasługują poglądy wyrażone w tej materii przez Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 7 stycznia 2009 r., III PK 43/08 (OSNP 2010/13–14/160), w którym Sąd podkreślił, że przepisy odszkodowawcze powinny być stosowane w duchu dyrektyw unijnych, a zatem przyznawane na ich podstawie świadczenia mają być skuteczne, proporcjonalne i odstraszające. Zawarte w unijnych dyrektywach antydyskryminacyjnych desygnaty sankcji za naruszenie zasady równego traktowania odnoszą się do funkcji, jakie ta sankcja ma spełniać. Wyrażenie sankcja „skuteczna” oznacza konieczność realizacji przezeń funkcji kompensacyjnej, natomiast sformułowanie sankcja „odstraszająca” oznacza sankcję spełniającą funkcję prewencyjno-wychowawczą oraz represyjną. Odszkodowanie z art. 13 ustawy z 3 grudnia 2010 r. ma zatem na celu nie tylko wyrównanie uszczerbku poniesionego przez poszkodowanego, ale dodatkowo oddziaływanie prewencyjne (Pudelko, 2011, s. 553–554). Należy podkreślić, że wskazania Sądu Najwyższego w zakresie wysokości odszkodowania wyrażane na podstawie przepisów kodeksu pracy zachowują swoją aktualność w odniesieniu do ustawy antydyskryminacyjnej również dlatego, że interpretacja przepisów prawa pracy następowała zgodnie z celami tych samych dyrektyw unijnych, których wdrożenia do krajowego porządku prawa dotyczy analizowany akt prawny. Z tego względu usprawiedliwione jest przyjęcie założenia, że zasady wypracowane przez judykaturę prawa pracy mogą mieć zastosowanie przez analogię do roszczeń rozpatrywanych przez sądy cywilne.

Należy nadmienić, że w odniesieniu do świadczeń kompensacyjnych przyznawanych na podstawie ustawy antydyskryminacyjnej znajdzie zastosowanie także pogląd wyrażany w doktrynie prawa pracy w kontekście zjawiska tzw. dyskryminacji ciągłej, przyjmującej postać powtarzających się jednorodnych zachowań pracodawcy w zwartym okresie. Stan taki kwalifikowany jest przez judykaturę jako jedno zdarzenie rozciągnięte w czasie, które może być podstawą przyznania tylko jednego zadośćuczynienia. Przyjęcie konstrukcji ciągłego zachowania się pracodawcy nie oznacza jednak, że w tym przypadku sytuacja poszkodowanego pracownika jest taka sama jak w razie zachowania jednorazowego, a uporczywość i konsekwencja naruszeń nie ma wpływu na zakres odpowiedzialności pracodawcy. Czas trwania i ilość naruszeń obowiązku równego traktowania pracowników należy bowiem wziąć pod uwagę przy ocenie odpowiedniej wysokości zadośćuczynienia (por. m.in. wyrok SN z 7 stycznia 2009 r., III PK 43/08, Legalis).

Podstawę odszkodowawczą odrębną od omówionej wyżej przewiduje art. 12 ust. 1 ustawy antydyskryminacyjnej, który wskazuje, że w przypadku naruszeń zasady równego traktowania określonych w niniejszej ustawie w stosunku do osoby fizycznej, w tym w związku z ciążą, urlopem macierzyńskim, urlopem na warunkach urlopu macierzyńskiego, urlopem ojcowskim, urlopem rodzicielskim lub urlopem wychowawczym, osobom fizycznym przysługuje roszczenie, o którym mowa w art. 13. W doktrynie zauważa się, że charakter przywołanego wyżej przepisu nie jest do końca jasny (Śmiszek, 2017b). Z jednej strony można go bowiem uznać za *superfluum* ustawowe względem art. 13 ustawy antydyskryminacyjnej, gdyż już z treści tego przepisu jasno wynika, że osobom fizycznym, wobec których naruszono zasadę równego traktowania, przysługuje roszczenie odszkodowawcze. Z drugiej strony, w ocenie komentatorów ustawy, art. 12 ust. 1 ustawy antydyskryminacyjnej zdaje się rozszerzać katalog cech prawnie chronionych, wyszczególnionych w art. 1 ust. 1 ustawy antydyskryminacyjnej, o przesłankę rodzicielstwa i w tym wyraża się odrębność owej podstawy odszkodowawczej. Dyskryminacja związana z ciążą, urlopem macierzyńskim, urlopem na warunkach urlopu macierzyńskiego oraz urlopem ojcowskim powiązana jest w istocie z przesłanką płci, gdyż same przepisy przy określaniu wymienionych uprawnień posługują się kryterium płciowym. Jednakże już dyskryminacja w związku z urlopem rodzicielskim czy urlopem wychowawczym nie może być jednoznacznie powiązana z przynależnością płciową, ponieważ są to uprawnienia przysługujące obojgu rodzicom. Dla zapewnienia ochrony w takich przypadkach mogłoby zatem nie być wystarczające powoływanie się wyłącznie na art. 1 ust. 1 ustawy antydyskryminacyjnej. Powyższa koncepcja rodzi dalsze wątpliwości dotyczące zakresu przedmiotowego, w jakim wyodrębniona na podstawie art. 12 ust. 1 ustawy antydyskryminacyjnej przesłanka rodzicielstwa podlega ochronie. W odniesieniu bowiem do pozostałych przesłanek ustawa precyzowała obszar, w którym przy-

znawała im ochronę. Analiza regulacji prowadzi do wniosku, że w tym zakresie nie zostały wprowadzone ograniczenia, aczkolwiek trudno przesądzić, czy jest to wynikiem przeoczenia i wywołanego nim zaniechania ustawodawcy, czy celowym zabiegiem legislacyjnym. W praktyce jednak ochrona przed nierównym traktowaniem ze względu na rodzicielstwo będzie dotyczyła przeważnie obszaru wykonywania działalności zawodowej wskazanego w art. 4 pkt 1–3 ustawy antydyskryminacyjnej.

Inną niż zasadzenie świadczenia pieniężnego sankcję cywilnoprawną, która może znaleźć zastosowanie w przypadkach dyskryminacji, jest sankcja nieważności dyskryminujących postanowień umownych stosowana na podstawie art. 58 i art. 353¹ k.c. Nadanie umownemu stosunkowi zobowiązaniowemu treści uchylającej zakazowi dyskryminacji jest bowiem jednoznacznie ze sprzecznością treści tego stosunku prawnego z ustawą w rozumieniu art. 353¹ k.c. Z uwagi na fakt, że zakaz dyskryminacji jest jednoznacznie wyrażony w ustawie (tj. art. 6–8 ustawy antydyskryminacyjnej), nie ma potrzeby poszukiwania źródła sankcji dla dyskryminującej umowy w jej sprzeczności z zasadami współżycia społecznego.

W przypadkach dyskryminującego charakteru niektórych postanowień umowy należy rozważyć zastosowanie art. 58 § 3 k.c. To, czy nieważność będzie ograniczona do postanowień dyskryminujących, czy też dotknie całej umowy, będzie rozstrzygać sąd, biorąc pod rozwagę to, czy bez postanowień sprzecznych z zakazem dyskryminacji umowa zostałaby zawarta. Dla uznania umowy za nieważną w całości wystarczające byłoby uznanie, że w danym przypadku przynajmniej jedna ze stron nie zawarłaby umowy, gdyby nie zawierała ona postanowień dotkniętych nieważnością.

Należy podkreślić, że ochrona osób korzystających z uprawnień przyznanych przez ustawę antydyskryminacyjną (art. 17) przed ewentualnymi działaniami retorsyjnymi podmiotów dopuszczających się aktów dyskryminacji jest analogiczna do regulacji zawartej w kodeksie pracy (art. 18^{3e}). Skorzystanie z uprawnień przysługujących z tytułu naruszenia zasady równego traktowania nie może być podstawą niekorzystnego traktowania, a także nie może powodować jakichkolwiek negatywnych konsekwencji wobec tego, kto z nich skorzystał. Zasady te stosuje się również do osób, które udzieliły w jakiegokolwiek formie wsparcia korzystającemu z uprawnień przysługujących z tytułu naruszenia zasady równego traktowania. W związku z tym także osoby, które doświadczyły nierównego traktowania z powodu korzystania z uprawnień przyznanych w ustawie albo wspierały osoby dyskryminowane, mogą dochodzić odszkodowania na zasadach opisanych w art. 13–15 ustawy antydyskryminacyjnej.

Rozkład ciężaru dowodu

Niezależnie od swej materialnoprawnej podstawy roszczenie odszkodowawcze dochodzone będzie zgodnie z art. 14 ust. 2 i 3 ustawy z 3 grudnia 2010 r. na podsta-

wie przepisów kodeksu postępowania cywilnego. Należy podkreślić, że ze względu na wymogi stawiane ustawodawstwu krajowym przez prawo unijne⁸, w szczególności sposób została uregulowana kwestia rozkładu ciężaru dowodu w sprawach sądowych toczących się na tle dyskryminacji. W art. 10 dyrektywy 2000/78/WE z 27 listopada 2000 r. określającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy, wskazano, że „Państwa Członkowskie podejmują niezbędne środki dla zapewnienia, aby strona pozwana musiała udowodnić, że nie wystąpiło pogwałcenie zasady równego traktowania, w przypadku gdy osoby, które uważają się za pokrzywdzone (...) ustalą przed sądem lub innym właściwym organem fakty, które nasuwają przypuszczenie o zaistnieniu bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji”.

Zgodnie bowiem z art. 14 ust. 2 ustawy antydyskryminacyjnej osoba, która zarzuca naruszenie zasady równego traktowania, uprawdopodobnia fakt jej naruszenia. Przepis ten sformułowano nader niefortunnie, ponieważ mógłby być on odczytany w ten sposób, że sam zarzut nierównego traktowania jest równoznaczny z jego uprawdopodobnieniem. Tak jednak nie jest, co wynika z wykładni tego przepisu w kontekście kolejnego przepisu ustawy, uzasadniającego pogląd, że właściwa redakcja art. 14 ust. 2 powinna uzyskać brzmienie: „Kto zarzuca naruszenie zasady równego traktowania powinien ten fakt uprawdopodobnić”. W myśl bowiem art. 14 ust. 3 w przypadku uprawdopodobnienia naruszenia zasady równego traktowania ten, któremu zarzucono naruszenie tej zasady, jest obowiązany wykazać, że nie dopuścił się jej naruszenia. Oznacza to, że na osobie, wobec której naruszono zakaz dyskryminacji, spoczywa — poza zgłoszeniem zarzutu nierównego traktowania — ciężar uprawdopodobnienia tego faktu. Słusznie zatem w orzecznictwie podnosi się, że powołany przepis art. 14 ust. 2 „nie może być interpretowany w ten sposób, że samo zarzucenie naruszenia zasady równego traktowania automatycznie stanowi uprawdopodobnienie faktu jej naruszenia, albowiem prowadziło to do szeregu nadużyć kosztem podmiotów, które w sytuacji, gdzie rzeczywiście nie doszło do naruszenia przedmiotowej zasady, z uwagi na niezależne przyczyny, byłyby pozbawione możliwości skutecznego wykazania bezpodstawności zarzutu dyskryminacji. Swoboda w podnoszeniu zarzutu dyskryminacji ograniczona jest rzeczywistym uprawdopodobnieniem okoliczności naruszenia zasady równego traktowania przez osobę, która na te okoliczności się powołuje” (por. uzasadnienie wyroku SA w Warszawie z 23 sierpnia 2016 r., I ACa 1522, *Legalis*; podobnie uzasadnienie postanowienia SA w Gdańsku z 9 lipca 2014 r., III APa 37/13, *Legalis*).

Omówione wyżej rozwiązanie stanowi bez wątpienia odstępstwo od przewidzianego w art. 6 k.c. klasycznego rozkładu ciężaru dowodu i ma na celu pełniejsze zabezpieczenie interesów osób dyskryminowanych. Jak słusznie zauważa się w literaturze prawa pracy „osoba, wobec której naruszono zakaz nierównego traktowania, zasługuje na szczególną ochronę, ponieważ udowodnie-

nie dyskryminacji (np. faktu molestowania lub molestowania seksualnego) jest zwykle utrudnione, a niekiedy nawet niemożliwe. Przerzucenie ciężaru dowodu na stronę przeciwną powoduje w takiej sytuacji, że to ona jest obowiązana do udowodnienia braku okoliczności, które mogłyby zostać potraktowane jako jedna z form dyskryminacji (...) osoba, która uznaje się za dyskryminowaną, powinna przedstawić przed sądem fakty, z których można domniemywać istnienie bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji. Do pozwanego należy udowodnienie, że nie nastąpiło naruszenie zasady równego traktowania” (Gonera, 2011, s. 11, zobacz też Czarniecki, 2006, s. 12).

Niemniej jednak już na tle przepisów kodeksu pracy taki kształt regulacji pozostaje przedmiotem dyskusji sprowadzającej się do tego, czy ustanawia ona domniemanie prawne, czy jedynie ma na celu przerzucenie ciężaru dowodu. Jak się wskazuje, rozwiązanie to „ma służyć zapewnieniu równowagi pomiędzy potrzebą ochrony podstawowych praw jednostki a zapobieganiem obciążeniu powoda trudnymi do wypełnienia obowiązkami dowodowymi. Bardzo często bowiem powód nie ma możliwości dowiedzenia dyskryminacji, ponieważ w większości przypadków nie ma dostępu do informacji niezbędnych do jej udowodnienia” (Naumann, 2007, s. 289). Przyjmuje się, że w przypadku uznania, iż w tej formie ustalony został jedynie rozkład ciężaru dowodu w sensie materialnym, rola tego sformułowania ograniczona zostanie do skutków prawnych wiążących się z brakiem udowodnienia przez zatrudniającego, że różnicując sytuację pracowników kierował się powodami uznawanymi za obiektywne i z ustalenia, że — wbrew jego twierdzeniom — były to powody nieobiektywne, które doprowadziły do dyskryminacji.

Podkreślić jednak należy po raz kolejny, że ten korzystny mechanizm modyfikujący rozkład ciężaru dowodu na korzyść poszkodowanego nie odnosi się do pozostałych przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej, ponieważ dotyczy tylko bezprawności zachowania się osoby naruszającej zasadę równego traktowania, nie zaś szkody, jej rozmiaru oraz związku przyczynowego między bezprawnym zachowaniem a poniesioną szkodą (por. wyrok SN z 7 stycznia 2009 r., III PK 43/08, *Legalis*).

Tak jak w każdej sprawie o odszkodowanie rozpoznawanej na podstawie przepisów kodeksu postępowania cywilnego tak i w sprawach o odszkodowania za uszczerbki doznane w związku z dyskryminacją, znajdzie zastosowanie art. 322 k.p.c. Przewiduje on szczególny mechanizm ochronny dostępny dla podmiotów dochodzących wymienionych tam roszczeń, polegający — w odniesieniu do ustalenia wysokości odszkodowania — na możliwości zasądzenia odpowiedniej sumy według własnej oceny sądu, opartej na rozważeniu wszystkich okoliczności sprawy w przypadkach, gdy sąd uzna, że ściśle udowodnienie wysokości żądania jest niemożliwe lub nader utrudnione (por. w odniesieniu do postępowania w sprawie dyskryminacyjnej wyrok Sądu Rejonowego dla Warszawy-Śródmieścia w Warszawie z 9 lipca 2014 r., VI C 402/13). Zastosowanie art. 322

k.p.c. jest możliwe jedynie w sytuacjach wyjątkowych, gdy mimo przeprowadzenia postępowania sądowego zgodnego z zasadą kontryktoryjności wysokość żądania nie została ściśle ustalona i nie zachodzi ewentualność dopuszczenia dowodu z inicjatywy sądu na podstawie art. 232 k.p.c.

Przedawnienie roszczeń

W sposób odmienny od rozwiązania przyjętego w kodeksie pracy uregulowany został w omawianej ustawie mechanizm początku biegu terminu przedawnienia roszczeń z tytułu naruszenia zasady równego traktowania. Termin ten podobnie jak w kodeksie pracy wynosi zasadniczo 3 lata, lecz rozpoczęcie jego biegu następuje w dniu powzięcia przez poszkodowanego wiadomości o naruszeniu zasady równego traktowania (termin *a tempore scientiae*), a przy tym nie może on upłynąć później niż 5 lat od zdarzenia stanowiącego naruszenie przejaw naruszenia tej zasady (termin *a tempore facti*). Konstrukcja ta odpowiada mechanizmowi przewidzianemu w art. 4421 k.c. Pewne trudności może budzić ustalenie momentu, w którym zaczyna bieg termin przedawnienia w sytuacji, w której mamy do czynienia z tzw. dyskryminacją ciągłą. Słuszne zdaje się w takich przypadkach przyjąć, że terminem wymagalności roszczenia jest chwila powzięcia przez poszkodowanego wiadomości o ostatnim z ciągu zdarzeń dyskryminujących.

Uwagi końcowe

Należy przyjąć, że zasada równego traktowania ma charakter autonomiczny i uzupełnia każdorazowo treść stosunku obligacyjnego, zobowiązując podmiot zatrudniający do jej przestrzegania. Biorąc jednak pod uwagę regulację ustawy antydyskryminacyjnej należy przychylić się do wniosku, że naruszenie jej przepisów przez podmiot zatrudniający każdorazowo jawi się jako delikt w zatrudnieniu lub w negocjowaniu. Uwzględniając to, że odpowiedzialność deliktowa ma szerszy zakres indemnizacyjny, należy przyjąć, że mamy do czynienia z odpowiedzialnością z tytułu czynów niedozwolonych, nawet jeśli zjawisko to występuje w ramach istniejącego stosunku obligacyjnego. Pozostawiając jednak swobodę wyboru podstawy prawnej roszczenia poszkodowanemu, należy stwierdzić, że odpowiedzialność deliktowa ma ten walor, iż w sposób jednorodny określa obowiązek odszkodowawczy w przypadku nierównego traktowania zarówno w razie wykonywania umowy o zatrudnienie, jak i w przypadku negocjowania jej warunków.

nych C-335/11 i C-337/11, Ring and Skouboe-Werge, EU:C:2013:222 i z 18 grudnia 2014 r., C-354/13; w odniesieniu do kryterium płci w kontekście osób transpłciowych — wyroki TSUE z 30 kwietnia 1996 r. w sprawie C-13/94, P. v. S. and Cornwall County Council, EU: C: 1996: 170; z 7 stycznia 2004 r. w sprawie C-117/01, K. B. v. National Health Service Pensions Agency, EU:C:2004:7; z 27 kwietnia 2006 r., C-423/04, Sarah Margaret Richards v. Secretary of State for Work and Pensions, EU:C:2006:256.

³ Por. m.in. stanowisko Koalicji na Rzecz Równych Szans z 19 czerwca 2010 r. (http://ptpa.org.pl/site/assets/files/1138/19_06_2010_stanowisko_koalicji.pdf); por. także opinię prawną Biura Analiz Sejmowych z 18.10.2010 r. (<http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk6.nsf/Opdodr?OpenPage&nr=3386>).

⁴ Por. wystąpienie z 28 maja 2012 r., RPO-687085-I/12/KW/MW (<http://www.sprawy-generalne.brpo.gov.pl/pdf/2011/10/687085/1647153.pdf>; dostęp: 10.10.2016).

⁵ Wniosek RPO dostępny na stronie internetowej: <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/wniosek-do-trybunalu-konstytucyjnego-ws-zakresu-stosowania-ustawy-o-rownym-traktowaniu>.

⁶ Por. uwagi zwarte w dalszej części niniejszego artykułu.

⁷ Odmienne Sanetra, 2003, s. 89, który przyjmuje, że przesłankami odpowiedzialności odszkodowawczej są w tym przypadku bezprawność i wina pracodawcy i to w postaci winy umyślnej w zamiarze kierunkowym.

⁸ Por. art. 4 dyrektywy Rady 97/80/WE z 15 grudnia 1997 r. w sprawie ciężaru dowodu w sprawach dyskryminacji ze względu na płeć, art. 10 dyrektywy Rady 2000/78/WE z 27 listopada 2000 r. ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy, art. 8 dyrektywy Rady 2000/43/WE z 29 czerwca 2000 r. w sprawie stosowania zasady równego traktowania osób bez względu na rasę lub pochodzenie etniczne.

Bibliografia

- Babińska, R. (2005). Środki indywidualnej ochrony prawnej przed dyskryminacją w zatrudnieniu. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, (3).
- Banaszczyk, Z. (2018). W: K. Pietrzykowski, *Kodeks cywilny. T. I. Komentarz*. Art. 1–44910. Warszawa 2018.
- Barzycka-Banaszczyk, M. (2017). Odpowiedzialność odszkodowawcza pracodawcy. Warszawa.
- Bolesta, A. (2017). Komentarz do art. 113 k.p. W: K. Walczak (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*. Warszawa.
- Boruta, I. (2004). Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu — nowa regulacja prawna. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, (2).
- Brzozowski, A. (2018). W: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. T. I. Komentarz*. Art. 1–44910. Warszawa 2018.
- Czarnecki, P. (2006). Rozkład ciężaru dowodu w sprawach na tle dyskryminacji. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, (3).
- Florek, L. (1997). Zakaz dyskryminacji w stosunkach pracy. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, (1).
- Florek, L. (2004). Dostosowanie polskiego prawa do prawa unijnego ze szczególnym uwzględnieniem ostatniej nowelizacji Kodeksu pracy. *Monitor Prawa Pracy*, (1).
- Gonera, K. (2006). Z orzecznictwa Sądu Najwyższego w sprawach o dyskryminację. *Służba Pracownicza*, (11).

¹ To jest narodowości białoruskiej, czeskiej, litewskiej, niemieckiej, ormiańskiej, rosyjskiej, słowackiej, ukraińskiej, żydowskiej.

² Por. m.in. w odniesieniu do kryterium niepełnosprawności — wyroki TSUE z 11 września 2013 r. w sprawach połączonych

- Gonera, K. (2011). *Rozkład ciężaru dowodu w sprawach o dyskryminację w zatrudnieniu w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, http://www.ptpa.org.pl/site/assets/files/1028/ciezar_dowodu_w_sprawach_o_dyskryminacje_21_września_2011.pdf
- Goździewicz, G. (1988). *Szczególne właściwości prawa pracy*. Toruń.
- Górski, M. (2015). *Roszczenia niematerialne w postępowaniach o dyskryminację* — opracowanie przygotowane na zlecenie Polskiego Towarzystwa Antydyskryminacyjnego, http://ptpa.org.pl/site/assets/files/publikacje/opinie/Opinia_Roza_roszczenianiematerialne_w_postepowaniach_o_dyskryminacje.pdf
- Gromaszek, M. (2011). Kontrowersje wokół odszkodowania za naruszenie zasady równego traktowania w zatrudnieniu. W: Z. Niedbała (red.), *Prawo wobec dyskryminacji w życiu społecznym, gospodarczym i politycznym*. Warszawa.
- Kaliński, M. (2011). *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*. Warszawa.
- Kaliński, M. (2016). W: A. Brzozowski, J. Jastrzębski, M. Kaliński, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania część ogólna*. Warszawa.
- Kędziora, K. Śmiszek, K. *Problematyczne zagadnienia w stosowaniu prawa antydyskryminacyjnego w Polsce*, http://www.ptpa.org.pl/site/assets/files/1028/opinia_roza_problematyczne_zagadnienia_w_stosowaniu_prawa_antydyskryminacyjnego_w_polsce.pdf
- Kędziora, K. Wieczorek, M. (2013). Komentarz do przepisów antydyskryminacyjnych na podstawie praktyki stosowania wybranych regulacji prawa krajowego. W: W. Klaus (red.), *Różni ale równi. Prawo a równe traktowanie cudzoziemców w Polsce*. Warszawa.
- Kocot, W. (2013). *Odpowiedzialność przedkontraktowa*. Warszawa.
- Krajewski, M. (2013). W: E. Łętowska (red.), *System prawa prywatnego. Tom 5. Prawo zobowiązań — część ogólna*. Warszawa.
- Liszczyński, T. (2009). Odpowiedzialność odszkodowawcza pracodawcy wobec pracownika — cz. 2. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, (1).
- Machnicka, A. (2007). *Przedkontraktowe porozumienia — umowa o negocjacje i list intencyjny*. Warszawa.
- Maniewska, E. (2010). Z orzecznictwa Sądu Najwyższego. Roszczenia z tytułu naruszenia zasady równego traktowania w zatrudnieniu. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, (11).
- Mitrus, L. (2006). *Wpływ regulacji wspólnotowych na polskie prawo pracy*. Kraków.
- Naumann, E. (2007). Dyskryminacja w prawie pracy. *Monitor Prawa Pracy*, (6).
- Pacian, J. Pacian, A. Daniluk-Jarmoniuk, A. (2012). Dyskryminacja bezpośrednia i pośrednia jako problem prawny i społeczny. *Roczniki Nauk Prawnych*, XXII (3).
- Pudelko, W. (2011). Odszkodowanie za naruszenie zasady równego traktowania w zatrudnieniu. Glosa — III PK 43/08. *Monitor Prawa Pracy*, (10).
- Safjan, M. (2004). Naprawienie krzywdy niemajątkowej w ramach odpowiedzialności ex contractu. W: M. Pyziak-Szafnicka (red.), *Odpowiedzialność cywilna. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Adama Szpunara*, Kraków.
- Safjan, M. (2018). W: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. T. I. Komentarz. Art. 1–44910*. Warszawa.
- Sanetra, W. (1997). Zasady równego traktowania pracowników w kodeksie pracy. *Państwo i Prawo*, (7).
- Sanetra, W. (2003a). W: W. Sanetra (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*. Warszawa.
- Sanetra, W. (2003b). W: W. Sanetra, J. Iwulski, *Kodeks pracy. Komentarz*. Warszawa.
- Skoczynski, J. (1999). Zasada równego traktowania pracowników. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, (7–8).
- Sobczyk, A. (2017). Komentarz do art. 11³ k.p. W: A. Sobczyk (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*. Warszawa.
- Strugała, R. (2016). Prywatnoprawne skutki naruszenia zakazu nierównego traktowania — uwagi de lege lata i de lege ferenda. *Europejski Przegląd Sądowy*, (4).
- Szewczyk, H. (2002). Obowiązek równego traktowania i niedyskryminacji pracowników. *Monitor Prawniczy*, (11).
- Szewczyk, H. (2014). Pleć jako jedno z kryteriów dyskryminacyjnych w zatrudnieniu wyznaczający zakres podmiotowy dyskryminacji. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, (10).
- Śmiszek, K. (2017a). Komentarz do art. 1. W: K. Kędziora, K. Śmiszek (red.), *Ustawa o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania. Komentarz*. Lex.
- Śmiszek, K. (2017b). Komentarz do art. 12. W: K. Kędziora, K. Śmiszek (red.), *Ustawa o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania. Komentarz*. Lex.
- Śmiszek, K. (2017c). Komentarz do art. 13. W: K. Kędziora, K. Śmiszek (red.), *Ustawa o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania. Komentarz*. Lex.
- Tomaszewska, M. (2018). W: K. Baran (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*. Warszawa.
- Wagner, B. (2002). Zasada równego traktowania i niedyskryminacji pracowników. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, (3).
- Walczak, K. (2012). Zakaz dyskryminacji w stosunku do osób wykonujących pracę na podstawie atypowych form zatrudnienia. *Monitor Prawa Pracy*, (3).
- Wandzel, M. (2004). W: B. Wagner (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*. Gdańsk.
- Zieliński, T. (2001). W: T. Zieliński (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*. Warszawa.
- Ziętek-Capiga, A. (2018). Ochrona przed dyskryminacją pracowników zatrudnionych na czas określony. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, (8).
- Zwolińska, K. (2016). Tworzenie modelu idealnego kandydata do pracy a naruszenie zakazu dyskryminacji. *Monitor Prawa Pracy*, (8).

Podporządkowanie w umownym zatrudnieniu cywilnoprawnym

Subordination in contractual civil law employment

dr Anna Dubowik

Uniwersytet Warszawski, Wydział Prawa i Administracji,
Katedra Prawa Pracy i Polityki Społecznej
a.dubowik@wpia.uw.edu.pl

Streszczenie Stosunek pracy nie jest jedyną formą prawną, w ramach której osoba fizyczna może świadczyć pracę. Obok zatrudnienia regulowanego przez prawo pracy równolegle istnieją cywilnoprawne stosunki zatrudnienia. Dlatego też szczególne znaczenie mają właściwości stosunku pracy pozwalające na odróżnienie go od cywilnoprawnych form zatrudnienia. Najbardziej doniosłą cechą stosunku pracy jest podporządkowanie pracownika oraz uprawnienia kierownicze pracodawcy. W ramach uprawnień kierowniczych pracodawca może dokonywać czasowych zmian treści stosunku pracy. W stosunkach cywilnoprawnych tego typu właściwości nie występują. Na gruncie przepisów kodeksu cywilnego w zatrudnieniu cywilnoprawnym stronie umowy nie przysługują uprawnienia kierownicze wobec wykonawcy i w stosunkach tych nie występują cechy podporządkowania. Treść zobowiązania ustalona w umowie nie może być jednostronnie zmieniana przez jedną ze stron. W stosunkach cywilnoprawnych obecne są jednak takie elementy, jak nadzór i prawo do udzielania wskazówek co do sposobu realizacji umowy.

Słowa kluczowe: stosunek pracy, cywilnoprawne formy zatrudnienia, właściwości stosunku pracy, podporządkowanie w stosunku pracy, nadzór i wskazówki w zatrudnieniu cywilnoprawnym.

Summary The employment relationship is not the only legal form, in which a natural person can provide work. In addition to employment regulated by labour law, there are parallel civil law employment relationships. Therefore, the characteristics of the employment relationship that allow it to be distinguished from civil law forms of employment are of particular importance. The most important feature of the employment relationship is the subordination of the employee and the employer's management rights. As part of managerial powers, the employer may make temporary changes to the content of the employment relationship. In civil law relations, such properties do not exist. On the basis of the provisions of the Civil Code in civil law employment, the part of contract is not entitled to managerial rights towards the contractor. In these relations there are no features of subordination typical of the employment relationship. The content of the obligation set in the contract can not be unilaterally changed by one of the parties. However, there are elements in civil-law employment such as supervision and the right to issue instructions on how to perform the contract.

Keywords: legal employment relationship, civil law forms of employment, properties of the employment relationship, subordination of the employee to the employer, supervision and the right to provide guidance in civil law employment.

JEL: K31

Uwagi wstępne

Prawo pracy nie ma monopolu na regulację stosunków społecznych, u podłoża których leży świadczenie pracy przez osoby fizyczne w celach zarobkowych na rzecz innych podmiotów. Niepracownicze formy świadczenia pracy są historycznie wcześniejsze niż umowa o pracę. Umowa o pracę wykształciła się dopiero w XIX wieku, a jej geneza tkwiła w koncepcji najmu usług, występującej w prawie rzymskim pod nazwą *locatio conductio operarum*, dla której charakterystyczne było połączenie

elementów obligacyjnych z rzeczowymi (Zieliński, 1986, s. 71). Procesy rozwojowe prawa pracy nie doprowadziły do zaniku cywilnoprawnych instytucji, w ramach których świadczona jest praca przez osoby fizyczne. Instytucje te koegzystują ze stosunkami pracy, a ponadto wykształcają się nowe formy zatrudnienia, które niekiedy realizują inne cele niż zarobkowe. W doktrynie wyodrębnia się cztery rodzaje niepracowniczych stosunków zatrudnienia o odmiennym charakterze prawnym (Sannet, 1994, s. 54–62): 1) cywilnoprawnym (umowa o pracę nakładczą, umowa zlecenia i umowa o świad-

czenie usług, do której mają zastosowanie przepisy o zleceniu, umowa agencyjna, praca świadczona w ramach stosunku członkostwa w rolniczej spółdzielni produkcyjnej, umowy o charakterze mieszanym typu umowa o zarządzanie przedsiębiorstwem); 2) zatrudnienie typu administracyjnoprawnego funkcjonariuszy formacji mundurowych¹, 3) zatrudnienie typu penalnego w przypadkach przewidzianych w kodeksie karnym, 4) zatrudnienie typu ustrojowego (wykonywanie mandatu posła lub senatora). W ostatnim okresie podział ten został uzupełniony o kolejne rodzaje stosunków zatrudnienia, takich jak stosunki: gospodarczoprawne, handlowoprawne, społecznoprawne, naukowoprawne, sportowoprawne (Baran, 2015, s. 23).

Uczestnicy obrotu samodzielnie dokonują wyboru pracowniczego bądź cywilnoprawnej podstawy zatrudnienia. Swoboda wyboru podstawy zatrudnienia jest wyrazem autonomii woli stron będącej fundamentalnym założeniem prawa cywilnego. Zasadę wolności umów w prawie cywilnym proklamuje art. 353¹ k.c.: strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny wedle swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się naturze stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Zasada wolności umów w aspekcie swobody wyboru podstawy zatrudnienia wiąże się z zasadą wolności gospodarczej (art. 22 Konstytucji), zgodnie z którą ograniczenie wolności działalności gospodarczej dopuszczalne jest tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny. Nadmierna ingerencja ustawowa w kwestię podstaw zatrudnienia może prowadzić do naruszenia tej wolności (Głądoch, 2018, s. 3). Nie można jednak lekceważyć faktu, że nadużywanie cywilnoprawnych form zatrudnienia prowadzi do negatywnych następstw w sferze społecznej oraz socjalnej, takich jak brak stabilizacji zatrudnienia, gorsze warunki pracy i nierówne traktowanie w stosunku do pracowników, słabość więzi społecznych w środowisku pracy, izolacja i rozproszenie zatrudnionych (Męcina, 2015, s. 41).

Sytuacja prawna osób pozostających w stosunkach niepracowniczego zatrudnienia różni się od sytuacji prawnej pracownika w wielu aspektach, w tym także pod względem podporządkowania — jego charakteru, natężenia i sposobu egzekwowania. W największym stopniu właściwość ta występuje w zatrudnieniu prawoadministracyjnym, w najmniejszym w stosunkach o charakterze cywilnoprawnym. Podporządkowanie zbliżone do pracowniczego jest też obecne w zatrudnieniu o charakterze społecznoprawnym (wolontariat, praktyki absolwenckie). Podporządkowanie podmiotowi zatrudniającemu nie stanowi przesłanki właściwej tylko stosunkowi pracy, choć w stosunku pracy natężenie podporządkowania, jego przejawy oraz sposoby egzekwowania mają szczególny charakter. Jednakże w wielu przypadkach stopień podporządkowania pracownika z uwagi na rodzaj pracy może być bardzo niewielki, natomiast wykonawca umowy cywilnoprawnej z uwagi na charakter świadczonej usługi może podlegać dość daleko idącemu podporządkowaniu. Kwestie te wymagają szczegółowej analizy zwłaszcza w odniesieniu do osób fizycznych świadczących pracę na podstawie

umów cywilnoprawnych, które nie mają zarejestrowanej działalności gospodarczej i nie są przedsiębiorcami (status przedsiębiorcy jest bezwzględnie wymagany dla agentów — art. 758 § 1 k.c.). Z tego względu dalsze rozważania koncentrują się na tej grupie osób niepracowniczo zatrudnionych². Zważywszy na przedmiot artykułu punktem odniesienia będzie podporządkowanie w stosunku pracy uznawane za podstawowe kryterium delimitacji zatrudnienia pracowniczego i cywilnoprawnego.

Problemy wynikające z równoległego funkcjonowania pracowniczego i cywilnoprawnych form zatrudnienia

Równoległe funkcjonowanie w obrocie pracowniczego oraz niepracowniczego cywilnoprawnych form zatrudnienia rodzi szereg problemów i sprzyja wątpliwościom oraz nieprawidłowościom w zakresie wyboru podstawy zatrudnienia. Chodzi tu przede wszystkim o praktyki polegające na wyborze przez strony cywilnoprawnej formy zatrudnienia w celu uniknięcia nawiązania stosunku pracy i związanych z nim obowiązków w sferze prawa pracy i ubezpieczeń społecznych. Pozorowanie zatrudnienia cywilnoprawnego jest naruszeniem swobody kontraktowej określanym w doktrynie jako „dysymulacja umowy o pracę pod umową cywilnoprawną” (Raczkowski, 2010, s. 131).

Ustawodawca stara się przeciwdziałać tym negatywnym zjawiskom na gruncie prawa pracy poprzez modyfikacje definicji legalnej stosunku pracy (art. 22 § 1 k.p.), wskazanie na bezprawność praktyk polegających na zastępowaniu zatrudnienia pracowniczego zatrudnieniem cywilnoprawnym (art. 22 § 1¹ i § 1²) oraz stypizowanie tych bezprawnych działań jako wykroczenia przeciwko prawom pracownika (art. 281 pkt 1 k.p.). Regulacje te nie ustanawiają jednak domniemania prawnego ani faktycznego istnienia stosunku pracy, mają jedynie walor informacyjno-edukacyjny i dyscyplinujący uczestników obrotu prawnego przez wskazanie konsekwencji nieprawidłowego wyboru podstawy zatrudnienia (Gersdorf, 2012, s. 50)³. W obecnym stanie prawnym jedynym skutecznym instrumentem, który może być zastosowany w celu usunięcia bezprawnego stanu wynikającego z zawarcia umowy cywilnoprawnej, w sytuacji gdy zatrudnienie nosi znamiona stosunku pracy, jest powództwo o ustalenie istnienia stosunku pracy — art. 189 k.p.c.

Prawo pracy stara się łagodzić negatywne zjawiska wynikające z nadmiernego rozpowszechnienia cywilnoprawnych umów o świadczenie pracy przez objęcie ich wykonawców regulacjami prawa pracy. Dotyczy to np. przepisów kodeksu pracy o podstawowych standardach w zakresie bezpiecznych i higienicznych warunków pracy (art. 304 oraz 304¹ k.p.). Przejawem tego typu tendencji jest objęcie osób zatrudnionych na podstawie umów zlecenia oraz umów o świadczenie usług przepisami ustawy z 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (DzU z 2017 r. poz. 847) i zagwarantowanie im minimalnej stawki godzinowej w wysokości przewidzianej dla pracowników (Piwowska,

2017, s. 414; Jaśkowski, Maniewska, 2017, s. 26)⁴. Opiswane procesy dotyczą też zbiorowego prawa pracy, jako że na mocy ustawy z 5 lipca 2018 r. nowelizującej ustawę o związkach zawodowych (DzU poz. 1608) osoby świadczące pracę za wynagrodzeniem na innej podstawie niż stosunek pracy od 1 stycznia 2019 r. uzyskały prawo tworzenia i wstępowania do związków zawodowych. Zbliżenie pracowników oraz wykonawców umów cywilnoprawnych następuje także w sferze ubezpieczeń społecznych, z wyjątkiem osób zatrudnionych na podstawie umowy o dzieło (Sierocka, 2015, s. 97–108). Jest to szczególnie widoczne na gruncie przepisów ustawy z 25 czerwca 1999 r. o świadczeniach pieniężnych z ubezpieczenia społecznego w razie choroby i macierzyństwa (DzU z 2017 r. poz. 1368), która przyznaje ubezpieczonemu prawo do zasiłku macierzyńskiego przez okres odpowiadający długości przewidzianych w kodeksie pracy urlopów związanych z rodzicielstwem.

Przytoczone wyżej regulacje harmonizują z konstytucyjną zasadą ochrony pracy jako takiej, niepowiązanej z konkretną podstawą prawną i gałęzią prawa (art. 24 Konstytucji). Te nowe tendencje w ustawodawstwie świadczą o kształtowaniu się „prawa zatrudnienia”, które stanowi część szeroko rozumianego prawa socjalnego (Gersdorf, 2012, s. 26). Nie przekreślają one jednak odmienności zatrudnienia cywilnoprawnego od pracowniczego. Sytuacja prawna osoby pozostającej w cywilnoprawnym stosunku zatrudnienia nadal odbiega od modelowego stosunku pracy w tak istotnych kwestiach jak: 1) większy zakres swobody stron w określaniu kształtu i treści stosunku prawnego; 2) samodzielne ukształtowanie relacji pomiędzy stronami, 3) brak podporządkowania osoby zatrudnionej kontrahentowi, 4) rozdział ryzyka i odpowiedzialności związanych z wykonywaniem zobowiązania; 5) możliwość stosowania innych kryteriów oceny wykonywania umowy niż sumienne i staranne wykonywanie pracy (Kubot, 1999, s. 13).

Podporządkowanie jako konstytucyjna właściwość stosunku pracy

Definicja legalna stosunku pracy z art. 22 § 1 k.p. stanowi punkt odniesienia dla ustalenia rzeczywistego charakteru stosunku prawnego związanego z zatrudnieniem osoby fizycznej. Definicja ta ma charakter fragmentaryczny i wskazuje jedynie podstawowe dla stosunku pracy zobowiązania, bez których nie może on istnieć, a wiele cech stosunku pracy zostało sformułowanych w doktrynie i orzecznictwie z uwzględnieniem kontekstu systemowego, funkcji oraz zasad prawa pracy (Stelina, 2010, s. 95; Bury, 2006, s. 57). W myśl art. 22 § 1 k.p. pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę. Z definicji tej jednoznacznie wynika, że stosunek pracy ma charakter zobowiązaniowy, wzajemny, dwustronny i odpłatny, a jego konstytucyjną cechą jest podporządkowanie pracownika pracodawcy. Ponadto wskazuje się na takie cechy stosunku pracy, jak: dobrowolność, ryzyko pracodawcy, osobisty charakter

świadczonej pracy, ciągłość, powtarzalność, zobowiązanie pracownika do starannego działania, obligatoryjne powiązanie ze stosunkiem ubezpieczenia społecznego (Gersdorf, 1993, s. 6; Pisarczyk, 2003, s. 20–24). Cechy te występujące łącznie lub przeważająco świadczą o istnieniu stosunku pracy, który sąd ustala tzw. metodą typologiczną. Metoda ta polega na tym, że organ stosujący prawo (sąd) rozpoznaje i wskazuje cechy dominujące (Prusinowski, 2011, s. 89–90).

Niektóre z wymienionych cech stosunku pracy mogą być obecne także w umowach cywilnoprawnych, jak np. odpłatność występująca w umowie o dzieło; ciągłość⁵, która jest cechą umowy o pracę nakładczą⁶ oraz może charakteryzować umowy zlecenia/umowy o świadczenie usług; zobowiązanie do starannego działania występujące w stosunkach pracy oraz stosunkach wynikających z umowy zlecenia/o świadczenie usług; osobiste wykonanie zobowiązania w przypadku tych umów o dzieło, w których wykonanie dzieła zależy od osobistych przmiotów przyjmującego zamówienie (art. 645 k.c.). Z tej perspektywy najbardziej doniosłą cechą stosunku pracy jest podporządkowanie pracownika w toku wykonywania pracy.

Kwestia relacji między pojęciami „kierownictwa pracodawcy” i „podporządkowania pracownika” należy do zagadnień spornych (Liszczy, 2009, s. 143–160 i 2011, s. 114–117). Dla celów niniejszego artykułu można przyjąć, że pojęcia te są ze sobą skorelowane. Należy jednak uściślić, że podporządkowaniu pracownika odpowiadają uprawnienia kierownicze pracodawcy dotyczące wyłącznie organizacyjnej strony procesu pracy. Poza tym pracodawca realizuje swoje kompetencje kierownicze w innych aspektach (Kubot, 2002, s. 237). Uprawnieniom kierowniczym pracodawcy odpowiada obowiązek pracownika wykonywania pracy podporządkowanej i stosowania się do poleceń pracodawcy. Obowiązek ten potwierdza art. 100 § 1 k.p., zgodnie z którym pracownik jest obowiązany wykonywać pracę sumiennie i starannie oraz stosować się do poleceń przełożonych, które dotyczą pracy, jeśli nie są one sprzeczne z przepisami prawa lub umową o pracę, oraz inne przepisy kodeksu pracy, w tym o czasie pracy (np. art. 128 k.p. i art. 151⁵ k.p.).

W obecnym brzmieniu definicji legalnej stosunku pracy ustawodawca odrębnie ujmuje kierownictwo pracodawcy oraz prawną możliwość „wyznaczania” czasu i miejsca wykonywania pracy. Kierownictwo należy odnosić do możliwości oddziaływania pracodawcy na sposób świadczenia pracy (technologia, metody, system, procedury)⁷. Zastąpienie dawnego pojęcia pracy umownie podporządkowanej nowymi konstrukcjami pojęciowymi nie wpłynęło na ocenę właściwości stosunku pracy i jego istoty (Gersdorf, 2013, s. 39). W doktrynie już od dawna wyróżniano dwie płaszczyzny podporządkowania pracownika pracodawcy: wewnętrzną i zewnętrzną. W sferze wewnętrznej upatrywano podporządkowania dyrektywnego, w ramach którego pracodawca może wydawać pracownikowi polecenia związane z pracą w granicach wytyczonych przez art. 100 § 1 k.p., a w sferze zewnętrznej podporządkowania organizacyj-

nego, które umożliwia pracodawcy wyznaczanie czasu i miejsca pracy (Torbus, 2011, s. 144–146). Według części doktryny podporządkowanie organizacyjne obejmuje także uprawnienia kierownicze o charakterze reglamentacyjnym, dyscyplinarnym, dyspozytywnym oraz uprawnienia do jednostronnego kształtowania treści stosunku pracy — tzw. dyspozycyjność (Strugała, 1975, s. 73).

Wynikająca z podporządkowania pracownika relacja między stronami stosunku pracy nie jest kształtowana w umowie o pracę, ale jest przesądzona przez ustawodawcę. W stosunku pracy uprawnienia kierownicze pracodawcy stanowią ustawowy i niezbywalny komponent tego zobowiązania, którego strony nie mogą wyłączyć (Kubot, 2002, s. 242). Pomimo formalnej równorzędności stron stosunku pracy, jako stosunku o charakterze zobowiązaniowym, ustawodawca gwarantuje pracodawcy szczególną pozycję, która umożliwia mu realizację uprawnień kierowniczych, i to nie tylko w płaszczyźnie faktycznej, ale i prawnej (Dubowik, 2017, s. 291–304). Pracodawca ma bowiem prawną możliwość dokonywania jednostronnych zmian stosunku pracy. Dotyczy to nie tylko wypowiedzenia warunków pracy lub/i płacy, które stanowi czynność prawną, na skutki której pracownik ma wpływ, ale zmian dokonywanych w formie poleceń, jak czasowe powierzenie innej pracy niż określona w umowie o pracę (art. 42 § 4 k.p.) oraz powierzenie innej odpowiedniej pracy na czas przestoju (art. 81 § 3 k.p.). Zmiany te dotyczą samej istoty stosunku pracy — rodzaju pracy jako elementu przedmiotowo istotnego, i mogą pociągać za sobą zmiany także innych elementów treści stosunku pracy. Dla tak daleko idących przekształceń stosunku pracy ustawodawca przewiduje formę poleceń, ale są to polecenia, które wyraźnie odbiegają charakterem prawnym od poleceń dotyczących sposobu wykonywania pracy. Zbliżają się one do uprawnień kształtujących, które obok umów i przepisów stanowią czynnik kształtujący treść stosunku prawnego (Klein, 1980, s. 63). Strony (w tym wypadku tylko pracodawca) nie mogą skutecznie ustanowić uprawnienia kształtującego sprzecznego z treścią wyznaczoną przez ustawę. W tym sensie przepisy stanowiące podstawę uprawnień kształtujących mają charakter bezwzględnie obowiązujący (Machnikowski, 2000, s. 260). W kategorii uprawnień kształtujących pozwalających na zmianę stosunku zobowiązaniowego największą doniosłość ma uprawnienie do określenia świadczenia (chodzi o następcze określenie świadczenia dokonywane już po powstaniu zobowiązania) (Machnikowski, 2000, s. 262). W stosunkach cywilnoprawnych co do zasady podmiot zatrudniający nie ma takiego uprawnienia.

Podporządkowanie pracownika nie jest właściwością stałą dla wszystkich stosunków pracy. Koncepcja stosunku pracy ma swe podłoże w dziewiętnastowiecznych uwarunkowaniach, w których dominowała praca fabryczna skooperowana, dla której bezpośrednia podległość pracownika i jego ścisłe hierarchiczne podporządkowanie pracodawcy było czymś oczywistym (Świątkowski, 2015, s. 77–78). Współcześnie kierownictwo pracodawcy na skutek rozwoju techniki i zmian syste-

mów zarządzania ulega różnym modyfikacjom, co silnie wpływa na charakter podporządkowania pracownika (Duraj, 2015, s. 159–180). Podporządkowanie to w niektórych przypadkach może mieć bardzo niskie natężenie. Ta ewolucja jest dostrzegana w judykaturze, która coraz częściej odwołuje się do koncepcji „podporządkowania autonomicznego” występującego w stosunkach pracy pracowników zajmujących stanowiska kierownicze i samodzielne oraz wykonujących zawody twórcze (Raczkowski, 2011, s. 131–137). Podporządkowanie autonomiczne polega na określeniu przez pracodawcę czasu pracy i wyznaczeniu zadań, natomiast pozostawieniu pracownikowi pewnego zakresu swobody co do sposobu ich realizacji⁸. Pracownik nie ma jednak samodzielności w określaniu bieżących zadań, a jego podległość pracodawcy przejawia się w konieczności respektowania wyznaczonych zasad organizacji i funkcjonowania zakładu pracy oraz ponoszenia odpowiedzialności za samodzielnie podejmowane decyzje według zastrzeżonych reguł⁹. W przypadku podporządkowania autonomicznego pozycja pracodawcy wynikająca z art. 22 § 1 k.p. nie ulega zmianie, gdyż nadal korzysta on z atrybutów kierowniczych, a relacja między stronami nie przeistacza się w relację na wzór współdziałania stron przy wykonywaniu umowy o dzieło.

Społeczne i prawne uwarunkowania podporządkowania (zależności) wykonawców umów cywilnoprawnych

Wykonawcy umów cywilnoprawnych realizując swoje zobowiązania nie korzystają z absolutnej swobody. Ograniczenia w tym zakresie występują we wszystkich stosunkach zobowiązaniowych, tak starannego działania, jak i rezultatu. Jak podniesiono już w literaturze okresu międzywojennego „każda umowa stwarza *sui generis* zależność jednego kontrahenta od drugiego”¹⁰, przy czym pogląd ten został sformułowany w stosunku do umowy o dzieło. O swoistej zależności można mówić nawet w przypadku umowy prowadzenia cudzych spraw bez zlecenia (art. 752–757 k.c.). Mimo iż kontakt pomiędzy stronami tej umowy jest nikły albo nie ma go w ogóle, to jednak ten, kto bez zlecenia prowadzi cudzą sprawę, powinien działać z korzyścią osoby, której sprawę prowadzi i zgodnie z jej prawdopodobną wolą, a przy prowadzeniu sprawy obowiązany jest zachowywać należytą staranność (art. 752 k.c.)¹¹. Również w judykaturze jest podzielany pogląd o obecności pewnych elementów podporządkowania w umowach cywilnoprawnych. W wyroku z 11 września 2013 r., II PK 372/12 (OSP 2015/1/8 z glosą A. Musiały), Sąd Najwyższy uznał, że w umowie zlecenia mogą wystąpić cechy kierownictwa i podporządkowania, choć nie takie same jak w zależności właściwej dla stosunku pracy — art. 22 § 1 i 1¹ k.p. oraz art. 750 k.c.

Występowanie w umowach cywilnoprawnych, których przedmiotem jest wykonywanie szeroko rozumianej pracy, różnych zależności i powiązań między stronami, które mogą przypominać pracownicze podporządkowanie, nie jest niczym szczególnym, gdyż isto-

ta obu typów zatrudnienia jest zbliżona. Dotyczy to także kontekstu socjalnego, gdyż wynagrodzenie otrzymywane z tytułu umów cywilnoprawnych (z wyjątkiem umów o charakterze okazjonalnym) często stanowi główne źródło utrzymania wykonawców. W pracowniczych i cywilnoprawnych stosunkach zatrudnienia występują dwie strony realizujące przeciwstawne interesy — zatrudniający zobowiązany do zapłaty wynagrodzenia za pracę oraz zatrudniony zobowiązany do jej świadczenia. Można zatem uznać, że zarówno pracownicy jak i wykonawcy umów cywilnoprawnych świadczą pracę w warunkach trwałego ekonomicznego uzależnienia od podmiotu zatrudniającego, co powoduje, że ich sytuacja w aspekcie socjalnym i ekonomicznym jest podobna (Prusinowski, 2012, s. 22–23). Podkreślić jednak należy, że ekonomiczna zależność od pracodawcy/podmiotu zatrudniającego nie zastępuje ani nie przekreśla sensu pracowniczego podporządkowania jako wyznacznika stosunku pracy¹².

Każdy podmiot prowadzący w sposób zorganizowany określoną działalność — gospodarczą bądź inną — wykształca określony sposób kierowania. Systemem tym mogą być objęte nie tylko osoby świadczące pracę, ale także wykonawcy umów cywilnoprawnych, których dotyczą jednolite dla ogółu zatrudnionych formy kierownictwa, takie jak instrukcje, zarządzenia, przepisy, działania koordynujące/kontrolne, planowanie etc. Jednak tylko pracownicy muszą stosować się do poleceń pracodawcy i regulaminu pracy (Kubot, 2009, s. 127). W przypadku pracowników włączenie w system kierowania i struktury organizacyjne manifestuje się w uprawnieniach kierowniczych pracodawcy, którym odpowiada konstytutywne dla stosunku pracy podporządkowanie pracownika. W przypadku wykonawców umów cywilnoprawnych nie można mówić o świadczeniu pracy pod kierownictwem w rozumieniu art. 22 § 1 k.p. Pozostają oni wobec podmiotu zatrudniającego w zależnościach innego rodzaju. Podporządkowanie w umowach cywilnoprawnych — inaczej niż ma to miejsce w przypadku stosunku pracy — nie jest immanentną cechą stosunku zobowiązaniowego nadaną mu przez ustawodawcę. O charakterze i natężeniu tego swoistego podporządkowania decyduje w pierwszej kolejności przedmiot zobowiązania oraz wola stron wyrażona w umowie, a nie ustawa (Chobot, 1975, s. 117–118).

W zależności od natury zobowiązania, rodzaju działalności podmiotu zatrudniającego oraz sposobu organizacji tej działalności wykonawcy umów cywilnoprawnych mogą podlegać mniej lub bardziej natężonemu podporządkowaniu organizacyjnemu, które niekiedy może przypominać podporządkowanie pracownika. Zależność organizacyjna wykonawcy umowy cywilnoprawnej może wyrażać się w zobowiązaniu do udzielania świadczeń w określone dni i godziny, w określonym miejscu, przestrzeganiu porządku i wymogów bezpieczeństwa i higieny pracy, podleganiu nadzorowi, obowiązku dokumentowania świadczonych usług, wykonywaniu zadań w zespole (Kubot, 2000, s. 20 i 2002, s. 242). Tego typu właściwości zatrudnienia nie muszą świadczyć o podporządkowaniu wskazującym na pra-

cowniczy charakter zatrudnienia. Są one wprawdzie wyrazem przewagi podmiotu zatrudniającego, ale przewaga ta nie objawia się w uprawnieniach dyrektywnych wobec wykonawcy, lecz „w narzucaniu mu niekorzystnych warunków pracy oraz w kontroli i ocenie osiągniętych wyników, a także swobodzie rozwiązania umowy” (Kubot, 2000, s. 20).

Podkreślenia wymaga, że na wykonawcach umów cywilnoprawnych nie ciąży ogólnie sformułowany ustawowy obowiązek stosowania się do poleceń kontrahenta, na wzór obowiązujący w stosunku pracy. Zgodnie z art. 100 § 1 k.p. pracownik ma obowiązek stosowania się do poleceń przełożonych, które dotyczą pracy, jeśli nie są one sprzeczne z przepisami prawa pracy lub umową o pracę. Przepis ten nie ma odpowiednika w prawie cywilnym. Zasady wykonywania zobowiązań w prawie cywilnym określa art. 354 § 1 k.c., zgodnie z którym dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje — także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. Dla uchwycenia natury podporządkowania w zatrudnieniu cywilnoprawnym istotny jest art. 354 § 2 k.c., w myśl którego wierzyciel w taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania. Kodeks pracy określa relację między stronami w sposób zasadniczo odmienny. Jest kwestią sporną, czy zasada wykonywania zobowiązań zgodnie z ich treścią obowiązuje także na gruncie prawa pracy (Zieliński, 1979, s. 14), ale nawet jeśli udzielić odpowiedzi twierdzącej, to w stosunkach pracy zasada ta doznaje licznych wyjątków. Konkretyzacja przez pracodawcę sposobu wykonywania pracy i uściślenie warunków jej wykonywania w aspekcie czasu i miejsca pracy w drodze poleceń oraz określenie ogólnych obowiązków pracowników w regulaminie pracy służy realizacji zobowiązania wynikającego z umowy o pracę. Konkretyzacja ta mieści się tym samym w ramach zasady wykonywania zobowiązań zgodnie z ich treścią. Jednak dokonywanie przez pracodawcę przejściowych zmian treści stosunku pracy w przypadkach, w których przepisy uprawniają (a niekiedy nawet zobowiązują pracodawcę z uwagi na konieczność ochrony pracownika) do powierzenia pracownikowi innej pracy niż ustalona przez strony w akcie kreującym stosunek pracy, stanowi poważny wyłom w obowiązywaniu wspomnianej zasady (Zieliński, 1979, s. 16). Zatrudniający w ramach umowy prawa cywilnego nie ma prawnej możliwości dokonywania jednostronnych zmian przedmiotu zobowiązania i w tym zakresie dyrektywa z art. 353 k.c. nie doznaje wyjątków.

Poruszony wyżej problem wiąże się z zagadnieniem tzw. dyspozycyjności uważanej za szczególny wyraz podporządkowania pracownika. Dyspozycyjność wiąże się z kategorią podporządkowania pracownika pracodawcy, choć oba pojęcia nie są tożsame (Strugała, 1977, s. 28–29; Kuczyński, 2000, s. 115). Dyspozycyjność oznacza prawną możliwość dokonywania przez pracodawcę jednostronnych zmian treści stosunku pracy o charakterze trwałym lub czasowym, dotyczących rodzaju lub/i

miejsca pracy, wykraczających poza warunki uzgodnione z pracownikiem, z pominięciem elementu woli pracownika, którym to zmianom pracownik jest obowiązany się poddać. Tak daleko idące zmiany treści stosunku prawnego w umowach cywilnoprawnych wymagają zgody osoby zatrudnionej, a zatem dyspozycyjność w zatrudnieniu cywilnoprawnym nie występuje. Od wykonawcy umowy cywilnoprawnej nie można wymagać, aby podjąwszy się dokonania określonej czynności miał być dalej do jej wykonania zobowiązany, kiedy została ona przez kontrahenta zmieniona w swoim charakterze lub jej rozmiar został znacznie zwiększony (Ludwiczak, 1955, s. 104). Kontrahent może formułować wytyczne względem pracy osoby zatrudnionej, ale nie ma uprawnień do dokonywania czasowych, jednostronnych zmian rodzaju i miejsca pracy ani uprawnienia do jednostronnego konkretyzowania ostatecznej treści zobowiązania (Musiała, 2011, s. 180–181).

Uprawnienia kierownicze podmiotu zatrudniającego w umowie cywilnoprawnej nie są realizowane w postaci poleceń, lecz w formie wypowiedzi, które w ogóle nie są dyrektywami bądź też są to dyrektywy o niestanowczym charakterze. Do tej kategorii należą zalecenia, rady, zlecenia, zadania, propozycje, wskazówki (Kubot, 2009, s. 124). Wymienione wypowiedzi podmiotu zatrudniającego konkretyzują jedynie obowiązki wykonawcy określone w umowie. Wskazówki i wytyczne pełnią podobną rolę jak polecenia, gdyż służą właściwemu wykonaniu zobowiązania, ale mają odmienną naturę. W niezbyt obszernej literaturze poświęconej temu zagadnieniu wskazuje się, że polecenia można traktować jako zdarzenie kontraktowe związane z funkcjonowaniem stosunku pracy, a nie jego kształtowaniem, natomiast w umowach cywilnoprawnych wskazówki/polecenia co do czasu i miejsca wykonania usługi lub dzieła mają swe korzenie w umowie łączącej strony (Chobot, 1975, s. 117–118). Pracownik nie ma wpływu na dopuszczalność i treść poleceń ani na ich zmianę lub cofnięcie, natomiast wykonawca usługi cywilnoprawnej może w ogóle wyłączyć podległość wskazówkom następnym (formułowanym już po powstaniu zobowiązania o określonej treści), ograniczyć ich treść oraz nie zezwolić na ich zmianę czy cofnięcie. Jeśli wykonawca umowy cywilnoprawnej ma kilka wariantów sposobu wykonania usługi/dzieła, sam decyduje o wyborze konkretnego sposobu, natomiast w analogicznej sytuacji pracownik dokonuje wyboru tylko wtedy, jeśli nie zrobił tego pracodawca (Chobot, 1975, s. 118–119).

Jak trafnie podniesiono w doktrynie, konsekwencją podporządkowania typowego dla stosunku pracy jest pozostawanie pracownika w stanie ciągłej podległości i gotowości na przyjęcie określonych poleceń, nawet jeśli ostatecznie do nich nie dojdzie (Musiała, 2015), co zasadniczo nie występuje w umowach cywilnoprawnych. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z 15 października 1999 r., I PKN 307/99 (OSNAP 2001/7/21), umowa zlecenia z reguły określa rodzaj wykonywanych czynności i w zasadzie nie może polegać na pozostawianiu w dyspozycji zlecającego i wykonywaniu stosownie do jego potrzeb czynności zlecanych na bieżąco.

Zatrudnienie niepracownicze charakteryzuje się wyłącznie zależnością organizacyjną i nie powoduje powstania więzi osobistej, która wpływałaby na świadczenie pracy, a która to więź występuje w stosunku pracy (Musiała 2017, s. 104)¹³. Niemniej jednak ani pracownicze podporządkowanie nie jest na tyle silne, aby pozbawić pracownika jakiegokolwiek samodzielności, autonomii i podmiotowości jako strony w stosunku zobowiązaniowym, ani też wykonawcy umów cywilnoprawnych nie korzystają z pełnej swobody w realizacji swojego zobowiązania.

Podporządkowanie wykonawców w wybranych umowach prawa cywilnego

Praca zarobkowa może być świadczona przez osobę fizyczną na podstawie wielu umów prawa cywilnego. W grę wchodzi takie umowy jak: umowa zlecenia, *umowa o świadczenie usług*, do której mają zastosowanie przepisy o zleceniu, umowa agencyjna, umowa o dzieło czy umowa o pracę nakładczą. Najbardziej rozpowszechnioną formą zatrudnienia alternatywną wobec umowy o pracę jest umowa o świadczenie usług, do której na podstawie art. 750 k.c. mają zastosowanie przepisy o zleceniu (określanej dalej jako zlecenie)¹⁴ oraz umowa o dzieło. Umowa zlecenia w ścisłym znaczeniu ma za przedmiot dokonanie określonej czynności prawnej (art. 734 k.c.), natomiast istotą umowy o świadczenie usług jest wykonanie określonej czynności faktycznej lub całego zespołu mniej lub bardziej złożonych i zróżnicowanych czynności faktycznych składających się na daną usługę, które strony umowy samodzielnie określają. Na podstawie tej umowy mogą być powierzane prace wykonywane przez pracowników, chyba że przepisy dla danego typu działalności przewidują obligatoryjną formę zatrudnienia pracowniczego, co dotyczy przede wszystkim stanowisk w sferze publicznej.

Podporządkowanie zleceniobiorcy ma źródło w umowie, która określa sposób wykonania zlecenia. Zgodnie z art. 737 k.c. przyjmujący zlecenie jest związany sposobem wykonania zlecenia wskazanym przez dającego zlecenie i może od niego odstąpić jedynie wówczas, gdy 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. Przepis ten potwierdza uprawnienie dającego zlecenie do wskazania sposobu wykonania zlecenia, co może nastąpić przy zawieraniu umowy, jak i w toku jej trwania (Ogieńko, 2011, s. 570). Zleceniodawca określa sposób realizacji zlecenia poprzez wskazówki. Obowiązek zleceniobiorcy stosowania się do wskazówek jest pochodną obowiązku działania zgodnie z wolą zleceniodawcy (Szpunar, 1976, s. 397).

Pojęcie wskazówek nie ma charakteru ustawowego. W doktrynie przez wskazówki określa się życzenia dającego zlecenie co do sposobu, czasu lub miejsca wykonania czynności (Ludwiczak, 1955, s. 101). Wskazówki mogą mieć różny charakter pod względem ich mocy wiążącej, stopnia szczegółowości i czasu, w jakim zosta-

ły udzielone zleceniobiorcy. Wyróżnia się wskazówki szczegółowe imperatywne oraz ogólne i fakultatywne bądź demonstratywne, a także wskazówki początkowe i następne. Zgoda zleceniodawcy jest wymagana na odstąpienie od wskazówek początkowych imperatywnych. Zleceniobiorca nie ma jednak obowiązku stosowania się do takich wskazówek, poprzez które zleceniodawca zmienia sposób wykonania umowy już po jej zawarciu, co skutkuje zmianą stanowiska zleceniobiorcy w zakresie wykonywanej czynności. Zmiana sposobu wykonania zlecenia nie może prowadzić do jednostronnej zmiany umowy zlecenia. W takiej sytuacji zleceniobiorca jest uprawniony do wypowiedzenia umowy z ważnych powodów (Ogiello, 2011, s. 571; Ludwiczak, 1955, s. 103).

Wskazówki następne mają wiążący charakter, jeśli wedle właściwości danego stosunku prawnego zleceniodawca miał prawo bliższego określenia treści obowiązku zleceniobiorcy, co ma miejsce wówczas, gdy czynności będące przedmiotem umowy nie zostały dokładnie określone z uwagi na ich skomplikowaną naturę (Ludwiczak, 1955, s. 103).

O pewnym stopniu podporządkowania zleceniobiorcy świadczy również art. 740 k.c. nakładający na zleceniobiorcę obowiązek udzielania dającemu zlecenie potrzebnych wiadomości o przebiegu sprawy, a po wykonaniu zlecenia lub po wcześniejszym rozwiązaniu umowy złożenia mu sprawozdania. Ponadto zleceniobiorca powinien wydać zleceniodawcy wszystko, co przy wykonaniu zlecenia dla niego uzyskał, chociażby w imieniu własnym. Należy zauważyć, że powołany przepis, jako nakładający na zleceniobiorcę określone obowiązki związane z realizacją zobowiązania, z jednej strony jest przykładem organizacyjnego podporządkowania zleceniobiorcy, a z drugiej wskazuje na pewien dystans pomiędzy stronami i znaczną dozę samodzielności zleceniobiorcy w wykonywaniu usługi. Skoro bowiem zleceniodawca musi być informowany o przebiegu sprawy i finalnie ma być mu złożone sprawozdanie, oznacza to, że nie nadzorował na bieżąco zleceniobiorcy i nie kierował jego pracą, co jest typowe dla zatrudnienia pracowniczego.

Obowiązek udzielania wiadomości o przebiegu sprawy aktualizuje się w różnych okolicznościach, zwłaszcza wtedy gdy zachodzi konieczność odstąpienia od imperatywnych wskazówek, gdy niemożliwe jest wykonanie zlecenia bądź zachodzą inne sytuacje, w których zleceniodawca powinien mieć możliwość wypowiedzenia się (Nesterowicz, 1989, s. 687). Obowiązek ten ma istotne znaczenie z perspektywy zleceniodawcy, gdyż zlecenie/umowa o świadczenie usług należy do zobowiązań starannego działania i choć opiera się na zaufaniu do zleceniobiorcy, to jednak zleceniodawca powinien mieć prawo do kontroli rzetelności wykonania umowy, a w niektórych przypadkach do ingerencji w zleczone czynności.

Zakres i treść sprawozdania zależy od natury wykonywanej usługi. Powinno ono zawierać zestawienie dokonanych w toku wykonywania zlecenia czynności, ich wyników, a także poniesionych wydatków (w tym nakładów) oraz osiągniętych korzyści. Ponadto sprawozdanie powinno zostać udokumentowane w szczególności do-

wodami dokonanych czynności — umowami, rachunkami czy fakturami. Wreszcie w sprawozdaniu powinno być zawarte rozliczenie z udzielonych zaliczek, z pieniędzy, ewentualnie rzeczy powierzonych przyjmującemu zlecenie przez dającego zlecenie, a także nabytych przez przyjmującego zlecenie w wykonaniu umowy¹⁵.

W kontekście obowiązków informacyjnych i sprawozdawczych zleceniobiorcy warto przypomnieć, że na mocy art. 8b ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę strony umowy zlecenia mają obowiązek zawrzeć w jej treści postanowienia dotyczące sposobu potwierdzania liczby godzin wykonania zlecenia lub świadczenia usług. W razie braku takich ustaleń zleceniobiorca obowiązany jest przedłożyć w formie pisemnej, elektronicznej lub dokumentowej informację o liczbie godzin wykonania zlecenia lub świadczenia usług, przed terminem wypłaty wynagrodzenia. Obowiązek ten nie świadczy o podporządkowaniu zleceniobiorcy w aspekcie czasu pracy, a służy jedynie właściwej dokumentacji dla celów płacowych i w ostatecznym rozrachunku ochronie interesów zleceniobiorcy.

Konstrukcją wskazującą na relatywnie niewielkie podporządkowanie zleceniobiorcy jest wynikająca z art. 745 k.c. możliwość przyjęcia zlecenia wspólnie, podczas gdy stosunek pracy w aspekcie podmiotowym ma charakter zindywidualizowany (z pewnymi zastrzeżeniami dotyczącymi pracodawcy w pracy tymczasowej). Występowanie po stronie zleceniobiorcy kilku osób fizycznych (oprócz konsekwencji w postaci odpowiedzialności solidarnej wobec kontrahenta) będzie skutkowało samodzielnością tych osób w ustalaniu podziału zadań oraz czasu ich wykonywania przez poszczególnych wykonawców.

Wpisanej w naturę zlecenia pewnej niezależności zleceniobiorcy wobec dającego zlecenie dowodzi także potwierdzony w art. 738 § 1 k.c. brak bezwzględnego obowiązku wykonywania umowy zlecenia osobiście. Dotyczy to szczególnie tych sytuacji, gdy możliwość powierzenia zlecenia osobie trzeciej wynika bezpośrednio z zawartej przez strony umowy, a nie jest wymuszona przez okoliczności ani nie wynika ze zwyczaju. Strony umowy zlecenia korzystają z daleko idącej swobody w określeniu zasad substytucji. Umowa może określać mniej lub bardziej precyzyjnie krąg zastępców bądź pozostawiać tę kwestię zleceniobiorcy, który sam dokona wyboru zastępcy. Ta możliwość również wskazuje na autonomię zleceniobiorcy. Zleceniobiorca może przyjąć na siebie odpowiedzialność za czynności swego zastępcy jak za swoje własne czynności (art. 738 § 2 k.c.) Klauzula wykonywania pracy przez osobę trzecią jest niedopuszczalna w umowie o pracę¹⁶.

Umowa o dzieło może być traktowana jako podstawa zatrudnienia cywilnoprawnego tylko wtedy, gdy wytwarza pomiędzy stronami trwałszą zależność, co powoduje zbliżenie sytuacji faktycznej wykonawcy dzieła do położenia pracownika (Kijowski, 2002, s. 218). Podobieństwo to nie dotyczy jednak natury prawnej tych stosunków. W myśl art. 627 k.c. istota umowy o dzieło polega na tym, że przyjmujący zamówienie zobowiązuje się do wykonania oznaczonego dzieła, a zamawiający do zapłaty wynagrodzenia.

Dla rozgraniczenia umów o dzieło od umów o świadczenie usług, do których mają zastosowanie przepisy o zleceniu, oraz od umowy o pracę jako umów starannego działania o charakterze ciągłym, podstawowe znaczenie ma uchwycenie różnicy między dziełem w rozumieniu art. 627 k.c. a usługą bądź pracą. Decydujące znaczenie ma przedmiot zobowiązania. Przedmiotem umowy o dzieło jest wykonanie dzieła, z reguły jednostkowego, indywidualnego, na odpowiedzialność i ryzyko wykonawcy przy spełnieniu parametrów i wymagań określonych lub właściwych dla przedmiotu zamówienia. W ramach umowy o świadczenie usług wykonawca wykonuje powtarzalne, podobne i takie same czynności. Wynikiem takiej staranności nie musi być rezultat, który jest dziełem. Nawet jeśli zleceniobiorca, podobnie jak pracownik, wykonuje trwałe produkty, to jednak obowiązki i prawa stron są inne, a wynagrodzenie jest należne nawet wówczas, gdy zachowano wymaganą staranność, lecz wynik pracy nie jest taki, jaki był zakładany przez zleceniodawcę¹⁷. Przy umowie o dzieło wykonawca zobowiązuje się do osiągnięcia indywidualnie oznaczonego, samoistnego rezultatu obiektywnie możliwego i subiektywnie pewnego (o charakterze materialnym lub niematerialnym). Umowa o pracę i umowa zlecenia także mogą być nakierowane na osiągnięcie pewnych celów, jednak cele te nie są nawet subiektywnie pewne (Wójcik, 1963, s. 122–124, 182, 197).

Fakt, że umowa o dzieło kreuje zobowiązanie rezultatu a nie starannego działania, determinuje charakter relacji pomiędzy stronami, w której co do zasady nie występują zależności natury organizacyjnej ani podporządkowanie o charakterze osobistym. Przyjmujący zamówienie zachowuje w stosunku do zamawiającego niezależną pozycję; dysponuje czasem pracy i nie jest podporządkowany kierownictwu zamawiającego. Nie musi stosować się do wskazówek zamawiającego, chyba że wynika to z umowy lub z natury dzieła (Siuda, 1964, s. 126). Ingerencja zamawiającego w sposób wykonywania dzieła w formie wskazówek udzielanych wykonawcy może mieć dla niego niekorzystne skutki. Jeśli dzieło uległo zniszczeniu lub uszkodzeniu wskutek wadliwości materiału dostarczonego przez zamawiającego albo wskutek wykonania dzieła według jego wskazówek, przyjmujący zamówienie może żądać za wykonaną pracę umówionego wynagrodzenia lub jego odpowiedniej części, jeżeli uprzedził zamawiającego o niebezpieczeństwie zniszczenia lub uszkodzenia dzieła (art. 641 § 2 k.c.). Reasumując, sposób wykonania dzieła określa umowa, a nie na bieżąco zamawiający w miarę postępów pracy nad dziełem. Poza tym przyjmujący zamówienie nie ma obowiązku stosowania się do wskazówek dającego zamówienie, jeśli się jednak do nich dostosuje, czyni to na ryzyko dającego zamówienie, o ile uprzedził go o możliwości zniszczenia lub uszkodzenia dzieła (Radwański, Panowicz-Lipska, 2017, s. 178).

Z powyższego nie wynika, że przyjmujący zamówienie korzysta z niczym nieograniczonej swobody realizując swoje zobowiązanie. Przede wszystkim jest on związany sposobem wykonania dzieła określonym w umo-

wie oraz zgodnie z określonymi normami, zasadami wiedzy technicznej i w zależności od natury dzieła innymi wymogami oraz parametrami o charakterze obiektywnym, niezależnymi od woli stron. Znajduje to potwierdzenie w treści art. 636 § 1 k.c. określającego skutki wykonywania dzieła przez przyjmującego zamówienie w sposób wadliwy albo sprzeczny z umową. Zamawiający może w takim przypadku wezwać go do zmiany sposobu wykonania i wyznaczyć mu w tym celu odpowiedni termin, a po jego bezskutecznym upływie może od umowy odstąpić albo powierzyć wykonanie (naprawę dzieła) innej osobie na koszt i niebezpieczeństwo przyjmującego zamówienie. Odstąpienie od umowy nie zależy od tego, czy nieterminowość bądź niewłaściwe wykonanie dzieła były zawinione przez wykonawcę.

Z art. 636 k.c. wynika uprawnienie dającego zamówienie do kontrolowania wykonawcy dzieła w aspekcie prawidłowości wykonania, natomiast art. 635 k.c. stanowi podstawę uprawnień kontrolnych zamawiającego w aspekcie terminowości realizacji zobowiązania. Zamawiający może odstąpić od umowy przed upływem terminu do wykonania dzieła bez wyznaczenia terminu dodatkowego, jeżeli przyjmujący zamówienie opóźnia się z rozpoczęciem lub zakończeniem dzieła tak dalece, że nie jest prawdopodobne ukończenie go w czasie umówionym. Prawo odstąpienia od umowy w razie nieprawidłowej realizacji zobowiązania przez przyjmującego zamówienie (zagrożenie skorzystaniem z tego uprawnienia) jest w zasadzie jedynym środkiem oddziaływania na przyjmującego zamówienie. Nie można przy tym pomijać okoliczności, że przyjmujący zamówienie jest zainteresowany terminowym i właściwym wykonaniem dzieła, gdyż jest to przesłanka otrzymania umówionego wynagrodzenia.

Zamawiający jako strona umowy o dzieło nie korzysta z żadnych uprawnień o charakterze dyrektywnym wobec wykonawcy. Co więcej, art. 640 k.c. nakłada na zamawiającego obowiązek współdziałania z przyjmującym zamówienie, jeśli jest to konieczne do wykonania dzieła. W razie braku tego współdziałania przyjmujący zamówienie może wyznaczyć zamawiającemu odpowiedni termin z zagrożeniem, iż po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu będzie uprawniony do odstąpienia od umowy. Obowiązek współdziałania z przyjmującym zamówienie polega na dokonaniu w trakcie realizacji umowy wszelkich niezbędnych czynności, bez których wykonanie dzieła jest niemożliwe bądź utrudnione, a które mogą być wykonane tylko przez zamawiającego. Współdziałanie może mieć charakter czynny (aktywne działanie np. poprzez udzielenie wskazówek, informacji, przekazanie planów) lub bierny (poddanie się pewnym czynnościom) (Siuda, 1964, s. 23). O tym, czy współdziałanie jest konieczne, decyduje właściwość dzieła bądź umowa. Skutki braku współdziałania ograniczają się tylko do prawa odstąpienia, przyjmujący zamówienie nie może tego współdziałania wymusić na drodze powództwa (Szpunar, 1976, s. 430–431).

Nikła zależność przyjmującego zamówienie od zamawiającego wynika także stąd, że umowa o dzieło co

do zasady nie musi być osobiście wykonywana przez przyjmującego zamówienie, wyjąwszy przypadki, gdy wynika to z samej umowy lub natury świadczenia, gdy zamówienie zostało złożone z uwagi na osobiste właściwości tego, który zamówienie przyjął.

Umowa o pracę nakładczą należy do umów, których charakter prawny wzbudza poważne wątpliwości. Wątpliwości te dotyczą także charakteru relacji pomiędzy stronami. Umowa ta nie należy do umów uregulowanych w kodeksie cywilnym, nie jest też rodzajem umowy o pracę i nie ma odrębnej regulacji prawnej. Na podstawie kodeksu pracy (art. 303 § 1 k.p.) zostało wydane rozporządzenie Rady Ministrów z 31 grudnia 1975 r. w sprawie uprawnień pracowniczych osób wykonujących pracę nakładczą (DzU nr 3, poz. 19). Akt ten bardzo zbliża sytuację prawną osób wykonujących pracę nakładczą do sytuacji prawnej pracowników w wielu aspektach (trwałości stosunku pracy nakładczej, ochrony sytuacji materialnej wykonawców, bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, uprawnień związanych z rodzicielstwem, uprawnień z zakresu zbiorowego prawa pracy). Mimo tych podobieństw wykonawcy pracy nakładczej nie uzyskują jednak statusu pracowniczego. Na gruncie obowiązującego stanu prawnego został wyrażony pogląd, że umowa o pracę nakładczą, choć nie jest umową o pracę, to stanowi jednak umowę prawa pracy, nieprowadzącą do powstania stosunku pracy (Wyka, 2015, s. 222–223).

Przedmiotem umowy o pracę nakładczą jest wykonywanie przez osobę fizyczną działalności zarobkowej określonego rodzaju i w określonej ilości na rzecz nakładcy, za wynagrodzeniem (Chaciński, 2013, s. 195). W ramach umowy o pracę nakładczą osoba fizyczna zobowiązuje się do wytwarzania rzeczy lub ich części, wykańczania, montażu, konserwacji wyrobów, wyrabiania w sposób ręko-dzielniczy przedmiotów o charakterze pamiątkarskim, rękodzieła ludowego lub artystycznego (czynności faktyczne o charakterze manualnym). Przedmiot umowy nie musi być ściśle oznaczony, wystarczy pośrednie jego oznaczenie za pomocą wskaźników, konkretyzowanych następnie za pomocą zleceń roboczych, jednakże rodzaj pracy musi być oznaczony jako składnik przedmiotowo istotny (Gersdorf, 1994, s. 49; Piekarski, 1986, s. 16). Umowa o pracę nakładczą, inaczej niż umowa o dzieło, nie prowadzi do powstawania wytworów o zindywidualizowanych cechach i właściwościach określonych w umowie przy użyciu obiektywnych parametrów, a jedynie do wytworzenia określonej w umowie ilości produktów według ustalonych z góry założeń/projektów.

Umowa o pracę nakładczą ma charakter bezwzględnie odpłatny — przedmiotowo istotnym elementem umowy o pracę nakładczą jest zatem ustalenie w tej umowie minimalnej ilości pracy, której wykonanie będzie gwarantowało uzyskanie wynagrodzenia określonego w cytowanym wyżej rozporządzeniu¹⁸.

Umowa o pracę nakładczą wykazuje wiele cech umowy rezultatu i z tej perspektywy najbliższa jest umowie o dzieło, co ma znaczenie w aspekcie podporządkowania wykonawcy wobec nakładcy. Podporządkowanie to jest bardzo nikle. Nakładca nie ma uprawnień kierowniczych w stosunku do wykonawcy, który nie podlega

podporządkowaniu w aspekcie czasu i miejsca pracy. Wykonawca realizuje swoje zobowiązanie poza jednostką organizacyjną nakładcy, z reguły w domu, co z natury rzeczy stanowi barierę w realizacji uprawnień kierowniczych. Nakładca nie ma przy tym możliwości dokonywania kontroli wykonawcy w miejscu wykonywania pracy na takich zasadach, jakie obowiązują w stosunkach pracy w razie zatrudniania przez pracodawcę telepracowników (67¹⁴ k.p.), którzy świadczą pracę regularnie poza zakładem pracy, podobnie jak wykonawcy pracy nakładczej. Telepraca wykazuje pewne analogie z pracą nakładczą, jednak dla pracy nakładczej charakterystyczne są prace manualne, a dla telepracy prace o charakterze koncepcyjnym (Pisarczyk, 2003, s. 77). Ponadto telepracownik świadczy pracę osobiście na podstawie umowy o pracę będącej umową starannego działania, a pracodawca zachowuje uprawnienia kierownicze, choć wykonywanie uprawnień kontrolnych w miejscu wykonywania pracy wymaga zgody telepracownika. Umowa o pracę nakładczą, podobnie jak umowa o dzieło, nie musi być wykonywana osobiście. Różni ją od umowy o dzieło sposób oznaczenia przedmiotu zobowiązania, który jest ustalony jedynie rodzajowo, a nie w sposób zindywidualizowany, oraz trwałość więzi prawnej między stronami (Gersdorf, 1994, s. 50).

Wykonawcy umów o pracę nakładczą nie są związani postanowieniami regulaminu pracy obowiązującego u nakładcy (o ile jest on jednocześnie dla innych osób pracodawcą). Na mocy § 31 cytowanego wyżej rozporządzenia nakładca stanowi regulamin pracy nakładczej, jeśli zatrudnia stale co najmniej 20 wykonawców. Regulamin pracy nakładczej określa wzajemne obowiązki nakładcy i wykonawców, w szczególności zasady i tryb przydziału pracy, terminy i sposób wypłacania wynagrodzenia za pracę oraz zwrot wykonawcom kosztów produkcji, terminy i miejsce wydawania surowców i materiałów oraz przyjmowania wykonanych produktów i usług. Nakładca jest obowiązany zapoznać wykonawcę z treścią regulaminu pracy nakładczej przed jego przystąpieniem do pracy. Regulamin ten nie jest źródłem prawa w rozumieniu art. 9 k.p. i ma zasadniczo odmienny charakter prawny od regulaminu pracy. Regulamin pracy jako akt określający porządek i organizację pracy, niezależnie od swego normatywnego charakteru, jest wyrazem podporządkowania pracowników pracodawcy. Regulamin pracy nakładczej jest natomiast aktem uzupełniającym postanowienia umowne w zakresie realizacji przedmiotu umowy (przydziału pracy i jej rozliczania), a źródłem jego obowiązywania jest art. 384 k.c. (Wyka, 2005, s. 203–205).

¹ W stosunkach służbowych o charakterze prawnoadministracyjnym pozostają funkcjonariusze formacji mundurowych (np. policja, wojsko, Straż Graniczna, Służba Więzienna, Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego). Stosunki tego typu cechują się nierównorzędnnością stron, władczym charakterem i wysokim stopniem podporządkowania funkcjonariusza organom/przełożonym (dyspozycyjnością). Szerzej na ten temat zob. Zieliński, 1977, s. 9 i n. oraz Szewczyk, 2007, s. 88–89.

² Trzeba jednak zaznaczyć, że status przedsiębiorcy nie eliminuje problemów związanych z ustaleniem rzeczywistego charakteru stosunku prawnego jaki łączy przedsiębiorcę z jego kontrahentem i nadal możliwe jest ustalenie istnienia stosunku pracy zważywszy na cechy tego zatrudnienia, w tym podporządkowanie. Zob. np. wyrok Sądu Najwyższego z 24 czerwca 2015 r., II PK 189/14 (LEX nr 1764808). W przedmiotowej sprawie SN uznał, że łącząca powódkę z pozwanym umowa miała charakter stosunku pracy, a nie cywilnoprawny. Pozwany bowiem na bieżąco kontrolował czynności wykonywane przez powódkę i modyfikował ich zakres, na co powódka nie miała wpływu, będąc zobligowana do wykonania na bieżąco zadań zleczanych przez pozwanego.

³ Stanowisko to podziela Sąd Najwyższy, który akcentuje zasadę swobody umów w aspekcie wyboru pracowniczego bądź cywilnoprawnej podstawy zatrudnienia. Jak wskazał SN np. w wyroku z 13 kwietnia 2000 r., I PKN 594/99 (OSNAP 2001/21/637), zatrudnienie nie musi mieć charakteru pracowniczego, praca może być świadczona także na podstawie umów cywilnoprawnych. Podobnie w wyroku z 28 marca 2017 r., II PK 15/16 (LEX nr 2298297) SN uznał, że art. 22 k.p. nie koliduje z art. 353¹ k.c., bo prócz określonej pracy podstawowym elementem stosunku prawnego jest też wola zawarcia określonego zatrudnienia.

⁴ Wynagrodzenie to zbliża się charakterem prawnym do wynagrodzenia za pracę w takich aspektach, jak obligatoryjność, forma i termin wypłaty, niemożność zrzeczenia się świadczenia.

⁵ Ciągłość nie oznacza, że powinno zachowanie dłużnika ma trwać nieprzerwanie w toku istnienia stosunku prawnego. Ciągłość oznacza działania (psychofizyczne akty) powtarzające się stale, tworzące pewną funkcjonalną całość (Radwański, 1969, s. 252).

⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z 22 października 2013 r., III UK 156/12 (LEX nr 1463910).

⁷ Zdaniem Sądu Najwyższego na podporządkowanie pracownika składa się kierownictwo podmiotu zatrudniającego oraz wyznaczanie przez niego czasu i miejsca wykonywania pracy. Przyjmując takie założenie można twierdzić, że termin „kierownictwo” odnajduje się jedynie w zakresie świadczenia pracy. Wyrok SN z 22 kwietnia 2015 r., II PK 153/14 (OSP 2016/6/62 z głosa A. Musiały). Zob. też Bury, 2006, s. 58.

⁸ Wyrok SN z 6 grudnia 2016 r., II UK 439/15 (LEX nr 2188634).

⁹ Wyrok SN z 16 grudnia 2016 r., II UK 517/15 (LEX nr 2191456) oraz wyrok z 13 kwietnia 2016 r., II PK 81/15 (LEX nr 2026397).

¹⁰ B. Hełczyński, glosa do wyroku NTA z 5 maja 1937 r. (I rej. 3551/35), Orzecznictwo Sądów Najwyższych w sprawach podatkowych i administracyjnych, 1938 r., poz. 2090, s. 56 i n.. Podaję za: Musiały, 2011, s. 175.

¹¹ Przyjmujący zlecenie powinien kierować się hipotetyczną wolą osoby zainteresowanej, przy czym chodzi tu o wolę konkretnej osoby, a jeśli chodzi o osobę nieznana prowadzącemu sprawę, to powinien kierować się wolą hipotetyczną *sensu stricto*. Ponieważ prowadzący cudzą sprawę bez zlecenia ma działać na korzyść osoby zainteresowanej, sens działania prowadzącego sprawę nie musi odpowiadać rzeczywistej woli tej osoby, ale uwzględniać stan spraw tej osoby pod kątem widzenia subiektywnych potrzeb na tle obiektywnych uwarunkowań (Ludwiczak, 1960, s. 58, 60).

¹² Odmienne Chobot, 1997, s. 170. Zdaniem autora toczy się

proces kształtowania nowego paradygmatu stosunku pracy, w którym podporządkowanie jest zastępowane ekonomiczną zależnością od pracodawcy.

¹³ Z tą konstatacją autorki należy się w pełni zgodzić, ale mający źródło we francuskiej doktrynie prawa pracy pogląd o „biologicznym uwiązaniu” (s. 4) pracownika w stosunek pracy i „podporządkowanej cielesności” (s. 5) wydaje się zbyt radykalny.

¹⁴ Kodeks cywilny nie wyodrębnia grupy umów i stosunków zobowiązaniowych odnoszących się do usług, ale art. 750 k.c. sankcjonuje podział tych umów na dwie kategorie: umowy uregulowane innymi przepisami oraz pozostałe, do których odnosi się art. 750 k.c. (Ogieńko, 1989, s. 81).

¹⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 5 grudnia 2017 r., V ACa 947/17 (LEX nr 2432009).

¹⁶ Wyrok SN z 26 listopada 1998 r., I PKN 458/98 (OSNP 2000/3/94). Odmienne A. M. Świątkowski, którego zdaniem pracownik przy wykonywaniu pracy może posłużyć się inną osobą, ale w wyborze zastępcy ograniczony jest do kręgu pracowników danego pracodawcy (Świątkowski, 2015, s. 101).

¹⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z 31 stycznia 2017 r., I UK 488/15 (LEX nr 2258059).

¹⁸ Zob. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2013 r., I UK 127/13 (LEX nr 1463839).

Bibliografia

- Baran, K. W. (2015). Pojęcie i systematyka zatrudnienia niepracowniczego. W: K. W. Baran (red.), *System prawa pracy. Tom VII. Zatrudnienie niepracownicze*. Warszawa.
- Bury, B. (2006). Podporządkowanie pracownika pracodawcy. *Państwo i Prawo*, (9).
- Chaciński, J. (2013). *Zakres zastosowania cywilnoprawnej sankcji nieważności do umownych stosunków pracy i umowy o pracę nakładczą*. Lublin.
- Chobot, A. (1975). Obowiązki pracownicze oraz środki prawne zabezpieczające ich wykonanie. W: W. Jaśkiewicz (red.), *Studia nad kodeksem pracy*. Poznań.
- Chobot, A. (1997). *Nowe formy zatrudnienia. Kierunki rozwoju i nowelizacji*. Warszawa.
- Dubowik, A. (2017). Pozycja prawna pracodawcy jako strony stosunku pracy a zmiany treści stosunku pracy. W: M. Szablowska-Juckiewicz, B. Rutkowska, A. Napiórkowska (red.), *Księga Jubileuszowa Profesora Grzegorza Goździewicza. Tendencje rozwojowe indywidualnego i zbiorowego prawa pracy*. Toruń.
- Duraj, T. (2015). Ewolucja pracowniczego podporządkowania jako cechy konstrukcyjnej stosunku pracy w świetle przepisów kodeksu pracy. W: *Studia Iuridica Lulinensia. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesor Teresie Liszcz, XXIV*. Lublin.
- Gersdorf, M. (1993). *Umowa o pracę. Umowa o dzieło. Umowa zlecenia*. Warszawa.
- Gersdorf, M. (1994). *Rodzaje umów o zatrudnienie*. Warszawa.
- Gersdorf, M. (2012). W: M. Gersdorf, M. Raczkowski, R. Wyziński, *Zatrudnieni i zatrudniający na aktualnym rynku pracy*. Warszawa.
- Gersdorf, M. (2013). *Prawo zatrudnienia*. Warszawa.
- Gładoch, M. (2018). Prawo wyboru podstawy zatrudnienia w kontekście swobody prowadzenia działalności gospodarczej. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, (5).

- Jaśkowski, K. Maniewska, E. (2017). Minimalne wynagrodzenie w umowach zlecenia i o świadczenie usług. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, ().
- Kijowski, A. (2002). Zakres swobody pracodawcy w korzystaniu z zatrudnienia cywilnoprawnego. W: M. Matey-Tyrowicz, L. Nawacki, B. Wagner (Komitet Redakcyjny), *Księga Jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego, Prawo pracy a wyzwania XXI wieku*. Warszawa.
- Klein, A. (1980). *Elementy zobowiązaniowego stosunku prawnego*. Wrocław.
- Kubot, Z. (1978). *Pozycja prawna stron w umownym stosunku pracy*. Wrocław.
- Kubot, Z. (1999). Rodzaje kontraktów menedżerskich. *Przegląd Prawa Handlowego*, (7).
- Kubot, Z. (2000). Szczególne formy zatrudnienia oraz samozatrudnienia. W: Z. Kubot (red.), *Szczególne formy zatrudnienia*. Wrocław.
- Kubot, Z. (2002). Pojęcie kierownictwa pracodawcy. W: M. Matey-Tyrowicz, L. Nawacki, B. Wagner (Komitet Redakcyjny), *Księga Jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego, Prawo pracy a wyzwania XXI wieku*. Warszawa.
- Kubot, Z. (2009). Kierownictwo zlecającego jako pojęcie prawne. W: Z. Góról (red.), *Z zagadnień współczesnego prawa pracy. Księga Jubileuszowa Prof. H. Lewandowskiego*. Warszawa.
- Kuczyński, T. (2000). *Właściwość sądu administracyjnego w sprawach stosunków służbowych*. Wrocław.
- Liszczyński, T. (2009). Podporządkowanie pracownika a kierownictwo pracodawcy — relacja pojęć. W: Z. Góról (red.), *Z zagadnień współczesnego prawa pracy. Księga Jubileuszowa Prof. H. Lewandowskiego*. Warszawa.
- Liszczyński, T. (2011). W sprawie podporządkowania pracownika. W: L. Florek, Ł. Pisarczyk (red.), *Współczesne problemy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych*. Warszawa.
- Ludwiczak, W. (1955). *Umowa zlecenia*. Poznań.
- Ludwiczak, W. (1960). *Prowadzenie cudzych spraw bez zlecenia*. Warszawa.
- Machnikowski, P. (2000). Uprawnienia kształtujące w zobowiązaniowych stosunkach prawnych. W: *O źródłach i elementach stosunków cywilnoprawnych. Księga pamiątkowa ku czci prof. Alfreda Kleina*. Zakamycze.
- Męcina, J. (2015). Zatrudnienie niepracownicze z perspektywy polityki społecznej i rynku. W: K. W. Baran (red.), *System prawa pracy. Tom VII. Zatrudnienie niepracownicze*. Warszawa.
- Musięła, A. (2011). *Zatrudnienie niepracownicze*. Warszawa.
- Musięła, A. (2015). Głos do wyroku z dnia 11 września 2013 r., II PK 372/12. *Orzecznictwo Sądów Polskich*, (1).
- Musięła, A. (2017). Podporządkowanie jako kryterium różnicowania ochrony człowieka pracy. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, (5).
- Nesterowicz, M. (1989). W: J. Winiarz (red.), *Kodeks cywilny z komentarzem. Tom II*. Warszawa.
- Ogieńko, L. (1989). *Usługi jako przedmiot stosunków obligacyjnych*. Katowice.
- Ogieńko, L. (2011). W: J. Rąjski (red.), *System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań — część szczegółowa. Tom 7*. Warszawa.
- Piekarski, M. (1986). W: M. Piekarski, A. Żabski, *Umowa o pracę nakładczą*. Warszawa.
- Pisarczyk, Ł. (2003). *Różne formy zatrudnienia*. Warszawa.
- Piowowska, K. (2017). Gwarancja minimalnej stawki godzinowej w umowie zlecenia i umowie o świadczenie usług — forma ingerencji funkcji ochronnej prawa pracy w prawo cywilne. *Monitor Prawa Pracy*, (8).
- Prusinowski, P. (2011). Delimitacja zatrudnienia pracowniczego i cywilnoprawnego w postępowaniu przed sądem pracy. *Przegląd Sądowy*, (2).
- Prusinowski, P. (2012). *Umowne podstawy zatrudnienia*. Warszawa.
- Raczkowski, M. (2010). *Pozorność w stosunkach pracy*. Warszawa.
- Raczkowski, M. (2011). O podporządkowaniu autonomicznym — krytycznie. W: L. Florek, Ł. Pisarczyk (red.), *Współczesne problemy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych*. Warszawa.
- Radwański, Z. (1969). Uwagi o zobowiązaniach trwałych (ciągłych) na tle kodeksu cywilnego. *Studia Cywilistyczne, XIII–XIV*. Kraków.
- Radwański, Z. Panowicz-Lipska, J. (2017). *Zobowiązania. Część szczegółowa*. Warszawa.
- Sanetra, W. (1994). *Prawo pracy*. Białystok.
- Sierocka, I. (2015). W: A. Bieliński, A. Giedrewicz-Niewińska, M. Szablowska-Jacukowicz (red.), *Ubezpieczenia społeczne osób świadczących pracę na podstawie umów cywilnych. Elastyczne formy zatrudnienia i organizacji czasu pracy*. Warszawa.
- Siuda, W. (1964). *Istota i zakres umowy o dzieło*. Poznań.
- Stelina, J. (2010). Przedmiot prawa pracy. W: K. W. Baran (red.), *Zarys systemu prawa pracy. Tom I. Część ogólna prawa pracy*. Warszawa.
- Strugała, J. (1975). Uprawnienia kierownicze podmiotu zatrudniającego. W: W. Jaśkiewicz (red.), *Studia nad kodeksem pracy*. Poznań.
- Strugała, J. (1977). Podporządkowanie i dyspozycyjność pracownika. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, (1).
- Szewczyk, H. (2007). Status prawny funkcjonariuszy wojskowych służb specjalnych. *Wojskowy Przegląd Prawniczy*, (9).
- Szpunar, A. (1976). W: S. Grzybowski (red.), *System prawa cywilnego. Prawo zobowiązań — część szczegółowa*. Ossolineum.
- Świątkowski, A. M. (2015). Cywilnoprawne zatrudnienie niepracownicze. W: K. W. Baran (red.), *System prawa pracy. Tom VII. Zatrudnienie niepracownicze*. Warszawa.
- Torbus, U. (2011). Podporządkowanie pracownika pracodawcy jako cecha stosunku pracy. W: L. Florek, Ł. Pisarczyk (red.), *Współczesne problemy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych*. Warszawa.
- Wójcik, S. (1963). Odgraniczenie umowy o dzieło od umowy o pracę i od umowy zlecenia. *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego, LXV, Zeszyty Prawnicze*, (10).
- Wójcik, S. (1963). *Pojęcie umowy o dzieło. Studia Cywilistyczne, IV*. Kraków.
- Wyka, T. (2015). Zatrudnienie niepracownicze na podstawie umowy o pracę nakładczą. W: K. W. Baran (red.), *System prawa pracy. Tom VII. Zatrudnienie niepracownicze*. Warszawa.
- Zieliński, T. (1977). *Stosunek prawa pracy do prawa administracyjnego*. Warszawa.
- Zieliński, T. (1979). Ogólne zasady wykonywania zobowiązań w prawie pracy. *Studia Prawnicze*, (4).
- Zieliński, T. (1986). *System prawa pracy. Zarys systemu. Część I. Ogólna*. Warszawa–Kraków.

Zakres uniformizacji ochrony wynagrodzenia za pracę w umownych stosunkach zatrudnienia

Scope of protection's uniformity of remuneration for work in labour and civil contractual employment relationships

dr Eliza Maniewska

Uniwersytet Warszawski, Wydział Prawa i Administracji,
Katedra Prawa Pracy i Polityki Społecznej
m.maniewska@wpia.uw.edu.pl

Streszczenie Artykuł zawiera ocenę zakresu ustawowej uniformizacji ochrony wynagrodzenia za pracę z tytułu pozostawania w stosunku pracy oraz z tytułu pozostawania w cywilnoprawnym stosunku zatrudnienia (głównie na podstawie umowy o świadczenie usług). Ocena ta została dokonana przy uwzględnieniu zakresu i treści konstytucyjnej ochrony wynagrodzenia za pracę oraz dopuszczalności zróżnicowania i kryteriów dyferencjacji tej ochrony.

Słowa kluczowe: wynagrodzenie za pracę; ochrona wynagrodzenia za pracę, prawo zatrudnienia, umowa o dzieło, umowa agencyjna, umowa zlecenia (o świadczenie usług), wynagrodzenie minimalne, minimalna stawka godzinowa, wykładnia pojęć konstytucyjnych.

Summary The analyse evaluates statutory tendency to uniform the protection of remuneration for work resulting from labour and civil law employment relationships. The evaluation assesses constitutional requirements of such a protection as well as a right to differentiate it basing on certain criteria.

Keywords: remuneration for work, protection of the remuneration for work, employment law, a project contract, an agency contract, a mandate contract (services contract), minimal wage, minimal hourly wage, interpretation of constitutional terms.

JEL: K31

Wstęp

Obecnie truizmem jest konstatacja, że praca może być świadczona nie tylko w ramach stosunku pracy, ale także na podstawie pozapracowniczych stosunków prawnych stanowiących domenę prawa cywilnego względnie w ramach cywilnoprawnych stosunków z ustawowo wbudowanymi elementami prawnopracowniczymi (Gersdorf, 2013, s. 15 i n. oraz s. 109 i n.).

Jednocześnie powszechnie przyjmowany jest podział na tzw. zatrudnienie pracownicze, czyli takie, które jest realizowane na podstawie wymienionej w kodeksie pracy (na podstawie umowy o pracę, mianowania, wyboru albo powołania), oraz tzw. zatrudnienie cywilnoprawne (tj. głównie na podstawie uregulowanej w kodeksie cywilnym umowy o świadczenie usług/zlecenia).

Akceptacja dla świadczenia pracy w ramach różnych reżimów prawnych (pracowniczego i cywilnoprawnego), przy uwzględnieniu, że co do zasady poza umową o dzieło (art. 627 k.c. i n.) przedmiot głównego świadczenia jednej ze stron (praca pojmowana jako suma czynności faktycznych lub prawnych) w obu przypadkach jest ten sam, prowokuje pytanie, czy i w jakim zakresie oraz

z uwagi na jakie racje i podstawy pożądana jest uniformizacja pozostałych świadczeń (praw i odpowiadających im obowiązków) stron stosunku prawnego, w ramach którego wykonywana jest praca, towarzyszących owemu świadczeniu głównemu (Gersdorf, 2013, s. 169 i n.).

W szczególności, a może przede wszystkim, dotyczy to zagadnienia wynagrodzenia za pracę i jego ochrony. Wynagrodzenie za pracę w każdym umownym stosunku zatrudnienia (z wyłączeniem umów o dzieło) jest bowiem bezpośrednim świadczeniem wzajemnym drugiej strony za świadczenie pracy.

Z metodologicznego punktu widzenia modelowe rozważania w tym przedmiocie mogą być prowadzone na kilka sposobów:

Po pierwsze, za punkt wyjścia można przyjąć zastanę regulację wynagrodzenia za pracę i jego ochrony w umownych stosunkach pracowniczych i rozważać potrzebę rozciągnięcia jej albo jej elementów na stosunki cywilnoprawne.

Po drugie, za punkt wyjścia można przyjąć zastanę regulację wynagrodzenia za pracę i jego ochrony w stosunkach cywilnoprawnych i rozważać potrzebę objęcia

nią albo jej elementami umowne stosunki pracownicze, co w praktyce sprowadzałoby się do rozważenia potrzeby obniżenia standardów ochrony wynagrodzenia za pracę w stosunku pracy.

Po trzecie, można pominąć zastane regulacje w analizowanym przedmiocie i skonstruować nowe instrumentarium prawne dotyczące wynagrodzenia za pracę wspólne dla obu rodzajów stosunków prawnych.

Dalszą kwestią jest teoretyczna kwalifikacja wyników zastosowania tych metod.

W cel stawiany całości publikowanego w niniejszym numerze „Pracy i Zabezpieczenia Społecznego” zbioru artykułów wpisuje się pierwsza z wymienionych metod; tu rezultatem analizy będzie ocena potrzeby rozciągnięcia regulacji właściwych dla umownych pracowniczych stosunków zatrudnienia na stosunki cywilnoprawne. W drugim modelu osiągnęlibyśmy rezultat symetryczny — ocenę potrzeby rozciągnięcia regulacji właściwych dla cywilnoprawnych stosunków zatrudnienia na umowy pracownicze, czyli odpowiedź na pytanie, czy zachodzi potrzeba obniżenia standardów prawnopracowniczej ochrony wynagrodzenia za pracę. Trzecia droga, zastosowanie trzeciego modelu, doprowadziłaby do wypracowania całkowicie nowej jakości w analizowanym przedmiocie.

Ostatecznie zastosowanie każdej z tych metod, przy założeniu pozytywnej weryfikacji tezy o potrzebie całościowej lub częściowej uniformizacji warunków świadczenia pracy, prowadzi do osiągnięcia rezultatu stworzenia nowej gałęzi prawa: prawa zatrudnienia (Gersdorf, 2013, s. 11–12, s. 169 i n.). Jeśli ograniczymy to do kwestii związanych z wynagrodzeniem za pracę, ów rezultat będziemy mogli określić mianem prawa wynagrodzenia za pracę i jego ochrony w zatrudnieniu.

W niniejszym tekście z uwagi na cel badawczy określony dla całości publikowanego zbioru zostanie przyjęty sposób prowadzenia rozważań wskazany w pierwszym z wyróżnionych wyżej modeli.

Celem rozważań będzie zatem udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy i w jakim zakresie oraz z uwagi na jakie cele i podstawy pożądane jest rozciągnięcie prawnopracowniczej regulacji wynagrodzenia za pracę i jego ochrony lub niektórych elementów tej regulacji na cywilnoprawne stosunki zatrudnienia. Rozważania zostaną ograniczone do umownego stosunku pracy z jednej strony, a z drugiej — do umowy o świadczenie usług/zlecenia.

Umowa o dzieło (art. 627 i n. k.c.) i umowa agencyjna (art. 758 i n. k.c.), choć także przynależą do szeroko pojmowanych umów o świadczenie usług, to mają na tyle odrębne i swoiste unormowanie prawne i swoim charakterem, głównie w odniesieniu do rodzaju świadczenia¹, na tyle daleko odbiegają od stosunku pracy, że refleksja dotycząca potrzeby i zakresu uniformizacji regulacji wynagrodzenia za świadczoną w ich ramach usługę z regulacją wynagrodzenia za pracę świadczoną w ramach stosunku pracy wymagałaby odrębnej metodologii prowadzonych rozważań.

Nie oznacza to jednak braku potrzeby podjęcia takiego trudu. Zaniechanie go w ramach niniejszej analizy usprawiedliwiają jedynie ograniczenia objętościowe.

Pod pojęciem wynagrodzenia będzie rozumiane co do zasady wynagrodzenie *sensu stricto*. Pojęcie to nie będzie zatem obejmowało innych świadczeń pieniężnych pracodawcy (zatrudniającego) na rzecz pracownika (zatrudnionego) związanych z pracą (por. przepisy rozdziałów I i Ia działu trzeciego kodeksu pracy). Natomiast za elementy ochrony wynagrodzenia za pracę będą przyjęte: minimalne wynagrodzenie; zakaz zręczenia się wynagrodzenia; regulacja częstotliwości, terminu i sposobu wypłaty; zasady dokonywania potrąceń z wynagrodzenia za pracę; sankcje z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązku zapłaty wynagrodzenia za pracę oraz objęcie jego wypłaty gwarancją publiczną wypłaty (por. ustawę z 13 lipca 2006 r. o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy, DzU z 2018 r. poz. 1433 ze zm.).

Prowadzonym rozważaniom będzie również towarzyszyło założenie, że panuje powszechna zgoda w odniesieniu do głównych funkcji jakie spełnia wynagrodzenie za pracę (funkcja alimentacyjna — por. Sanetra, 2009, s. 17–19) oraz instytucja wynagrodzenia minimalnego (tu funkcją wiodącą jest gwarancja godziwego bytu, zapewnienie zatrudnionemu poziomowi życia powyżej granicy ubóstwa — por. wyrok TK z 10 stycznia 2005 r., K. 31/03, OTK-A 2005/1/1).

W punkcie wyjścia analizowana problematyka zostanie osadzona w unormowaniach konstytucyjnych.

Celem artykułu jest udzielenie odpowiedzi na pytanie o zakres i treść konstytucyjnej ochrony wynagrodzenia za pracę oraz możliwość różnicowania poziomu tej ochrony z uwagi na odmienną podstawę świadczenia pracy. Zostanie również zasygnalizowany wątek pracy nieodpłatnej. W dalszej części podejmuję próbę wskazania tych elementów delimitacji pracowniczych i pozapracowniczych podstaw zatrudnienia, które są relevantne z punktu widzenia oceny potrzeby uniformizacji regulacji wynagrodzenia za pracę lub jego ochrony. Odrębnie zostanie poddane pod rozagę zagadnienie możliwości ewentualnego zróżnicowania tej ochrony w związku z zakresem pozapłacowych obowiązków stron stosunku zatrudnienia oraz w zależności od czasochłonności pracy i stażu zatrudnienia.

Wyniki tak usystematyzowanych rozważań będą stanowiły punkt wyjścia dla oceny aktualnej regulacji prawa zatrudnienia w sferze wynagrodzeniowej.

Zakres i treść konstytucyjnej ochrony wynagrodzenia za pracę

Zasady ogólne

Szczegółowe rozważania dotyczące zakresu i treści konstytucyjnej ochrony wynagrodzenia za pracę muszą być poprzedzone niezbędnymi uwagami dotyczącymi ogólnych zasad konstytucyjnych, do których z punktu widzenia niniejszej analizy trzeba zaliczyć przede wszystkim zasadę państwa sprawiedliwego.

Należy bowiem zgodzić się ze stanowiskiem, że choć zasada państwa sprawiedliwego stanowiąca, obok zasa-

dy państwa demokratycznego i zasady państwa prawa jeden z komponentów wysłowionej w art. 2 Konstytucji ogólnej zasady demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej i jest ona zasadą komplementarną a nie przeciwstawną w stosunku do tych zasad, to zarazem jest pośród nich zasadą chronologicznie pierwszą i najważniejszą. Koryguje bowiem wąski, formalistyczny legalizm państwa prawnego, ujawniając zarazem istotę i cel tego państwa (Sokolewicz, 2016).

Z zasadą sprawiedliwości społecznej wiąże się ściśle proklamowana w art. 32 ust. 1 Konstytucji zasada równości wobec prawa. Zasada sprawiedliwości społecznej uwzględnia zasadę równości, ale zarazem ją koryguje przez eliminację sytuacji, w której równe traktowanie wywoływałoby rażącą niesprawiedliwość. Równoległą względem zasady sprawiedliwości pozostaje także zasada społecznej gospodarki rynkowej (art. 20 Konstytucji), której treścią jest nakazanie państwu, właśnie w imię społecznej sprawiedliwości, interweniowanie w funkcjonowanie gospodarki rynkowej (Domańska, 2001, s. 152; Garlicki, Zubik, 2016).

Przyjmuje się, że zasada sprawiedliwości społecznej, łącznie z zasadą dobra wspólnego (art. 1), zasadą pomocniczości (preambuła do Konstytucji) i solidarności (art. 20 Konstytucji), a także ochrony godności i wolności człowieka (art. 30, art. 31 ust. 1 Konstytucji) stanowią aksjologiczną podstawę całego systemu polskiego prawa (Pułło, 2003, s. 11), co uznaje się za zasadniczą dyrektywę nie tylko w zakresie stanowienia prawa, ale także jego wykładni, w tym wykładni pozostałych zasad i norm konstytucyjnych.

Wreszcie zaś trzeba pamiętać, że do zasad podstawowych (bo zamieszczonych w I rozdziale Konstytucji), na których opiera się cały porządek konstytucyjny państwa (Garlicki, 2016, wstęp uw. 4), należy także wysłowiona w art. 24 Konstytucji zasada ochrony pracy. Zgodnie z tym przepisem „Praca znajduje się pod ochroną Rzeczypospolitej Polskiej. Państwo sprawuje nadzór nad warunkami wykonywania pracy”.

Konstytucyjne pojęcia: praca, pracownik, wynagrodzenie

Odkodowanie zakresu i treści konstytucyjnej ochrony wynagrodzenia za pracę nie jest także możliwe bez wyjaśnienia znaczenia konstytucyjnych pojęć: praca, pracownik, wynagrodzenie.

W tym zakresie warto zwrócić uwagę na uwypuklaną ostatnio w doktrynie, także w doktrynie prawa pracy, ale wyrosłą przede wszystkim z dorobku orzeczniczego Trybunału Konstytucyjnego (TK) koncepcję autonomicznej wykładni pojęć konstytucyjnych. Autonomię interpretacyjną pojmujemy się w niej przede wszystkim jako niezależność pojęć konstytucyjnych od znaczeń nadawanych na podstawie ustawodawstwa (brak związania interpretatora Konstytucji definicjami legalnymi zawartymi w aktach niższego rzędu; to normy konstytucyjne powinny narzucać sposób i kierunek wykładni przepisów innych ustaw, a nie odwrotnie). Dla porządku warto jednak podkreślić, że koncepcja autonomicznej wy-

kładni pojęć konstytucyjnych nie może być traktowana jako koncepcja bezwzględnie zastępująca tzw. koncepcję pojęć zastanych. Także bowiem koncepcja pojęć zastanych ma istotne znaczenie w procesie wykładni Konstytucji. W świetle orzecznictwa TK oraz poglądów doktryny, Konstytucja nieustalając znaczenia wielu zastosowanych w niej pojęć, nawiązuje do ich dotychczasowego rozumienia, które — zależąc od poglądów uczonych i kształtu praktyki — wynika „z tradycji, doktryny i orzecznictwa, a także ze sposobu rozumienia (...) w prawie dotychczas obowiązującym” (por. wyrok TK z 12 stycznia 2005 r., K 24/04, OTK-A 2005/ 1/3; glosy: Szymt, 2005; Mik, Pawłowski, 2005; Dobrowolski, 2005). W procesie interpretacji Konstytucji mają zatem zastosowanie obie te koncepcje.

Skoro jednak bezpośrednie stosowanie Konstytucji jest — w myśl orzecznictwa — podstawowym punktem odniesienia dla oceny konstytucyjności wszelkich norm prawa i znaczenie pojęć konstytucyjnych nie może być determinowane przez ustawodawcę, to odwoływanie się do pojęć zastanych w procesie wykładni Konstytucji wymaga określenia granic, których przekroczenie byłoby w istocie równoznaczne ze zmianą ustawy zasadniczej, wprowadzoną w praktyce orzeczniczej odwołującą się do pojęć zastanych. Nie oznacza to bynajmniej, że dla wykładni Konstytucji zasadne jest całkowite pozbawienie doniosłości znaczeń terminów w niej użytych, które zostały ukształtowane historycznie i są ustalone w doktrynie prawa. Prowadzi to do usytuowania doktryny w szczególnej sytuacji uznanego przez TK współtwórcy norm ustawy zasadniczej, o ile interpretacje doktrynalne nie są sprzeczne z wartościami konstytucyjnymi (por. Piotrowski, 2016, s. 21 i n. oraz wyrok TK z 22 kwietnia 2005 r., P 1/05, OTK-A 2005/4/42 wraz z: Płachta, Wieruszewski, 2005; Leczykiewicz, 2006; Hofmański, 2005; Grajewski, 2006; Czapliński, Gierach, 2005; Kruszyński, 2005; Steinborn, 2005).

Gdy mowa o źródłach znaczeń, jakie należy nadawać pojęciom konstytucyjnym, oprócz znaczeń tradycyjnych i powszechnie znanych (czyli znaczeń „słownikowych”), a także znaczeń zakorzenionych w wartościach i zasadach konstytucyjnych, w jednym z wyroków TK wprost dodaje, że pojęcia ogólne niezdefiniowane w ustawie zasadniczej mają jednak „ustaloną treść doktrynalną znaną judykaturze” (wyrok TK z 13 maja 2009 r., Kp 2/09, OTK-A 2009/5/66). Oznacza to, że TK jest gotów nadawać orzecznictwu sądów nie tyle moc wiążącą, ile charakter „precedensów perswazyjnych” (silnie sugerujących właściwe rozwiązanie) — (Stawecki, 2014, s. 262).

Poczynając zatem od znaczeń językowych należy wskazać, że pojęciu „pracy” przypisuje się co najmniej siedem ogólnych znaczeń. Istotne jest jednak, że żadne z nich nie daje podstaw do wiązania pojęcia „pracy” wyłącznie z pracownikiem w kodeksowym rozumieniu tego terminu. Praca w języku potocznym to w szczególności: 1. „czynność człowieka oraz związany z nią wysiłek mięśniowy, intelektualny itp.”; 2. „zajęcie, zatrudnienie jako źródło zarobku; posada, zarobkowanie” (Szymczak, 1979, t. 1, s. 904–905). W Konstytucji (w tych jej rozdziałach, które zawierają regulacje relewantne

z punktu widzenia niniejszej analizy) pojęcie „praca” występuje sześciokrotnie (por. art. 24, art. 33, art. 65–67 oraz art. 69 Konstytucji). Także analiza przypadków posłużenia się nim przez ustawę zasadniczą nie upoważnia do wiązania go z pracą wykonywaną w ramach stosunku pracy. Wniosek ten potwierdza orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. W wyroku P 20/09 TK stwierdził, że konstytucyjny termin „praca” następuje na podstawie języka literackiego. Obejmuje ono wszelką pracę zarobkową na rzecz innego podmiotu bez względu na formalne zakwalifikowanie stosunku łączącego te podmioty (wyrok TK z 23 lutego 2010 r., P 20/09, OTK-A 2010/2/13; zob. pkt 12 uzasadnienia. Tak samo w odniesieniu do pojęcia „praca” w rozumieniu art. 24 Konstytucji TK przyjął też w pkt 1.2.4 uzasadnienia wyroku z 22 maja 2013 r., P 46/11, OTK-A 2013/4/42).

W odniesieniu do pojęcia „pracownik” definicja słownikowa jest już bardziej zwarta. Pracownik w języku polskim to „osoba pracująca, zatrudniona w jakimś zakładzie pracy, wykonująca płatną pracę fizyczną lub umysłową” (Szymczak, 1979, t. 2, s. 906). Konstytucja używa tego terminu w art. 59 ust. 3 i art. 66 ust. 2. W tym przypadku jednak uprawniona jest teza, że konstytucyjne użycie tego terminu nakazuje wniosek, iż pojęcie „pracownik” nie obejmuje każdej osoby, która wykonuje pracę zarobkową (odmiennie Krzywoń, 2017, s. 47 i n. oraz s. 432–439). Wynika to z zestawienia treści art. 66 ust. 1 i art. 66 ust. 2 ustawy zasadniczej. Pierwszy z tych przepisów nadaje wyrażone w nim prawo każdemu, kto wykonuje pracę (prawo do bezpiecznych i higienicznych warunków pracy); drugi zaś, dla przypisania określonego w nim prawa nie posługuje się kwantifikatorem ogólnym „każdy”, ale określeniem „pracownik”, co daje podstawę do twierdzenia, że za pracowników w rozumieniu Konstytucji nie można uznać wszystkich osób wykonujących pracę zarobkową, a tylko pewien ich podzbiór. Zachodzą istotne podstawy do postawienia tezy, że wniosek ten nie może zostać uznany za błędny z powołaniem się na wypowiedź TK zawartą w wyroku z 24 czerwca 2015 r., K 1/13 (OTK-A 2015/6/80; glosy: Podgórska-Rakiel, 2017; Musiała, 2015; Musiała, 2016; Kapusta, 2016; Grzebyk, 2016). Wyrok ten pozornie tylko odnosi się bowiem do definicji „konstytucyjnego” pojęcia *pracownik* (odmiennie Krzywoń, 2017, s. 58). Judykat ten określa jedynie zakres podmiotowy wolności zrzeszania w związku zawodowym przewidzianej w art. 59 ust. 1 Konstytucji. Nie odnosi się zaś w ogóle do pojęcia „pracownik”. Co prawda Trybunał zawarł w uzasadnieniu tego wyroku zdanie „Na tym tle Trybunał wskazał trzy przesłanki wyznaczające ramy prawne konstytucyjnego rozumienia pojęcia *pracownik*, o którym mowa w art. 59 ust. 1 Konstytucji” (pkt 4.3. uzasadnienia), rzecz jednak w tym, że w art. 59 ust. 1 Konstytucji pojęcie „pracownik” w ogóle nie zostało użyte. W istocie zatem, w analizowanym zakresie, z wyroku K 1/13 nie wynika nic ponadto, że Konstytucja nie uzależnia możliwości korzystania z wolności określonej w art. 59 ust. 1 od tego, w jakiej formie dana osoba świadczy pracę i na jakiej podstawie oraz nie rozstrzyga o tym, jakie mogą być interesy związane

z wykonywaniem pracy zarobkowej, których ochrony jednostki mogą się domagać w relacji do partnera społecznego.

Z kolei słownikowe znaczenie terminu „wynagrodzenie” wyznacza użycie go jako synonimu „zapłaty za pracę, pensji” albo w innym znaczeniu „odszkodowania za stratę” (Szymczak, 1979, t. 3, s. 823). W Konstytucji użyto go jedynie w art. 65 ust. 4 i jedynie w połączeniu z terminem „praca”. Przepis ten stanowi, że „minimalną wysokość wynagrodzenia za pracę lub sposób ustalania tej wysokości określa ustawa”. Ponieważ, co zostało już ustalone wyżej, konstytucyjnego pojęcia *praca* nie należy uzależniać jedynie z pracą wykonywaną w ramach stosunku pracy, to brakuje także podstaw, aby konstytucyjne pojęcie wynagrodzenia dotyczyło tylko wynagrodzenia pracowników, rozumianych jako podmioty związane z pracodawcą stosunkiem pracy w ujęciu kodeksu pracy.

Należy też dodać, że treść tego przepisu nie daje jednak podstaw do przyjęcia, że można z niego wywieść konstytucyjny zakaz pracy nieodpłatnej. Wydaje się bowiem, iż należy go odczytywać wyłącznie jako przepis nakazujący minimalny poziom wynagrodzenia za pracę wówczas, gdy *praca* jest świadczona odpłatnie.

Podstawy dyferencjacji ochrony wynagrodzenia za pracę

Dotychczasowe wywody bez wątpienia dają podstawę do przyjęcia, że wynagrodzenie za pracę podlega ochronie konstytucyjnej, i że ochrona ta nie dotyczy jedynie wynagrodzenia za pracę świadczoną w ramach stosunku pracy, ale obejmuje także ochronę płacy za pracę świadczoną na innych (niepracowniczych) podstawach. Kluczowe jest tu bowiem konstytucyjne rozumienie pojęcia „pracy”, które nakazuje pojmować ją jako „czynność człowieka (zajęcie) podejmowaną na rzecz innego podmiotu w ramach łączącego ich stosunku prawnego, ale bez względu na formalną kwalifikację tego stosunku”. Bezpośrednimi konsekwencjami tej konstatacji, już tylko na gruncie wykładni gramatycznej, są następujące tezy:

□ po pierwsze to, że właśnie tak rozumiana *praca*, a nie tylko *praca* wykonywana w ramach stosunku pracy, jest objęta ogólną ochroną wynikającą z art. 24 Konstytucji, co potwierdza także wykładnia art. 66 Konstytucji;

□ po drugie, że Konstytucja chroni wynagrodzenie wszystkich osób, które wynagrodzenie to uzyskują w zamian za tak rozumianą *pracę* na rzecz innego podmiotu, a nie tylko wynagrodzenie pracowników;

□ po trzecie, że Konstytucja w sposób wyraźny (wprost) odnosi się tylko do jednego elementu ochrony wynagrodzenia za pracę — a mianowicie jego wysokości;

□ po czwarte, że Konstytucja dopuszcza dyferencjację ochrony pracy w zależności od charakteru stosunku prawnego, w ramach którego jest świadczenia, wysławiając wprost pewne gwarancje wyłącznie w odniesieniu do osób świadczących *pracę* w ramach stosunku pracy (por. art. 66 ust. 2 Konstytucji).

Wyżej wymienione wnioski, choć istotne, nie obejmują jednak całości problematyki zakresu i treści kon-

stytucyjnej ochrony wynagrodzenia za pracę. Należy bowiem jeszcze odpowiedzieć na pytanie, czy z Konstytucji, oprócz wyraźnie wskazanego przez nią elementu wysokości wynagrodzenia, można wywieść także nakaz objęcia wynagrodzenia za pracę ochroną szerszą, tzn. obejmującą oprócz wysokości także inne elementy.

W odniesieniu do pracowników (osób świadczących pracę w ramach stosunku pracy) taka szersza ochrona jest zagwarantowana na poziomie ustawowym. Biorąc pod uwagę kontekst sprawiedliwościowy (por. zwłaszcza zasady wynikające z: art. 2, art. 20, art. 30 i art. 31 ust. 1 Konstytucji) oraz równościowy (por. art. 32 ust. 1 Konstytucji) jako kluczowe jawi się pytanie, czy z zasad konstytucyjnych wynika nakaz objęcia taką ochroną (wszystkimi jej elementami) także osoby świadczące pracę w ramach cywilnoprawnych stosunków zatrudnienia, a jeśli tak, to czy taka ochrona powinna mieć identyczny kształt jak w odniesieniu do pracowników.

Odpowiedź na tak postawione pytanie tkwi w treści konstytucyjnej zasady równości wobec prawa (art. 32 ust. 1 Konstytucji), która została wyjaśniona przede wszystkim w bogatym orzecznictwie TK.

Na potrzeby niniejszego artykułu wystarczające jest uwypuklenie, iż TK wielokrotnie podkreślał w swoim orzecznictwie, że zasadę równości należy pojmować jako nakaz traktowania sytuacji (podmiotów) podobnych w sposób podobny, a zarazem dopuszczenie traktowania sytuacji (podmiotów) odmiennych w sposób odmienny, co zresztą przypomina dawne sformułowanie Arystotelesa i stanowi ujęcie podzielane powszechnie zarówno w doktrynie jak i w orzecznictwie na całym świecie (Garlicki, Zubik, 2016, uw. 9).

Uściślając tę formułę należy jednak dodać, że ustalenie cechy wspólnej pewnej grupy podmiotów, ze względu na którą powinny być one traktowane tak samo w jednym obszarze, nie oznacza zakazu dyferencjacji sytuacji prawnej podmiotów wchodzących w skład tej grupy ze względu na inne cechy, które owe podmioty różnicują.

W tym zakresie podejście TK przyjmuje za punkt wyjścia, że ocena konstytucyjności każdego prawnego zróżnicowania sytuacji podmiotów podobnych wynika z ustalenia, czy zróżnicowaniu temu można przypisać uzasadniony charakter; „wszelkie odstępstwa od nakazu równego traktowania podmiotów podobnych muszą zawsze znajdować podstawę w odpowiednio przekonujących argumentach” (orzeczenie TK z 3 września 1996 r., K 10/96, OTK 1996/4/33). W orzeczeniu K 10/96 TK wskazał trzy kryteria, uznając, że tylko łączne ich spełnienie pozwala na stwierdzenie konstytucyjności zróżnicowania. Kryteria te odnoszą się do: 1) relewantności zróżnicowania — wprowadzane zróżnicowania muszą „pozostawać w bezpośrednim związku z celem i zasadniczą treścią przepisów, w których zawarta jest kontrolowana norma, oraz służyć realizacji tego celu i treści. Innymi słowy, wprowadzane zróżnicowania muszą mieć charakter racjonalnie uzasadniony, a nie wolno ich dokonywać według dowolnie ustalonego kryterium”; 2) proporcjonalności argumentów przemawiających za wprowadzeniem zróżnicowania — „waga inte-

resu, któremu ma służyć różnicowanie sytuacji adresatów normy, musi pozostawać w odpowiedniej proporcji do wagi interesów, które zostaną naruszone w wyniku nierównego potraktowania podmiotów podobnych”; 3) konstytucyjnej rangi argumentów przemawiających za wprowadzeniem zróżnicowania — „argumenty muszą pozostawać w jakimś związku z innymi wartościami, zasadami czy normami konstytucyjnymi, uzasadniającymi odmienne traktowanie podmiotów podobnych (...) Jedną z takich zasad konstytucyjnych jest zasada sprawiedliwości społecznej” (Garlicki, Zubik, 2016, uw. 16–18; Bień-Kacała, 2016). Stanowisko to jest konsekwentnie podtrzymywane w orzecznictwie trybunalskim (por. m.in. wyroki z 16 grudnia 1997 r., K 8/97, OTK 1997/5–6/70; 24 marca 1998 r., K 40/97, OTK 1998/2/12; 9 czerwca 1998 r., K 28/97, OTK 1998/4/50; 21 września 1999 r., K 6/98, OTK 1999/6/117; 5 grudnia 2000 r., K 35/99, OTK 2000/8/295; 18 grudnia 2000 r., K 10/00, OTK 2000/8/298; 6 marca 2001 r., K 30/00, OTK 2001/2/34; 24 października 2001 r., SK 22/01, OTK 2001/7/216; 16 października 2006 r., K 25/05, OTK-A 2006/9/122; 25 maja 2009 r., SK 54/08, OTK-A 2009/5/69; 5 lipca 2011 r., P 14/10, OTK-A 2011/6/49; 2 października 2012 r., K 27/11, OTK-A 2012/9/102; 18 marca 2014 r., SK 53/12, OTK-A 2014/3/32).

Przekładając to na grunt analizowanej problematyki można w uproszczeniu stwierdzić, że z faktu posiadania przez dwa podmioty cechy wspólnej, jaką jest świadczenie pracy na cudzą rzecz, nie wynika, iż sytuacja prawna tych podmiotów, a konkretnie uprawnienia tych podmiotów odnoszące się do wynagrodzenia za wykonywaną pracę, nie mogą być zgodnie z Konstytucją zróżnicowane ze względu na inne cechy odróżniające te podmioty, które uznamy za wystarczająco istotne dla usprawiedliwienia takiej dyferencjacji.

Nie jest to konstatacja odkrywcza, tym bardziej że TK w swoim orzecznictwie wielokrotnie podkreślał uprawnioną konstytucyjnie dyferencjację uprawnień w obrębie samej grupy pracowników (zbioru osób świadczących pracę w ramach stosunku pracy).

Co więcej, akcentował, że dyferencjacja prawa pracy jest zjawiskiem powszechnym, naturalnym i pożądanym (por. uzasadnienie wyroku TK z 24 października 2000 r., K 12/00 OTK 2000/7/255). Zakaz nierównego traktowania nie oznacza wykluczenia dyferencjacji praw i obowiązków pracowniczych, a nawet ją wręcz zakłada, co dotyczy szczególnie dyferencjacji praw i obowiązków pracowniczych ze względu na charakter zatrudnienia i rodzaj wykonywanej pracy. TK uwypukla, że art. 32 Konstytucji nie może być interpretowany jako zakaz różnicowania regulacji sytuacji odmiennych grup pracowników, o ile dane zróżnicowanie jest przedmiotem uprawnionej dyskusji w społeczeństwie demokratycznym (por. także uzasadnienie wyroku TK z 17 maja 1999 r., P 6/98, OTK ZU 1999/4/76).

Standardy ochrony wynagrodzenia za pracę przyjęte w kodeksie pracy, a więc odnoszące się do pracowników, nie mogą być zatem traktowane jako konstytucyjny (minimalny) standard ochrony wynagrodzenia podmiotów świadczących pracę w ramach pozapracowni-

czych stosunków zatrudnienia, w tym w ramach umów cywilnoprawnych. Ustawodawcy przysługuje bowiem szeroka swoboda regulowania stosunków społecznych i nie ma konstytucyjnego zakazu, by specyfice tych stosunków podporządkowywał specyfikę unormowań ich dotyczących (por. także uzasadnienie wyroku K 12/00).

W literaturze prawa pracy dopuszcza się owo zróżnicowanie wprost w odniesieniu do wysokości minimalnego wynagrodzenia (Sobczyk, 2013, s. 43). Taką możliwość dostrzega również TK wskazując, że nie ma w tym zakresie konstytucyjnych przeciwwskazań. „Konstytucyjne ujęcie prawa do minimalnego wynagrodzenia stwarza jedynie obowiązek dla ustawodawcy zwykłego do wprowadzenia właściwych unormowań, ujętych w odpowiednią formę prawną, pozostawiając mu jednocześnie pełną swobodę co do wyboru zasad, na podstawie których będzie ono obliczane, oraz kryteriów, według których wysokość tego wynagrodzenia zostanie ustalona” (por. wyrok K 31/03, pkt III. 5 oraz wyrok z 7 maja 2001 r., K 19/00, OTK 2001/4/82).

Kryteria dyferencjacji ochrony wynagrodzenia za pracę

Dyferencjacja ochrony wynagrodzenia za pracę a elementy delimitacji podstaw zatrudnienia

Próba wskazania elementów delimitacji podstaw zatrudnienia relewantnych z punktu widzenia zakresu ochrony wynagrodzenia, zgodnie z założeniami sformułowanymi na wstępie, zostanie ograniczona jedynie do porównania stosunku pracy ze stosunkiem zatrudnienia realizowanym w ramach umowy zlecenia lub umowy o świadczenie usług (art. 734 k.c. i art. 750 k.c.). Powodem jest ich podobieństwo, które wynika z faktu, że świadczeniem głównym we wszystkich tych stosunkach po stronie zatrudnionego (pomijając umowy zlecenia i powierzenia usługi ograniczające się do zlecenia jednej czynności) jest suma czynności faktycznych lub prawnych.

Do cech charakterystycznych stosunku pracy powszechnie zalicza się: dobrowolność wykonywania pracy przez pracownika, osobisty charakter świadczenia tej pracy, ciągłość pracy, podporządkowanie pracownika pracodawcy, odpłatność pracy oraz ponoszenie przez pracodawcę wszelkiego ryzyka (osobowego, organizacyjnego i ekonomicznego) związanego z realizacją zobowiązania.

W piśmiennictwie prawa pracy największe znaczenie na gruncie typologicznego odróżniania umowy o pracę przypisuje się cechom podporządkowania pracownika oraz ryzyka pracodawcy. Ani dobrowolność wykonywania pracy, ani osobisty charakter jej świadczenia, ani też ciągłość nie stanowią bowiem cech odróżniających stosunek pracy od innych analizowanych tu stosunków zatrudnienia, gdyż w ich ramach praca jest świadczona dobrowolnie, zasadą jest wykonywanie jej osobiście (art. 738 k.c.), i nic nie stoi na przeszkodzie takiego ukształtowania umowy (por. art. 353¹ k.c.), aby była świadczona w sposób ciągły.

Pozostaje się zatem skupić na kryterium podporządkowania zatrudniającemu oraz rozkładu ryzyka.

Jeśli idzie o kryterium podporządkowania zatrudniającemu to za zasadną i powszechnie akceptowaną należy uznać tezę, że podporządkowanie może występować i na ogół występuje także w cywilnoprawnych stosunkach zatrudnienia, co wynika już z przepisów kodeksu cywilnego (por. art. 737 k.c., art. 740 k.c. oraz art. 353¹ k.c.), tyle tylko że zachodzi zasadnicza różnica co do charakteru tego podporządkowania.

Istotą podporządkowania pracowniczego jest bowiem pozostawianie w dyspozycji pracodawcy w miejscu i czasie przez niego wyznaczonym (czego najbardziej wyrazistym dowodem są unormowania dotyczące czasu pracy pracowników oraz wynagrodzenia przestojowego) oraz podporządkowanie się regułom porządkowym ustalonym przez pracodawcę (podporządkowanie osobowe i organizacyjne pracownika) (por. m.in. Hajn, 2000 oraz wyroki SN z 28 stycznia 1998 r., II UKN 479/97, OSNAPiUS 1999/1/34, z 27 lutego 1979 r., II URN 19/79, Nowe Prawo 1981/6/14 i z 24 czerwca 2015 r., II PK 189/14, LEX nr 1764808). Istotą pracy umownie podporządkowanej w rozumieniu kodeksu pracy jest możliwość codziennego konkretyzowania pracownikowi jego obowiązków, a w szczególności określania czynności mieszczących się w zakresie uzgodnionego rodzaju pracy i sposobu ich wykonywania. Charakterystyczna dla stosunku pracy dyspozycyjność pracownika wyraża się właśnie w zobowiązaniu do podejmowania zadań według wskazań pracodawcy, a obowiązek stosowania się do poleceń przełożonych został wyeksponowany w art. 100 § 1 k.p. (por. uzasadnienie wyroku SN z 10 maja 2018 r., I PK 60/17, LEX nr 2486218). Natomiast podporządkowanie zatrudniającemu w cywilnoprawnych stosunkach zatrudnienia może się zaś ograniczać wyłącznie do podporządkowania instrukcjom zatrudniającego co do sposobu świadczenia usługi lub wykonania zlecenia oraz wyznaczenia ogólnie ich czasowych i obszarowych ram (Szczerski, 1972, s. 1545–1560). Można zaryzykować sformułowanie, że także w zatrudnieniu cywilnoprawnym osoba zatrudniona może świadczyć pracę pod kierownictwem zatrudniającego, tyle tylko że charakter tego kierownictwa jest inny niż ten, który jest właściwy dla pojęcia kierownictwa w rozumieniu art. 22 § 1 k.p. Poparcie dla tak postawionej tezy obecne jest w niektórych wypowiedziach orzeczniczych Sądu Najwyższego. Wniosek taki wynika przykładowo z uzasadnienia postanowienia SN z 23 maja 2003 r. (I PK 47/03, LEX nr 1607446), w którym przyjęto, że w ramach kierownictwa w sensie ogólnym podlegają też dyrektorowi jednostki organizacyjnej osoby zatrudnione na innej podstawie niż stosunek pracy (np. na podstawie umowy zlecenia), chociaż zakres ich podporządkowania jest inny niż pracownika. W szczególności nie dotyczy samego procesu pracy, obowiązku stosowania się do poleceń przełożonych, pozostawiania w dyspozycji pracodawcy itp. Jednak ogólna kontrola nad pracą osoby zatrudnionej na podstawie umowy zlecenia, dokonywana przez zleceniodawcę z punktu widzenia rezultatów zleconej działalności, nie jest niczym

osobliwym w stosunku zlecenia i nie świadczy o podporządkowaniu pracowniczemu. Podobnie ujmuję to wyrok SN z 11 września 2013 r. (II PK 372/12, OSNP 2014/6/80, glosa: Musiała, 2015), w którym Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że w umowie zlecenia mogą wystąpić cechy kierownictwa i podporządkowania, choć nie takie same jak w zależności właściwej dla stosunku pracy (art. 22 § 1 i 1¹ k.p. oraz art. 750 k.c.).

Bardziej szczegółowe rozważania co do rozgraniczenia rozumienia kierownictwa podmiotu zatrudniającego w stosunku pracy i cywilnoprawnych stosunkach zatrudnienia wykraczają poza ramy niniejszego artykułu. W tym miejscu wystarczy tylko skonstatować, że za nieuprawnioną należałoby uznać tezę, że różnice dotyczące rodzaju tego kierownictwa w obu typach zatrudnienia mogą zostać uznane za relewantne kryterium różnicowania ochrony wynagrodzenia za pracę świadczonej w obu reżimach, jeśli weźmiemy pod uwagę wiodącą funkcję płacy za pracę jaką jest pozyskanie przez zatrudnionego środków utrzymania jego samego i jego rodziny.

Kryterium tym, jak się wydaje, może natomiast być zróżnicowanie rozkładu ryzyka pomiędzy stronami stosunku zatrudnienia.

Jak wskazano wyżej, kolejną immanentną cechą stosunku pracy jest także ponoszenie przez pracodawcę wszelkiego ryzyka związanego z realizacją zobowiązania (w odniesieniu do pojęć ryzyka kontraktowego oraz ryzyka pracodawcy por. szerzej Pisarczyk, 2008; Sanetra, 1971). Pojęcie ryzyka kontraktowego, w tym ryzyka pracodawcy, jest bardzo szerokie i bywa przez różnych autorów ujmowane nieco odmiennie. Najczęściej, tak w ujęciu podręcznikowym (por. np. Gersdorf, Rączka, Maniewska, Raczkowski, 2018, s. 131) jak i w orzecznictwie (por. np. wyrok SN I PK 60/17), w odniesieniu do ryzyka pracodawcy wyróżnia się ryzyko osobowe, techniczno-organizacyjne, ekonomiczne (gospodarcze) i socjalne. Ujmując rzecz w skrócie, w stosunku pracy, co do zasady, to na pracodawcy spoczywa pokrycie kosztów związanych z zajęciem niekorzystnych dla niego zdarzeń związanych z prowadzoną działalnością, w tym z zatrudnianiem pracowników. Przykładami instytucji związanych z tą zasadą i łączących się z tematyką niniejszego artykułu są instytucje wynagrodzenia przestoju (art. 81 k.p.), a także korzystny dla pracownika rozkład ciężaru dowodu wykonania pracy wadliwie² (art. 82 § 1 k.p. w zw. z art. 114 k.p. w zw. z art. 116 k.p.). Pomijając kwestię obciążeń publicznoprawnych związanych z zatrudnianiem pracowników, które różnią się od obciążeń publicznych ponoszonych w związku z zatrudnieniem cywilnoprawnym, oraz zagadnienie i zakres innych, poza wynagrodzeniem *sensu stricto*, świadczeń pieniężnych pracodawcy na rzecz pracownika związanych z pracą (wynagrodzenie chorobowe, odprawy itp.), już tylko zasada ryzyka pracodawcy odbiegająca od zasad ryzyka związanego z realizacją cywilnoprawnego stosunku zatrudnienia, do którego w tym zakresie, poza nielicznymi regulacjami szczególnymi, mają zastosowanie zasady ogólne (por. art. 471 k.c. i n. oraz art. 739 k.c., art. 738 § 2 k.c. i art. 745 k.c.), nakazuje przyjęcie,

że uprawnienia płacowe pracownika są dużo szersze niż osoby świadczącej pracę na podstawie umowy cywilnoprawnej. Tej ostatniej przysługuje bowiem jedynie płaca rozumiana ściśle, czyli jako ekwiwalent za świadczoną faktycznie pracę. Okoliczność ta skłania do postawienia pytania, czy nie powinno to wpływać za wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę w obu reżimach zatrudnienia, skoro funkcje instytucji minimalnego wynagrodzenia za pracę w obu przypadkach są takie same.

Innymi słowy, nie należy z góry wykluczać zasadności tezy, że rozkład ryzyka kontraktowego może stanowić relewantną przyczynę zróżnicowania ochrony wynagrodzenia za pracę w obu omawianych reżimach w odniesieniu do wysokości płacy minimalnej³.

Wydaje się także, iż za uprawnioną można uznać tezę o niezasadności objęcia umów cywilnoprawnych instytucją zakazu potrąceń z wynagrodzenia za pracę. Zakaz potrąceń z wynagrodzenia za pracę w stosunku pracy stanowi bowiem, między innymi, logiczną konsekwencję faktu, iż to na pracodawcy ciąży obowiązek wykazania braku podstaw do wypłaty wynagrodzenia za pracę wadliwie wykonaną (to pracodawca musi wykazać winę pracownika). W cywilnoprawnych stosunkach zatrudnienia ciężar dowodu jest w tym zakresie odwrotny, to zatrudniony musi wykazać, że praca została wykonana wadliwie na skutek okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności (art. 471 k.c., por. także art. 472 k.c.).

Pozapłacowe obowiązki stron stosunku zatrudnienia i ich ekwiwalentność

Istotą pracowniczego stosunku pracy, tym co odróżnia go od innych zobowiązaniowych stosunków prawa cywilnego będących podstawą świadczenia pracy, jest także to, że treść tego stosunku (w zakresie bezwzględnie obowiązującym) została wśród nich uregulowana najszerszej. Innymi słowy, obok stosunku podstawowego wysłownego w art. 22 § 1 k.p., czyli obok obowiązków stron stosunku pracy wynikających z tego przepisu, prawo pracy reguluje szereg innych (ubocznych) obowiązków pracodawcy i pracownika, których katalog jest daleko wykraczający poza katalog obowiązków ubocznych właściwych innym stosunkom zobowiązaniowym.

W szczególności stosunek pracy cechuje obecność szeregu pozapłacowych obowiązków stron stosunku pracy. Przykładami są: pracowniczy obowiązek dbałości o dobro zakładu pracy i wywodzony z tego obowiązek zakazu podejmowania przez pracownika działalności konkurencyjnej względem pracodawcy, pracodawczy obowiązek dbałości o dobro pracownika i obowiązek ułatwiania pracownikowi podnoszenia kwalifikacji zawodowych czy wreszcie pracodawczy obowiązek respektowania zasady ochrony trwałości stosunku pracy, a w konsekwencji podporządkowanie się przepisom ograniczającym swobodę jednostronnego rozwiązania stosunku pracy. Jednocześnie w odniesieniu do wielu obowiązków pracodawcy podkreśla się brak ich ekwiwalentności, czyli brak odpowiadających im obowiązków wzajemnych pracownika. Także na tym zasadza się różnica między zatrudnieniem pracowniczemu i cywilnoprawnym.

W związku z tym należy zadać pytanie, czy także ta okoliczność nie powinna wpływać na zróżnicowanie ochrony wynagrodzenia za pracę w obu reżimach zatrudnienia, przy czym, jak się wydaje, dotyczy to raczej innych niż minimalna stawka wynagrodzenia elementów tej ochrony.

Czasochłonność pracy i długość więzi prawnej

W końcu nie sposób pominąć, uwypuklanej w literaturze już od dawna, tej relewantnej cechy dyferencjacji ochrony wynagrodzenia za pracę w pracowniczym i cywilnoprawnym reżimie zatrudnienia, która wiąże się z czasochłonnością pracy oraz długością trwania stosunku zatrudnienia. Chodzi tu zwłaszcza o gwarancję minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Podkreśla się bowiem, że skoro główną funkcją płacy minimalnej jest gwarancja godziwego bytu (zapewnienie zatrudnionemu poziomowi życia powyżej granicy ubóstwa), to jego istota odnosi się do podstawowego źródła utrzymania. Za tego rodzaju źródło należy zaś uznać takie, któremu wykonujący pracę poświęca najwięcej czasu. Innymi słowy twierdzi się, że płaca minimalna powinna być gwarantowana tam, gdzie wykonujący pracę wykonuje ją w wymiarze czasowym wskazującym, że traktuje tę pracę jako podstawowe źródło utrzymania. A. Sobczyk przyjmuje, że powinno to dotyczyć już zatrudnienia odpowiadającego jednej czwartej wymiaru etatu pracowniczego (Sobczyk, 2012, s. 3 i 5).

Z kolei M. Gersdorf stawia postulat bardziej ogólny i proponuje, aby ochroną socjalną (w tym, jak należy mniemać, ochroną wynagrodzenia za pracę) obejmować tylko te stosunki zatrudnienia cywilnoprawnego, które trwają co najmniej 6 miesięcy (Gersdorf, 2013, s. 172).

Zakres ustawowej uniformizacji regulacji ochrony wynagrodzenia za pracę (*de lege lata*)

Przedstawione wyżej uwarunkowania konstytucyjne, postulaty zgłaszane przez doktrynę prawa pracy, a w końcu wnioski płynące z wyroku Trybunału Konstytucyjnego P 20/09, w którym została zawarta konstatacja, że konstytucyjne pojęcie „pracy” ma charakter autonomiczny, bez wątpienia stanowią silną podbudowę aksjologiczną i prawną dla rozciągnięcia ustawowej prawnopracowniczej regulacji wynagrodzenia za pracę i jego ochrony lub niektórych elementów tej regulacji na cywilnoprawne stosunki zatrudnienia.

Odzwierciedleniem tego jest wprowadzenie od 1 stycznia 2017 r. do polskiego porządku prawnego instytucji minimalnego wynagrodzenia godzinowego w umowach zlecenia i o świadczenie usług (por. ustawa z 22 lipca 2016 r. o zmianie ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz niektórych innych ustaw, DzU poz. 1265), choć sam ustawodawca za wiodący wskazuje inny (pragmatyczny) cel wprowadzenia tej instytucji. Jako zasadnicze *ratio legis* powołania tej instytucji projektodawcy wskazali bowiem, że ma ono na celu uzyskanie pozytywnej zmiany na rynku pracy przez przeciwdziałanie nadużywaniu umów cywilnoprawnych w celu

obniżenia kosztów pracy⁴ oraz wprowadzenie ochrony osób otrzymujących wynagrodzenie na najniższym poziomie (por. rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz niektórych innych ustaw, Sejm VIII kadencji, nr druku 600, <http://www.sejm.gov.pl>).

Konstrukcja instytucji minimalnego wynagrodzenia godzinowego oparta jest nie na całkowitej, ale jedynie częściowej (choć stosunkowo szerokiej) implementacji do prawa cywilnego rozwiązań obowiązujących w stosunkach zatrudnienia regulowanych prawem pracy.

Ustawowy obowiązek stosowania minimalnej stawki godzinowej przy ustalaniu wynagrodzenia za pracę dotyczy przy tym wykonawców nie wszystkich, a tylko niektórych umów zlecenia (art. 734 k.c.) i niektórych umów o świadczenie usług (art. 750 k.c.).

Zgodnie z art. 1 pkt 1b ustawy z 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (DzU z 2018 r. poz. 2177, dalej: m.w.p. lub ustawa o minimalnym wynagrodzeniu), minimalna stawka godzinowa ma zastosowanie tylko do umów zlecenia określonych w art. 734 k.c. (umowy o wykonanie czynności prawnej, z reguły związane z udzieleniem pełnomocnictwa) i określonych w art. 750 k.c. umów o świadczenie usług, które nie są uregulowane innymi przepisami (czyli umów nienazwanych) i do których stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu (umowy o wykonywanie czynności faktycznych). Nie stosuje się jej więc w odniesieniu do tych umów o świadczenie usług, które mają oddzielne unormowanie prawne i swoim charakterem daleko odbiegają od stosunku pracy, w szczególności chodzi tu o umowę o dzieło (art. 627 i n. k.c.) i umowę agencyjną (art. 758 i n. k.c.) (por. Jaśkowski, Maniewska, 2017, s. 23).

Przepisy u.m.w.p. przewidują dalsze wyłączenia stosowania minimalnej stawki godzinowej; są one umotywowane z jednej strony przedmiotem umowy, z drugiej zaś jej podmiotami.

I tak art. 8d ust. 1 u.m.w.p. przewiduje wyłączenie stosowania minimalnej stawki godzinowej w odniesieniu do umów, które spełniają łącznie następujące warunki: o miejscu oraz czasie wykonania zlecenia lub usługi decyduje wykonawca i dodatkowo przysługuje mu wyłącznie wynagrodzenie prowizyjne⁵ (pkt 1), a także do umów o sprawowanie, trwających nieprzerwanie ponad dobę, usług opiekuńczych, wychowawczych lub bytowych, wymienionych szczegółowo w art. 8d ust. 1 pkt. 2–5 u.m.w.p.

Z kolei z przepisu art. 8 pkt 1b u.m.w.p. wynika, że przepisy o minimalnej stawce godzinowej stosuje się tylko wtedy, gdy stroną przyjmującą zlecenie lub świadcząca usługi jest osoba fizyczna. Stosuje się je do wszystkich osób fizycznych niewykonywujących działalności gospodarczej (art. 1 pkt 1b lit. b tej ustawy). Natomiast w odniesieniu do osób wykonujących tę działalność (tzw. samozatrudnionych) w art. 1 pkt 1b lit. a ustawy przewidziane są dwa łącznie wymagane warunki jej stosowania. Dotyczą one państwa, w którym zarejestrowano działalność gospodarczą, oraz samodzielnego wykonywania zlecenia lub usługi.

Pierwszy warunek polega na stosowaniu przepisów o minimalnej stawce godzinowej tylko do tych samozatrudnionych, którzy wykonują działalność gospodarczą zarejestrowaną w Polsce albo w państwie niebędącym członkiem Unii Europejskiej lub państwem Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

Drugi z tych warunków polega na niezatrudnianiu przez samozatrudnionego pracowników i „niezawieraniu umów ze zleceniobiorcami”. Jak należy mniemać, celem tego przepisu jest objęcie prawem do minimalnej stawki godzinowej tylko tych osób prowadzących działalność gospodarczą, które wykonują ją osobiście i bez pomocy innych osób. Tylko wtedy bowiem w zakresie świadczenia pracy ich sytuacja jest zbliżona do sytuacji pracowników, a jednym z celów zmiany obowiązującego ustawodawstwa, co zostało wskazane wyżej, było znaczne zmniejszenie różnic — w odniesieniu do prawa do wynagrodzenia — między pracownikami a osobami pracującymi na podstawie umów cywilnych.

Przepis art. 1 pkt 1b u.m.w.p. jako przesłankę stosowania minimalnej stawki godzinowej wprowadza także wymagania odnoszące się do drugiej strony umowy zlecenia (dający zlecenie) lub umowy o świadczenie usług (powierzający usługę). Może nią być tylko przedsiębiorca w rozumieniu art. 1 pkt 4a u.m.w.p., czyli osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, wykonująca zorganizowaną działalność zarobkową we własnym imieniu i w sposób ciągły; za przedsiębiorców uznaje się także wspólników spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności lub inna jednostka organizacyjna, w ramach prowadzonej przez te podmioty działalności.

Przybliżając zaś samo pojęcie minimalnej stawki godzinowej należy wskazać, że jest to nic innego jak określona prawem wysokość minimalnego wynagrodzenia pieniężnego, które przysługuje przyjmującemu zlecenia lub świadczącemu usługę za każdą godzinę ich wykonywania. Minimalna stawka godzinowa może przy tym stanowić całość umówionego wynagrodzenia lub tylko jego część (art. 8a ust. 1–2 u.m.w.p.).

Wysokość minimalnej stawki godzinowej ustalana jest analogicznie do ustalania minimalnego wynagrodzenia za pracę (art. 2–5a u.m.w.p.). Wysokość minimalnej stawki godzinowej w 2017 r. wynosiła 13 zł, w 2018 r. — 13,70 zł, zaś w 2019 r. wynosi 14,70 zł.

Przedstawiając stan obowiązującej regulacji w zakresie pozostałych elementów ochrony wynagrodzenia za pracę zleceniobiorców i świadczących usługi (czyli tych, które nie dotyczą jego wysokości) należy wskazać, że choć zgodnie z art. art. 735 § 1 i art. 750 k.c. zasadą jest odpłatność umów zlecenia i o świadczenie usług, to na podstawie tych przepisów przyjmujący zlecenie i świadczący usługi mogą w umowie zobowiązać się do spełnienia świadczenia na rzecz drugiej strony bez wynagrodzenia. Przepisy dotyczące minimalnej stawki godzinowej częściowo zmieniły swobodę umów (art. 353¹ k.c.) w tym zakresie.

Wyraźnym tego przejawem jest przewidziany w art. 8a ust. 4 u.m.w.p. zakaz zrzeczenia się przez przyjmujące-

go zlecenie i świadczącego usługi prawa do wynagrodzenia w wysokości minimalnej stawki godzinowej lub przeniesienia tego prawa na inną osobę (por. taki sam zakaz w art. 84 k.p.). Przepis ten należy interpretować łącznie z art. 8a ust. 1 tej ustawy, który w odniesieniu do dwóch omawianych umów stanowi, że „wysokość wynagrodzenia powinna być ustalona w umowie w taki sposób, aby wysokość wynagrodzenia za każdą godzinę wykonania zlecenia lub świadczenia usług nie była niższa niż wysokość minimalnej stawki godzinowej”. Z przepisów tych wynika, że jeżeli są spełnione przewidziane w ustawie przesłanki odnoszące się do rodzaju umowy i jej stron, to wykonawca zlecenia i świadczący usługi nie mogą skutecznie zobowiązać do ich wykonywania bez wynagrodzenia. Jeżeli zobowiążą się do tego w umowie, to z uwagi na zakaz zrzeczenia się prawa do wynagrodzenia w wysokości minimalnej stawki godzinowej czynność ta jest sprzeczna z prawem⁶.

Poza wskazanym wyżej zakazem zrzeczenia się przez przyjmującego zlecenie lub świadczącego usługi prawa do wynagrodzenia w wysokości minimalnej stawki godzinowej jego ochrona obejmuje obowiązek wypłaty w formie pieniężnej (art. 8a ust. 5 u.m.w.p. — jak art. 86 § 6 k.p.) oraz obowiązek wypłaty co najmniej raz w miesiącu (art. 8a ust. 6 u.m.w.p. — jak art. 85 § 1 k.p.). Przepisy te mają charakter bezwzględnie obowiązujący, czyli postanowienia umowne nie mogą wyłączyć ani ograniczyć ich stosowania.

Obowiązek comiesięcznej pieniężnej wypłaty wynagrodzenia w wysokości wynikającej z minimalnej stawki godzinowej spoczywa na dającym zlecenie lub powierzającym usługę niezależnie od tego, jak w umowie zostały określone terminy zapłaty wynagrodzenia i jego forma. Według kodeksu cywilnego zasadą jest obowiązek zapłaty wynagrodzenia po wykonaniu zlecenia, chyba że co innego wynika z umowy lub z przepisów szczególnych (art. 744), co stosuje się także do umów o świadczenie usług (art. 750 k.c.). Takim przepisem szczególnym w odniesieniu do wynagrodzenia w wysokości wynikającej z minimalnej stawki godzinowej jest art. 8a ust. 6 u.m.w.p. Jeżeli więc strony ustalą w umowie dłuższy niż miesiąc termin płatności wynagrodzenia, to obowiązuje on wyłącznie w odniesieniu do tej jego części, która przekracza wysokość wynagrodzenia obliczonego na podstawie minimalnej stawki godzinowej. Wynagrodzenie wypłacone co miesiąc w wysokości uwzględniającej tę stawkę (a także wyższe, jeżeli zostało zapłacone przed umownym terminem) podlega zaliczeniu na poczet wynagrodzenia płatnego w terminach ustalonych przez strony (art. 451 k.c.).

Strony umowy zlecenia i umowy o świadczenie usług korzystają ze swobody w określeniu formy wynagrodzenia (art. 353¹ k.c.). Mogą je ustalić w pieniądzu lub w naturze względnie w formie mieszanej, czyli pieniężno-naturalnej. Wynagrodzenie może być ustalone jako zryczałtowana kwota należna jednorazowo po wykonaniu zlecenia lub usługi lub na podstawie czasu wykonywania umowy (określona kwota np. za godzinę, tydzień lub kwartał), osiągniętego wyniku (wynagrodzenie prowizyjne), względnie jako połączenie tych form. Nieza-

leżnie jednak od przyjętej przez strony formy wynagrodzenia, na mocy art. 8a ust. 5 i 6 u.m.w.p. przyjmujący zlecenie i świadczący usługi mają prawo do comiesięcznego wynagrodzenia wypłacanego w pieniądzu w wysokości minimalnej stawki godzinowej za każdą godzinę wykonania umowy. Jest to regulacja bardziej rygorystyczna od przewidzianej w prawie pracy, gdyż przy jego obliczaniu nie uwzględnia się wynagrodzenia w naturze, jak to jest w odniesieniu do minimalnego wynagrodzenia pracownika (art. 6 ust. 4 u.m.w.p.).

Ustawa o minimalnym wynagrodzeniu za pracę nie przewiduje natomiast zakazu potrąceń z wynagrodzenia w wysokości minimalnej stawki godzinowej, przez co ochrona tej części wynagrodzenia przyjmującego zlecenie i świadczącego usługi odbiega od standardów ochrony wynagrodzenia za pracę pracownika przed potrąceniem przez pracodawcę i potrąceniami w postępowaniu egzekucyjnym (art. 87 i 87¹ k.p. oraz art. 833 § 1 k.p.c.).

W odniesieniu do sankcji z tytułu naruszenia przepisów o minimalnej stawce godzinowej należy podkreślić, że tylko niewypłacenie tego wynagrodzenia jest zagrożone karą grzywny w wysokości do 30 000 zł (art. 8e u.m.w.p.). Penalizacja naruszeń przepisów o minimalnej stawce godzinowej jest zatem dużo węższa niż penalizacja naruszenia obowiązków pracodawcy związanych z ochroną wynagrodzenia za pracę w stosunku pracy (por. art. 282 § 1 pkt 1 k.p.).

Pewne elementy uniformizacji regulacji ochrony wynagrodzenia za pracę występują także w tym zakresie, który dotyczy publicznej gwarancji jego wypłaty na wypadek niewypłacalności podmiotu zatrudniającego. Z uwagi na złożoność tego zagadnienia został mu poświęcony osobny, zamieszczony niżej w niniejszym numerze artykuł M. Latos-Miłkowskiej pt. „Ochrona osób zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych w razie niewypłacalności pracodawcy”, do którego wpada w tym miejscu odesłać. Podkreślenia jednak wymaga, że jeśli chodzi o ten element ochrony wynagrodzenia osób świadczących pracę na podstawie umów cywilnoprawnych, to był on obecny w polskim porządku prawnym od bardzo dawna, bo już w pierwszej ustawie o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy z 29 grudnia 1993 r. (DzU z 2002 r. nr 9, poz. 85 ze zm.). Jak wskazuje M. Latos-Miłkowska, również obecnie obowiązująca ustawa z 13 lipca 2006 r. o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy w art. 10 obejmuje ochroną osoby świadczące pracę na podstawie umowy o pracę nakładczą, umowy zlecenia, umowy, do której na mocy art. 750 k.c. stosuje się przepisy o zleceniu, oraz umowy agencyjnej. Poziom ochrony w razie niewypłacalności pracodawcy gwarantowanej osobom zatrudnionym na podstawie umów cywilnoprawnych jest jednak znacznie niższy niż w przypadku pracowników.

Wnioski

Zestawienie konkluzji płynących z rozważań zamieszczonych wyżej na temat kryteriów dyferencjacji ochrony wynagrodzenia za pracę z obowiązującą re-

gulacją ochrony wynagrodzenia za pracę w zatrudnieniu cywilnoprawnym skłania do postawienia następujących tez:

□ Przepisy ustawy o minimalnym wynagrodzeniu, obejmując ochroną wynagrodzenia za pracę wskazane w niej umowy cywilnoprawne, nie zawierają wyłączenia prawa do minimalnej stawki godzinowej dla tych zatrudnionych, którzy wykonują pracę o znikomym stopniu czasochłonności lub którzy są związani z zatrudniającym (zlecającym usługę) bardzo krótką więzią prawną (krótkim stosunkiem umownym).

□ Ustawodawca regulując zasady ustalania wysokości minimalnej stawki godzinowej (które to zasady są zbieżne z zasadami ustalania minimalnego wynagrodzenia za pracę) pominął potrzebę uwzględnienia szerszego zakresu czynników, które powinny być brane pod uwagę przy ustalaniu wysokości minimalnej stawki godzinowej.

□ Brakuje wystarczająco silnych konstytucyjnych podstaw tak szerokiego, jak został przyjęty w ustawie o minimalnym wynagrodzeniu, zakazu zrzeczenia się wynagrodzenia w minimalnej stawce godzinowej.

□ W pozostałych elementach zakres ustawowej ochrony wynagrodzenia za pracę w zatrudnieniu cywilnoprawnym nie budzi istotnych zastrzeżeń.

¹ Przykładowo, umowa o dzieło różni się od umowy zlecenia (art. 734 k.c. i n.) lub umowy o świadczenie o usług, o której mowa w art. 750 k.c., a tym bardziej od umowy o pracę, rodzajem świadczenia w tym sensie, że w pierwszym przypadku jest nim osiągnięcie przez przyjmującego zamówienie określonego rezultatu ludzkiej pracy, w drugim zaś chodzi tylko o sumę czynności faktycznych lub prawnych. Z drugiej strony jednak, aby mogło powstać dzieło (rezultat pracy), musi zostać wykonana jakaś praca rozumiana jako zespół czynności faktycznych.

² Chodzi tu o wadliwie wykonanie przez pracownika produktów lub usług (art. 82 § 1 k.p.).

³ Por. także Krzywoń, 2017, s. 387, który zauważa, że w art. 65 ust. 4 Konstytucji przez wynagrodzenie należy rozumieć wynagrodzenie *sensu largo* a nie wynagrodzenie *sensu stricto*.

⁴ Korzystanie z pracy osób wykonujących ją na podstawie umów cywilnych umożliwiało podmiotom zatrudniającym nie stosowanie przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, co po wejściu w życie noweli ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę w znacznej mierze straciło znaczenie ekonomiczne. Minimalna stawka godzinowa w umowach zlecenia i umowach o świadczenie usług objętych opisywaną regulacją wynosi bowiem w przybliżeniu tyle samo, co minimalne wynagrodzenie za pracę pracowników.

⁵ Pojęcie wynagrodzenia prowizyjnego definiuje art. 8d ust. 3 u.m.w.p. jako wynagrodzenie uzależnione od wyników uzyskanych przez wykonawcę w ramach wykonania zlecenia lub świadczenia usługi (pkt 1) lub od wyników działalności przedsiębiorcy albo innej jednostki organizacyjnej, na rzecz których jest wykonywane zlecenie lub są świadczone usługi (pkt 2). Jako przykładowe wyliczenie tych wyników przepis ten wskazu-

je na liczbę zawartych umów, wartość zawartych umów, sprzedaż, obrót, pozyskane zlecenia, wykonane usługi i uzyskane należności.

⁶ W odniesieniu do sytuacji świadczenia usług bez pobierania wynagrodzenia przez osoby, które świadczą je na rzecz osób fizycznych z pobudek altruistycznych *pro bono* w sytuacjach, gdy świadczenie tych usług organizuje podmiot trzeci lub gdy zlecenie lub usługa jest świadczona nieodpłatnie bezpośrednio w ramach umowy wolontariatu, por. szerzej Jaśkowski, Maniewska, 2017, s. 25–26.

Bibliografia

- Bień-Kacała, A. (2016). Zasada równości — orzeczenie z dnia 3 września 1996 r., K 10/96. W: M. Derlatka, L. Garlicki, M. Wiącek, *Na straży państwa prawa. Trzydzieści lat orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*. Warszawa.
- Czapliński, W. (2005). Głos do wyroku TK z dnia 22 kwietnia 2005 r., P 1/05. *Państwo i Prawo*, (9).
- Dobrowolski, M. (2005). Głos do wyroku TK z dnia 12 stycznia 2005 r., K 24/04. *Przegląd Sejmowy*, (3).
- Domańska, A. (2001). *Zasady sprawiedliwości we współczesnym prawie konstytucyjnym*. Łódź.
- Garlicki, L. (2016). Komentarz do Rozdziału I Konstytucji. W: L. Garlicki, M. Zubik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom I*. Warszawa.
- Garlicki, L. Zubik, M. (2016). Komentarz do art. 32 Konstytucji. W: L. Garlicki, M. Zubik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom II*. Warszawa.
- Gersdorf, M. (2013). *Prawo zatrudnienia*. Warszawa.
- Gersdorf, M. Rączka, K. Maniewska, E. Raczkowski, M. (2018). *Prawo pracy. Pytania i odpowiedzi*. Warszawa.
- Gierach, E. (2005). Głos do wyroku TK z dnia 22 kwietnia 2005 r., P 1/05. *Przegląd Sejmowy*, (5).
- Grajewski, K. (2006). Głos do wyroku TK z 22 kwietnia 2005 r., P 1/05. *Gdańskie Studia Prawnicze — Przegląd Orzecznictwa*, (1).
- Grzebyk, P. (2016). Głos do wyroku TK z 2 czerwca 2015 r., K 1/13. *Przegląd Sądowy*, (11).
- Hajn, Z. (2000). Głos do wyroku SN z 16 grudnia 1998 r., II UKN 394/98. *Orzecznictwo Sądów Polskich*, (12).
- Hofmański, P. (2005). Głos do wyroku TK z dnia 22 kwietnia 2005 r., P 1/05. *Państwo i Prawo*, (9).
- Jaśkowski, K. Maniewska, E. (2017). Minimalne wynagrodzenie w umowach zlecenia i o świadczenie usług. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, (2).
- Kapusta, P. (2016). Głos do wyroku TK z 2 czerwca 2015 r., K 1/13. *Przegląd Sejmowy*, (5).
- Kruszyński, P. (2005). Głos do wyroku TK z dnia 22 kwietnia 2005 r., P 1/05. *Palestra*, (7–8).
- Krzywoń, A. (2017). *Konstytucyjna ochrona pracy i praw pracowniczych*. Warszawa.
- Latos-Miłkowska, M. (2019). Ochrona osób zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych w razie niewypłacalności pracodawcy. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, (1).
- Leczykiewicz, D. (2006). Głos do wyroku TK z dnia 22 kwietnia 2005 r., P 1/05. *CML Review*, (4).
- Mik, C. Pawłowski, B. (2005). Głos do wyroku TK z dnia 12 stycznia 2005 r., K 24/04. *Przegląd Sejmowy*, (3).
- Musiała, A. (2015). Głos do wyroku SN z 11 września 2013 r., II PK 372/12. *Orzecznictwo Sądów Polskich*, (1).
- Musiała, A. (2016). Głos do wyroku TK z 2 czerwca 2015 r., K 1/13. *Gdańskie Studia Prawnicze — Przegląd Orzecznictwa*, (1).
- Piotrowski, R. (2016). Pojęcia zastane w Konstytucji RP. Dylematy teorii i praktyki. W: T. Giaro (red.), *Źródła prawa. Teoria i praktyka*. Warszawa.
- Pisarczyk, Ł. (2008). *Ryzyko pracodawcy*. Warszawa.
- Płachta, M. R. Wieruszewski, R. (2005). Głos do wyroku TK z dnia 22 kwietnia 2005 r., P 1/05. *Państwo i Prawo*, (9).
- Podgórska-Rakiel, E. (2017). Głos do wyroku TK z 2 czerwca 2015 r., K 1/13. *Gdańskie Studia Prawnicze — Przegląd Orzecznictwa*, (3).
- Puño, A. (2003). Sprawiedliwość społeczna w systemie zasad naczelnych Konstytucji RP. *Państwo i Prawo*, (7).
- Sanetra, W. (1971). *Ryzyko osobowe zakładu pracy*. Warszawa.
- Sanetra, W. (2009). Bódcowa funkcja wynagrodzenia za pracę w warunkach społecznej gospodarki rynkowej. W: W. Sanetra (red.), *Wynagrodzenie za pracę w warunkach społecznej gospodarki rynkowej*. Warszawa.
- Sobczyk, A. (2012). Wynagrodzenie minimalne zleceniobiorców. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, (8).
- Sobczyk, A. (2013). *Prawo pracy w świetle Konstytucji RP. T. II*. Warszawa.
- Sokolewicz, W. (2016). Komentarz do art. 2 Konstytucji. W: L. Garlicki, M. Zubik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom I*. Warszawa.
- Stawecki, T. (2014). Koncepcja autonomicznej wykładni pojęć konstytucyjnych: od praktyki do teorii. W: T. Stawecki, J. Winczorek (red.), *Wykładnia Konstytucji. Inspiracje, teorie, argumenty*. Warszawa.
- Steinborn, S. (2005). Głos do wyroku TK z dnia 22 kwietnia 2005 r., P 1/05. *Przegląd Sejmowy*, (5).
- Szczerski, J. (1972). Komentarz do art. 737 k.c. W: J. Ignatowicz (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz, 2, Księga trzecia — zobowiązania*. Warszawa.
- Szymczak, M. (1979). W: M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego*. Warszawa.
- Szmyt, A. (2005). Głos do wyroku TK z dnia 12 stycznia 2005 r., K 24/04. *Gdańskie Studia Prawnicze — Przegląd Orzecznictwa*, (4).

Ochrona osób zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych w razie niewypłacalności pracodawcy

Protection of persons employed on the basis of civil law contracts in the case of employer's insolvency

dr hab. Monika Latos-Miłkowska

Uniwersytet Warszawski, Wydział Prawa i Administracji,
Katedra Prawa Pracy i Polityki Społecznej
m.latos-milkowska@wpia.uw.edu.pl

Streszczenie Ustawa o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy była jednym z pierwszych aktów prawnych, w których ustawodawca dostrzegł potrzebę objęcia ochroną na wypadek niewypłacalności pracodawcy nie tylko pracowników, lecz także osób wykonujących pracę na podstawie umów cywilnoprawnych. Pogłębione badanie tego zagadnienia pokazuje jednak, że rzeczywisty poziom ochrony osób wykonujących pracę na podstawie umów cywilnoprawnych różni się od poziomu ochrony gwarantowanej pracownikom i nie zawsze są to różnice uzasadnione. Artykuł ma na celu krytyczną analizę ochrony osób zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych w razie niewypłacalności pracodawcy i wskazanie ewentualnych kierunków zmian legislacyjnych.

Słowa kluczowe: ochrona, niewypłacalność, roszczenia pracownicze, umowy cywilnoprawne, ubezpieczenie chorobowe.

Summary The Act on Protection of Employee Claims in the Event of Insolvency of an Employer was one of the first legal acts in which the legislator perceived the need to protect not only employees but also persons employed on the basis of civil-law contracts. However, an in-depth analysis of this issue shows that the actual level of protection of persons performing work on the basis of civil law contracts differs from the level of protection guaranteed to employees in case of insolvency of an employer, and these are not always justified differences. This article is aimed at a critical analysis of the protection of persons employed under civil law contracts in the event of the employer's insolvency and indication of possible directions of legislative changes.

Keywords: protection, insolvency, employee's claims, civil law contracts, social insurance.

JEL: K31

Uwagi wprowadzające

Charakterystycznym elementem ustawy o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy jest rozciągnięcie ochrony również na osoby świadczące pracę na podstawie umów cywilnoprawnych. Ten element obecny był już w pierwszej ustawie o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy z 29 grudnia 1993 r. (DzU z 2002 r. nr 9, poz. 85 z późn. zm.), która w art. 5 ust. 2 stanowiła, że przepisy ustawy dotyczące pracowników stosuje się odpowiednio do osób, które wykonują pracę zarobkową na innej podstawie niż stosunek pracy, jeżeli z te-

go tytułu podlegają obowiązkowi ubezpieczenia społecznego. Był to chyba najwcześniej wydany akt prawny, w którym ustawodawca zauważał potrzebę udzielenia ochrony osobom świadczącym pracę na podstawie umów cywilnoprawnych innych niż umowa o pracę nakładczą.

Również obecnie obowiązująca ustawa z 13 lipca 2006 r. o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy (DzU z 2018 r. poz. 1433, dalej: u.o.r.p.) w art. 10 obejmuje ochroną osoby świadczące pracę na podstawie umowy o pracę nakładczą, umowy zlecenia, umowy, do której na mocy art. 750 k.c. stosuje się przepisy o zleceniu oraz umowy agencyjnej.

Blizsza analiza tego zagadnienia wskazuje, że poziom ochrony w razie niewypłacalności pracodawcy gwarantowanej osobom zatrudnionym na podstawie umów cywilnoprawnych jest znacznie niższy niż w przypadku pracowników. Powstaje zatem pytanie, czy różnice te — biorąc pod uwagę charakter prawny tych umów i alimentacyjny charakter wypłat z Funduszu Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych — są uzasadnione.

Zakres podmiotowy ochrony udzielanej osobom zatrudnionym na podstawie umów cywilnoprawnych w razie niewypłacalności pracodawcy

Definicję pracownika zawiera art. 10 u.o.r.p., zgodnie z którym pracownikiem, o którym mowa w art. 9, jest osoba fizyczna, która zgodnie z przepisami polskiego prawa pozostaje z pracodawcą w stosunku pracy lub jest zatrudniona na podstawie umowy o pracę nakładczą albo wykonuje pracę na podstawie umowy agencyjnej lub umowy zlecenia albo innej umowy o świadczenie usług, do której zgodnie z kodeksem cywilnym stosuje się przepisy dotyczące zlecenia, albo wykonuje pracę zarobkową na podstawie innej niż stosunek pracy na rzecz pracodawcy będącego rolniczą spółdzielnią produkcyjną, spółdzielnią kółek rolniczych lub inną spółdzielnią zajmującą się produkcją rolną — jeżeli z tego tytułu podlega obowiązkowi ubezpieczeń emerytalnego i rentowych, z wyjątkiem pomocy domowej zatrudnionej przez osobę fizyczną.

Wynika z tego, że do korzystania z ochrony Funduszu Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych uprawnione są osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę nakładczą, umowy zlecenia (*sensu stricte i sensu largo*) oraz osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę agencyjną, jeżeli podlegają z tego tytułu obowiązkowi ubezpieczeń emerytalnego i rentowego.

Należy jednak poczynić zastrzeżenie, że wskutek nowelizacji art. 758 § 1 k.c. dokonanej ustawą z 26 lipca 2000 r. o zmianie ustawy — Kodeks cywilny (DzU nr 74, poz. 857) umowa agencyjna jest obecnie umową o profesjonalnym charakterze, której obie strony są przedsiębiorcami. Agent jest obecnie przedsiębiorcą prowadzącym we własnym imieniu, w sposób stały, zorganizowany i zarobkowy działalność gospodarczą podlegającą na świadczeniu usług agencyjnych (Kopaczynska-Pieczniak, 2014). Zmiana ta skutkuje również zmianą tytułu podlegania obowiązkowi ubezpieczenia emerytalno-rentowego. Agenci podlegają obecnie obowiązkowo ubezpieczeniu emerytalno-rentowemu nie z tytułu zatrudnienia na podstawie umowy agencyjnej, ale z tytułu prowadzenia pozarolniczej działalności gospodarczej. Tym samym nie spełniają kryterium objęcia ochroną Funduszu Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, o którym mowa w art. 10 u.o.r.p. Można więc skonkludować, że osoby wykonujące pracę na podstawie umowy agencyjnej nie korzystają obecnie z ochrony w razie niewypłacalności pracodawcy, a art. 10 u.o.r.p. w zakresie, w jakim odnosi się do umów agencyjnych, jest bezprzed-

miotowy. Dalsza część analizy zostanie zatem poświęcona osobom wykonującym pracę nakładczą i osobom świadczącym pracę na podstawie umowy zlecenia (dla uproszczenia określeniem tym będą objęte zarówno umowy zlecenia sensu *stricte*, jak i umowy, do których na podstawie art. 750 k.c. stosuje się przepisy o umowie zlecenia).

Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 2 ustawy z 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (DzU z 2017 r. poz. 1778 ze zm., dalej u.s.u.s.), osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę nakładczą podlegają obowiązkowo ubezpieczeniom emerytalnym i rentowym. Podobnie rzecz się ma z osobami świadczącymi pracę na podstawie umowy zlecenia, które zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 4 u.s.u.s. podlegają obowiązkowi ubezpieczenia emerytalno-rentowego z tego tytułu.

Warto jednak zauważyć, że w przypadku kumulacji kilku umów o pracę nakładczą lub kilku umów zlecenia obowiązkowi ubezpieczenia emerytalno-rentowego podlega się tylko z tytułu pierwszej z nich. Reguluje to art. 9 ust. 2 u.s.u.s., zgodnie z którym osoba spełniająca warunki do objęcia obowiązkowo ubezpieczeniami emerytalnym i rentowymi z kilku tytułów, o których mowa w art. 6 ust. 1 pkt 2, 4–6 i 10, jest objęta obowiązkowo ubezpieczeniami z tego tytułu, który powstał najwcześniej. Może ona jednak dobrowolnie, na swój wniosek, być objęta ubezpieczeniami emerytalnym i rentowymi także z pozostałych, wszystkich lub wybranych, tytułów lub zmienić tytuł ubezpieczeń, z zastrzeżeniem ust. 2c i 7 (Jurek, 2015, s. 391). Jednakże osoba, o której mowa w art. 6 ust. 1 pkt 4 (zleceniobiorca), której podstawa wymiaru składek na ubezpieczenia emerytalne i rentowe w danym miesiącu jest niższa od wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, spełniająca warunki do objęcia obowiązkowo ubezpieczeniami emerytalnym i rentowymi z innych tytułów, podlega obowiązkowo ubezpieczeniom emerytalnemu i rentowym również z innych tytułów. Zasady tej nie stosuje się, jeżeli łączna podstawa wymiaru składek z tytułu lub z innych tytułów osiąga kwotę równą co najmniej minimalnemu wynagrodzeniu za pracę.

Powyższe regulacje mają daleko idące konsekwencje w sferze ochrony przed skutkami niewypłacalności pracodawcy. Osoby świadczące pracę na podstawie umowy o pracę nakładczą lub umowy zlecenia będą objęte ochroną Funduszu Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych jedynie w przypadkach, w których umowy te będą tytułami obowiązkowego ubezpieczenia emerytalno-rentowego. Jak wskazano wyżej, będzie to dotyczyło co do zasady tylko tej umowy, która stanowi najwcześniejszy tytuł podlegania obowiązkowi ubezpieczenia emerytalno-rentowego, czyli z reguły tej umowy, która została nawiązana najwcześniej. Osoby wykonujące pracę nakładczą lub zleceniobiorcy nie będą natomiast korzystali z ochrony Funduszu z tytułu tych umów o pracę nakładczą lub umów zlecenia, które nie podlegają obowiązkowi ubezpieczenia emerytalno-rentowego, nawet jeżeli zdecydują się na podleganie ubezpieczeniu emerytalno-rentowemu z ich tytułu na zasadzie dobrowolności. Artykuł 10 u.o.r.p. wyraźnie mówi bowiem o pod-

leganiu obowiązkowi ubezpieczenia emerytalno-rentowego. Biorąc pod uwagę zjawisko zatrudnienia na podstawie kilku umów o pracę nakładczą, a zwłaszcza często kilku umów zlecenia, osoba świadcząca pracę w taki sposób musi się liczyć z tym, że w razie niewypłacalności podmiotu zatrudniającego nie uzyska świadczenia na zaspokojenie roszczeń wynikających z każdej umowy o pracę nakładczą lub umowy zlecenia, których jest stroną.

W tym zakresie sytuacja osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę nakładczą i umowy zlecenia różni się znaczenie od sytuacji pracowników, którzy podlegają ochronie w razie niewypłacalności z tytułu każdego stosunku pracy, którego są stroną. Należy się zatem zastanowić, czy zróżnicowanie to jest uzasadnione. *Prima facie* wydaje się, że nie jest to do końca zgodne z alimentacyjnym charakterem świadczeń z Funduszu Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych. Dyferencjację tę do pewnego stopnia — choć nie do końca — tłumaczy okoliczność, że składki na Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych ustala się od wypłat stanowiących podstawę wymiaru składek na ubezpieczenia emerytalne i rentowe (bez rozróżnienia na ubezpieczenie obowiązkowe i dobrowolne). Gdyby jednak zakres objęcia ochroną w razie niewypłacalności osób wykonujących pracę na podstawie umów cywilnoprawnych był prostą konsekwencją opłacania przez te osoby składki, wówczas objęte by nią były również osoby podlegające ubezpieczeniu emerytalno-rentowemu na zasadzie dobrowolności. Tak jednak nie jest. Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych nie jest instytucją ubezpieczeniową, choć pod pewnymi względami jest do niej podobny.

Wydaje się, że szukając *ratio legis* tej regulacji należy wziąć pod uwagę, że umowy cywilnoprawne, zwłaszcza umowy zlecenia, pełnią w obrocie gospodarczym różne funkcje. Jak wskazuje R. Babińska-Górecka, umowy cywilnoprawne pozostające w obrocie dzielą się na dwie grupy — zachowujące swój pierwotny charakter i cel, czyli występujące w zwykłym obrocie cywilnoprawnym, oraz kreujące faktyczne zatrudnienie. W tym drugim przypadku chodzi o sytuacje, gdy umowy cywilnoprawne stanowią podstawę do świadczenia pracy na rzecz jednego podmiotu, są jedynym źródłem przychodu, mają względnie trwały charakter oraz sprowadzają się wyłącznie do osobistego świadczenia pracy (Babińska-Górecka, 2015, s. 215). Ochrona w razie niewypłacalności wydaje się uzasadniona w tym drugim przypadku, a więc w sytuacji zatrudnienia na podstawie umowy cywilnoprawnej, które jest podstawowym źródłem zarobkowania osoby zatrudnionej. W takim przypadku ochrona Funduszu jest jak najbardziej uzasadniona, a jego alimentacyjny cel spełniony. Nie ma natomiast uzasadnienia dla ochrony osób zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych w sytuacji, gdy są to umowy krótkotrwałe, incydentalne, poboczne, kreujące dodatkowe dochody osoby zatrudnionej. W takiej sytuacji wystarczającą ochroną jest możliwość dochodzenia roszczeń przed sądami powszechnymi, ewentualnie uczestnictwo w procedurach upadłościowych i restrukturyzacyjnych.

Oczywiście na tym tle pojawia się pytanie, czy wprowadzone kryterium różnicujące podleganie z tytułu danej umowy cywilnoprawnej obowiązkowi ubezpieczenia emerytalno-rentowego jest właściwe. Niewątpliwie musi to być kryterium o charakterze formalnym, nie jest bowiem możliwe każdorazowe badanie charakteru danej umowy cywilnoprawnej. Ustawodawca zdecydował się na kryterium podlegania obowiązkowi ubezpieczenia emerytalno-rentowego z tytułu umowy o pracę nakładczą i umowy zlecenia, wychodząc najpewniej z założenia, że przede wszystkim te umowy kreują zatrudnienie będące podstawowym źródłem utrzymania pracownika. Na prawidłowość tego toku rozumowania wskazuje linia orzecznicza, w myśl której „wykładania funkcjonalna i systemowa przepisów prawa pracy i prawa ubezpieczeń społecznych prowadzi do wniosku o doniosłości prawnej jedynie takiej umowy o pracę nakładczą, w której strony nie tylko uzgodniły, ale i realizowały rozmiar wykonywanej pracy w ilości gwarantującej wynagrodzenie w wysokości co najmniej połowy minimalnego wynagrodzenia za pracę”. A zatem pozorna umowa o pracę nakładczą, na podstawie której strony nie miały zamiaru i nie realizowały konstrukcyjnych cech (elementów) tego zobowiązania dotyczących rozmiaru wykonywanej pracy w ilości gwarantującej wynagrodzenie w wysokości co najmniej połowy minimalnego wynagrodzenia za pracę nie stanowi uprawnionego tytułu podlegania obowiązkowo ubezpieczeniom społecznym osób wykonujących pracę nakładczą (Gersdorf, 2013, s. 122).

Wydaje się zatem, że w świetle powyższych rozważań nie jest to kryterium wadliwe. *De lege ferenda* można poddać pod rozważenie, czy nie objąć ochroną w razie niewypłacalności również umów cywilnoprawnych będących tytułem dobrowolnego ubezpieczenia emerytalno-rentowego. Z reguły osoby zatrudnione na podstawie umów o pracę nakładczą, a zwłaszcza zlecenia, decydują się na takie ubezpieczenie w przypadku zatrudnienia o względnie trwałym charakterze, kiedy spełnia ono warunki zatrudnienia. Dodatkowym argumentem na rzecz takiego rozwiązania może być okoliczność, że składkę na Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych ustala się również od podstawy wymiaru składki z tytułu dobrowolnego ubezpieczenia emerytalno-rentowego. Nadmiernemu obciążeniu Funduszu Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych służyłoby w takim przypadku ograniczenie górnej granicy wypłaty.

W przypadku gdy umowa o pracę nakładczą lub umowa zlecenia są zawierane z osobą zatrudnioną na podstawie umowy o pracę u innego pracodawcy, osiągającą z tego tytułu co najmniej minimalne wynagrodzenie za pracę, umowa o pracę nakładczą i umowa zlecenia nie są tytułami obowiązkowego ubezpieczenia emerytalno-rentowego i z tytułu tych umów nie przysługuje ochrona Funduszu Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych. W tym zakresie regulację tę należy uznać za prawidłową — za podstawowe źródło zarobkowania należy wówczas uznać stosunek pracy i z tego tytułu powinna przysługiwać ochrona w razie niewypłacalności pracodawcy.

Ciekawa sytuacja powstaje natomiast gdy umowa zlecenia jest zawierana z własnym pracodawcą. W takiej sytuacji, zgodnie z art. 8 ust. 2a u.s.u.s., za pracownika, w rozumieniu ustawy, uważa się także osobę wykonującą pracę na podstawie umowy agencyjnej, umowy zlecenia lub innej umowy o świadczenie usług, do której 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.

W judykaturze wykształciło się stanowisko, w myśl którego w takiej sytuacji umowa cywilnoprawna, o której mowa w art. 8 ust. 2a u.s.u.s., nie jest odrębnym tytułem ubezpieczenia emerytalno-rentowego. Tak orzekł Sąd Najwyższy w wyroku z 27 kwietnia 2017 r., I UK 182/16, zgodnie z którym dodatkowa umowa cywilnoprawna nie ma znaczenia z punktu widzenia stosunku ubezpieczenia i objęcia ubezpieczeniami społecznymi. Ze względu na posłużenie się w art. 8 ust. 2a u.s.u.s. szerokim pojęciem „pracownik” stosunek pracy łączący pracodawcę z pracownikiem stanowi wyłączny tytuł ubezpieczenia, który pochłania dodatkowy stosunek cywilnoprawny. Osoba wykonująca pracę na rzecz swego pracodawcy na podstawie umów cywilnych podlega obowiązkowo ubezpieczeniu społecznemu jako pracownik i na tym kwestia jej ubezpieczenia się wyczerpuje. **Z tych tytułów nie powstaje obowiązek ubezpieczenia społecznego**, a także problem zbiegu ubezpieczeń regulowanego w art. 9 u.s.u.s. W teorii nazywane jest to rozszerzeniem definicji pracownika, konstrukcją abstrahującą od użytej w art. 2 k.p., oraz definicji pracodawcy sformułowanej w art 3 k.p. Uznaje się, że w tym przepisie pojęcie pracownika jest rozszerzone na jego dalszą aktywność w ramach umowy cywilnoprawnej, jeżeli w jej ramach świadczy pracę na rzecz swojego pracodawcy. Także więc w zakresie tej sfery aktywności uznawany jest — na potrzeby ubezpieczeń społecznych — za pracownika tego właśnie pracodawcy i pracodawca jest płatnikiem składek z tego tytułu¹.

W rezultacie, mimo iż od umowy zlecenia zawartej z własnym pracodawcą są obowiązkowo odprowadzane składki na ubezpieczenie społeczne, to umowy te nie będą korzystały z ochrony Funduszu Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych — nie stanowią bowiem **samodzielnych tytułów obowiązkowego podlegania ubezpieczeniom społecznym i ubezpieczeniu zdrowotnemu pracownika**.

Definicja pracodawcy w ustawie o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy a zatrudnianie osób na podstawie umów cywilnoprawnych

Ustawa o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy zawiera swoistą definicję pracodawcy. Zgodnie z art. 2 tej ustawy, przepisy

ustawy stosuje się w przypadku niewypłacalności pracodawcy będącego przedsiębiorcą, o którym mowa w art. 4 ust. 1 ustawy z 6 marca 2018 r. — Prawo przedsiębiorców (DzU poz. 646 ze zm.). W literaturze przedmiotu panuje zgodne przekonanie, że zakresem podmiotowym ustawy o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy objęte są podmioty spełniające łącznie dwa kryteria: są pracodawcami w rozumieniu art. 3 k.p. oraz są przedsiębiorcami (Gersdorf 2002; Latos-Miłkowska 2009). Oznacza to, że nie będzie objęty zakresem ustawy podmiot, który jednego z tych kryteriów nie spełnia. Będzie to dotyczyć w szczególności podmiotów, które nie zatrudniają pracowników, a tylko osoby na podstawie umów cywilnoprawnych i w związku z tym nie mają statusu pracodawcy w rozumieniu art. 3 k.p. Prowadzi to do wniosku, że osoby zatrudnione na podstawie umów cywilnoprawnych będą mogły liczyć na zaspokojenie swoich roszczeń ze środków Funduszu Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych jedynie wówczas, gdy podmiot je zatrudniający będzie jednocześnie zatrudniał pracowników. Nie będą natomiast korzystały z ochrony przed niewypłacalnością pracodawcy osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę nakładczą i umowę zlecenia, jeżeli podmiot je zatrudniający nie jest jednocześnie pracodawcą w rozumieniu art. 3 k.p. i przedsiębiorcą. Wydaje się, że taki stan rzeczy nie znajduje przekonującego uzasadnienia i powinien ulec zmianie.

Zakres przedmiotowy ochrony udzielanej osobom zatrudnionym na podstawie umów cywilnoprawnych w razie niewypłacalności pracodawcy

Zakres świadczeń podlegających ochronie Funduszu Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych osób wykonujących pracę na podstawie umowy o pracę nakładczą i umowy zlecenia zasadniczo różni się od zakresu ochrony udzielanej pracownikom. Jest to następstwem konstrukcji art. 12 ust. 2 u.o.r.p.. Zgodnie z art. 12 ust. 2 u.o.r.p. zaspokojeniu ze środków Funduszu podlegają należności główne z tytułu: 1) wynagrodzenia za pracę; 2) przysługujących pracownikowi na podstawie powszechnie obowiązujących przepisów prawa pracy enumeratywnie wymienionych świadczeń ze stosunku pracy: wynagrodzenia urlopowego, ekwiwalentu urlopowego, wynagrodzenia za okresy niewykonywania pracy, za które pracownik zachowuje prawo do wynagrodzenia, dodatku wyrównawczego, o którym mowa w art. 230 i 231 k.p., odprawy z tytułu art. 8 ustawy z 13 marca 2003 r. o szczególnych zasadach rozwiązywania stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników oraz odszkodowania z tytułu skrócenia okresu wypowiedzenia na podstawie art. 36¹ k.p. Jak widać z powyższego, art. 12 ust. 2 u.o.r.p. jest dostosowany przede wszystkim do świadczeń z tytułu stosunku pracy.

Determinuje to zakres ochrony udzielanej osobom zatrudnionym na podstawie umów cywilnoprawnych. W przypadku umowy zlecenia będzie miał w zasadzie

zastosowanie wyłącznie art. 12 ust. 2 pkt 1 — czyli ochronie w razie niewypłacalności pracodawcy będzie podlegać tylko wynagrodzenie z tytułu wykonywania umowy zlecenia. Przepisy kodeksu cywilnego nie zawierają definicji wynagrodzenia z tytułu umowy zlecenia, wskazując jedynie, że zleceniobiorcy należy się wynagrodzenie, chyba że postanowienie umowy stanowi, że ma ona charakter nieodpłatny. Przepisy nie precyzują też jaką postać będzie przyjmować to wynagrodzenie, zależy to od treści konkretnej umowy zlecenia. Biorąc jednak pod uwagę obowiązującą w prawie zobowiązań zasadę wzajemności i ekwiwalentności świadczeń, za wynagrodzenie za pracę w umowie zlecenia można uznać te świadczenia, które odzwierciedlają wykonywaną pracę, np. wynagrodzenie miesięczne, kwartalne, prowizja czy premia uzależniona od ilości lub jakości świadczonej pracy. Nie będą natomiast korzystać z ochrony Funduszu świadczenia niepowiązane ze świadczeniem pracy, nawet jeżeli strony takie do umowy wprowadzają. W praktyce zdarza się, że strony umowy wprowadzają do niej pewne świadczenia pieniężne niepowiązane bezpośrednio ze świadczeniem pracy, np. wynagrodzenia za czas quasi-urlopu czy odprawę. Te świadczenia nie będą korzystały z ochrony Funduszu, bowiem nie mają charakteru wynagrodzenia za pracę i jednocześnie nie wynikają z powszechnie obowiązujących przepisów prawa pracy.

Jeszcze bardziej interesująco przedstawia się kwestia zakresu przedmiotowego ochrony w razie niewypłacalności w przypadku umowy o pracę nakładczą. Umowa o pracę nakładczą jest umową cywilną z ustawowo wbudowanym elementem prawnopracowniczym (Gersdorf, 2013, s. 109). Efektem tego jest przyznanie osobom wykonującym pracę nakładczą niektórych praw pracowniczych (Gersdorf, 2013, s. 109). Źródłem tych uprawnień jest rozporządzenie Rady Ministrów z 31 grudnia 1975 r. w sprawie uprawnień pracowniczych osób wykonujących pracę nakładczą (DzU z 1976 r. nr 3, poz. 19 z późn. zm.); delegacja do wydania tego rozporządzenia została zamieszczona w art. 303 k.p. Na mocy tego rozporządzenia chałupnicy mają w szczególności prawo do wynagrodzenia za czas urlopu wypoczynkowego, dodatku wyrównawczego, odprawy w razie rozwiązania umowy o pracę nakładczą w wyniku dokonanego wypowiedzenia z powodu ogłoszenia upadłości nakładcy lub jego likwidacji albo w związku z zaniechaniem lub ograniczeniem systemu pracy nakładczej z przyczyn, o których mowa w art. 1 ust. 1. Są to niewątpliwie świadczenia quasi-pracownicze, należy się zatem zastanowić, czy mieszczą się w katalogu świadczeń, o których jest mowa w art. 12 ust. 2 pkt 2 u.o.r.p.

Artykuł 12 ust. 2 pkt 2 w katalogu świadczeń podlegających ochronie Funduszu wymienia wynagrodzenie za czas urlopu, odprawę oraz dodatek wyrównawczy, zastrzegając jednak, że chodzi o świadczenia wynikające z powszechnie obowiązujących przepisów prawa pracy. Powstaje zatem pytanie, czy prawo chałupników do wynagrodzenia za czas urlopu wypoczynkowego, odprawy i dodatku wyrównawczego wynika z po-

wszechnie obowiązujących przepisów prawa pracy, a co za tym idzie, jest objęte ochroną w razie niewypłacalności. Wydaje się, iż mimo daleko idącego podobieństwa tych świadczeń do świadczeń pracowniczych, odpowiedź na tak postawione pytanie musi być negatywna. Rozporządzenie w sprawie uprawnień pracowniczych osób wykonujących pracę nakładczą, z którego wynika prawo chałupników do tych świadczeń, mimo tytułu, który odnosi się do uprawnień pracowniczych, i mimo oparcia w art. 303 k.p., nie jest źródłem prawa pracy w rozumieniu art. 9 k.p. Zgodnie z art. 9 k.p. przepisami prawa pracy są wymienione w nim źródła prawa, z zastrzeżeniem, że regulują prawa i obowiązki stron stosunku pracy. Ten warunek nie został w analizowanym przypadku spełniony. Rozporządzenie w sprawie uprawnień pracowniczych osób wykonujących pracę nakładczą jest niewątpliwie powszechnie obowiązującym źródłem prawa, ale nie reguluje praw i obowiązków stron stosunku pracy. Tym samym nie może być uznane za powszechnie obowiązujący przepis prawa pracy. **Co za tym idzie, zagwarantowane w nim świadczenia niebędące wynagrodzeniem za pracę, mimo daleko idącego podobieństwa do świadczeń pracowniczych wymienionych w art. 12 ust. 2 pkt 2 lit. c, d i g nie będą podlegały ochronie Funduszu Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych.**

Należy się zastanowić, czy przyjęte rozwiązania są prawidłowe. W przypadku umowy zlecenia zakres świadczeń podlegających ochronie Funduszu Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych jest zdeterminowany cywilnoprawnym charakterem tej umowy. Wydaje się więc dość oczywiste, że ochronie będzie podlegało tylko wynagrodzenie zleceniobiorcy. Trudno oczekiwać od ustawodawcy, że będzie obejmował ochroną o publicznoprawnym charakterze inne świadczenia, które strony korzystając z zasady swobody umów do umowy tej zechcą wprowadzić.

Jeśli jednak chodzi o umowę o pracę nakładczą, sprawa jest bardziej kontrowersyjna. W tym przypadku sam ustawodawca uznał, że osobom świadczącym pracę na tej podstawie należy się większa ochrona, czego wyrazem jest powoływane wyżej rozporządzenie w sprawie uprawnień pracowniczych osób wykonujących pracę nakładczą. Wskazuje to na przekonanie ustawodawcy, że status osób wykonujących pracę nakładczą jest bardzo zbliżony do stosunku pracy (Gersdorf, 2013, s. 120). Co więcej, treść rozporządzenia wskazuje, że ustawodawca zakłada, że umowa o pracę nakładczą jest z reguły podstawowym źródłem utrzymania chałupnika. Skoro świadczenia zagwarantowane w rozporządzeniu w sprawie uprawnień pracowniczych osób wykonujących pracę nakładczą mają charakter alimentacyjny, trudno racjonalnie wyjaśnić, dlaczego nie polegają ochronie w razie niewypłacalności pracodawcy, zwłaszcza że katalog tych świadczeń odpowiada świadczeniom pracowniczym objętym ochroną na mocy art. 12 ust. 2 pkt c, d i g u.o.r.p. Wydaje się, że jest to niekonsekwencja ustawodawcy i *de lege ferenda* stan ten powinien ulec zmianie.

Okresy referencyjne w odniesieniu do zatrudnienia na podstawie umów cywilnoprawnych

Zakres roszczeń podlegających ochronie w razie niewypłacalności pracodawcy jest ograniczony nie tylko co do rodzaju i wysokości, ale również co do okresu ich powstania. Innymi słowy, ochronie w razie niewypłacalności podlegają tylko roszczenia, które powstały w pewnym okresie poprzedzającym wystąpienie niewypłacalności (wyjątkowo jedynie w pewnym okresie po wystąpieniu niewypłacalności), zwanym okresem referencyjnym. Jest to niewątpliwie rozwiązanie słuszne, nie sposób bowiem oczekiwać, że ze środków publicznych będą pokrywane wszystkie niezaspokojone roszczenia bez względu na czas ich powstania. Jednakże aktualny sposób ukształtowania okresów referencyjnych stawia osoby wykonujące pracę na podstawie umów cywilnoprawnych w znacznie mniej korzystnej sytuacji niż pracownicy.

Ponieważ, jak ustalono wyżej, zarówno w przypadku umowy o pracę nakładczą jak i w przypadku umowy zlecenia ochronie w razie niewypłacalności pracodawcy podlega tylko wynagrodzenie za pracę, zastosowanie będzie znajdował okres referencyjny wskazany w art. 12 ust. 3 u.o.r.p. Zgodnie z tym przepisem roszczenia o wynagrodzenia za pracę podlegają zaspokojeniu za okres nie dłuższy niż 3 miesiące bezpośrednio poprzedzające datę wystąpienia niewypłacalności pracodawcy albo za okres nie dłuższy niż 3 miesiące bezpośrednio poprzedzające ustanie stosunku pracy, jeżeli ustanie stosunku pracy przypada w okresie nie dłuższym niż 12 miesięcy poprzedzających datę wystąpienia niewypłacalności pracodawcy, a w przypadku oddalenia przez sąd wniosku o ogłoszenie upadłości z przyczyn, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 i 4 u.o.r.p., również w okresie nie dłuższym niż 4 miesiące następujące po dacie wystąpienia niewypłacalności. W przypadku roszczeń ze stosunku pracy przepis ten wskazuje w zasadzie dwa alternatywne okresy referencyjne — trzy miesiące poprzedzające datę niewypłacalności i trzy miesiące poprzedzające datę ustania stosunku pracy, jeżeli do ustania stosunku pracy doszło w okresie 12 miesięcy poprzedzających datę niewypłacalności. W odniesieniu do roszczeń osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę nakładczą i umowy zlecenia zastosowanie będzie znajdował tylko pierwszy z wymienionych okresów referencyjnych. Zatem roszczenia wynikające z umowy o pracę nakładczą i z umowy zlecenia będą mogły zostać zaspokojone z Funduszu Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych tylko wówczas, jeżeli powstały w okresie trzech miesięcy poprzedzających datę wystąpienia niewypłacalności (w przypadku oddalenia wniosku o upadłość — w okresie 4 miesięcy po oddaleniu wniosku o upadłość). **Nie będzie miał natomiast zastosowania drugi okres referencyjny, liczony od daty ustania stosunku pracy**, ponieważ w przypadku osób zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych nie może być mowy o ustaniu stosunku pracy.

Jest to dla osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę nakładczą i umowy zlecenia bardzo niekorzystne. Wydaje się również, że takie rozwiązanie nie ma przekonującego uzasadnienia aksjologicznego. Być może ustawodawcy chodziło o ograniczenie potencjalnych nadużyć — wypowiedanie umów o pracę nakładczą i umów zlecenia nie wymaga uzasadnienia, trudno więc stwierdzić, z jakiej przyczyny doszło do rozwiązania umowy i czy ma ono związek z niewypłacalnością pracodawcy. Jednak, jak wskazano wyżej, znacząco zmniejsza to szanse osób zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych na zaspokojenie roszczenia o wynagrodzenie niezapłacone z powodu niewypłacalności. Warto zauważyć, że w razie zagrożenia niewypłacalnością z reguły najwcześniej rozwiązywane są umowy cywilnoprawne, jako najłatwiejsze do rozwiązania i — w przypadku zlecenia — generujące najmniej kosztów związanych z ich rozwiązaniem. To zaś jest krzywdzące dla osób wykonujących pracę na podstawie tych umów podwójnie — nie tylko najszybciej tracą źródło utrzymania, ale dodatkowo nie mogą też uzyskać zaspokojenia swoich roszczeń z Funduszu Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, nawet jeżeli następnie pracodawca stał się niewypłacalny w rozumieniu przepisów ustawy o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy. *De lege ferenda* należy zatem rozważyć, czy ten stan rzeczy nie powinien ulec zmianie i czy w miejsce sformułowania „ustanie stosunku pracy” nie należy wprowadzić „ustanie stosunku pracy lub innej umowy wskazanej w art. 10”.

Konkluzje i postulaty *de lege ferenda*

Powyższa analiza wskazuje, że zakres ochrony udzielanej osobom wykonującym pracę na podstawie umowy o pracę nakładczą i umowy zlecenia jest daleko mniejszy niż w przypadku stosunku pracy. Częściowo różnice te są uzasadnione, dla części jednak trudno znaleźć przekonujące wytłumaczenie.

Mimo pewnych podnoszonych wątpliwości, za zasadne uznać należy ograniczenie zakresu ochrony w razie niewypłacalności do umów o pracę nakładczą i umów zlecenia stanowiących tytuł obowiązkowego ubezpieczenia emerytalno-rentowego. Wyплаты z Funduszu Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych mają charakter alimentacyjny, powinny zatem dotyczyć tych umów, które są głównym źródłem utrzymania osób świadczących pracę. Wydaje się, że obecne kryterium w dużym stopniu pozwala na rozróżnienie takich umów, jest przy tym wystarczająco uniwersalne i proste w stosowaniu.

Należy natomiast zmienić definicję pracodawcy zawartą w art. 2 u.o.r.p. Obecnie zakresem podmiotowym ustawy są objęci jedynie pracodawcy będący przedsiębiorcami. To eliminuje z kręgu podmiotów objętych zakresem ustawy o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy podmioty, które nie zatrudniają pracowników (czyli nie są pracodawcami w rozumieniu art. 3 k.p.), ale zatrudniają na podsta-

wie umów cywilnoprawnych. Stan ten powinien ulec zmianie. W tym celu określenie „pracodawca” należałoby zastąpić określeniem „podmiot zatrudniający”.

Należy stwierdzić, że prawidłowo ukształtowano zakres przedmiotowy ochrony w przypadku umów zlecenia. Nie do końca natomiast jasne jest ograniczenie zakresu ochrony tylko do wynagrodzenia w przypadku umowy o pracę nakładczą. Wydaje się, że jest to pewna niekonsekwencja ustawodawcy, który z jednej strony uznaje osoby wykonujące pracę na tej podstawie za będące na tyle w szczególnej sytuacji, że mimo co do zasady cywilnoprawnego charakteru umowy gwarantuje im określony zakres uprawnień o pracowniczym charakterze. Z drugiej strony zaś pozbawia ich gwarancji wypłaty tych świadczeń w razie niewypłacalności pracodawcy. *De lege ferenda* należy postulować objęcie gwarancjami Funduszu Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych również świadczeń o charakterze pozawynagrodzeniowym przysługujących chałupnikom na mocy rozporządzenia w sprawie uprawnień pracowniczych osób wykonujących pracę nakładczą.

W sposób bardzo niekorzystny dla osób zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych ukształtowane zostały okresy referencyjne. Otóż przy obecnej regulacji osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę nakładczą lub umowy zlecenia będą mogły otrzymać świadczenie co do zasady tylko za okres 3 miesięcy poprzedzających datę wystąpienia niewypłacalności. Nie będzie mógł do nich znaleźć zastosowania alternatywny okres referencyjny, który przewiduje możliwość wypłaty świadczeń na zaspokojenie roszczeń, które powstały w okresie trzech miesięcy poprzedzających ustanie stosunku pracy, jeżeli przypada ono w okresie 12 miesięcy przed datą niewypłacalności. Z oczywistych względów ten okres referencyjny *de lege lata* nie może mieć zastosowania — w odniesieniu do umów cywilnoprawnych nie zachodzi wszak ustanie stosunku pracy. W mojej ocenie regulacja w tym zakresie powinna ulec zmianie.

¹ Podobnie wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 30 sierpnia 2017 r., III AUa 1967/16, zgodnie z którym norma art. 8 ust. 2a u.s.u.s. wykreowała nie tylko szerokie pojęcie „pracownika”, ale także szeroką definicję pracowniczego tytułu obowiązkowych ubezpieczeń społecznych, łącząc obowiązek podlegania obowiązkowym ubezpieczeniom jako pracownika z aktywnością pracownika w ramach stosunku pracy oraz dodatkowo w ramach umowy cywilnoprawnej zawartej przez pracownika z pracodawcą lub z osobą trzecią, ale wykonywaną na rzecz pracodawcy. Tym samym umowy cywilnoprawne wymienione w powołanej regulacji nie stanowią samodzielnych tytułów obowiązkowego podlegania ubezpieczeniom społecznym i ubezpieczeniu zdrowotnemu pracownika.

Bibliografia

- Babińska-Górecka, R. (2015). Ewolucja treści ryzyka socjalnego osób „zatrudnionych” na podstawie umów cywilnoprawnych w ubezpieczeniu społecznym. W: M. Szablowska-Juckiewicz, M. Wałachowska, J. Wantoch-Rekowski (red.), *Umowy cywilnoprawne w ubezpieczeniach społecznych*. Warszawa.
- Gersdorf, M. (2002). *Niewypłacalność pracodawcy w prawie polskim*. Warszawa.
- Gersdorf, M. (2013). *Prawo zatrudnienia*. Warszawa.
- Jurek, Ł. (2015). Zleceniobiorcy a zbieg tytułów do ubezpieczeń społecznych. Uwagi *de lege lata* i postulaty *de lege ferenda*. W: M. Szablowska-Juckiewicz, M. Wałachowska, J. Wantoch-Rekowski (red.), *Umowy cywilnoprawne w ubezpieczeniach społecznych*. Warszawa.
- Kopaczńska-Pieczniak, K. (2014). W: A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Stan prawny na 1 sierpnia 2014 r.* el-LEX.
- Latos-Miłkowska, M. (2009). Zakres podmiotowy ustawy o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, (8).

Zapowiedź

HISTORIA MYŚLI EKONOMICZNEJ

Ryszard
Bartkowiak



Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne

Podręcznik prezentuje rozwój myśli ekonomicznej na tle zmieniającej się gospodarki — od XVIII do końca XX wieku. Od XVIII wieku główną formą gospodarowania jest gospodarka rynkowa, dlatego ówczesne sformułowane teorie i powstałe nurty myśli ekonomicznej są w dużej części nadal aktualne i wykorzystywane w formułowaniu wytycznych dla polityki gospodarczej. Z tego powodu poznanie historii myśli ekonomicznej jest niezbędne dla zrozumienia zasad funkcjonowania współczesnej gospodarki.

Księgarnia internetowa www.pwe.com.pl

Zakaz konkurencji w zatrudnieniu cywilnoprawnym

Non-competition clause in civil law employment

dr Aleksandra Ziątek-Capiga

Uniwersytet Warszawski, Wydział Prawa i Administracji,
Katedra Prawa Pracy i Polityki Społecznej
a.ziatek-capiga@wpia.uw.edu.pl

ORCID: 0000-0002-2762-4820

Streszczenie Celem artykułu jest przybliżenie problematyki zakazu konkurencji w zatrudnieniu cywilnoprawnym. Autorka omawia zakaz konkurencji zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych kreowany zarówno na podstawie zasady swobody umów, jak i nielicznych szczególnych regulacji prawnych. Podejmuje również próbę odpowiedzi na pytanie o możliwość zawierania na podstawie zasady swobody umów tzw. klauzul konkurencyjnych bez ekwiwalentu.

Słowa kluczowe: zakaz konkurencji, zatrudnienie cywilnoprawne.

Summary The aim of the paper is to discuss the topic of the non-competition clause in the civil law employment. The Author analyses the non-competition clause created both on the basis of the principle of freedom of contract, as well as on the basis of specific legal regulations. The article attempts to answer the question of the permissibility of creation the so-called non-compete clauses without an equivalent on the basis of the freedom of contract.

Keywords: non-competition clause, civil law employment.

JEL: K31

Uwagi wstępne

Podmiot zatrudniający jest zainteresowany ochroną przed działalnością konkurencyjną zatrudnionego niezależnie od formy jego zatrudnienia. Dlatego też umowa o zakazie konkurencji, najczęściej obowiązująca po ustaniu stosunku zatrudnienia, często towarzyszy nie tylko umowie o pracę, ale również cywilnoprawnym umowom o zatrudnienie. Tylko w niewielkim zakresie ograniczenie działalności konkurencyjnej zatrudnionych na podstawie stosunku cywilnoprawnego zostało wyraźnie uregulowane przepisami prawa. W większości przypadków podstawę zakazu konkurencji stanowi zasada swobody umów. Powstaje pytanie o wpływ ustawodawstwa pracy na ograniczenie działalności konkurencyjnej w cywilnoprawnych umowach o zatrudnienie. Istotnym zagadnieniem dotyczącym zakazu konkurencji w zatrudnieniu cywilnoprawnym pozostaje ocena dopuszczalności kreowania nieodpłatnego ograniczenia działalności konkurencyjnej po ustaniu stosunku zatrudnienia. Dlatego celem opracowania, poza omówieniem regulacji prawnych dotyczących zakazu konkurencji zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych, jest również próba odpowiedzi na pytanie o moż-

liwość kreowania na podstawie zasady swobody umów (art. 353¹ k.c.) tzw. klauzul konkurencyjnych bez ekwiwalentu.

Zakaz konkurencji w systemie prawa oraz pojęcie działalności konkurencyjnej

Zakaz konkurencji może być zastrzeżony w ustawie albo zostać wprowadzony wolą stron w umowie. Dlatego też w systemie prawa wyróżnia się ograniczenia działalności konkurencyjnej o charakterze ustawowym oraz umownym. Wśród ustawowych zakazów konkurencji można wyróżnić ograniczenia o charakterze bezwzględnym (art. 56 § 3 i 4 prawa spółdzielczego¹, art. 42 ustawy o przedsiębiorstwach państwowych², art. 15 ust. 2 prawa bankowego³, art. 22 ust. 1 ustawy o funkcjonowaniu banków spółdzielczych, ich zrzeszaniu się i bankach zrzeszających⁴, art. 39 ustawy o europejskim zgrupowaniu interesów gospodarczych i spółce europejskiej⁵ czy też art. 4 i 7 ustawy o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne⁶) oraz względnym, umożliwiającym uchylenie zakazu

decyzją uprawnionego podmiotu (art. 56, 211 i 380 kodeksu spółek handlowych⁷). Natomiast wśród zakazów konkurencji o charakterze umownym można wyróżnić ograniczenia wyraźnie uregulowane przepisami prawa (art. 101¹–101⁴ k.p., art. 764⁶ k.c. i art. 8 ustawy z 9 czerwca 2016 r. o zasadach kształtowania wynagrodzeń osób kierujących niektórymi spółkami, DzU z 2017 r. poz. 2190, dalej: nowa ustawa kominowa) oraz te, które powstają na podstawie swobody umów (art. 353¹ k.c.). Umowny zakaz konkurencji zatrudnionego na podstawie umowy cywilnoprawnej — w zależności od sytuacji — może się opierać na szczególnych przepisach prawa albo na zasadzie swobody kontraktowania. W systemie prawa podstawowe znaczenie przypada regulacji kodeksu pracy przewidującej możliwość zawarcia z pracownikiem umowy o zakazie konkurencji w trakcie trwania stosunku pracy oraz umowy o zakazie konkurencji po ustaniu stosunku pracy na zasadach określonych w art. 101¹–101⁴ k.p.⁸. *De lege lata* tylko w dwóch przypadkach ustawodawca zdecydował się na ustawowe uregulowanie umownego zakazu konkurencji w konkretnych typach umów cywilnoprawnych o zatrudnienie, tj. w umowie agencyjnej (art. 764⁶ k.c.) oraz tzw. umowie o świadczenie usług zarządzania (art. 8 nowej ustawy kominowej). Na marginesie rozważań należy zasygnalizować problematykę odpowiedzialności na podstawie przepisów ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (DzU z 2018 r. poz. 419), której mogą podlegać również zatrudnieni. Nie jest to jednak zakaz konkurencji, ponieważ czynów nieuczciwej konkurencji nie można uznać za prowadzenie działalności konkurencyjnej (Raczkowski, 2010, s. 576)⁹.

Kodeks pracy oraz nowa ustawa kominowa nie definiują pojęć konkurencja oraz działalność konkurencyjna. Również przepis art. 764⁶ § 1 k.c. nie określa w pełni zakresu przedmiotowego ograniczenia działalności konkurencyjnej. Zastrzega jednak, że ograniczenie jest ważne, jeżeli dotyczy grupy klientów lub obszaru geograficznego, objętych działalnością agenta, oraz rodzaju towarów lub usług stanowiących przedmiot umowy. Słowo konkurencja wywodzi się z języka łacińskiego i oznacza biec razem. W języku polskim termin konkurencja stosowany jest dla określenia współzawodnictwa, rywalizacji (Kumaniecki, 1997, s. 108). W celu ustalenia znaczenia pojęcia konkurencja można odwołać się do prawnych definicji zawartych w innych aktach prawnych — definicji konkurenta oraz pośrednio definicji rynku właściwego z ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (DzU nr 50 poz. 331 ze zm., dalej: u.o.k.i.k.) (Raczkowski, 2010, s. 565). Zgodnie z treścią art. 4 pkt. 11 u.o.k.i.k. konkurentami są przedsiębiorcy, którzy wprowadzają lub mogą wprowadzać albo nabywają lub mogą nabywać, w tym samym czasie, towary na rynku właściwym. Rynkiem właściwym jest natomiast rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich

rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji (art. 4 pkt. 9 u.o.k.i.k.). W literaturze przedmiotu proponuje się również definicję działalności konkurencyjnej opartą o naukę ekonomii. Zakaz prowadzenia działalności konkurencyjnej ma bowiem na celu ochronę interesów ekonomicznych zatrudniających (Płażek, Sobczyk, 1997, s. 117). Działalnością konkurencyjną *sensu stricto* w gospodarce rynkowej jest aktywność gospodarcza polegająca na oferowaniu takiego samego typu produktów lub substytutów tych produktów, o tych samych lub zbliżonych walorach użytkowych, oferowanych odbiorcom posiadającym takie same oczekiwania oraz na wspólnym obszarze geograficznym (Płażek, Sobczyk, 1997, s. 120). Również w orzecznictwie Sądu Najwyższego dotyczącym pracowniczego zakazu konkurencji można odnaleźć wskazówki dotyczące definiowania pojęcia działalności konkurencyjnej. I tak, zdaniem Sądu Najwyższego działalnością konkurencyjną jest aktywność przejawiana w tym samym lub takim samym zakresie przedmiotowym i skierowana do tego samego kręgu odbiorców, pokrywająca się — chociażby częściowo — z zakresem działalności podstawowej lub ubocznej pracodawcy (wyrok SN z 24 października 2006 r., II PK 39/06, OSNP 2007/19–20/276)¹⁰. W innym orzeczeniu Sąd Najwyższy podkreślił, że działalnością uchybiającą obowiązkom wynikającym z umowy o zakazie konkurencji jest tylko taka działalność, która jest przez pracownika rzeczywiście prowadzona oraz która realnie zagraża interesom pracodawcy (wyrok SN z 12 września 2008 r., I PK 27/08, OSNP 2010/3–4/34). Przedmiot zakazu konkurencji należy ustalać przez odwołanie się do działalności ujawnionej w statucie lub innym akcie założycielskim (wyrok SN z 8 maja 2002 r., I PKN 221/01, OSNP 2004/6/98)¹¹. W praktyce zakres działalności konkurencyjnej ustala się w drodze odwołania do przedmiotu działalności ujmowanego w kategoriach tworzonych na potrzeby statystyki publicznej, czyli do Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD)¹².

Ograniczenie działalności konkurencyjnej agenta

Przepisy dotyczące ograniczenia działalności konkurencyjnej po rozwiązaniu umowy agencyjnej (art. 764⁶–764⁸ k.c.) stanowią jedyną wyraźną regulację prawną zakazu konkurencji w kodeksie cywilnym. Z tego powodu mogą być uznawane za punkt odniesienia w poszukiwaniu zasad rządzących zakazem konkurencji osób zatrudnionych także na podstawie innych umów cywilnoprawnych¹³. Trzeba mieć jednak na uwadze, że umowa mająca za przedmiot ograniczenie działalności konkurencyjnej agenta jest umową profesjonalną, tj. umową dwustronnie handlową (Kopaczyńska-Pieczniak, 2010, s. 755). Natomiast w wielu przypadkach umowy cywilnoprawne o zatrudnienie są umowami półprofesjonalnymi lub nieprofesjonal-

nymi, a zatrudniony wykonuje obowiązki wynikające z umowy jako osoba fizyczna, a nie jako przedsiębiorca. W literaturze przedmiotu zauważono, że mimo iż przepis art. 764⁶ k.c. wykazuje podobieństwo do umów o zakazie konkurencji występujących w prawie pracy sytuacja prawna agenta została określona w sposób mniej korzystny niż pracownika z uwagi na realizację zobowiązania przez agenta w zakresie prowadzonego przedsiębiorstwa (Prusinowski, 2014, s. 33)¹⁴. Przepisy art. 764⁶–764⁸ k.c. zostały wprowadzone ustawą z 26 lipca 2000 r. o zmianie ustawy — Kodeks cywilny (DzU nr 74, poz. 857) oraz weszły w życie 9 grudnia 2000 r. Przepisy dotyczące ograniczenia działalności konkurencyjnej agenta zostały zatem wprowadzone kilka lat po wejściu w życie przepisów kodeksu pracy o zakazie konkurencji¹⁵.

Kodeks cywilny przewiduje możliwość zobowiązania agenta do ograniczenia działalności konkurencyjnej. Jest to więc fakultatywny umowny zakaz konkurencji. Regulacja prawna zakazu konkurencji dotyczy okresu po rozwiązaniu umowy agencyjnej. Nie oznacza to jednak, że w trakcie wykonywania obowiązków z umowy agencyjnej agent może bez ograniczeń prowadzić działalność konkurencyjną względem dającego zlecenie. Zgodnie z treścią art. 760 k.c. każda ze stron umowy agencyjnej jest zobowiązana do zachowania lojalności wobec drugiej. Zdaniem przedstawicieli doktryny prawa cywilnego już obowiązek lojalności stanowi podstawę do konstruowania obowiązku powstrzymania się od działań konkurencyjnych w okresie obowiązywania umowy agencyjnej między stronami (Kopaczyńska-Pieczniak, 2010, s. 754; Jezioro, 2017, s. 1470)¹⁶. Strony mogą umownie ograniczyć działalność konkurencyjną agenta już w trakcie obowiązywania umowy agencyjnej, jednak z uwagi na obowiązek lojalności z art. 760 k.c. wydaje się, że nie jest to konieczne. Regulując wyraźnie w umowie taki zakaz strony mogą wskazać jakiejsi działalności, w jakiej formie oraz na jakim terytorium nie może podejmować agent (Kopaczyńska-Pieczniak, 2010, s. 754)¹⁷. Ograniczenie działalności konkurencyjnej może nastąpić przez wprowadzenie klauzuli w treści umowy agencyjnej albo przez zawarcie odrębnej umowy. Zgodnie z ustawą ograniczenie działalności konkurencyjnej powinno być zawarte w formie pisemnej pod rygorem nieważności (*ad solemnitatem*). W przypadku zastrzeżenia klauzuli konkurencyjnej w umowie agencyjnej niezachowanie formy pisemnej skutkuje nieważnością jedynie postanowienia odnoszącego się do działalności konkurencyjnej, a nie całej umowy agencyjnej (art. 58 § 3 k.c.). Kodeks cywilny określa minimalną treść zakazu konkurencji agenta. Na podstawie art. 764⁶ § 2 zd. 2 k.c. ograniczenie jest ważne, jeżeli dotyczy grupy klientów lub obszaru geograficznego, objętych działalnością agenta oraz rodzaju towarów lub usług stanowiących przedmiot umowy. Zatem wymagane jest wskazanie w koniunkcji jednego z elementów kryterium podmiotowego (obszar geograficzny lub grupa klientów) oraz kryterium przedmiotowego (rodzaju towarów i usług stanowiących przedmiot umowy; wyrok SA w Warszawie z 21 marca 2014 r., VI ACa 773/13, Lega-

lis). Niewskazanie tych elementów w klauzuli o zakazie konkurencji powoduje jej nieważność na podstawie art. 58 § 1 k.c.

Istnieje możliwość ograniczenia działalności konkurencyjnej po ustaniu umowy agencyjnej bez ekwiwalentu, jeżeli tak stanowi umowa albo umowa agencyjna została rozwiązana na skutek okoliczności, za które agent ponosi odpowiedzialność. Z wyłączeniem wymienionych okoliczności dający zlecenie jest obowiązany do wypłacenia agentowi odpowiedniej sumy pieniężnej za ograniczenie działalności konkurencyjnej w czasie trwania tego ograniczenia (art. 764⁶ § 3 k.c.). Należy zatem podkreślić, że istnieje możliwość zobowiązania agenta do ograniczenia działalności konkurencyjnej bez prawa do ekwiwalentu z tego tytułu. Przepisy kodeksu cywilnego przewidują, że w przypadku, gdy wysokość ekwiwalentu nie została określona w umowie, agentowi należy się suma w wysokości odpowiedniej do korzyści osiągniętych przez dającego zlecenie na skutek ograniczenia działalności konkurencyjnej oraz utraconych z tego powodu możliwości zarobkowych agenta¹⁸.

Ustawa reguluje zakres czasowy ograniczenia działalności konkurencyjnej agenta po ustaniu umowy agencyjnej. Przede wszystkim wskazuje maksymalny czas, przez który może obowiązywać zakaz konkurencji. Ograniczenie nie może być zastrzeżone na okres dłuższy niż dwa lata od rozwiązania umowy agencyjnej (art. 764⁶ § 2 k.c.). Przyjmuje się, że wskazanie w umowie o zakazie konkurencji terminu ograniczenia działalności konkurencyjnej należy do jej elementów istotnych. Ponadto na podstawie art. 764⁷ k.c. istnieje możliwość odwołania ograniczenia działalności konkurencyjnej do dnia rozwiązania umowy. Przepis ten przyznaje dającemu zlecenie uprawnienie kształtujące. Skutkiem odwołania jest zwolnienie agenta z ograniczenia działalności konkurencyjnej od dnia odwołania oraz zwolnienie dającego zlecenie z obowiązku wypłacania ekwiwalentu po upływie sześciu miesięcy od chwili odwołania. Przepis art. 764⁷ k.c. pozwala dającemu zlecenie na jednostronne rozwiązanie klauzuli ograniczającej działalność konkurencyjną, np. jeżeli ustaną przyczyny, dla których zakaz został zastrzeżony, tj. dający zlecenie nie obawia się działalności konkurencyjnej agenta. Z drugiej strony jest to regulacja chroniąca również interes agenta z uwagi na zastrzeżenie okresu 6 miesięcy od odwołania, po którego upływie dający zlecenie zostaje zwolniony z obowiązku wypłacania odpowiedniej sumy pieniężnej. Dla odwołania ograniczenia działalności konkurencyjnej została zastrzeżona forma pisemna pod rygorem nieważności. Wreszcie art. 764⁸ k.c. przewiduje możliwość zwolnienia się przez agenta z obowiązku przestrzegania ograniczenia działalności konkurencyjnej w przypadku wypowiedzenia przez agenta umowy agencyjnej na skutek okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi dający zlecenie. Oświadczenie o zwolnieniu powinno zostać złożone dającemu zlecenie na piśmie przed upływem miesiąca od dnia wypowiedzenia umowy agencyjnej (forma pisemna *ad probationem*).

Zakaz konkurencji członków organu zarządzającego na podstawie przepisów nowej ustawy kominowej

Poza przepisami kodeksu cywilnego o umowie agencyjnej, ustawowa regulacja umownego zakazu konkurencji zatrudnionego na podstawie umowy cywilnoprawnej znajduje się w nowej ustawie kominowej (na temat nowej ustawy kominowej zob. szerzej Buczyńska, 2018, s. 27–33). Ustawa wprowadziła nowe zasady wynagradzania członków organów zarządzających i organów nadzorczych spółek z udziałem Skarbu Państwa, jednostek samorządu terytorialnego oraz państwowych i komunalnych osób prawnych. Celem regulacji jest uszczelnienie systemu wynagrodzeń oraz urealnienie wynagrodzeń w spółkach z udziałem Skarbu Państwa. Regulacja zakazu konkurencji stanowi jeden z elementów ustawy ukierunkowanych na uszczelnienie systemu wynagrodzeń. Zawieranie klauzul konkurencyjnych przewidujących wysokie odszkodowania było jednym z podstawowych sposobów obchodzenia ograniczeń przewidzianych w ustawie z 3 marca 2000 r. o wynagradzaniu osób kierujących niektórymi podmiotami prawnymi (DzU z 2018 r. poz. 1252).

Zgodnie z nową ustawą kominową z członkiem organu zarządzającego spółka zawiera umowę o świadczenie usług zarządzania. Jest to umowa o charakterze cywilnoprawnym¹⁹. Co oznacza, że — *a contrario* — z członkiem organu zarządzającego nie zawiera się umowy o pracę. Jest to zatem, w odniesieniu do członków zarządu spółek kapitałowych z udziałem Skarbu Państwa, zerwanie z kontrowersyjną praktyką zatrudniania członków zarządu spółek kapitałowych na podstawie umowy o pracę. Nowa ustawa kominowa zawiera również przepisy regulujące zakaz konkurencji członków organu zarządzającego. Cel ustawy w postaci uszczelnienia systemu wynagrodzeń członków zarządu spółek z udziałem Skarbu Państwa jest wyraźnie dostrzegalny w regulacji zakazu konkurencji. Zgodnie z ustawą projekt uchwał w sprawie wynagrodzeń może określać m.in. wysokość i warunki przyznania członkom organu zarządzającego odszkodowania z tytułu zakazu konkurencji, o którym mowa w art. 8 ustawy (art. 5 ust. 2 pkt 3 nowej ustawy kominowej). Zakaz konkurencji stanowi zatem fakultatywny element więzi prawnej łączącej spółkę z udziałem Skarbu Państwa z członkiem organu zarządzającego. Mając na uwadze, że ustawa przesądza o cywilnoprawnym charakterze umowy z członkiem organu zarządzającego, nie ma wątpliwości, że również zakaz konkurencji ma taki charakter. Podobnie jak w przypadku zakazu konkurencji z kodeksu pracy oraz ograniczenia działalności konkurencyjnej po ustaniu umowy agencyjnej, również zakaz konkurencji członka organu zarządzającego może zostać zastrzeżony w odrębnej umowie względem umowy o świadczenie usług zarządzania albo w klauzuli do umowy o świadczenie usług zarządzania.

Jeżeli spółka podejmie decyzję o ograniczeniu działalności konkurencyjnej członka organu zarządzającego

go, zakaz konkurencji powinien odpowiadać wymaganiom określonym w przepisie art. 8 ustawy. I tak zakaz konkurencji po ustaniu stosunku będącego podstawą pełnienia funkcji może być ustanowiony jedynie w przypadku pełnienia funkcji przez członka organu zarządzającego przez okres co najmniej trzech miesięcy. Okres pełnienia funkcji należy liczyć od dnia sprecyzowanego w uchwale o powołaniu członka zarządu (Gazda, Adamus, 2017, s. 213; Krauss, 2009, s. 18 i n.). Z uwagi na wprowadzenie minimalnego okresu pełnienia funkcji w literaturze rekomenduje się zawarcie umowy o zakazie konkurencji pod warunkiem zawieszającym w postaci pełnienia funkcji członka zarządu przez okres co najmniej trzech miesięcy (albo dłuższy) oraz ustania stosunku będącego podstawą do pełnienia tej funkcji (Gazda, Adamus, 2017, s. 213). Omawiana regulacja ma na celu przeciwdziałanie dotychczasowej praktyce wynagradzania długotrwałymi oraz wysokopłatnymi zakazami konkurencji osób, które przez jedynie bardzo krótki czas pełniły swoją funkcję. Ponadto ustawa limituje czas obowiązywania zakazu konkurencji, który nie może przekraczać sześciu miesięcy po ustaniu pełnienia funkcji. Rozwiązanie to zostało przyjęte w celu przeciwdziałania zawieraniu klauzul konkurencyjnych na dłuższe okresy — roku, a nawet jego wielokrotności. Co do zasady takie długotrwałe ograniczenie działalności konkurencyjnej nie służyło ochronie interesu spółki, stanowiąc jedynie podstawę do wypłacania wysokich odszkodowań. Umowa o zakazie konkurencji nie może zostać zawarta po rozwiązaniu lub wypowiedzeniu umowy o świadczenie usług zarządzania. Oznacza to, że zakaz konkurencji może zostać zawarty przy nawiązaniu umowy o świadczenie usług zarządzania (pod warunkiem zawieszającym) lub w trakcie jej obowiązywania. Ustawa zawiera również przepis, zgodnie z którym zakaz konkurencji przestaje obowiązywać przed upływem terminu, na jaki została zawarta umowa o zakazie konkurencji, w razie podjęcia się pełnienia przez członka organu zarządzającego funkcji w innej spółce, z której akcji wykonują uprawnienia podmioty uprawnione do wykonywania praw udziałowych (art. 8 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 1 ust. 3 pkt 7 nowej ustawy kominowej).

Zwraca uwagę obligatoryjne zastrzeżenie kary umownej na rzecz spółki na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania przez członka organu zarządzającego spółką umowy o zakazie konkurencji. Ustawa określa również minimalną wysokość kary umownej, która nie może być niższa niż wysokość odszkodowania przysługującego za cały okres zakazu konkurencji. Ustawa nie określa górnego limitu kary umownej. Wysokość kary umownej nie powinna być rażąco wygórowana z uwagi na możliwość miarkowania kary umownej przez sąd na podstawie art. 484 § 2 k.c. Natomiast odszkodowanie należne członkowi organu zarządzającego za każdy miesiąc zakazu konkurencji nie może być wyższe niż 100% wynagrodzenia miesięcznego podstawowego otrzymanego przez członka organu zarządzającego przed ustaniem pełnienia funkcji (art. 8 ust. 2 *in fine* nowej ustawy kominowej). Ustawa wprowadziła zatem górny limit wysokości odszkodowania za powstrzymanie

się od prowadzenia działalności konkurencyjnej, w celu ochrony interesu spółek z udziałem Skarbu Państwa oraz przeciwdziałania traktowaniu klauzuli konkurencyjnej jako sposobu na ominięcie ograniczeń dotyczących wysokości wynagrodzeń członków zarządu tego typu podmiotów²⁰. Jednocześnie odpowiednie stosowanie art. 101² § 3 k.p. polega na przyjęciu, że nie jest dopuszczalne zastrzeżenie zakazu konkurencji bez ekwiwalentu, a odszkodowanie należne członkowi organu zarządzającego za powstrzymanie się od działalności konkurencyjnej nie może być niższe od 25% wynagrodzenia otrzymanego przed ustaniem pełnienia funkcji przez okres odpowiadający okresowi obowiązywania zakazu konkurencji. Odszkodowanie może być wypłacane w miesięcznych ratach albo jednorazowo.

Szczególnie istotne jest znajdujące się w nowej ustawie kominowej odesłanie do odpowiedniego stosowania przepisów kodeksu pracy o zakazie konkurencji do zakazu konkurencji w umowie o świadczenie usług zarządzania (umowie cywilnoprawnej). Jest to wyjątkowy przypadek odesłania do przepisów ustawodawstwa pracy normujących stosunki umowne (pracowniczą umowę o zakazie konkurencji) w zakresie stosunku zobowiązaniowego o charakterze cywilnoprawnym, którym bez wątplenia jest stosunek prawny kreowany przez umowę o świadczenie usług zarządzania. Jest to widoczny przejaw oddziaływania ustawodawstwa pracy na cywilnoprawną umowę o zatrudnienie oraz ekspansji prawa pracy na cywilnoprawne stosunki zatrudnienia. Zgodnie bowiem z art. 8 ust. 2 nowej ustawy kominowej w sprawach określonych w ust. 1 (tj. do zakazu konkurencji), przepisy art. 101¹ § 1 oraz art. 101²–101⁴ k.p. stosuje się odpowiednio. Z treści przepisu odsyłającego wynika, że odpowiednie zastosowanie mogą znaleźć przepisy kodeksu pracy o zakazie konkurencji z wyłączeniem art. 101¹ § 2 k.p., przewidującego odpowiedzialność pracownika za szkodę powstałą na skutek naruszenia zakazu konkurencji w trakcie trwania stosunku pracy na zasadach przewidzianych w przepisach rozdziału I działu piątego kodeksu pracy, tj. przepisach dotyczących pracowniczej odpowiedzialności materialnej. Członek organu zarządzającego za naruszenie zakazu konkurencji odpowiada na podstawie przepisów kodeksu cywilnego o odpowiedzialności kontraktowej (art. 471 i n. k.c.).

Zakaz konkurencji kreowany na podstawie zasady swobody umów

Zgodnie z aktualnym stanem prawnym zakaz konkurencji dotyczący zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych został wyraźnie uregulowany jedynie w dwóch przypadkach, tj. w przepisach kodeksu cywilnego dotyczących umowy agencyjnej (art. 764⁶ k.c.) oraz w art. 8 nowej ustawy kominowej. Nie oznacza to, że w sytuacjach nieobjętych wymienionymi regulacjami nie ma możliwości zobowiązania zatrudnionego na podstawie umowy cywilnoprawnej do powstrzymania się od prowadzenia działalności konkurencyjnej. Podstawę prawną zastrzeżenia zakazu konkurencji stanowi bowiem zasada swobody umów wyrażona w przepisie

art. 353¹ k.c. (tak w odniesieniu do zakazu konkurencji zleceniobiorcy m.in. wyrok SN z 11 września 2003 r., III CKN 579/01, OSNC 2004/10/167). Swoboda kontraktowania pozwala stronom wprowadzić do umowy cywilnoprawnej zakaz konkurencji obowiązujący zarówno w trakcie trwania stosunku cywilnoprawnego, jak również po jego ustaniu (wyrok SN z 18 kwietnia 2012 r., V CSK 215/11, Legalis). Strony są ograniczone ogólnymi zasadami dotyczącymi ważności czynności prawnych (art. 58, art. 353¹ k.c.). Uznanie czynności prawnej za nieważną może nastąpić w wypadku sprzeczności z zasadami współżycia społecznego. Strony mogą kształtować treść umowy wykorzystać przyjęte w prawie pracy rozwiązania dotyczące zakazu konkurencji (wyrok SN z 18 kwietnia 2012 r., V CSK 215/11, Legalis). W jednym z wyroków Sąd Apelacyjny w Warszawie podkreślił, że umowa o zakazie konkurencji powinna zostać sformułowana na piśmie w sposób kompletny, bez potrzeby poszukiwania znaczenia poza nią samą (wyrok SA w Warszawie z 5 lutego 2013 r., I ACa 741/12, LEX nr 1283367).

Z zakazem konkurencji kreowanym na podstawie zasady swobody umów związany jest podstawowy problem dotyczący dopuszczalności zastrzeżenia nieodpłatnego ograniczenia działalności konkurencyjnej dotyczącego zatrudnionego na podstawie umowy cywilnoprawnej. Orzecznictwo Sądu Najwyższego oraz sądów apelacyjnych nie jest w tym zakresie jednolite. Zarysowały się dwa poglądy. W wyroku z 11 września 2003 r. Sąd Najwyższy uznał, że nieodpłatny zakaz konkurencji jest obarczony sankcją nieważności (III CKN 579/01, LEX nr 83417). Zdaniem Sądu nie można uznać za zgodne z zasadami współżycia społecznego zobowiązanie zleceniobiorcy do niepodejmowania działalności konkurencyjnej przez trzy lata po ustaniu umowy, bez jakiegokolwiek ekwiwalentu. Kontrowersje budzi odwołanie w uzasadnieniu do kodeksu pracy (art. 101² k.p.), w którym przewidziano możliwość zawarcia umowy o zakazie konkurencji po ustaniu stosunku pracy za zapłatą odszkodowania, ze względu na brak odesłania w kodeksie cywilnym do stosowania przepisów kodeksu pracy (Świątkowski, 2005, poz. 38). Stanowisko Sądu Najwyższego podzielił Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z 14 maja 2013 r. (I ACa 174/13, LEX nr 1375649). Zgodnie z konkurencyjnym poglądem dopuszczalne jest zobowiązanie zatrudnionego na podstawie umowy cywilnoprawnej do powstrzymania się od działalności konkurencyjnej bez ekwiwalentu. Z art. 353¹ k.c. wynika bowiem przyzwolenie na nierówność stron umowy, nieekwiwalentność ich sytuacji prawnej. Ze względu na to, że wynika ona z woli stron, co do zasady nie wymaga istnienia okoliczności, które tę nierówność miałyby usprawiedliwiać. Dotyczy to także dopuszczalności zawarcia w umowie tzw. klauzuli konkurencyjnej bez ekwiwalentu (wyrok SN z 19 listopada 2015 r., IV CSK 804/14, LEX nr 1943224; podobnie wyrok SN z 18 kwietnia 2012 r., V CSK 215/11, LEX nr 1212829). Sąd Najwyższy w wyroku z 5 grudnia 2013 r. (V CSK 30/13, LEX nr 1422123) zauważył, że klauzula konkurencyjna bez ekwiwalentu, przy zastrzeżeniu kary umownej za jej

naruszenie, mimo braku symetrii nie traci sensu gospodarczego i mieści się w granicach lojalności kontraktowej²¹. Ponadto zdaniem Sądu zleceniobiorca nie był słabszą stroną, a uzyskana przez niego wiedza zagrażała interesom ekonomicznym powoda w wypadku wykozystania jej w interesie innego przedsiębiorcy.

Trzeba podkreślić, że wszystkie przytoczone orzeczenia — nie zaś jedynie te, w których sądy dopuściły zakaz konkurencji bez ekwiwalentu — zapadły na tle stanów faktycznych, w których kontrahent prowadził działalność gospodarczą, działał jako przedsiębiorca, a więc w obrocie profesjonalnym. Nie był wobec tego z formalnego punktu widzenia „słabszą stroną umowy”. Należy zatem zastanowić się nad oceną prawną sytuacji, w której stroną zobowiązaną do powstrzymania się od prowadzenia działalności konkurencyjnej jest osoba fizyczna nieprowadząca działalności gospodarczej²². W szczególności częste są przypadki zatrudniania osób dopiero wkraczających na rynek pracy (np. studentów) na podstawie umów zlecenia uzupełnionych nieodpłatnym zakazem konkurencji z zastrzeżoną karą umowną na wypadek naruszenia zakazu. Również w tej sytuacji podstawowe znaczenie należy przypisać swobodzie umów oraz jej ograniczeniom. Pomocniczo, na zasadzie analogii, można odwołać się do omówionych przepisów regulujących ograniczenie działalności konkurencyjnej agenta, czyli jedynych przepisów kodeksu cywilnego dotyczących klauzuli konkurencyjnej. Wprawdzie co do zasady agent powinien otrzymać z tytułu powstrzymania się od działalności konkurencyjnej ekwiwalent, jednak istnieje możliwość wyłączenia odpłatności zakazu na mocy umowy stron. Skoro zatem ustawodawca zdecydował o możliwości zastrzeżenia nieodpłatnego zakazu konkurencji w przypadku ograniczenia działalności konkurencyjnej na podstawie wyraźnego uregulowania, to tym bardziej strony powinny mieć taką możliwość w zakresie klauzuli konkurencyjnej zawieranej na podstawie swobody kontraktowania. Dlatego też trudno jest podzielić pogląd, zgodnie z którym przyjęcie, że przepisy dotyczące ograniczenia działalności konkurencyjnej agenta mogą stanowić punkt odniesienia przy ocenie dopuszczalności zawierania porozumień antykonkurencyjnych w stosunku do osób świadczących pracę na podstawie innych umów cywilnoprawnych, usprawiedliwia wymóg odpłatności zakazu konkurencji (pogląd ten przedstawił P. Prusinowski, 2014, s. 33). Za nieuzasadnione należy uznać odwoływanie się do przepisów kodeksu pracy (do przepisów k.p. o zakazie konkurencji odwołał się SN w wyroku z 11 września 2003 r., III CKN 579/01, LEX nr 83417), co spotkało się ze słuszną krytyką w doktrynie prawa pracy (Świątkowski, 2005, poz. 38). Nie ma podstaw prawnych do oceny zgodności stosunku cywilnoprawnego z przepisami kodeksu pracy, ponieważ w kodeksie cywilnym brakuje przepisu, który pełniłby funkcję sprawowaną w indywidualnych stosunkach pracy przez art. 300 k.p. (Świątkowski, 2005, poz. 38). Zatem *de lege lata* pozostają dwa rozwiązania. Po pierwsze, jeżeli zatrudnienie odpowiada cechom stosunku pracy określonym w art. 22 § 1 k.p., istnieje możliwość ustalenia istnienia stosunku pracy.

W konsekwencji zastosowanie miałyby przepisy kodeksu pracy dotyczące zakazu konkurencji, w szczególności art. 101² § 3 k.p., zgodnie z którym odszkodowanie należne pracownikowi nie może być niższe od 25% wynagrodzenia otrzymanego przez pracownika przed ustaniem stosunku pracy przez okres odpowiadający okresowi obowiązywania zakazu konkurencji. Po drugie, jeżeli zatrudnienie cywilnoprawne nie odpowiada cechom stosunku pracy, pozostaje możliwość kwestionowania ważności nieodpłatnej klauzuli konkurencyjnej na podstawie art. 58 § 1 k.c. z uwagi na ewentualną sprzeczność z zasadami współżycia społecznego.

W obowiązującym stanie prawnym należy zatem przychylić się do poglądu wyrażonego przez Sąd Najwyższy m.in. w wyroku z 5 grudnia 2013 r. (V CSK 30/13, LEX nr 1422123), zgodnie z którym okoliczność, że w kodeksie cywilnym nie ma szczegółowej regulacji odnoszącej się do zakazu konkurencji zleceniobiorcy świadczy o woli ustawodawcy dopuszczenia szerokiego zakresu swobody kontraktowej, w tym możliwości zastrzeżenia klauzuli konkurencyjnej bez ekwiwalentu. Natomiast nie można wykluczyć, że w przyszłości ustawodawca zdecyduje się wprowadzić minimalny standard ochrony dla zatrudnionych w zakresie klauzuli konkurencyjnej. W najnowszej literaturze prawa pracy w związku z kształtowaniem się prawa zatrudnienia został przedstawiony postulat *de lege ferenda*, zgodnie z którym klauzula konkurencyjna powinna być swoistą umową prawa obligacyjnego o zatrudnieniu, która rządzi się własnymi prawami, dostosowanymi do celu tego kontraktu, tj. ochrony zlecającego pracę i jednocześnie z poszanowaniem ekonomicznych interesów wykonującego zatrudnienie (Gersdorf, 2016, s. 124).

Uwagi końcowe

Podstawą kreowania zakazu konkurencji dotyczącego zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych pozostaje co do zasady swoboda umów. Jedynie w dwóch przypadkach ustawodawca wprowadził przepisy dotyczące cywilnoprawnego umownego ograniczenia działalności konkurencyjnej, tj. w kodeksie cywilnym regulację dotyczącą zakazu konkurencji agenta oraz w nowej ustawie kominowej przepisy określające klauzulę konkurencyjną członka organu zarządzającego spółki z udziałem Skarbu Państwa. Obie wymienione regulacje zostały wprowadzone po wejściu w życie przepisów kodeksu pracy normujących zakaz konkurencji. Oddziaływanie ustawodawstwa pracy jest w szczególności dostrzegalne w przypadku zakazu konkurencji z nowej ustawy kominowej. Odesłanie do odpowiedniego stosowania przepisów kodeksu pracy o zakazie konkurencji do zakazu konkurencji zatrudnionego na podstawie umowy o świadczenie usług zarządzania, tj. umowy cywilnoprawnej, stanowi wyjątkowy przypadek odesłania do przepisów ustawodawstwa pracy normujących stosunki umowne w zakresie stosunku zobowiązaniowego o charakterze cywilnoprawnym. Również regulacja ograniczenia działalności konkurencyjnej w przepisach kodeksu cywilnego o umowie

agencji wykazuje pewne podobieństwa do rozdziału kodeksu pracy poświęconego zakazowi konkurencji. Wreszcie na poziomie orzecznictwa Sądu Najwyższego zwraca uwagę przypadek zastosowania analogii z przepisów kodeksu pracy dotyczących zakazu konkurencji do klauzuli konkurencyjnej zleceniobiorcy, co spotkało się z uzasadnioną krytyką w literaturze prawa pracy. Należy podkreślić, że *de lege lata* brakuje podstawy prawnej pozwalającej na stosowanie rozwiązań przyjętych w ustawodawstwie pracy do cywilnoprawnej umowy o zakazie konkurencji kreowanej na podstawie swobody umów, jak również nie można wykluczyć dopuszczalności nieodpłatnych cywilnoprawnych klauzul konkurencyjnych. Umowy o zakazie konkurencji po ustaniu stosunku zatrudnienia bez ekwiwalentu podlegają badaniu w zakresie sprzeczności z zasadami współżycia społecznego na podstawie art. 58 § 1 k.c. Jednocześnie trzeba mieć na uwadze przedstawiony w doktrynie postulat wprowadzenia regulacji prawnej klauzuli konkurencyjnej jako swoistej umowy prawa obligacyjnego o zatrudnieniu.

¹ Ustawa z 16 września 1982 r. — Prawo spółdzielcze, DzU z 2018 r. poz. 1285.

² Ustawa z 25 września 1981 r. o przedsiębiorstwach państwowych, DzU z 2017 r. poz. 2152.

³ Ustawa z 29 sierpnia 1997 r. — Prawo bankowe, DzU z 2017 r. poz. 1876.

⁴ Ustawa z 7 grudnia 2000 r. o funkcjonowaniu banków spółdzielczych ich zrzeszaniu się i bankach zrzeszających, DzU z 2018 r. poz. 613.

⁵ Ustawa z 4 marca 2005 r. o europejskim zgrupowaniu interesów gospodarczych i spółce europejskiej, DzU z 2015 r. poz. 2142.

⁶ Ustawa z 21 sierpnia 1997 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne, DzU z 2017 r. poz. 1393.

⁷ Ustawa z 15 września 2000 r. — Kodeks spółek handlowych, DzU z 2017 r. poz. 1577.

⁸ Poza przepisami art. 101¹–101⁴ w kodeksie pracy zbliżoną funkcję spełnia art. 100 § 2 pkt 4 przewidujący obowiązek pracowników dbania o dobro zakładu pracy oraz zachowywania w tajemnicy informacji, których ujawnienie mogłoby narazić pracodawcę na szkodę.

⁹ Sąd Najwyższy w wyroku z 8 sierpnia 2007 r. (II PK 45/07, OSNP 2008/19–20/283) odniósł się do relacji zachodzącej między umownym zakazem konkurencji a czynami nieuczciwej konkurencji. Sąd podkreślił, że źródłem odpowiedzialności z tytułu naruszenia zakazu konkurencji jest umowa, podczas gdy odpowiedzialność z tytułu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji wynika z samej ustawy, bez potrzeby zawierania dodatkowych umów w tym zakresie.

¹⁰ Ochroną objęta jest zarówno działalność faktycznie prowadzona przez pracodawcę jak i działalność zaplanowana. Zdaniem M. Raczkowskiego należy dogłębnie badać *in concreto*, czy rzeczywiście istniały plany podjęcia przez pracodawcę danej działalności, w innym przypadku interes pracodawcy nie zostaje naruszony (Raczkowski, 2010, s. 566). Ponadto za nie-

dopuszczalne uznaje się takie sformułowania umowy o zakazie konkurencji, zgodnie z którymi treść zakazu ulegałaby automatycznie zmianom jednocześnie ze zmianami (rzeczywistymi lub formalnymi) działalności pracodawcy (Płażek, Sobczyk, 1997, s. 128).

¹¹ Sąd Najwyższy stwierdził, że zakaz prowadzenia działalności konkurencyjnej musi być odniesiony do przedmiotu działalności pracodawcy określonego w przepisach prawa lub w postanowieniach aktów założycielskich, statutów lub umów tworzących dany podmiot prawa, wobec czego umowa o zakazie konkurencji nie może zawierać postanowień, które zobowiązywałyby pracownika do niepodejmowania działalności niepokrywającej się z przedmiotem działalności pracodawcy.

¹² Rozporządzenie Rady Ministrów z 24 grudnia 2007 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD) (DzU nr 251, poz. 1885, dalej: rozporządzenie PKD), wydane na podstawie art. 40 ustawy z 29 czerwca 1995 r. o statystyce publicznej (DzU z 2018 r. poz. 997). Co do zasady wystarczy porównać odpowiednie postanowienia statutu, umowy spółki czy też innego aktu pracodawcy z postanowieniami odpowiedniego dokumentu innego podmiotu, by móc stwierdzić, czy podmiot ten jest konkurentem pracodawcy. Należy zwrócić uwagę, że w przedmowie do załącznika do rozporządzenia PKD (pkt. 7–9) działalność dzieli się na przeważającą (mającą największy udział w osiąganiu wyników przez dany podmiot), drugorzędną (każda inna działalność, której efektem są produkty lub usługi dla osoby trzeciej) oraz pomocniczą (działalność nakierowana na wsparcie działalności przeważającej lub drugorzędnej przez dostarczanie produktów lub usług wyłącznie na potrzeby danej jednostki). Działalność konkurencyjna może odnosić się do głównych oraz drugorzędnych (ubocznych) przedmiotów działalności. Nie odnosi się jednak do działalności pomocniczej nakierowanej wyłącznie na spełnianie własnych celów pracodawcy (Raczkowski, 2011, s. 27).

¹³ Zob. podobnie Prusinowski, 2014, s. 33. Zdaniem autora przemawiają za tym argumenty systemowe, a także podobieństwo występujące między cywilnoprawnymi zobowiązaniami, których przedmiotem jest wykonywanie pracy zarobkowej.

¹⁴ Autor zwraca uwagę na większy stopień przewagi organizacyjnej i ekonomicznej pracodawcy.

¹⁵ Przepisy kodeksu pracy dotyczące zakazu konkurencji (rozdział IIa w dziale czwartym) zostały wprowadzone na mocy ustawy z 2 lutego 1996 r. o zmianie ustawy — Kodeks pracy oraz o zmianie niektórych ustaw, DzU nr 24, poz. 110.

¹⁶ Zdaniem Sądu Apelacyjnego w Warszawie obowiązek lojalności wobec dającego zlecenie ma umocowanie w treści art. 760 k.c. Stanowi cechą szczególną, odróżniającą umowę agencyjną od innych stosunków obligacyjnych. Oznacza obowiązek powstrzymania się od wszelkich działań czy zaniechań, które byłyby sprzeczne z interesami drugiej strony. Wynika z niego zakaz zajmowania się przez agenta działalnością konkurencyjną wobec dającego zlecenie w czasie trwania umowy agencyjnej (wyrok SA w Warszawie z 5 lutego 2013 r., I ACa 741/12, LEX nr 1283367).

¹⁷ Zdaniem autorki umowne ograniczenie działalności konkurencyjnej w okresie obowiązywania umowy agencyjnej nie stoi na przeszkodzie, aby w sytuacji niemieszczącej się w tak sformułowanym zakazie uznać, że doszło do naruszenia obowiąz-

ku lojalności. Istnieje również możliwość zezwolenia w umowie agencyjnej na prowadzenie przez agenta działalności konkurencyjnej.

¹⁸ Wskazówek dotyczących sposobu ustalenia ekwiwalentu w części obejmującej utracone możliwości zarobkowe agenta udzielił Sąd Najwyższy w wyroku z 27 kwietnia 2007 r. (I CSK 37/07, Legalis). Zdaniem SN określenie utraconych możliwości zarobkowych agenta należy ustalić w formie przychodowej a nie dochodowej. Zdaniem Sądu, jeżeli ideą świadczenia karancyjnego jest także uzyskanie przez przyjmującego zlecenie rekompensaty finansowej za uszczerbek wywołany powstrzymaniem się od działalności konkurencyjnej, to przy określeniu wysokości tego świadczenia nie można ograniczać się tylko do rentowności agenta, który w sytuacji pozbawienia go możliwości podjęcia dalszej działalności obowiązany jest przecież ponosić w dalszym ciągu koszty wynagrodzeń pracowniczych, utrzymania biura itp. Co najwyżej należałoby odjąć od tych utraconych możliwości zarobkowych koszty, jakie agent zaoszczędziłby na skutek faktycznego zaprzestania prowadzenia działalności konkurencyjnej, związane z utrzymaniem biura, samochodów, kadry pracowniczej. Można byłoby mówić np. o zaoszczędzonych kosztach w postaci prowizji dla przedstawicieli handlowych, wydatków na benzynę czy też mniejszych rachunków telefonicznych. To, że utracone możliwości zarobkowe agenta należy ujmować w ujęciu przychodowym, a nie w kategorii zysku, wynika wprost z brzmienia art. 764⁶ § 4 k.c., w którym mowa jest o „utraconych możliwościach zarobkowych agenta”, a nie o jego „utraconych korzyściach”.

¹⁹ Umowa o świadczenie usług zarządzania ma charakter prawny umowy o świadczenie usług, do której w zakresie nieuregulowanym przez ustawę o zasadach kształtowania wynagrodzeń osób kierujących niektórymi spółkami stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu cywilnego o zleceniu (art. 750 w zw. z art. 734 k.c.; tak Rzetecka-Gil, 2017, komentarz do art. 5 ustawy o zasadach kształtowania wynagrodzeń osób kierujących niektórymi spółkami).

²⁰ W tym miejscu warto zwrócić uwagę na przepis art. 30 ust. 1 pkt 15 ustawy z 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (DzU z 2018 r. poz. 1509), zgodnie z którym zryczałtowany podatek dochodowy pobiera się od dochodów (przychodów) z tytułu odszkodowań przyznanych na podstawie przepisów o zakazie konkurencji, jeżeli zobowiązana do zapłaty odszkodowania jest spółka, w której Skarb Państwa, jednostka samorządu terytorialnego, związek jednostek samorządu terytorialnego, państwowa osoba prawna lub komunalna osoba prawna dysponują bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, w tym także na podstawie porozumień z innymi osobami, w części, w której wysokość odszkodowania przekracza wysokość wynagrodzenia otrzymanego przez podatnika z tytułu umowy o pracę lub umowy o świadczenie usług wiążącej go ze spółką w okresie sześciu miesięcy poprzedzających pierwszy mie-

siąc wypłaty odszkodowania — w wysokości 70% tej części należnego odszkodowania. Przepis ten został wprowadzony ustawą z 25 listopada 2015 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych (DzU poz. 1992) oraz wszedł w życie 1 stycznia 2016 r.

²¹ Zob. również wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 4 grudnia 2001 r. (I ACa 439/01, LEX nr 54262), zgodnie z którym zastrzeżenie w umowie handlowej kary umownej obciążającej zleceniobiorcę w razie podjęcia przez niego pracy w firmie konkurencyjnej w okresie 12 miesięcy kalendarzowych po rozwiązaniu umowy, bez ustalenia odszkodowania wypłacanego przez zleceniodawcę, nie narusza przepisów bezwzględnie obowiązujących, odnoszących się do stosunków cywilnoprawnych.

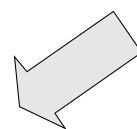
²² W praktyce nierzadko strona działa jako przedsiębiorca, podczas gdy założenie działalności gospodarczej zostało wymuszone przez zleceniodawcę.

Bibliografia

- Buczyńska, P. (2018). Warunki zatrudnienia menedżerów na podstawie nowej ustawy kominowej. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, (4).
- Gazda, M. Adamus, R. (2017). *Kształtowanie wynagrodzeń osób kierujących niektórymi spółkami. Komentarz*. Warszawa.
- Gersdorf, M. (2016). Interakcje prawa cywilnego i prawa pracy na przykładzie klauzuli konkurencyjnej po ustaniu zatrudnienia. W: M. Latos-Milkowska, Ł. Pisarczyk (red.), *Prawo pracy. Między gospodarką a ochroną pracy. Księga jubileuszowa Profesora Ludwika Florka*. Warszawa.
- Jezioro, J. (2017). W: E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*. Warszawa.
- Kopaczynska-Pieczniak, K. (2010). W: A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz — Tom III. Zobowiązania. Część szczególna*. Warszawa.
- Krauss, J. (2009). Mandat i kadencja członków organów spółki akcyjnej, *Przegląd Prawa Handlowego*, (5).
- Kumaniecki, W. (1997). *Słownik łacińsko-polski*. Warszawa.
- Płazek, S. Sobczyk, A. (1997). Zakaz działalności konkurencyjnej według kodeksu pracy. *Kwartalnik Prawa Prywatnego*, (1).
- Prusinowski, P. (2014). *Zakaz konkurencji w prawie pracy*. Warszawa.
- Rackowski, M. (2010). W: M. Gersdorf, K. Rączka, M. Rackowski, *Kodeks pracy. Komentarz*. Warszawa.
- Rackowski, M. (2011). Pojęcie konkurenta pracodawcy. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, (3).
- Rzetecka-Gil, A. (2017). *Komentarz do art. 5 ustawy o zasadach kształtowania wynagrodzeń osób kierujących niektórymi spółkami. Komentarz*. Lex/el.
- Świątkowski, A. M. (2005). Głosa do wyroku SN z 11 września 2003 r., III KKN 579/01. *Orzecznictwo Sądów Polskich*, (3).

Zapraszamy na naszą stronę internetową

www.pizs.pl



Prawo do odpoczynku a zatrudnienie cywilnoprawne

The right to rest and employment under a civil contract

dr Agnieszka Zwolińska

Uniwersytet Warszawski, Wydział Prawa i Administracji,
Katedra Prawa Pracy i Ubezpieczeń Społecznych
a.zwolinska@wpia.uw.edu.pl

ORCID: 0000-0002-8369-3089

Streszczenie Autorka analizuje uwarunkowania prawne istnienia oraz realizacji prawa do odpoczynku osoby zatrudnionej na podstawie umowy prawa cywilnego. Rozważania opierają się na następujących założeniach: po pierwsze, że odpoczynek jest funkcjonalnie związany z pracą ludzką — to jest działalnością trwającą w czasie i angażującą człowieka, w efekcie oddziałującą na jego zdrowie oraz swobodę decydowania o sposobie spędzania czasu; po drugie, tego rodzaju działalność może stanowić przedmiot zobowiązania ze stosunku cywilnoprawnego; po trzecie, realizacja prawa do odpoczynku od pracy jest możliwa w ramach zatrudnienia cywilnoprawnego mimo braku uprawnień kierowniczych zatrudniającego.

Słowa kluczowe: odpoczynek, prawo człowieka do odpoczynku, zatrudnienie cywilnoprawne.

Summary The article analyses the legal conditions regarding the existence of the right to rest and its realization by a person employed under a civil contract. Deliberations on this subject are based on the following assumptions: firstly, the rest is functionally connected with work performed by a human — e.g. an activity that lasts and engages a human, thus affecting his/her health and freedom to decide how to spend his/her time; secondly, under Polish law human work can constitute a contractual obligation within the realm of a civil law relationship; thirdly, the realization of the right to rest is feasible within a civil law relationship, in spite of the lack of managerial powers similar to those existing in an employment relationship.

Keywords: the rest, the human right to rest, the employment under a civil contract.

JEL: K31

Celem artykułu jest odpowiedź na pytanie o uwarunkowania istnienia i realizacji uprawnienia do odpoczynku w ramach zatrudnienia na podstawie umowy prawa cywilnego (zatrudnienie cywilnoprawne)¹. Tak ujęty problem opiera się na założeniu, że *de lege lata* praca ludzka może stanowić przedmiot obowiązku składającego się na treść zobowiązania wynikającego z umowy cywilnoprawnej².

Pojęcie „prawa do odpoczynku”

Dla dalszych rozważań istotne jest w pierwszej kolejności określenie znaczenia pojęcia *odpoczynek*, odpowiednio *prawa do odpoczynku*. Odwołując się do słownikowego znaczenia pojęcia *odpoczynek*, przez odpoczynek rozumie się przerwę w jakimś wysiłku dla nabrania sił (pierwsze znaczenie); czas poświęcony na pozbywanie się zmęczenia, zwykle poprzez robienie tego, co sprawia przyjemność (drugie znaczenie)³.

Prawo do odpoczynku w prawie międzynarodowym

W aktach prawa międzynarodowego prawo do odpoczynku kwalifikuje się jako prawo człowieka. I tak, art. 24 Powszechnej Deklaracji Prawa Człowieka z 10 grudnia 1948 r.⁴ stwierdza prawo każdego człowieka do urlopu i wypoczynku, włączając w to rozsądne ograniczenie godzin pracy i okresowe płatne urlopy. Jednocześnie za W. Osiatyńskim należy zwrócić uwagę na dwoisty charakter praw człowieka — to jest praw jako wyraz moralnych standardów i aspiracji ludzkości oraz praw pojmowanych jako normy postępowania narzucone przez umowy międzynarodowe, konstytucje czy ustawy (Osiatyński, 2011, s. 174). Z perspektywy tego rozróżnienia Powszechna Deklaracja Praw Człowieka stanowi ujęcie praw człowieka jako wyrazu moralnych standardów, aspiracji.

Prawo człowieka do wypoczynku kwalifikuje się do kategorii praw człowieka jaką są prawa socjalno-ekonomiczno-kulturalne. Wniosek taki potwierdza m.in.

§ 7 lit. d) Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych z 19 grudnia 1966 r. (DzU z 1997 r. nr 38, poz. 169), który wymienia prawo każdego do wypoczynku, wolnego czasu i rozsądnych ograniczeń czasu pracy, okresowych płatnych urlopów oraz płatnych dni świątecznych. Warto zauważyć, że w przypadku Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych prawo do odpoczynku zostało umiejscowione w ramach szerszej kategorii prawa każdego do korzystania ze sprawiedliwych i korzystnych warunków pracy. Systematyka taka wskazuje na funkcjonalny związek prawa do odpoczynku z pracą ludzką.

Podobnie sytuacja wygląda, jeżeli chodzi o ujęcie prawa do odpoczynku w art. 2 Europejskiej Karty Społecznej z 1961 r. (DzU z 1999 r. nr 8, poz. 67, dalej: EKS). Należy jednocześnie zaznaczyć, że w EKS prawo do odpoczynku zostało zakwalifikowano jako prawo wszystkich pracowników (w wersji angielskiej użyto terminu *worker*⁵) — w zestawieniu np. do prawa każdego do zarabiania na życie poprzez pracę swobodnie wybraną (pkt 1 część I). W efekcie art. 2 Karty nie obejmuje ochroną osób prowadzących działalność zarobkową na własny rachunek, ale już obejmuje taką ochroną członków rodziny zatrudnionych w charakterze osób współpracujących z przedsiębiorcą prowadzącym działalność rolniczą (za Świątkowski, 2005, s. 100). W części I EKS w pkt. 2 postanowiono, że wszyscy pracownicy mają prawo do odpowiednich warunków pracy. W celu zapewnienia skutecznego wykonywania prawa do odpowiednich warunków pracy w art. 2 części II EKS wskazano na obowiązek państwa zapewnienia m.in. rozsądnego dziennego i tygodniowego czasu pracy, stopniowego skracania tygodniowego czasu pracy do takiego wymiaru, na jaki pozwala wzrost wydajności oraz inne związane z tym czynniki (pkt 1), płatnych dni świątecznych (pkt 2)⁶, corocznego, co najmniej dwutygodniowego płatnego urlopu (pkt 3)⁷, skrócenia czasu pracy, bądź dodatkowych płatnych urlopów w przypadku pracowników zatrudnionych przy określonych pracach, niebezpiecznych lub szkodliwych dla zdrowia (pkt 4), tygodniowego wypoczynku, który będzie w miarę możliwości zbiegał się z dniem uznanym za dzień wolny od pracy zgodnie z tradycją lub zwyczajem danego kraju lub regionu (pkt 5). Powyższe regulacje EKS potwierdzają, że prawo do odpoczynku jest ujmowane w kontekście obowiązku państwa zapewnienia odpowiednich warunków pracy.

W tym miejscu warto również zwrócić uwagę na status prawny praw socjalno-ekonomiczno-kulturalnych. W literaturze podkreśla się, że prawa socjalne, ekonomiczne i kulturalne postrzegane są jako standardy, które wdrażać trzeba stopniowo, w drodze wyznaczania celów politycznych (Osiatyński, 2011, s. 191), a realizacji tych praw bardziej niż jakiegokolwiek przepisy konstytucji sprzyja dobrobyt (Osiatyński, 2011, s. 205). Prawa te postrzegane są również w kategoriach potrzeb. Przy takim podejściu prawa socjalne i wynikające z nich roszczenia traktuje się jako jeden z wielu instrumentów za-

spokojenia potrzeb społecznych; instrument o charakterze pomocniczym, tzn. stosowany wtedy i tylko wtedy, gdy jakaś bardzo istotna potrzeba nie może być zaspokojona inaczej (Osiatyński, 2011, s. 206–207). Wypowiedzi te prowadzą do wniosku, że zakwalifikowanie prawa do odpoczynku jako prawa człowieka (prawa socjalnego) nie oznacza przyznania każdemu roszczenia o udzielenie odpoczynku skutecznego wobec państwa czy zatrudniającego. Zaspokojenie ludzkiej potrzeby wypoczynku nie musi, ale może realizować się w drodze prawnej.

Warto również dodać, że w międzynarodowym prawie pracy odpoczynek postrzegany jest w kontekście standardów z zakresu regulacji czasu pracy, do których zalicza się, obok prawa do odpoczynku tygodniowego, regulacje dotyczące maksymalnego czasu pracy, a także dotyczące płatnych corocznych urlopów wypoczynkowych. Podkreśla się przy tym, że minimalne standardy dotyczące czasu pracy stanowią prawa człowieka i są niezbędne dla ochrony zdrowia, bezpieczeństwa oraz życia prywatnego i rodzinnego osób pracujących, a także są istotne z perspektywy potrzeb wspólnoty, w tym równości płci⁸.

Przegląd aktów międzynarodowego prawa pracy prowadzi również do wniosku, że z perspektywy realizacji celu odpoczynku istotne są, poza długością odpoczynku, jego ciągłość, powtarzalność, regularność, ale i moment rozpoczęcia oraz zakończenia okresu odpoczynku. Wniosek taki potwierdza analiza konwencji nr 14 Międzynarodowej Organizacji Pracy (MOP) z 1921 r. o odpoczynku tygodniowym w zakładach przemysłowych⁹. Zgodnie z art. 2 konwencji cały personel zatrudniony w zakładzie przemysłowym publicznym czy prywatnym lub jego oddziałach, winien korzystać w każdym okresie siedmiodniowym z co najmniej 24-godzinnej nieprzerwanego odpoczynku, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w konwencji; odpoczynek ten winien być udzielany, o ile to możliwe, całemu personelowi zakładu jednocześnie; o ile to możliwe, w dni uświęcone przez tradycję lub zwyczaj kraju albo prowincji. Regułę cotygodniowego odpoczynku obejmującego co najmniej 24 kolejne godziny w każdym okresie siedmiodniowym potwierdza również art. 6 konwencji nr 106 MOP z 1957 r. dotyczącej cotygodniowego odpoczynku w handlu i w biurach¹⁰. Konwencja nr 106 MOP analogicznie do konwencji nr 14 wskazuje na udzielanie, w miarę możliwości, odpoczynku wszystkim zatrudnionym w zakładzie w jednym czasie oraz w dni, które przyjęte są zwyczajowo lub tradycyjnie jako dni wolne. Dodatkowo art. 6 ust. 4 tej konwencji nakazuje przy ustalaniu dnia wolnego od pracy w okresie każdego tygodnia uwzględniać w miarę możliwości tradycję i zwyczaje mniejszości wyznaniowych.

Prawo do odpoczynku w prawie UE

W prawie Unii Europejskiej regulacja prawa do odpoczynku ma na celu „poprawę środowiska pracy w celu ochrony zdrowia i bezpieczeństwa pracowników” i zo-

stała umiejscowiona w ramach obowiązku państwa zapewnienia należytych sprawiedliwych warunków pracy. Wniosek taki wynika z lektury art. 31 ust. 2 Karty Praw Podstawowych UE¹¹ (dalej: KPPUE) oraz dyrektywy 2003/88/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 4 listopada 2003 r. dotyczącej niektórych aspektów organizacji czasu pracy¹² w zestawieniu z treścią art. 153 TFUE¹³ (wcześniej art. 137 TWE¹⁴).

Zgodnie z art. 31 ust. 2 KPPUE każdy pracownik ma prawo do ograniczenia maksymalnego wymiaru czasu pracy, do okresów dziennego i tygodniowego odpoczynku oraz do corocznego płatnego urlopu. Z kolei pkt 5 preambuły dyrektywy 2003/88 stanowi, że „Koncepcja »odpoczynku« musi być wyrażona w jednostkach czasu, tzn. w dniach, godzinach i/lub ich częściach. Pracownikom wspólnotowym należy przyznać minimalne dobowe, tygodniowe i roczne okresy odpoczynku oraz odpowiednie przerwy. W tym kontekście niezbędne jest również ustanowienie maksymalnego limitu tygodniowego wymiaru czasu pracy”. Jednocześnie należy zauważyć, uwzględniając orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE), że pojęcie *pracownik* zarówno w art. 31 ust. 2 KPPUE jak i dyrektywie 2003/88 interpretuje się autonomicznie do pojęcia *pracownik* w prawie krajowym. Oznacza to, że ma ono samodzielne znaczenie na gruncie prawa unijnego¹⁵. Na potrzeby art. 7 dyrektywy oraz art. 31 ust. 2 KPPUE przez *pracownika* rozumie się każdą osobę, która wykonuje czynności rzeczywiste i efektywne, za wyjątkiem czynności wykonywanych na tak niewielką skalę, że można je jedynie uznać za marginalne i pomocnicze; wykonuje pracę przez pewien okres na rzecz innej osoby i pod jej kierownictwem, w zamian za którą otrzymuje wynagrodzenie¹⁶.

W poszukiwaniu znaczenia pojęcia *odpoczynek* w prawie unijnym istotny jest art. 2 dyrektywy 2003/88/WE zawierający, na potrzeby stosowania tej dyrektywy, definicje: *czasu pracy* (pkt 1), *okresu odpoczynku* (pkt 2), *odpowiedniego odpoczynku* (pkt 9). *Okres odpoczynku* zdefiniowano jako okres, który nie jest czasem pracy. Pojęcie czasu pracy zdefiniowano z kolei jako każdy okres, podczas którego pracownik pracuje, jest do dyspozycji pracodawcy oraz wykonuje swoje działania lub spełnia obowiązki, zgodnie z przepisami krajowymi lub praktyką krajową. Przez *odpowiedni odpoczynek* rozumie się natomiast sytuację, w której pracownicy mają regularne okresy odpoczynku, których wymiar wyrażany jest w jednostkach czasu oraz które są wystarczająco długie i nieprzerwane w celu zapewnienia, że w wyniku zmęczenia lub innych nieregularnych harmonogramów pracy pracownicy nie powodują wypadków, których są ofiarami, których ofiarami są ich współpracownicy oraz nie doznają uszczerbku na zdrowiu zarówno krótkoterminowo jak i w dłuższym okresie. Z zestawienia art. 2 pkt 1 i 2 dyrektywy 2003/88 wynika zatem, że *okres odpoczynku* nie jest okresem, podczas którego pracownik pracuje, jest do dyspozycji pracodawcy oraz wykonuje swoje działania lub spełnia obowiązki, zgodnie z przepisami krajowymi lub praktyką krajową. Z kolei definicja *odpowiedniego odpoczyn-*

ku akcentuje wymienione wcześniej, przy okazji analizy aktów prawa międzynarodowego, uwarunkowania istotne dla realizacji funkcji odpoczynku — jego długość, ciągłość, regularność.

Poszukując znaczenia pojęcia *odpoczynek* w prawie unijnym warto również zwrócić uwagę na definicję odpoczynku przyjętą w rozporządzeniu (WE) nr 561/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z 25 marca 2006 r. w sprawie harmonizacji niektórych przepisów socjalnych odnoszących się do transportu drogowego oraz zmieniającym rozporządzenia Rady (EWG) nr 3821/85 i (WE) 2135/98, jak również uchylającym rozporządzenie Rady (EWG) nr 3820/85¹⁷, do której to definicji odсылa polska ustawa z 16 kwietnia 2004 r. o czasie pracy kierowców¹⁸. W art. 4 lit. f) rozporządzenia 561/2006 odpoczynek *zdefiniowano* jako nieprzerwany okres, w którym kierowca może swobodnie dysponować swoim czasem. Dodatkowo, warto odwołać się do definicji okresu *wypoczynku* przyjętej w załączniku III (ORO. FTL. 105 pkt 25) do rozporządzenia Komisji (UE) nr 965/2012 z 5 października 2012 r. ustanawiającego wymagania techniczne i procedury administracyjne odnoszące się do operacji lotniczych zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 216/2008¹⁹. W myśl zamieszczonej tam definicji okres *wypoczynku* oznacza ciągły, nieprzerwany i określony okres po pełnieniu lub przed pełnieniem służby, podczas którego członek załogi lotniczej jest zwolniony z wszystkich obowiązków, pozostawania w gotowości oraz pozostawania w rezerwie. Należy podkreślić, że przywołane przepisy dotyczące zatrudnienia w transporcie drogowym i lotniczym znajdują zastosowanie niezależnie od podstawy prawnej zatrudnienia.

Przegląd powyższych regulacji unijnych potwierdza tezę, że odpoczynek jest funkcjonalnie związany z pracą ludzką — pracą jako zjawiskiem trwającym w czasie i angażującym człowieka, a więc z konieczności oddziałującej na jego zdrowie, dyspozycyjność oraz swobodę decydowania o sposobie spędzania czasu. Inaczej mówiąc, w sytuacjach, w których człowiek jest zobowiązany świadczyć pracę osobiście, co do zasady, powstaje potrzeba przerw w pracy w celu zaspokojenia ludzkiej potrzeby odpoczynku. Uzasadnieniem, ale i celem tych przerw jest ochrona zdrowia i bezpieczeństwa pracującego człowieka jako jednostki, a niekiedy również bezpieczeństwa i zdrowia innych osób (np. w przypadku świadczenia pracy w zbiorowości ludzkiej czy świadczenia pracy oddziałującej na bezpieczeństwo publiczne — kierowcy, personel lotniczy).

Prawo do odpoczynku w Konstytucji RP

Prawodawca konstytucyjny posługuje się pojęciem *prawa do wypoczynku* (art. 233 ust. 3 Konstytucji) w odniesieniu do treści art. 66 ust. 2 Konstytucji. Przepis art. 66 ust. 2 stanowi, że pracownik ma prawo do określonych w ustawie dni wolnych od pracy i corocznych płatnych urlopów; maksymalne normy czasu pracy określa ustawa.

Ze względu na przedmiot tych rozważań (prawo do odpoczynku a zatrudnienie cywilnoprawne), analizując art. 66 ust. 2 Konstytucji, warto odpowiedzieć na pyta-

nie o zakres podmiotowy normy prawnej wynikającej z tego przepisu, tzn. czy konstytucyjne gwarancje prawa do wypoczynku obejmują pracowników w rozumieniu prawa pracy, czy również inne osoby pracujące, to jest wykonujące pracę na innej podstawie niż stosunek pracy, w tym na podstawie umów prawa cywilnego.

W nauce prawa można zauważyć rozbieżność stanowisk w tej kwestii. Znaczna część przedstawicieli nauki opowiada się za szerokim zakresem podmiotowym konstytucyjnego prawa do wypoczynku, odkodowując znaczenie pojęcia *pracownik* z art. 66 ust. 2 Konstytucji w oderwaniu od regulacji ustawowych — to jest definicji pojęcia *pracownik* w kodeksie pracy.

I tak, A. Krzywoń przyjmuje, że przez *pracownika* w znaczeniu art. 66 ust. 2 Konstytucji należy rozumieć każdą osobę pozostającą w trwałej i prowadzącej do ekonomicznego uzależnienia relacji z jednym podmiotem. W efekcie stwierdza, że zakres podmiotowy pojęcia *każda* z art. 66 ust. 1 Konstytucji i pojęcia *pracownik* z art. 66 ust. 2 Konstytucji jest *de facto* taki sam. Konsekwencją takiego stanowiska jest, jak zauważa autor, aksjologiczna niespójność systemu prawa pracy w obszarze prawa do wypoczynku, ponieważ założenie o prawie osób wykonujących pracę do odpoczynku poza stosunkiem pracy nie zostało odzwierciedlone na poziomie ustawy (Krzywoń, 2017, rozdz. IV pkt V ppk 1). Ku szerszemu rozumieniu pojęcia *pracownik* z art. 66 ust. 2 Konstytucji skłania się także B. Bury, wskazując na możliwość objęcia prawa do wypoczynku uniwersalnym prawem każdego do bezpiecznych i higienicznych warunków pracy. W efekcie za *pracownika* w rozumieniu art. 66 ust. 2 Konstytucji uznaje każdą osobę wykonującą osobiście pracę w celach zarobkowych, niezależnie od tego, jak dany stosunek prawny został zakwalifikowany przez ustawodawcę, zwłaszcza gdy praca jest świadczona w sposób zbliżony do pracowniczego (stałe, w sposób powtarzający się, w zależności ekonomicznej od podmiotu zatrudniającego), tj. głównie w oparciu o umowy zlecenia, o świadczenie usług zbliżonych do zlecenia oraz o dzieło (Bury, 2015, s. 386–387). Wskazując na autonomiczność pojęć konstytucyjnych, art. 24 Konstytucji oraz zasadę równości, za szerszym zakresem podmiotowym konstytucyjnego prawa do odpoczynku opowiada się również A. Więcek-Burmańczuk. Autorka przyjmuje, że w rozumieniu art. 66 ust. 2 Konstytucji *pracownikiem* jest nie tylko osoba pozostająca w stosunku pracy, lecz także każda inna osoba wykonująca osobiście pracę zarobkową — podobnie jak odbywa się to w ramach stosunku zatrudnienia, zaliczając do tej kategorii również osoby pracujące na podstawie umów cywilnoprawnych (Więcek-Burmańczuk, 2017, s. 112–113). Takie stanowisko prezentuje również B. Banaszek, wskazując, że w ujęciu konstytucyjnym prawo gwarantowane w art. 66 ust. 2 to prawo człowieka, a jego zakres podmiotowy jest determinowany przez fakt świadczenia pracy — tym samym nie obejmuje tylko pracowników *sensu stricto*, ale też inne osoby świadczące pracę. Autor ten stawia tezę, że pracownik powinien być rozumiany w art. 66 ust. 2 równie szeroko jak w art. 66 ust. 1, gdyż nie ma powodów na różnicowanie

zakresu podmiotowego obu tych przepisów (Banaszek, 2012). Do podobnych wniosków dochodzi A. Sobczyk, podkreślając, że podstawa zatrudnienia nie ma znaczenia z perspektywy istoty prawa do wypoczynku (Sobczyk i Buch, 2016; także Sobczyk, 2013, s. 196). Autor ten we wcześniejszych wypowiedziach zwracał jednocześnie uwagę na wady takiej wykładni — to jest niekonstytucyjność aktualnego stanu prawnego w zakresie zatrudnienia zleceniobiorców lub samozatrudnionych. Zauważał wówczas, że każda metoda wykładni prowadzi do wniosku, że dochodzi do nieuzasadnionego różnicowania obywateli w bardzo istotnym aspekcie ich życia, jakim jest praca, i to bez wystarczających przesłanek merytorycznych w postaci relatywnych przyczyn różnicowania (Sobczyk, 2012, s. 290).

Z drugiej strony należy odnotować stanowisko, zgodnie z którym podmiotem praw wynikających z art. 66 ust. 2 Konstytucji jest *pracownik* rozumiany jako osoba pozostająca w stosunku pracy (Garlicki i Jarosz-Żukowska, 2016, pkt 18; także Sanetra, 1997, s. 2). Podstawowy argument za taką wykładnią sprowadza się do stwierdzenia, że wobec niezdefiniowania pojęcia *pracownik* w Konstytucji należy przyjąć, że posługuje się ona pojęciami zastanymi i odwołać się do instytucji, których znaczenie od dawna jest ukształtowane w prawie pracy. W konsekwencji stwierdza się, że podmiotem konstytucyjnego prawa do wypoczynku może być tylko osoba wykonująca pracę na podstawie stosunku pracy (Wujczyk, 2007, s. 131).

Pośrednie stanowisko zdaje się prezentować T. Liszcz. Autorka z jednej strony zauważa, że pojęcie *pracownika* na gruncie Konstytucji nie musi być rozumiane tak samo wąsko jak w prawie pracy, z drugiej zaś zaznacza, że nie można ignorować różnicy w określeniu zakresu podmiotowego art. 66 ust. 1 i 2 Konstytucji, uznając te zakresy za jednakowe (Liszcz, 2013, s. 44).

Odnosząc się do przedstawionych wyżej stanowisk, po pierwsze, trudno zaakceptować pogląd o tożsamości zakresów podmiotowych praw wymienionych odpowiednio w art. 66 ust. 1 i 2 Konstytucji przy obecnym brzmieniu tych przepisów. Wykładnia językowo-logiczna wskazuje, że krąg adresatów określonych pojęciem *każdy* jest szerszy niż krąg adresatów wyznaczonych pojęciem *pracownik*. Po drugie, teza o odmienności zakresu podmiotowego art. 66 ust. 1 i 2 Konstytucji nie stanowi argumentu rozstrzygającego za rozumieniem *pracownika* na gruncie art. 66 ust. 2 Konstytucji wyłącznie jako osoby zatrudnionej na podstawie stosunku pracy. W pełni uzasadnione w tym przypadku są obawy, że interpretowanie pojęć konstytucyjnych przez pryzmat definicji ustawowych osłabi, a wręcz przekreśli, gwarancyjny charakter art. 66 ust. 2 Konstytucji, pozostawiając ustawodawcy nieograniczoną swobodę regulacyjną²⁰. Ustawodawca w drodze ustaw mógłby bowiem decydować nie tylko o sposobie realizacji poszczególnych elementów składowych konstytucyjnego prawa do wypoczynku (do czego art. 66 ust. 2 Konstytucji wprost odsyła), ale również o zakresie podmiotowym tego uprawnienia. Istota konstytucjonalizacji prawa człowieka (tutaj prawa do wypoczynku) sprowadza się natomiast do zapewnienia ochrony przed każdą z władz, również wła-

dążą ustawodawczą, w przeciwieństwie do praw ustawowych, które ograniczają władzę wykonawczą i sądowniczą (Osiatyński, 2011, s. 175). Po trzecie, dla wyznaczenia zakresu podmiotowego art. 66 ust. 2 Konstytucji wskazane jest zacząć od analizy językowo-logicznej tego przepisu. Przepis ten zawiera gwarancje prawa do wypoczynku przez wprowadzenie obowiązku regulacji ustawowych mechanizmów realizacji tego prawa — ustanowienie dni wolnych od pracy, płatnego corocznego urlopu i norm czasu pracy. Prawodawca konstytucyjny wskazuje zatem na mechanizmy realizacji prawa do wypoczynku, nie definiując wprost prawa do wypoczynku. Wymienione w art. 66 ust. 2 Konstytucji elementy łączy to, że wszystkie odnoszą się do czasu — przez odwołanie się do jednostek czasu, to jest dnia, roku, czy wprost przez użycie pojęcia *czas* w odniesieniu do *pracy*. Z czego z kolei można wnioskować, że zakres podmiotowy art. 66 ust. 2 Konstytucji dotyczy tych kategorii podmiotów (osób fizycznych), których praca — jej wymiar — jest określana za pomocą jednostek czasu. Wskazanie z kolei na płatny coroczny urlop daje podstawy do stwierdzenia, że w tym wypadku chodzi o osoby fizyczne wykonujące pracę zarobkową. Trudno bowiem, choćby z perspektywy art. 24 oraz 65 ust. 5 Konstytucji, uzasadnić gwarancje ustawowe odpłatności od wypoczynku od pracy w przypadku osób wykonujących pracę nieodpłatnie.

Przy proponowanej interpretacji — to jest objęcia zakresem prawa, o którym mowa w art. 66 ust. 2 Konstytucji, nie tylko osób zatrudnionych na podstawie stosunku pracy, powstaje pytanie o konstytucyjność tych regulacji ustawowych, które mają na celu wykonanie obowiązku nałożonego na ustawodawcę w art. 66 ust. 2 Konstytucji, a które ograniczają swoje zastosowanie do *pracowników* w rozumieniu kodeksu pracy.

Odpowiedź na to pytanie należy poprzedzić uwagą o zakresie bezpośredniej stosowalności art. 66 Konstytucji, ponieważ wiąże się to z możliwością skutecznego postawienia zarzutu niekonstytucyjności regulacji ustawowej z art. 66 ust. 2 Konstytucji. Trybunał Konstytucyjny słusznie stwierdził, że „za niedopuszczalne można uznać wysuwanie roszczeń o charakterze pozytywnym, opartych wyłącznie na art. 66, a idących dalej niż to wynika z odpowiednich ustaw. Znaczenie prawne art. 66 rysuje się natomiast w płaszczyźnie negatywnych obowiązków ustawodawcy, bo polega na wskazaniu mu pewnych minimalnych obowiązków” (wyrok TK z 24 października 2000 r., K 12/00, OTK 2000/7/255, pkt 4). W konsekwencji zarzut niekonstytucyjności regulacji ustawowej można skutecznie postawić w sytuacji, w której regulacja ustawowa zejdzie poniżej pewnego minimum ochrony, gdy dane prawo zostanie wydrążone z rzeczywistej treści. Oznacza to, że odpowiedź na pytanie o konstytucyjność regulacji ustawowych z art. 66 ust. 2 Konstytucji zależy od ustalenia minimalnego poziomu ochrony prawa do wypoczynku gwarantowanej Konstytucją.

Przy ustaleniu tego minimalnego poziomu ochrony prawa do wypoczynku gwarantowanej Konstytucją konieczne wydaje się dostrzeżenie różnic pomiędzy za-

trudnieniem pracowniczym a zatrudnieniem cywilnoprawnym. Zróżnicowanie sytuacji prawnej osoby zatrudnionej na podstawie stosunku pracy i osoby zatrudnionej na podstawie umowy prawa cywilnego uzasadnia, w myśl konstytucyjnej zasady równości²¹, zróżnicowanie sytuacji tych osób również w zakresie mechanizmów gwarantujących prawo do odpoczynku (tak też Bury, 2015, s. 380–381; Krzywoń, 2017, ppk 1 pkt V rozdział IV). Na marginesie warto zauważyć, że na charakter zatrudnienia jako dopuszczalne kryterium dyferencjacji wskazał też Sąd Najwyższy, rozpatrując zarzut naruszenia nakazu równego traktowania i zakazu dyskryminacji wynikających z art. 32 Konstytucji ze względu na odmienne traktowanie osób świadczących pracę na podstawie umowy o pracę oraz osób świadczących pracę na podstawie umów prawa cywilnego (z uzasadnienia wyroku SN z 7 października 2004 r. II PK 29/04, OSNA-PiUS 2005/7/97). Istotnym elementem różnicującym sytuację osoby zatrudnionej na podstawie stosunku pracy od osoby zatrudnionej na podstawie umowy prawa cywilnego jest element kierownictwa pracodawcy i odpowiadający mu obowiązek pracownika stosowania się do poleceń pracodawcy (art. 22 § 1 k.p. oraz art. 100 § 1 k.p.). Występowanie tego elementu w relacji pracownik-pracodawca uzasadnia odwołanie się do koncepcji prawa człowieka celem ustanowienia przez państwo ochrony osoby pracującej w relacjach horyzontalnych z zatrudniającym. W przypadku natomiast zatrudnienia cywilnoprawnego uzasadnienie dla odwołania się do koncepcji praw człowieka w celu ochrony osoby pracującej w relacjach z zatrudniającym nie wynika z natury stosunku cywilnoprawnego. Może natomiast wynikać z niemożliwości znalezienia innych źródeł utrzymania niż oferowane zatrudnienie cywilnoprawne (por. Osiatyński, 2011, s. 308–309). Presja z tym związana stawia osobę zatrudnianą w pozycji zależności od zatrudniającego. Istnienie wspomnianej zależności osłabia z kolei funkcję ochroną interesów osoby pracującej wynikającą z autonomii woli stron i zasady wolności umów (por. Góral, 2015, s. 328–329). W tym wypadku władztwo zatrudniającego ma swoje źródło w uwarunkowaniach społeczno-gospodarczych, a nie w naturze prawnej stosunku zatrudnienia. Warto jednocześnie zauważyć, że sytuacja, w której znajduje się osoba podejmująca pracę, jest kształtowana przede wszystkim przez okoliczności niezależne od zatrudniającego — wynikające z sytuacji na rynku pracy, warunków prawnych i ekonomicznych prowadzenia działalności przez zatrudniającego, pozycji zawodowej osoby podejmującej pracę, jej kwalifikacji i umiejętności czy sytuacji rodzinnej. Okoliczności te nie powinny pozostawać bez znaczenia z perspektywy obciążenia zatrudniającego kosztami objęcia ochroną socjalną osoby pracującej na podstawie umowy prawa cywilnego, również w kontekście gwarancji prawa do odpoczynku (np. odpłatności odpoczynku).

Powyższe porównanie i sygnalizowane różnice prowadzą do wniosku, że brak ochrony ustawowej prawa do odpoczynku w przypadku osoby świadczącej pracę na podstawie umowy prawa cywilnego na poziomie gwarantowanym pracownikowi (tutaj *pracownik* w ro-

zumieniu kodeksu pracy) nie przesądza o niezgodności regulacji ustawowych z art. 66 ust. 2 Konstytucji. Ocena zgodności regulacji ustawowych z art. 66 ust. 2 Konstytucji w analizowanym zakresie powinna koncentrować się na rozważaniach, czy, a jeśli tak, to w jakich okolicznościach, istnieje uzasadnienie dla interwencji państwa w relacje cywilnoprawne, które ze swojej natury pozbawione są elementu kierownictwa zatrudniającego nad zatrudnionym.

Uwzględniając specyfikę zatrudnienia cywilnoprawnego (wymóg konkretyzacji świadczenia na etapie nawiązywania stosunku zobowiązaniowego²² oraz wynikający stąd brak uprawnień kierowniczych zatrudniającego w trakcie realizacji zobowiązania) (por. Kubot, 1978, s. 36), naruszeniem istoty konstytucyjnego prawa do odpoczynku w przypadku zatrudnienia na podstawie umowy cywilnoprawnej byłby brak ochrony prawnej takiej jednostki, która nie ma realnej możliwości kształtowania treści zobowiązania do pracy, a jednocześnie dla której zatrudnienie cywilnoprawne stanowi jedyne dostępne źródło utrzymania. Wnioskowanie to prowadzi z kolei do konkluzji, że nie w każdym przypadku zatrudnienia cywilnoprawnego istnieje uzasadnienie dla interwencji państwa, w drodze regulacji ustawowych, w relacje między jednostkami celem zabezpieczenia realizacji ludzkiej potrzeby odpoczynku od pracy. Zresztą nie jest to myśl nowa, jeżeli uwzględni się teorie wyjaśniające przyczyny podjęcia samozatrudnienia. Według jednej z nich przyczyną decyzji o podjęciu samozatrudnienia jest chęć rozwoju kariery w oparciu o własną wiedzę, umiejętności, potrzeba autonomii i elastyczności (ang. *the career albo the pull theory*). Według drugiej podjęcie samozatrudnienia stanowi konsekwencję braku przyzwoitych możliwości zarobku na rynku pracy (ang. *the default albo push theory*) (za: Sangheon, McCann and Messenger, 2007, s. 104). Realne zagrożenie dla realizacji prawa do odpoczynku występuje w drugim przypadku. Istnienie takiego zagrożenia uzasadnienia z kolei wprowadzenie mechanizmów ustawowych gwarantujących takiej osobie prawo do odpoczynku.

Wnioski

Podsumowując dotychczasowe rozważania należy stwierdzić, że potrzeba odpoczynku jest funkcjonalnie związana z pracą ludzką. Prawo do odpoczynku, jako prawo człowieka, ma na celu zabezpieczenie realizacji ludzkiej potrzeby wypoczynku. Przy czym potrzeba ta może zostać zrealizowana za pomocą różnego rodzaju instrumentów, nie tylko w drodze ustanowienia przez państwo ustawowych gwarancji prawa do odpoczynku.

Podstawowym uwarunkowaniem dla istnienia prawa do odpoczynku (roszczenia o przerwę w pracy odpowiednią co do jej długość, pory rozpoczęcia i zakończenia, regularności jak i nieprzerwalności) jest obowiązek wykonywania pracy osobiście. Dodatkowe uwarunkowanie wynika z wyznaczenia treści obowiązku pracy przez element czasu (tzn. czas określa treść obowiązku pracy²³). Inaczej mówiąc, w sytuacji, gdy element czasu nie stanowi kryterium oceny należytego wykonania zobowiązania do pracy (jest obojętny z perspektywy inte-

resu zatrudniającego i w efekcie nie zostaje objęty wprost lub pośrednio²⁴ treścią zobowiązania), zatrudniony swobodnie decyduje o przerwach w pracy, odpowiednio o sposobie realizacji jego potrzeby wypoczynku.

Z powyższego wynika, że potencjalnie zagrożenie dla zaspokojenia ludzkiej potrzeby odpoczynku od pracy z założenia dotyczy tych stosunków prawnych, z których wynika zobowiązanie człowieka do wykonywania pracy osobiście i w których element czasu wyznacza treść tego zobowiązania i przez to stanowi jeden z warunków jego należytego wykonania. Aktualizacji tego potencjalnego zagrożenia sprzyja władztwo zatrudniającego wobec zatrudnianego. Władztwo zatrudniającego może wynikać z natury prawnej stosunku zatrudnienia — np. przyznania pracodawcy uprawnień kierowniczych w zakresie wyznaczania ram czasowych pracy. Władztwo zatrudniającego może również wynikać z sytuacji faktycznej umawiających się stron. Silna pozycja negocjacyjna zatrudniającego i presja ekonomiczna po stronie osoby zatrudnianej może skutkować tym, że zatrudniany nie będzie miał wpływu na kształtowanie warunków zatrudnienia, w tym w zakresie czasu pracy, odpowiednio przerw od pracy.

Uwarunkowania prawne istnienia prawa do odpoczynku w zatrudnieniu cywilnoprawnym

Uwzględniając wnioski wynikające z dotychczasowych rozważań uzasadnione jest pytanie o uwarunkowania prawne istnienia prawa do odpoczynku osoby zatrudnionej na podstawie umowy prawa cywilnego. Tak postawione pytanie ma na celu szersze ujęcie tematyki prawa do urlopu w kontekście zatrudnienia cywilnoprawnego, to jest wykraczające poza rozważania na temat prawa do urlopu w poszczególnych umowach nazywanych prawem cywilnym, np. umowie zlecenia, umowie o dzieło czy umowie agencyjnej²⁵. Pytanie to, o czym była mowa wcześniej, opiera się na założeniu, że praca ludzka może stanowić świadczenie ze stosunku cywilnoprawnego.

Praca jako przedmiot zobowiązania cywilnoprawnego

Założenie, że praca ludzka może stanowić przedmiot zobowiązania cywilnoprawnego, wynika z porównania słownikowej definicji *pracy* z cechami właściwymi stosunku pracy określonymi w art. 22 § 1 k.p., przyjętym w prawie cywilnym rozumieniem *zobowiązania i świadczenia* (art. 353 § 1 i 2 k.c.) oraz z uwzględnienia zasady swobody umów (art. 353¹ k.c.).

Odwołując się do słownikowej definicji pojęcia *praca* — jest to celowa działalność człowieka zmierzająca do wytworzenia określonych dóbr materialnych lub kulturalnych (pierwsze znaczenie); wytwór takiej działalności, zwłaszcza w dziedzinie nauki lub kultury (znaczenie drugie); zajęcie, zatrudnienie jako źródło zarobku (znaczenie trzecie)²⁶.

Z art. 22 § 1¹ k.p. wynika z kolei, że o kwalifikacji prawnej stosunku pracy decydują warunki zatrudnienia

wymienione w art. 22 § 1 k.p. Są to: 1) wykonywanie pracy przez pracownika na rzecz pracodawcy (osobistość i względność pracy)²⁷, 2) wykonywanie pracy w sposób ciągły (ciągłość pracy), 3) wykonywanie pracy pod kierownictwem pracodawcy, w miejscu i czasie przez niego wyznaczonym (praca podporządkowana), 4) wykonywanie pracy określonego rodzaju (rodzajowość pracy), 5) wykonywanie pracy za wynagrodzeniem (odpłatność pracy). *Praca* jest więc pojęciem zakresowo szerszym niż *praca pracownika*. Teza ta ma swoje normatywne potwierdzenie również w samym kodeksie pracy, a mianowicie w art. 303 § 1 i 2 k.p. (przepis ten zawiera delegację do wydania rozporządzeń określających zakres zastosowanie przepisów prawa pracy do osób wykonujących stale pracę na innej podstawie niż stosunek pracy lub umowa o pracę nakładczą), czy art. 304 k.p. (przepis ten ustanowia obowiązek pracodawcy zabezpieczenia bezpiecznych i higienicznych warunków pracy osobom fizycznym wykonującym pracę na innej podstawie niż stosunek pracy w zakładzie pracy lub w miejscu wyznaczonym przez pracodawcę).

Z art. 353 § 2 k.c. wynika, że przedmiotem zobowiązania prawa cywilnego jest świadczenie, które może polegać na działaniu albo na zaniechaniu. Przy tak ogólnej definicji *świadczenia* uzasadniony jest wniosek, że praca, które nie jest wykonywana w warunkach określonych w art. 22 § 1 k.p., a więc nie stanowi przedmiotu zobowiązania ze stosunku pracy (zastrzeżenie to wynika z mechanizmu wprowadzonego art. 22 § 1¹, 1² k.p.)²⁸, może — wobec treści art. 353 § 2 k.c. — stanowić przedmiot zobowiązania cywilnoprawnego. Teza ta znajduje potwierdzenie w przepisach kodeksu cywilnego dotyczących umów nazwanych — w przypadku umowy zlecenia przez użycie zwrotu wykonana *praca* w art. 735 § 2 k.c., umowy o dzieło — użycie zwrotu *nakład pracy* w art. 628 § 2 *in fine* k.c., *zestawienie planowanych prac* — art. 629 k.c. czy *przeprowadzenie prac* — art. 630 k.c.

Zgodnie natomiast z zasadą swobody umów, strony zawierające umowę prawa cywilnego mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego (art. 353¹ k.c.).

Powyższe zestawienie uzasadnia wniosek, że przedmiotem zobowiązania prawa cywilnego może być praca ludzka, o ile nie jest wykonywana w warunkach określonych w art. 22 § 1 k.p.

Należy zauważyć, że praktyczne znaczenie powyższych rozważań zależy od tego, czy kryteria wyróżnienia stosunku pracy pozwalają precyzyjnie wyznaczyć granicę pomiędzy zatrudnieniem pracowniczym i cywilnoprawnym. Uwzględniając zmieniające się rozumienie podporządkowania pracowniczego, w tym przyjętą w orzecznictwie koncepcję podporządkowania autonomicznego (zob. wyroki SN z 7 września 1999 r., I PKN 277/99, OSNAPiUS 2011/1/18, z 25 listopada 2004 r., I PK 42/04, OSNP 2005/14/ czy z 7 marca 2006 r., I PK 146/05, OSNP 2007/5–6/67), granica ta nie rysuje się wyraźnie. Niemniej, mimo braku możliwości nakreślenia wyraźnej granicy pomiędzy zatrudnieniem pracowniczym i cywilnoprawnym, aktualna pozostaje teza, że

o ile warunki pracy nie odpowiadają warunkom zatrudnienia pracowniczego, o tyle powstaje możliwość objęcia takiej pracy zobowiązaniem cywilnoprawnym. Teza ta uzasadnia podjęcie rozważań o prawie do odpoczynku osoby zatrudnionej na podstawie umowy prawa cywilnego, skoro, o czym była mowa wcześniej, potrzeba odpoczynku jest funkcjonalnie związana z pracą ludzką.

Na koniec, próbując jedynie zasygnalizować problemy związane z kwalifikacją prawną podstawy zatrudnienia — pracownicza czy cywilnoprawna, warto przywołać i odnieść się do wypowiedzi Z. Kubota na temat uprawnień kierowniczych zlecającego (Kubot, 2009, s. 121 i n.). Autor przyjmuje możliwość umownego przyznania zlecającemu uprawnień kierowniczych przy zachowaniu cywilnoprawnej natury zobowiązania, o ile nie obejmują one uprawnienia do wydawania poleceń oraz ustalania regulaminu jednostronnie określającego prawa i obowiązki stron. Stwierdza również, że umowa cywilnoprawna nie może kreować po stronie zlecającego uprawnień kierowniczych pracodawcy. Podkreśla jednocześnie, że uprawnienia kierownicze zlecającego nie są określone w przepisach ustawowych, tak jak uprawnienia kierownicze pracodawcy, co wiąże z odmiennością stosunku pracy od stosunku cywilnoprawnego. Tezy te zasadniczo odpowiadają przedstawionym wyżej wnioskom wynikającym z zestawienia art. 22 § 1 k.p., art. 353 § 2 k.c. i art. 353¹ k.c. Zastrzec jednak należy, że okoliczność wprowadzenia do umowy postanowienia o przyznaniu podmiotowi zatrudniającemu uprawnień kierowniczych (możliwość jednostronnego kształtowania treści zobowiązania do pracy), z perspektywy zastosowania art. 22 § 1, 1¹ k.p., nie rozstrzyga o cywilnoprawnym charakterze zatrudnienia. O kwalifikacji stosunku prawnego jako stosunku pracy decyduje przede wszystkim sposób wykonywania zatrudnienia (zob. wyrok SN z 25 listopada 2004 r., I PK 42/04, OSNP 2005/14/209).

Umowny charakter prawa do odpoczynku

Prawo do odpoczynku w zatrudnieniu cywilnoprawnym ma, co do zasady, swoją podstawę prawną w uzgodnieniu stron (umowny charakter prawa do odpoczynku).

Regulacja ustawowa prawa do odpoczynku osób zatrudnionych na podstawie umów prawa cywilnego stanowi wyjątek od tej zasady. W tym zakresie można wskazać m.in. na regulację prawa do urlopu wypoczynkowego w przypadku nakładców (zob. § 15 rozporządzenia Rady Ministrów z 31 grudnia 1975 r. w sprawie uprawnień pracowniczych osób wykonujących pracę nakładczą, DzU z 1976 r. nr 3, poz. 19), odesłanie do stosowania odpowiednio przepisów kodeksu pracy dotyczących zatrudnienia młodocianych (w tym czasu pracy i prawa do urlopu wypoczynkowego) do uczniów w wieku 16–18 lat skierowanych do wykonywania pracy tymczasowej na podstawie umowy prawa cywilnego (zob. art. 25b ustawy z 9 lipca 2003 r. o zatrudnianiu pracowników tymczasowych), regulację z zakresu czasu pracy oraz odpoczynku kierowców niezatrudnionych na podstawie stosunku pracy²⁹, czy regulację ustawowe ograniczające wykonywanie pracy w handlu i wykonywanie

czynności związanych z handlem przez osoby zatrudnione na podstawie umów cywilnoprawnych³⁰. Warto zauważyć, że podstawowym celem większości tych regulacji (poza regulacją dotyczącą umowy o pracę nakładczą i pracy tymczasowej uczniów) nie jest zaspokojenie potrzeby osoby pracującej odpoczynku od pracy. Istnienie takiej potrzeby nie jest bowiem warunkowane rodzajem wykonywanej pracy, ale samym wykonywaniem pracy osobiste i w sposób trwały w czasie.

Co do zasady zatem podstawą prawa do odpoczynku w przypadku osoby zatrudnionej na podstawie umowy prawa cywilnego jest postanowienie umowne. Z czego z kolei wynika, że *de lege lata* prawo osoby zatrudnionej do odpoczynku może nie zostać objęte treścią zobowiązania, a jednocześnie brak takiego uzgodnienia, co do zasady, nie będzie skutkowało nieważnością zobowiązania. Co do zasady, ponieważ można wyobrazić sobie sytuację, w której brak postanowienia przyznającego osobie pracującej prawa do odpoczynku będzie skutkowało nieważnością zobowiązania. Przykładowo, gdy zatrudniony zobowiąże się do nieprzerwanego osobistego działania nieograniczonego czasowo (np. zobowiązanie do dyżurowania 24 godzin 7 dni w tygodniu). W takiej sytuacji pojawia się wątpliwość co do możliwości wykonania takiego zobowiązania o charakterze osobistym (konstrukcja świadczenia niemożliwego art. 387 § 1 k.c.). Inny przykład dotyczy sytuacji, gdy umawiające się strony przyznają zatrudniającemu nieograniczoną swobodę w oznaczeniu ilości pracy (wymiaru czasowego świadczenia drugiej strony), np. praca na wezwanie zatrudniającego bez skonkretyzowania obiektywnych okoliczności uzasadniających wezwanie do pracy — uzgodnienie takie można uznać za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego (por. Dybowski i Pyrżyńska, 2006, s. 190).

Umownego charakteru prawa do odpoczynku w zatrudnieniu cywilnoprawnym nie zmienia regulacja art. 239 § 2 k.p.³¹, przewidująca możliwość objęcia postanowieniami układu zbiorowego pracy (np. postanowieniami dotyczącymi czasu pracy i odpoczynku od pracy) osób świadczących pracę na innej podstawie niż stosunek pracy. Po pierwsze dlatego, że jej praktyczne znaczenie w interesującym nas zakresie jest znikome (za Kubot, 2002, s. 30). Po drugie, z uwagi na prawny mechanizm oddziaływania postanowień układu zbiorowego pracy na sytuację prawną osoby zatrudnionej na podstawie umowy prawa cywilnego — konstrukcja umowy pracodawcy i związków zawodowych na rzecz osoby trzeciej (w tym wypadku osoby pracującej na podstawie umowy cywilnoprawnej) — szerzej mechanizm ten i jego zalety omawia M. Raczkowski (Raczkowski, 2018, s. 2 i n.).

Uwarunkowania prawne realizacji prawa do odpoczynku w zatrudnieniu cywilnoprawnym

Rozważania na temat uwarunkowań prawnych realizacji prawa do odpoczynku w ramach zatrudnienia cywilnoprawnego opierają się na założeniu, że realizacja tego prawa jest możliwa mimo iż zatrudniającemu nie

przysługują uprawnienia kierownicze wobec osoby wykonującej pracę w takim zakresie, w jakim przysługują pracodawcy w ramach stosunku pracy.

Odwolując się do sygnalizowanych wcześniej regulacji prawa międzynarodowego oraz Konstytucji RP, realizacja prawa do odpoczynku polega z jednej strony na zapewnieniu przerw w pracy o odpowiedniej długości, ciągłych (nieprzerwywanych), regularnych, przypadających w określonym czasie, a niekiedy również płatnych (płatne urlopy wypoczynkowe), z drugiej na wyznaczeniu maksymalnego czasu pracy. Przyjmując założenia, że: 1) prawo do odpoczynku osoby zatrudnionej na podstawie umowy cywilnoprawnej ma co do zasady charakter umowny oraz 2) zatrudniającemu na podstawie umowy prawa cywilnego nie przysługują uprawnienia do jednostronnego wyznaczania czasu pracy osoby zatrudnionej (wniosek z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 22 § 1, 1¹ k.p.) — rozważania nad warunkami prawnymi realizacji prawa do odpoczynku sprowadzają się do analizy uzgodnień stron.

Na wstępie należy podkreślić, że uprawnienie do odpoczynku osoby zatrudnionej na podstawie umowy prawa cywilnego nie wiąże się z nałożeniem na nią obowiązku skorzystania z tego uprawnienia. Wniosek taki wynika z braku w przypadku zobowiązania cywilnoprawnego uprawnień kierowniczych zatrudniającego analogicznych do uprawnień kierowniczych pracodawcy. Odpoczynek w ramach zatrudnienia cywilnoprawnego w przeciwieństwie do zatrudnienia pracowniczego nie jest zatem efektem wydania polecenia podmiotu zatrudniającego (np. w przypadku zatrudnienia pracowniczego polecenia określającego termin wykorzystania urlopu, ustalającego harmonogram czasu pracy), odpowiednio wykonania obowiązku osoby zatrudnionej zastosowania się do tego polecenia.

W literaturze celnie zauważa się, że na decyzję umawiających się stron co do wprowadzenia do umowy prawa cywilnego postanowień dotyczących odpoczynku jak i określenia zasad korzystania z odpoczynku negatywny wpływ ma obawa przed zakwalifikowaniem zatrudnienia cywilnoprawnego jako zatrudnienia pracowniczego (tak Kubot, 2002, s. 30–31). Źródłem tej obawy można poszukiwać w braku wyraźnej linii demarkacyjnej zatrudnienia pracowniczego i cywilnoprawnego, przyjętej w orzecznictwie typologicznej metody ustalania charakteru prawnego zatrudnienia (zob. przykładowo wyroki SN z 9 grudnia 1999 r. I PKN 432/99, OSNP 2001/9/310, z 26 marca 2008 r., I UK 282/07, LEX 411051 i z 27 maja 2010 r., II PK 354/09, LEX 598002), a także odmiennych w stosunku do zatrudnienia cywilnoprawnego skutkach prawnych wynikających z zatrudnienia pracowniczego (skutki w zakresie prawa ubezpieczeń społecznych). Wspomniana obawa może skutkować niewprowadzeniem do umowy postanowień dotyczących odpoczynku albo wprowadzeniem rozwiązań obcych prawu pracy, które pośrednio spełniają funkcję odpoczynku (np. prawo zatrudnionego do powstrzymania się od wykonywania pracy przez czas wyznaczony w umowie w terminie uzgodnionym z zatrudniającym z zachowaniem bądź bez zachowania prawa do wynagrodzenia;

obowiązek osoby zatrudnionej pozostawania w dyspozycji ograniczony do godzin funkcjonowania przedsiębiorstwa zatrudniającego (por. wyroki SN z 12 stycznia 1999 r. I PKN 535/98, OSNP 2000/15/175, z 11 stycznia 2008 r., I PK 182/07, OSNP 2009/5–6/60 i z 7 października 2009 r., III PK 38/09, OSP 2010/11/115), czy do określonych w umowie dni lub godzin; uprawnienie osoby zatrudnionej do powierzenia wykonywania pracy innej osobie (za: Kubot, 2002, s. 33); obowiązek odpracowania urlopu³²; dodatkowe świadczenie pieniężne za niewykorzystany urlop). W sytuacji, gdy system prawa dopuszcza wykonywanie pracy na podstawie umów prawa cywilnego, stan taki należy ocenić negatywnie z perspektywy tworzenia warunków sprzyjających realizacji prawa osoby pracującej do odpoczynku (tutaj prawa w rozumieniu praw człowieka), w szczególności w tych przypadkach, gdy występuje presja ekonomiczna po stronie osoby ubiegającej się o zatrudnienie wpływająca negatywnie na jej pozycję negocjacyjną.

Sposobem minimalizowania ryzyka zakwalifikowania zatrudnienia cywilnoprawnego jako zatrudnienie pracownicze, w sytuacji wprowadzania do umowy prawa cywilnego postanowień regulujących czas wykonywania pracy, odpowiednio przerw w pracy, jest precyzyjne określenie granic czasowych wykonywania pracy w umowie — a więc w drodze uzgodnienia stron (np. przez wskazanie liczby dni czy godzin pracy w określonym przedziale czasowym lub określenie liczby dni wolnych od wykonywania pracy). Uzgodnienie takie wyklucza jednostronne kształtowanie ram czasowych pracy przez zatrudniającego, ale i osobę zatrudnioną, a więc wskazuje na brak kierownictwa zatrudniającego co do czasu pracy. Innym sposobem jest przyznanie w umowie uprawnienia do konkretyzacji ram czasowych pracy osobie zatrudnionej, z jednoczesnym obowiązkiem uwzględnienia przez nią obiektywnych kryteriów (np. konieczność uwzględnienia interesu zatrudniającego przy podejmowaniu decyzji o skorzystaniu z dni wolnych od pracy). Rozwiązanie takie wydaje się możliwe w przypadku braku albo słabego powiązania organizacyjnego realizacji zobowiązania do pracy z przedsiębiorstwem bądź organizacją zatrudniającego. Wskazuje na charakterystyczną dla stosunku cywilnoprawnego swobodę w wykonywaniu umowy.

Warto również zauważyć, że na zaspokojenie potrzeby odpoczynku osoby wykonującej pracę na podstawie umowy prawa cywilnego ma wpływ treść i sposób realizacji obowiązku współdziałania zatrudniającego w wykonaniu zobowiązania. Przykładowo, obowiązek współdziałania może obejmować udostępnienie osobie zatrudnianej narzędzi pracy, materiałów czy informacji znajdujących się w dyspozycji zatrudniającego, czy też umożliwienie jej dostępu do pomieszczeń zarządzanych przez zatrudniającego. Realizacja tego obowiązku może z kolei prowadzić pośrednio do wyznaczenia ram czasowych wykonywania pracy. Należy jednak zauważyć, że w sytuacji gdy o dostępie tym decyduje jednostronnie zatrudniający, a jednocześnie brak tego dostępu uniemożliwia wykonywanie pracy przez osobę za-

trudnioną, to relacja ukształtowana umową nazwaną prawem cywilnym zbliża się do relacji pracownika i pracodawcy. Zbliża się, ponieważ nadal można znaleźć argumenty za jej odmiennością — np. współdziałanie zatrudniającego warunkuje wykonywanie zobowiązania przez osobę zatrudnioną, ale nadal decyzja co do konkretnych godzin i dni pracy pozostaje zależna od woli tej ostatniej³³.

Uwzględniając elementy składowe prawa do wypoczynku wymienione w art. 66 ust. 2 Konstytucji w kontekście zatrudnienia cywilnoprawnego warto na koniec zwrócić uwagę na jeden z tych elementów składowych, to jest coroczny płatny urlop wypoczynkowy. Aktualne w tym zakresie pozostają uwagi odnośnie umownego, co do zasady, charakteru prawa do odpoczynku, a więc również prawa do urlopu wypoczynkowego. Nowym elementem wymagającym zastanowienia jest powiązanie tego uprawnienia, w ramach swobody umów, z trwałością zatrudnienia. Stałość zatrudnienia można definiować za pomocą kryterium czasu — okres wykonywania pracy (np. przepisy kodeksu pracy uzależniające nabycie prawa do pierwszego urlopu od okresu wykonywania pracy czy uzależniające wymiar urlopu m.in. od stażu pracy oraz wymiaru czasu pracy). Stałość można również rozumieć z perspektywy skutków zobowiązania do trwałego osobistego odpłatnego świadczenia (pracy) na rzecz zatrudniającego — w tym znaczeniu *praca stała* to praca stanowiąca główne źródło dochodu osoby zatrudnionej (por. § 14 rozporządzenia Rady Ministrów z 31 grudnia 1975 r. w sprawie uprawnień pracowniczych osób wykonujących pracę nakładczą, DzU z 1976 r., nr 3, poz. 19 z późn. zm.). Zatrudnienie o charakterze stałym przemawia za wprowadzeniem uprawnienia do urlopu wypoczynkowego do umowy prawa cywilnego³⁴. Wspominana wcześniej obawa przed zakwalifikowaniem takiego zatrudnienia jako pracowniczego z powodu wprowadzenia do umowy postanowienia o prawie do urlopu wypoczynkowego może z kolei prowadzić do ukształtowania tego prawa odmiennie niż w prawie pracy (np. odmienności co do sposobu wyznaczenia terminu urlopu, jego wymiaru, odpłatności, możliwości zastąpienia świadczeniem pieniężnym, terminu wykorzystania urlopu i skutków upływu tego terminu).

Uwagi końcowe

Prawo do odpoczynku kwalifikuje się jako prawo człowieka — prawo z kategorii praw socjalno-ekonomiczno-kulturalnych. Umiejszcza się je w kontekście obowiązku państwa zapewnienia sprawiedliwych, należytych warunków pracy. Uwzględniając specyfikę tej kategorii praw człowieka, a także sposób ujęcia prawa do wypoczynku w Konstytucji RP (por. art. 66 ust. 2 w zw. z art. 233 ust. 3 oraz art. 81 Konstytucji RP), konstytucjonalizacja prawa do wypoczynku nie oznacza przyznania każdemu roszczenia o udzielenie odpoczynku skutecznego wobec państwa czy podmiotu zatrudniającego. Zaspokojenie ludzkiej potrzeby wypoczynku nie musi, ale może realizować się w drodze prawnej.

Odpoczynek jest funkcjonalnie związany z pracą ludzką — pracą jako zjawiskiem trwającym w czasie i angażującym człowieka, a więc z konieczności oddziałującą na jego zdrowie oraz swobodę decydowania o sposobie spędzania czasu. Podstawowym uwarunkowaniem istnienia prawa do odpoczynku jest zatem obowiązek wykonywania pracy osobiście. Dodatkowe uwarunkowanie wynika z wyznaczenia treści obowiązku pracy przez element czasu. W sytuacjach, w których człowiek jest zobowiązany świadczyć pracę osobiście, a element czasu współkształtuje treść tego zobowiązania powstaje potrzeba przerw w pracy podyktowana ludzką potrzebą odpoczynku. Odpowiednio, w sytuacji gdy element czasu nie stanowi kryterium oceny należytego wykonania zobowiązania do pracy, to zatrudniony swobodnie decyduje o przerwach w pracy, odpowiednio o sposobie zaspokojenia jego potrzeby odpoczynku w okresie realizacji umowy.

Zakresem prawa do wypoczynku, o którym mowa w art. 66 ust. 2 Konstytucji, objęte są nie tylko osoby zatrudnione na podstawie stosunku pracy. Ustalenie minimalnego poziomu ochrony prawa do wypoczynku gwarantowanej Konstytucją RP wymaga uwzględnienia różnic pomiędzy zatrudnieniem pracowniczym a zatrudnieniem cywilnoprawnym. Źródłem tych różnic jest właściwy wyłącznie dla stosunku pracy element kierownictwa zatrudniającego nad zatrudnionym (podporządkowanie pracownicze). Występowanie tego elementu uzasadnia odwołanie się do koncepcji praw człowieka celem ustanowienia przez państwo ochrony osoby pracującej w relacjach horyzontalnych z zatrudniającym. W przypadku natomiast zatrudnienia cywilnoprawnego uzasadnienie dla odwołania się do koncepcji praw człowieka nie wynika z natury stosunku cywilnoprawnego. Może natomiast wynikać z presji ekonomicznej mającej swoje źródło w niemożliwość znalezienia innych źródeł utrzymania niż oferowane zatrudnienie cywilnoprawne. Presja ta stawia osobę zatrudnianą w pozycji zależności od podmiotu zatrudniającego. W konsekwencji osłabia mechanizmy ochronne wynikające z autonomii woli stron i zasady wolności umów. Oznacza to, że nie w każdym przypadku zatrudnienia cywilnoprawnego istnieje uzasadnienie dla interwencji państwa, w drodze regulacji ustawowych, w relacje między jednostkami celem zabezpieczenia realizacji ludzkiej potrzeby odpoczynku od pracy.

Prawo do odpoczynku osoby zatrudnionej na podstawie umowy prawa cywilnego *de lege lata* ma, co do zasady, swoją podstawę prawną w uzgodnieniu stron (umowny charakter prawa do odpoczynku) i nie wiąże się z obowiązkiem skorzystania z tego prawa. Oznacza to, że prawo do odpoczynku może nie zostać objęte treścią zobowiązania wynikającego z umowy prawa cywilnego, a jednocześnie brak takiego uzgodnienia, co do zasady, nie będzie skutkowało nieważnością tego zobowiązania.

Na decyzję umawiających się stron co do wprowadzenia do umowy prawa cywilnego postanowień dotyczących prawa do odpoczynku jak i określenia zasad

realizacji tego prawa ma wpływ obawa umawiających się stron przed zakwalifikowaniem zatrudnienia cywilnoprawnego jako zatrudnienie pracownicze, a w szczególności obawa przez skutkami prawnymi takiej kwalifikacji. Jak słusznie zauważono w literaturze, obawa ta może skutkować pominięciem przez umawiające się strony postanowień dotyczących odpoczynku albo ukształtowaniem uprawnień osoby zatrudnionej odmiennie niż uprawnienia pracownicze. Stan taki, w sytuacji gdy system prawa dopuszcza wykonywanie pracy na podstawie umów prawa cywilnego, nie wydaje się pożądany z perspektywy tworzenia warunków sprzyjających realizacji prawa człowieka do odpoczynku.

¹ Na potrzeby dalszych rozważań przyjmuję szersze rozumienie pojęcia zatrudnienie, wykraczające poza świadczenie pracy w ramach stosunku pracy, mimo iż w literaturze przedmiotu wyrażane są zastrzeżenia co do użycia tego pojęcia dla określenia świadczenia pracy na innych podstawach prawnych niż stosunek pracy (por. Góral, 2015, s. 333 i powołana tam literatura).

² Por. Gersdorf, 2013, s. 28, 75 i n. oraz Gersdorf, 2015, s. 293. Autorka dostrzega zatrudnienie w formach pozapracowniczych, w tym na podstawie umów cywilnoprawnych, stawiając tezę o potrzebie ochrony osób żyjących z pracy rąk oraz związania jej zakresu i przedmiotu ze specyfiką zatrudnienia. Z kolei Ł. Pisarczyk wskazuje na konieczność zastanowienia się nad kształtem potencjalnej ochrony osób zatrudnionych nie tylko w sytuacji podporządkowania pracowniczego, ale również ekonomicznej zależności zatrudnionego, wskazując na możliwość zastosowania niektórych konstrukcji ochronnych, np. urlopów wypoczynkowych, w przypadku trwałego zatrudnienia, w ramach którego występuje zależność ekonomiczna zatrudnianego przy słabym podporządkowaniu (zorganizowaniu procesu pracy przez zatrudniającego) (Pisarczyk, 2015, s. 365–57). Odmienną koncepcję na regulację prawną zatrudnienia przedstawia A. Sobczyk, który stawia tezę, że zatrudnienie na podstawie umów cywilnoprawnych nie istnieje, a zarobkowanie możliwe jest albo w formie zatrudnienia pracowniczego, albo samozatrudnienia (Sobczyk, 2018). Teza ta wydaje się sprzeczna z tymi regulacjami ustawowymi, które swoim zakresem podmiotowym obejmują osoby wykonujące pracę na podstawie umowy prawa cywilnego — por. art. 5 i 8 w zw. z art. 3 pkt 5 ustawy z 10 stycznia 2018 r. o ograniczeniu handlu w niedziele i święta oraz niektóre inne dni (DzU poz. 305), z których wynika objęcie ograniczeniem osób wykonujących pracę w handlu i inne czynności związane z handlem na podstawie umowy cywilnoprawnej; art. 1, art. 7 ust. 2 oraz art. 25a i 25b ustawy z 9 lipca 2003 r. o zatrudnianiu pracowników tymczasowych (DzU z 2018 r. poz. 594), w których jest mowa o wykonywaniu pracy tymczasowej na podstawie umowy prawa cywilnego; art. 50 ustawy z 4 lutego 2011 r. o opiece nad dziećmi w wieku do lat 3 (DzU z 2018 r. poz. 603) przewidujący zatrudnienie niani w celu sprawowania opieki na dzieckiem na podstawie umowy o świadczenie usług, do której stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu cywilnego dotyczące zlecenia (umowa uaktywniająca); czy ustawa z 23 maja 1991 r. o związkach zawodowych

(w brzmieniu obowiązującym od 1 stycznia 2019 r.), która obejmuje również osoby wykonujące pracę zarobkową na innej podstawie niż stosunek pracy.

³ <https://sjp.pwn.pl/szukaj/odpoczynek.html> (dostęp 02.09.2018).

⁴ http://www.unesco.pl/fileadmin/user_upload/pdf/Powszechna_Deklaracja_Praw_Czlowieka.pdf (dostęp 03.09.2018).

⁵ Tekst Europejskiej Karty Społecznej w wersji angielskiej <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168006b642> (dostęp 4.09.2018).

⁶ Polska nie jest związana pkt. 2.

⁷ Zgodnie z zrewidowaną EKS, dotychczas nieratyfikowaną przez Polskę — corocznego co najmniej czterotygodniowego płatnego wypoczynku.

⁸ Por. International Labour Organisation, 2011. s. 1 pkt 4. Podobnie założenia przyjęła A. Więcek (Więcek, 2015, s. 10 i n.).

⁹ https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C014 (dostęp 04.09.2018), ratyfikowana przez Polskę, DzU z 1925 r. nr 54, poz. 384.

¹⁰ https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C106:NO (dostęp 4.09.2018); nieratyfikowana przez Polskę.

¹¹ Dz. Urz. UE C 303 z 2007 r., wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 389.

¹² Dz. Urz. UE L 299 z 2003, z. 9 — wydanie specjalne tom 5 rozdział 4, s. 381.

¹³ Wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 47.

¹⁴ Zob. Tabele ekwiwalencyjne — wersja skonsolidowana, Dz. Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 361.

¹⁵ Wyroki TSUE z 14 października 2010 r. *Union syndicale Solidaires Isere*, C-428/09, pkt 27 i 28; z 26 marca 2015 r., *Gérard Fenoll przeciwko Centre d'aide par le travail „La Jeuneve”, Association de parents et d'amis de personnes handicapées mentales (APEI) d'Avignon*, C-316/13, pkt 24–27.

¹⁶ Wyrok TSUE z 14 października 2010 r., *Union syndicale*, pkt 28, wyrok z 26 marca 2015 r., *Fenoll*, pkt 27.

¹⁷ Dz. Urz. UE L 102 z 2006 r., s. 1.

¹⁸ DzU z 2012 r. poz. 1155 ze zm. — zob. art. 2 pkt 6 w zakresie definicji dziennego okresu odpoczynku.

¹⁹ Dz. Urz. UE L 296 z 25.10.2012, s. 1.

²⁰ Koncepcja autonomicznych pojęć konstytucyjnych została przyjęta w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego — przykładowo wyrok TK z 1 grudnia 2008 r., K 37/07 (OTK-ZU 10A/2008/172/1.3.3) dotyczący wykładni konstytucyjnego pojęcia konsument zakresowo szerszej niż wykładnia pojęcia konsument przyjętego w art. 221 k.c.; por. także Sobczyk, 2013, s. 195.

²¹ Por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 26 listopada 1997 r., U 6/96, w którym stwierdzono, że art. 32 Konstytucji nie może być interpretowany jako zakaz różnicowania regulacji sytuacji odmiennych grup społeczno-zawodowych, o ile dane różnicowanie jest przedmiotem uprawnionej dyskusji w społeczeństwie demokratycznym.

²² Zob. Dybowski i Pyrżyńska, 2006, s. 186–190. Autorzy podkreślają, że oznaczenie świadczenia warunkuje istnienie stosunku zobowiązaniowego. Jednocześnie dopuszczają możliwość uzgodnienia stron co do tego, że bliższego oznaczenia świadczenia dokona już po powstaniu zobowiązania jedna ze stron lub osoba trzecia. Zastrzegając przy tym, że w sytuacji, kiedy oznaczenie świadczenia zostało pozostawione jednej ze stron, powinno być ono w zasadzie oparte na obiektywnej podstawie, a nie pozostawione do swobodnego uznania stro-

ny, w przeciwnym razie zobowiązanie w większości wypadków byłoby nieważne.

²³ Co do podwójnej funkcji czasu w przypadku świadczeń ciągłych zob. Radwański, 1969, s. 251; Dybowski i Pyrżyńska, 2006, s. 199.

²⁴ Przykładem objęcia treścią zobowiązania pośrednio elementu czasu będzie sytuacja, w której realizacja obowiązku pracy została uzależniona od dostępu do przedmiotów niezbędnych do wykonywania pracy, w sytuacji gdy o dostępie do nich decyduje zatrudniający (np. praca polegająca na archiwizacji dokumentacji znajdującej się z budynkach zarządzanych przez zatrudniającego).

²⁵ Por. też wyrok SN z 7 marca 2006 r., I PK 146/05 (OSNP 2007/5–6/67), w którym podsumowano wnioski płynące z orzecznictwa Sądu Najwyższego odnośnie rozstrzygania o charakterze prawnym łączącego strony umownego stosunku prawnego, wskazując, że: 1) zatrudnienie nie musi mieć charakteru pracowniczego, a praca może być świadczona także na podstawie umów cywilnoprawnych; 2) umowa cywilnoprawna zawarta przez strony nie musi być kwalifikowana jako jedna z umów nazwanych uregulowanych w kodeksie cywilnym, ponieważ swoboda umów przejawia się także w możliwości dowolnego — w granicach prawa — kształtowania przez strony umów cywilnoprawnych treści ich wzajemnych relacji prawnych.

²⁶ <https://sjp.pwn.pl/szukaj/praca.html> — dostęp 22.09.2018 r.

²⁷ Modyfikacja dotyczy stosunku pracy pracownika tymczasowego — zob. art. 2 pkt 2 ustawy z 9 lipca 2003 r. o zatrudnianiu pracowników tymczasowych.

²⁸ Por. przykładowo wyrok SN z 7 czerwca 2017 r., I PK 176/16 (LEX nr 2300072), w uzasadnieniu którego Sąd Najwyższy podkreślił, że wola stron nie może przełamać normatywnej formuły wyrażonej w art. 22 § 1, § 11 i § 12 k.p., w konsekwencji, że z tych przepisów wynika, iż w pierwszej kolejności badaniu podlega, czy dana praca jest zatrudnieniem w warunkach określonych w art. 22 § 1 k.p., a art. 22 § 12 k.p. stanowi dla pełnej jasności, że w razie wykonywania pracy w warunkach określonych w § 1 tego artykułu nie jest dopuszczalne zastąpienie umowy o pracę umową cywilnoprawną.

²⁹ Rozdział 3a ustawy z 16 kwietnia 2004 r. o czasie pracy kierowców (DzU z 2012 r. poz. 1155), obejmujący — zgodnie z art. 26a w zw. z art. 1 pkt 1a i pkt 1b ustawy — kierowców przedsiębiorców osobiście wykonujących przewozy drogowe oraz osoby niezatrudnione przez przedsiębiorcę, lecz osobiście wykonujące przewozy drogowe na jego rzecz.

³⁰ Ustawa z 10 stycznia 2018 r. o ograniczeniu handlu w niedziele i święta oraz w niektóre inne dni, której zakres zastosowania obejmuje również osoby zatrudnione na podstawie umów cywilnoprawnych — por. definicja zatrudnionego z art. 3 pkt 5 tej ustawy oraz zakres podmiotowy zakazu określonego w art. 5 oraz art. 8 tej ustawy.

³¹ Przepis został uchylony 1 stycznia 2019 r. w związku z wejściem w życie ustawy z 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o związkach zawodowych oraz niektórych innych ustaw (DzU z 2018 r. poz. 1608).

³² Por. wyrok SN z 12 stycznia 1999 r. I PKN 535/98 (OSNP 2000/5/175), w którym jako jeden z elementów daleko obcych stosunkowi pracy i jednocześnie argument przeciwko uznaniu pracowniczego charakteru zatrudnienia zakwalifikowano „odpracowywanie urlopów”. Z ustalonego w sprawie stanu faktycznego wynikało, że w umowie agencyjnej zawartej z zespołem agentów zamieszczono wymagania co do czasu pracy

stacji jako obiektu użytku publicznego, z jednoczesnym pozostawieniem agentom decyzji co do ustalenia grafików dyżurów, jednocześnie agent miał prawo do odpłatnego urlopu wypoczynkowego udzielanego za zgodą zatrudniającego i obowiązek odpracowania okresu urlopu, np. w okresie urlopu innego agenta, przy czym agenci między sobą ustalali terminy urlopów i innych wolnych dni.

³³ Por. wyroki SN z 11 stycznia 2008 r., I PK 182/07, OSNP 2009/5–6/60 i z 7 marca 2006 r., I PK 146/05, OSNP 2007/5–6/67, wraz z głosą krytyczną A. Musiały, która jednak podziela słuszność stanowiska, że godziny funkcjonowania punktu handlowego nie mogą być utożsamiane z obowiązującym pracującego wymiarem i rozkładem czasu pracy (Musiała, 2009).

³⁴ Por. uzasadnienia do projektu kodeksu pracy z kwietnia 2008 r. w zakresie przepisów dotyczących zatrudnienia niepracowniczego, https://www.mpips.gov.pl/gfx/mpips/userfiles/File/Departament%20Prawa%20Pracy/kodeksy%20pracy/KP_04.08_uzasad.pdf (dostęp 1.10.2018 r.). Komisja Kodyfikacyjna przyjęła założenie o potrzebie objęcia ochroną prawa pracy w pewnym stopniu osób zatrudnionych w warunkach upodabniających ich zatrudnienie do zatrudnienia pracowniczego — to jest osób pozostających w zatrudnieniu niepracowniczym wykonujących osobiście i za wynagrodzeniem pracę o charakterze ciągłym lub powtarzającym się na rzecz tego samego podmiotu zatrudniającego. Zdaniem Komisji takie osoby znajdują się w stosunku zależności od podmiotu, który je zatrudnia, a zatrudnienie to stanowi ich główne źródło dochodu.

Bibliografia

- Banaszek, B. (2012). *Komentarz do art. 66 Konstytucji RP. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.
- Bury B. (2015). Dylematy na tle prawa do wypoczynku w zatrudnieniu niepracowniczym typu cywilnoprawnego. *Studia Iuridica Lublinsensia*, XXIV(3).
- Dybowski, T. Pyrzyńska, A. (2006). W: Z. Radwański (red.), *Prawo zobowiązań — część ogólna. Tom 5. System prawa prywatnego*. Warszawa: C.H. Beck.
- Garlicki, L. Jarosz-Zukowska, S. (2016). Komentarz do art. 66 Konstytucji. W: L. Garlicki i M. Zubik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom II*. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe.
- Gersdorf, M. (2013). *Prawo zatrudnienia*. Warszawa: Lexis-Nexis.
- Gersdorf, M. (2015). Od proletariatu do prekariatu, czyli o kierunku rozwoju prawa pracy. W: Z. Hajn Z. i D. Skupień (red.), *Przyszłość prawa pracy. Liber Amicorum. W pięćdziesięciolecie pracy naukowej profesora Michała Seweryńskiego*. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego.
- Góral, Z. (2015). O zakresie podmiotowym prawa pracy w Polsce — wybrane uwagi na tle planów rekodyfikacyjnych. W: Z. Hajn i D. Skupień (red.), *Przyszłość prawa pracy. Liber Amicorum. W pięćdziesięciolecie pracy naukowej profesora Michała Seweryńskiego*. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego.
- International Labour Organisation. (2011). *Working time in the twenty-first century: Discussion report for the Tripartite Meeting of Experts on Working-time Arrangements 2011*, 17–21 October 2011. Genewa: International Labour Organisation.
- Krzywoń A. (2017). *Konstytucyjna ochrona pracy i praw pracowniczych*. Wydawnictwo Wolters Kluwer. LEX-el.
- Kubot, Z. (1978). *Pozycja prawna stron w umownym stosunku pracy*. Wrocław.
- Kubot, Z. (2002). Urlop wypoczynkowy w zatrudnieniu niepracowniczym typu cywilnoprawnego. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, (9).
- Kubot, Z. (2009). Kierownictwo zlecającego jako pojęcie prawne. W: Z. Góral (red.), *Z zagadnień współczesnego prawa pracy. Księga jubileuszowa Profesora Henryka Lewandowskiego*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Liszczyński, T. (2013). Konstytucyjna zasada ochrony pracy. W: G. Uścińska (red.), *Prawo pracy. Refleksje i poszukiwania. Księga jubileuszowa Profesora Jerzego Wrątnego*. Warszawa: IPPS.
- Musiała, A. (2009). *Gdańskie Studia Prawnicze — Przegląd Orzecznictwa*, (9).
- Osiatyński, W. (2011). *Prawa człowieka i ich granice*. Kraków: Znak.
- Pisarczyk, Ł. (2015). Prawo pracy wobec rozwoju zatrudnienia cywilnoprawnego. W: Z. Hajn i D. Skupień (red.), *Przyszłość prawa pracy. Liber Amicorum. W pięćdziesięciolecie pracy naukowej profesora Michała Seweryńskiego*. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego.
- Raczkowski, M. (2018). Oddziaływanie układu zbiorowego pracy na osoby niebędące pracownikami. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, (2).
- Radwański, Z. (1969). Uwagi o zobowiązaniach trwałych (ciągłych) na tle kodeksu cywilnego. *Studia Cywilistyczne, XIII–XIV*. Kraków.
- Sanetra, W. (1997). Prawa (wolności) pracownicze w Konstytucji. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, (11).
- Sangheon, L. McCann, D. Messenger, J. C. (2007). *Working time around the world: trends in working hours, laws and policies in a global comparative perspective*, International Labour Organization, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms_104895.pdf
- Sobczyk, A. (2013). *Prawo pracy w świetle Konstytucji RP. Tom I. Teoria publicznego i prywatnego indywidualnego prawa pracy*. Warszawa: C.H. Beck.
- Sobczyk, A. Buch, A. (2016). Komentarz do art. 66. W: M. Saffjan i L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86*. Warszawa: C.H. Beck.
- Sobczyk, A. (2018). *Podmiotowość pracy i towarowość usług. Analiza prawna*. Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego.
- Świątkowski, A. M. (2006). *Karta Praw Społecznych Rady Europy*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Więcek, A. (2015). *Prawo pracownika do wypoczynku a regulacje czasu pracy*. Lublin: Wydawnictwo UMCS.
- Więcek-Burmańczuk, A. (2017). Konstytucyjne prawo do wypoczynku. *Przegląd Sejmowy*, (5).
- Wujczyk, M. (2007). Wybrane prawa pracownicze w Konstytucji RP — ocena art. 65 i 66 Konstytucji w dekadę jej uchwalenia. W: K. Górka i T. Litwin (red.), *Próba oceny i podsumowania z perspektywy dziesięciolecia stosowania. Zbiór materiałów z ogólnopolskiej Konferencji naukowej Kraków 30–31 marca 2007 r.*

Bezpieczne i higieniczne warunki pracy w zatrudnieniu cywilnoprawnym

Safe and healthy working conditions in civil law employment

dr Michał Raczkowski

Uniwersytet Warszawski, Wydział Prawa i Administracji,
Katedra Prawa Pracy i Polityki Społecznej
m.raczkowski@wpia.uw.edu.pl

ORCID: 0000-0001-5585-9101

Streszczenie Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej zapewnia każdemu bezpieczne i higieniczne warunki pracy (art. 66 ust. 1). W tak stanowczym brzmieniu obejmuje więc ona nie tylko stosunki pracy, ale także stosunki prawne zatrudnienia cywilnoprawnego. Zastosowana metoda regulacji polegająca na powieleniu zasad ochrony przewidzianych dla pracowników budzi jednak szereg zaprezentowanych w artykule wątpliwości teoretycznych i praktycznych.

Słowa kluczowe: zatrudnienie niepracownicze, bezpieczeństwo i higiena pracy.

Summary Constitution of the Republic of Poland (art. 66 sec. 1) guarantees everyone a right to safe and healthy working conditions. This covers both labour law employment relationships as civil law employment ones. However a method of regulation — simple widening of rules applicable to labour employment — constitutes several theoretical and practical doubts hereby presented.

Keywords: civil law employment, safe and healthy working conditions.

JEL: K31

Uwagi wprowadzające

Zawarta w większości artykułów zgromadzonych w niniejszym numerze „Pracy i Zabezpieczenia Społecznego” perspektywa konstytucyjna, w świetle której to ustawa zasadnicza determinuje kształt rozwiązań prawnych dedykowanych dla zatrudnienia niepracowniczego, ma także zastosowanie w odniesieniu do problematyki bezpieczeństwa i higieny pracy. Ocena treści art. 304 k.p. (w szczególności jego § 1 i § 3) możliwa jest więc i uzasadniona przez pryzmat art. 66 ust. 1 Konstytucji nakazującego zapewnienie każdemu bezpiecznych i higienicznych warunków pracy.

Nie oznacza to jednak, że norma konstytucyjna leży u podstaw przywołanej regulacji kodeksu pracy (tak jednak, jak się wydaje, Liszcz, 2013 s. 43–44). Godzi się przypomnieć, że unormowania rozszerzające ochronę prawa pracy na zatrudnienie niepracownicze w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy mają historię znacznie dłuższą aniżeli inne rozwiązania prawa pracy. Jak słusznie przypomina w literaturze T. Wyka (2000, s. 167), już art. 47 ustawy z 30 marca 1965 r. o bezpieczeństwie i hi-

gienie pracy (DzU nr 13 poz. 91 ze zm.) przewidywał, że normy ustawy będą stosowane do osób stale wykonujących pracę na innej podstawie niż stosunek pracy na warunkach określonych w rozporządzeniu Rady Ministrów. Podkreślając historyczne uwarunkowanie istnienia takiej ochrony, warto także zwrócić uwagę, że jej szczegóły miały być określone w akcie niższego rzędu. Z punktu widzenia określoności obowiązków podmiotu zatrudniającego miało to istotne znaczenie, do czego jeszcze nawiążę.

Wracając natomiast do obecnie obowiązującego stanu prawnego trzeba przypomnieć, że o ile treść art. 304 § 1 k.p. w pierwotnym brzmieniu obejmowała jedynie uczniów i studentów, o tyle jego obecnie obowiązujące brzmienie — odnoszące się do (wszelkich) osób wykonujących pracę na rzecz podmiotu będącego pracodawcą na podstawie innej niż stosunek pracy — zostało nadane w zasadniczej części już w 1996 r. (nowelizacja dokonana ustawą 2 lutego 1996 r. ze skutkiem od 2 czerwca 1996 r.). Artykuł 304 § 1 k.p. poprzedził więc także ustawę zasadniczą, choć oczywiście jego zakres podmiotowy uzyskał obecne brzmienie dopiero ze skut-

kiem od 1 lipca 2007 r. (kiedy to obecne brzmienie uzyskał także art. 304 § 3 k.p.). W tym więc zakresie można upatrywać roli standardu konstytucyjnego, choć — o czym będzie mowa w dalszym wywodzie — nie do końca udało się uczynić ustawodawcy udanie.

Metoda regulacji

Przywołany już art. 304 k.p. zawiera dwie normy interesujące z punktu widzenia niniejszej analizy. W § 1 tego przepisu nakazuje pracodawcy zapewnić bezpieczne i higieniczne warunki pracy, o których mowa w art. 207 § 2 k.p., osobom fizycznym wykonującym pracę na innej podstawie niż stosunek pracy w zakładzie pracy lub w miejscu wyznaczonym przez pracodawcę, a także osobom prowadzącym w zakładzie pracy lub w miejscu wyznaczonym przez pracodawcę na własny rachunek działalność gospodarczą. Chodzi tu więc o przypadki, w których podmiot mający status pracodawcy w rozumieniu art. 3 k.p. zatrudnia nie tylko pracowników, ale także inne osoby na podstawach innych niż stosunek pracy. Pozostawiałoby to poza zakresem regulacji te podmioty, które w ogóle nie korzystają z pracowniczych form zatrudnienia. W związku z tym w art. 304 § 3 k.p. rozszerzono obowiązki wynikające z art. 207 § 2 k.p. na przedsiębiorców niebędących pracodawcami, organizujących pracę wykonywaną przez osoby fizyczne na innej podstawie niż stosunek pracy, oraz osoby prowadzące na własny rachunek działalność gospodarczą. W tym przypadku zastosowanie art. 207 § 2 k.p. ma mieć charakter odpowiedni.

Norma, do której odsyłają obie jednostki redakcyjne art. 304 k.p., zakłada *in principio*, że pracodawca ma obowiązek chronić zdrowie i życie pracowników przez zapewnienie bezpiecznych i higienicznych warunków pracy przy odpowiednim wykorzystaniu osiągnięć nauki i techniki. Artykuł 207 § 2 k.p. zawiera także przykładowe wyliczenie obowiązków pracodawcy, które w istocie wyczerpują całokształt regulacji działu dziesiątego kodeksu pracy.

Nie przesądzając jeszcze szczegółów odnoszących się do zakresu przedmiotowego tego odesłania, można hipotetycznie zakładać, że dla ochrony warunków pracy w zatrudnieniu niepracowniczym typu cywilnoprawnego ustawodawca przewiduje tę samą metodę regulacji co dla pracowników. Nie bez przyczyny wiąże przecież powstanie tych obowiązków z wykonywaniem pracy w zakładzie pracy lub innym miejscu wyznaczonym przez pracodawcę (podmiot zatrudniający).

Metoda ta ma charakter swoiście kolektywny. Na pracodawcę nakładane są bowiem obowiązki dbałości o zdrowie i życie wszystkich pracowników, a zatem ich adresatem jest załoga. Stanowi to — jak można zakładać — pochodną uprawnień pracodawcy do organizowania skooperowanego procesu pracy. Większość obowiązków pracodawcy w zakresie bhp nie ma odpowiednika w postaci roszczenia indywidualnego pracownika o ich spełnienie (tak Jończyk, 1995, s. 384). Niekiedy przyjmuje się, że obowiązki te obciążają pracodawcę nie tyle wobec pracownika, ile wobec państwa (tak np. Szubert, 1976, s. 205–206). Wydaje się jednak, że nie nale-

ży wyłączać omawianych obowiązków z treści stosunku pracy, lecz przyjąć, iż ich realizacja następuje dzięki interwencji organów państwa, ewentualnie przy użyciu metod zbiorowego prawa pracy (tak Wyka, 2003, s. 227–228). Jeśli pojedynczy pracownik korzysta zatem z ochrony jego zdrowia i życia, to w wielu aspektach jako członek załogi.

Oczywiście nie oznacza to, że część z obowiązków pracodawcy nie jest adresowana do indywidualnie określonego zatrudnionego. Profilaktyczna ochrona zdrowia (art. 229 k.p.), obowiązki informacyjne o ryzyku zawodowym, szkolenie bhp (art. 237³ k.p.) czy obowiązek dostarczenia środków ochrony indywidualnej, odzieży i obuwia roboczego (art. 237⁶ k.p.) adresowane są wyraźnie do zindywidualizowanych pracowników.

Syntetyczne te uwagi prezentują nie bez przyczyny. Pokazują one bowiem umiejscowienie obowiązku dbania o bezpieczne i higieniczne warunki pracy w odniesieniu do pracowników w systemie prawa pracy zorientowanym na skooperowany proces pracy, realizowany pod kierownictwem pracodawcy. Proces ten ma — w założeniu regulacji — charakter trwały, stąd długookresowe są poszczególne obowiązki dbania o warunki pracy i powiązane z nimi uprawnienia pracowników.

Założenia te mogą okazać się trudne w realizacji w odniesieniu do osób zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych. Nie negując zasadności obejmowania ich ochroną, czego wyrazem pozostaje art. 66 ust. 1 Konstytucji, trzeba zauważyć, że ich praca — w założeniu cechująca się znaczną swobodą i niezależnością od podmiotu zatrudniającego — nie zawsze i nie we wszystkich aspektach może korzystać z ochrony przewidzianej dla procesów pracy organizowanych i nadzorowanych przez pracodawcę. Wątpliwości z tym związane będą przedmiotem dalszych uwag.

Adresaci obowiązków w świetle art. 304 k.p.

Przyjęta w niniejszym artykule perspektywa konstytucyjna mogłaby skłaniać do patrzenia na problematykę zapewniania bezpiecznych i higienicznych warunków pracy z perspektywy osoby zatrudnionej. Konstruując art. 304 k.p. ustawodawca przyjął jednak inną optykę. Uprawnienie osoby zatrudnionej stanowi dalszą konsekwencję tej normy. Została ona bowiem zbudowana przez określenie podmiotu zatrudniającego i nałożenie nań określonych obowiązków.

Od strony podmiotowej nie budzi wątpliwości nakazywanie pracodawcy, by zapewnił odpowiednie warunki pracy nie tylko swoim pracownikom, ale także innym osobom. Zatrudnienie choćby jednego pracownika w rozumieniu art. 3 k.p. rodzi zatem dla niego obowiązek zapewniania warunków pracy nie tylko tej osobie, ale także innym — zatrudnionym niepracowniczo. Nie ma także znaczenia przedmiot działalności pracodawcy. Niezależnie od tego, czy prowadzi on działalność gospodarczą czy też nie, czy jest pracodawcą z sektora prywatnego czy publicznego, obejmuje go odesłanie z art. 304 § 1 k.p.

Wątpliwości pojawiają się natomiast w przypadku podmiotów niebędących pracodawcami, a zatem takich, którzy nie zatrudniają ani jednej osoby w ramach stosunku pracy. Konieczność realizowania obowiązków, o których mowa w art. 207 § 2 k.p., stosowanych odpowiednio, nałożona została jedynie na przedsiębiorców (art. 304 § 3 k.p.). Poza ochroną pozostają osoby zatrudniane na podstawie innej niż stosunek pracy przez osoby fizyczne niemające statusu pracodawców. W literaturze spotyka się krytyczne ujęcie takiego rozwiązania (Nycz, 2008, s. 1084).

Godzi się jednak zauważyć, że chodzić tu będzie z zasady o czynności wykonywane dla potrzeb domowych osoby zatrudniającej lub opieki nad domownikami. W tych warunkach zagrożenia dla zdrowia i życia osoby zatrudnionej co do zasady nie wydają się na tyle znaczące, by nakładać na osobę zatrudniającą obowiązki z zakresu bhp tak jak na pracodawcę. Co więcej, nałożenie obowiązków z zakresu bhp mogłoby nie tyle zwiększyć ochronę osób zatrudnionych, ile przenieść to zatrudnienie do kategorii nierejestrowanego (szerzej o problemie legalnego zatrudnienia przez osoby fizyczne np. Lewandowicz-Machnikowska, 2018, s. 86 i n.).

Z drugiej strony należy mieć na względzie, że status przedsiębiorców nie posiadają — dla przykładu — osoby prowadzące działalność rolniczą (por. art. 6 ustawy z 6 marca 2018 r. — Prawo przedsiębiorców). Może się zatem zdarzyć, że w niektórych przypadkach można i należałoby oczekiwać zapewnienia przez podmiot zatrudniający bezpiecznych i higienicznych warunków pracy nawet gdy podmiot taki nie ma statusu przedsiębiorcy. Wydaje się, że lepszą metodą byłoby objęcie obowiązkiem wszystkich, którzy zatrudniają osobę fizyczną na podstawie innej niż umowa o pracę dla celów związanych nie tylko z działalnością gospodarczą, ale i zawodową.

Osoby uprawnione i ich relacja z podmiotem zatrudniającym

Zatrudnieni, którzy mają podlegać ochronie, wskazani są w art. 304 k.p. (zarówno w § 1 jak i § 3) częściowo przez negację (osoby wykonujące pracę na podstawie innej niż stosunek pracy), a częściowo pozytywnie (osoby prowadzące na własny rachunek działalność pozarolniczą). Celowość takiego podziału budzi zastrzeżenia.

Sugeruje bowiem, że osoby wykonujące działalność gospodarczą nie pozostają w bezpośredniej relacji prawnej z pracodawcą lub przedsiębiorcą. W takim przypadku byłyby one przecież traktowane jak osoby wykonujące pracę na podstawie innej niż stosunek pracy.

Nie można jednak przyjmować, że w stosunku do prowadzących działalność pracodawca lub przedsiębiorca obciążony jest obowiązkami wynikającymi z art. 207 § 2 k.p. w jakiś bezwzględny sposób. W przypadku, gdy podmiotem obowiązany jest pracodawca, przesłankę objęcia ochroną stanowi prowadzenie działalności w zakładzie pracy lub innym miejscu wyznaczonym przez pracodawcę. W przypadku przedsiębiorcy chodzi

o sytuację, gdy organizuje on pracę wykonywaną przez prowadzącego działalność gospodarczą. O samym tym rozróżnieniu będzie jeszcze mowa niżej. Syntetyzując natomiast obie okoliczności nie da się nie zauważyć, że określenie miejsca prowadzenia działalności przez pracodawcę (w jego zakładzie lub gdzie indziej z jego wskazania) musi mieć odrębną podstawę. Podobnie przedsiębiorca musi dysponować podstawą dla organizowania pracy osoby prowadzącej działalność gospodarczą.

Brak konsekwencji ustawodawcy widać zresztą także w — wynikającym z art. 304 § 1 k.p. — podziale na osoby fizyczne i osoby prowadzące działalność gospodarczą, tak jakby te ostatnie nie miały statusu osób fizycznych. Inaczej — prawidłowo — ujęto tę kwestię w art. 304 § 3 k.p. uznając zarówno przedsiębiorców jak i nieprzedsiębiorców za osoby fizyczne. Mankament ten, jak sądzę, wynika z niedostatków legislacyjnych. Warto bowiem zauważyć, że do tej rozbieżności doprowadziła jedna i ta sama nowelizacja (dokonana w przepisach końcowych ustawy z 13 kwietnia 2007 r. o Państwowej Inspekcji Pracy).

Nie przeszkadza to stawiać — zarówno co do treści § 1 jak i § 3 tego przepisu — zarzutu, że posługuje się różnymi kryteriami dla określenia kręgu osób chronionych — rodzajem umowy o zatrudnienie oraz statusem podmiotowym. Podział taki tłumaczą jedynie względy „edukacyjne”. W mojej ocenie wystarczające byłoby określenie, że chodzi o osoby zatrudnione na podstawie innej niż stosunek pracy, z ewentualnym uzupełnieniem, że mieszczą się w tym także osoby prowadzące działalność gospodarczą.

Przechodząc natomiast do kolejnego — zasygnalizowanego już — zagadnienia, należy podkreślić raz jeszcze różnice w przesłankach, w świetle których podmiot zatrudniający obowiązany jest zapewnić zatrudnionym ochronę. W przypadku pracodawcy wchodzi w grę określenie miejsca wykonywania pracy, w przypadku przedsiębiorcy — jej organizowanie. W literaturze przedmiotu oceniono to rozwiązanie krytycznie (Wyka, 2007, s. 336–337; Prusinowski, 2018, uwaga 6) jako prowadzące do zapewnienia osobom zatrudnionym przez przedsiębiorcę szerszej ochrony niż tym, których zatrudniają pracodawcy. Dla przykładu bowiem (Wyka, 2000, s. 168) osobom zatrudnianym przez pracodawcę nie przysługuje ochrona, gdy wykorzystują do pracy narzędzia lub urządzenia przez niego udostępnione, lecz w miejscu przez siebie wybranym. Ochrona taka byłaby jednak konieczna w przypadku osób zatrudnionych przez przedsiębiorcę, w którym to przypadku przekazanie narzędzi czy innych sprzętów mieści się w granicach „organizowania” przez niego pracy.

Także dla tej rozbieżności podstaw upatruję w niefortunnym zabiegu legislacyjnym dokonanym wraz z wejściem w życie ustawy z 13 kwietnia 2007 r. o Państwowej Inspekcji Pracy. Zrozumiałe pozostaje, że objęcie obowiązkami wynikającymi z art. 207 § 2 k.p. podmiotów niebędących pracodawcami nie mogło uwzględnić takiego kryterium jak umiejscowienie pracy w zakładzie pracy — przedsiębiorca takowego nie posiada. Z kolei określanie przez niego miejsca wykonywania pracy mogłoby sugerować akceptację ustawodawcy dla

omijania art. 22 § 1 k.p. (czego zakazują § 1¹ i § 1² tego przepisu) mając na uwadze, że określanie miejsca (*inter alia*) wykonywania pracy pozostaje typowe dla stosunku pracy. Bardziej racjonalne byłoby jednak w związku z tym posłużenie się formułą „organizowanie pracy” także w art. 304 § 1 k.p.

Rozróżnienie sytuacji pracodawcy i przedsiębiorcy potwierdzają zresztą zaprezentowane wyżej rozważania o specyfice norm działu dziesiątego kodeksu pracy jako adresowanych do podmiotu prowadzącego zorganizowany i kierowany przez siebie proces pracy. W jeszcze większym stopniu widać to jednak w odniesieniu do zakresu przewidzianej ochrony — treści odesłania do art. 207 § 2 k.p.

Zakres ochrony wynikający z odesłania do art. 207 § 2 k.p.

Jak wynika zarówno z § 1 jak i § 3 art. 304 k.p., obowiązek zapewnienia bezpiecznych i higienicznych warunków pracy, o których mowa w art. 207 § 2 k.p., spoczywa tak na pracodawcy, jak i na przedsiębiorcy. Różnica tkwi jednak w nakazie odpowiedniego ich stosowania w przypadku drugiego z tych podmiotów.

Fakt, że ustawodawca posłużył się tą konstrukcją w odniesieniu do przedsiębiorców, stanowi wyraz przeświadczenia, że warunki prowadzenia działalności i wykorzystywania w jej ramach osób zatrudnionych w ramach podstaw niepracowniczych odbiegają od specyfiki działania przedsiębiorcy jako pracodawcy. Jak przyjmuje się w literaturze (Nowacki, 1964), celem odesłania do odpowiedniego stosowania pozostaje nie tylko ograniczenie pojemności aktu prawnego, ale także wykorzystanie istniejących przepisów do innego zakresu odniesienia z zachowaniem jego specyfiki. Odpowiednie stosowanie może polegać na wykorzystaniu określonej regulacji wprost, z modyfikacją lub nawet odmowy jej wykorzystania. Istnieje zatem możliwość nałożenia na przedsiębiorcę określonych obowiązków wynikających z art. 207 § 2 k.p., nałożenia ich z niezbędnymi zmianami lub stwierdzenia, że określone obowiązki go nie obciążają. Można pokusić się o tezę, że rozwiązanie to w pewnej mierze mogłoby rekompensować przedsiębiorcy konieczność stosowania art. 207 § 2 k.p. względem wszystkich osób, których pracę on organizuje, niezależnie od miejsca, w którym się to odbywa.

O tym, czy rzeczywiście można mówić o tego rodzaju „rekompensacie” (i racjonalności zaniechania wprowadzenia klauzuli stosowania odpowiedniego w art. 304 § 1 k.p.), świadczy przede wszystkim rzeczywista treść odesłania — zakres obowiązków nakładanych na przedsiębiorcę i pracodawcę. Nie da się ukryć, że zastosowana przez ustawodawcę formuła rodzi daleko idące wątpliwości.

Pozornie odesłanie obejmuje tylko jedną jednostkę redakcyjną — art. 207 § 2 k.p. Zawiera on jednak niezwykle szeroki zakres obowiązków. Jak wynika z jego treści, *in principio* pracodawca musi chronić zdrowie i życie pracowników przez zapewnienie bezpiecznych i higienicznych warunków pracy przy odpowiednim wy-

korzystaniu osiągnięć nauki i techniki. Następujące po tej dyspozycji wyliczenie obowiązków pracodawcy ma jedynie charakter przykładowy. Wydaje się ono skupiać przede wszystkim na faktycznych aspektach przebiegu procesu pracy i to w sposób aktywny. Pracodawca musi więc nie tylko organizować pracę w sposób zapewniający jej bezpieczne i higieniczne warunki (pkt 1), co uwzględnia niejako stan bieżący, ale także adaptować swe działanie do zmieniających się okoliczności (reagować na pojawiające się potrzeby i dostosowywać środki ochrony do nowych wymagań, pkt 3). Jego aktywności wymaga także planowanie działań zapobiegających wypadkom przy pracy i chorobom zawodowym (pkt 4). Takie ujęcie nie dziwi, jeśli uwzględnić — podkreślany od dawna w literaturze — przedmiot ochrony i dynamizm szeroko pojmowanych procesów pracy, utrudniających objęcie ich efektywną, a jednocześnie precyzyjną regulacją prawną (Szubert, 1966, s. 91 i n.).

Wymienione tu obowiązki mogłyby być potraktowane jako oczekiwany przez ustawodawcę efekt działania pracodawcy czy przedsiębiorcy (na zasadzie odesłania z art. 304 k.p.) bez wskazywania konkretnych środków, jakie do tego celu zmierzają. Innymi słowy można byłoby upatrywać dopuszczalnej elastyczności w ich doborze w odniesieniu do osób pozostających w zatrudnieniu niepracowniczym. Taka elastyczność nie wymagałaby realizowania tych wszystkich obowiązków, które w dziale dziesiątym kodeksu pracy ustawodawca nakłada na pracodawcę w stosunku do pracowników.

Założenie takie wymaga jednak weryfikacji z uwagi na treść pozostałych obciążeń pracodawcy (a zatem i przedsiębiorcy) wynikających z art. 207 § 2 k.p. W generalnym ujęciu art. 207 § 2 pkt 2 k.p. ustawodawca nakazuje mu zapewniać przestrzeganie w zakładzie pracy przepisów oraz zasad bezpieczeństwa i higieny pracy, wydawać polecenia usunięcia uchybień w tym zakresie oraz kontrolować wykonanie tych poleceń. Idą za tym obowiązki wykonywania nakazów, wystąpień, decyzji i zarządzeń wydawanych przez organy nadzoru nad warunkami pracy, a także zaleceń społecznej inspekcji pracy (pkt 6 i 7). Formułowany jest w tym kontekście wniosek, że dyspozycja art. 304 § 1 k.p. i art. 304 § 3 k.p. w istocie nie ograniczają się tylko do jednej jednostki redakcyjnej (art. 207 § 2 k.p.), ale do całego działu dziesiątego kodeksu pracy.

Ze stanowiskiem takim trudno się zgodzić. Oznaczałoby ono bowiem, że na pracodawcy spoczywają w stosunku do osób zatrudnionych na podstawie innej niż stosunek pracy wszystkie obowiązki — takie same jak względem pracowników. Obejmowałoby to zarówno zobowiązania adresowane do nich w sposób niezindywidualizowany jak i te, które ustawodawca wyraźnie kieruje w relacji pracodawca-indywidualny pracownik. Pracodawca musiałby zatem ponosić koszty profilaktycznej ochrony zdrowia (art. 229 k.p.), szkolenia bhp (art. 237³ k.p.) i dostarczenia środków ochrony indywidualnej, odzieży i obuwia roboczego (art. 237⁶ k.p.). O ile pozostaje to zrozumiałe w kontekście zasady ryzyka pracodawcy i adekwatne do specyfiki stosunku pracy (prowadzenie badań lekarskich i szkoleń w godzinach pracy),

o tyle trudno przenosić te same obowiązki w stosunku do osób prowadzących działalność gospodarczą. Jej wykonywanie na własne ryzyko — łącznie z objęciem ubezpieczeniem wypadkowym — oznacza w mojej ocenie, że zapewnienie środków ochrony i materiałów/narzędzi potrzebnych do wykonywania pracy spoczywa na samych tych osobach. Nie jest to także wykluczone w przypadku osób zatrudnionych na podstawie umów innych niż umowy o pracę niebędących przedsiębiorcami.

Przyjęcie, że wynikające z art. 304 § 1 k.p. odesłanie do art. 207 § 2 k.p. obejmuje wszystkie obowiązki określone w dziale dziesiątym kodeksu pracy, pozostawiałoby niespójne z treścią art. 304 § 3 k.p. Na przedsiębiorcy obowiązki te spoczywają przecież na zasadzie odesłania odpowiedniego. Nie znajduję uzasadnienia dla wniosku, że w stosunku do osoby wykonującej działalność gospodarczą pracodawca ma obowiązki inne niż przedsiębiorca.

W mojej ocenie odesłanie z art. 304 k.p. — zarówno § 1 jak i § 3 — należy rozumieć jako odesłanie do obowiązków podmiotu zatrudniającego (wynikających z działu dziesiątego), lecz już nie uprawnień indywidualnie przysługujących osobie zatrudnionej. Chodzi zatem przede wszystkim o wszelkie obowiązki adresowane w relacji pracodawca-załoga. Tym należy tłumaczyć stosowanie art. 207 § 2 k.p. do pracodawcy wprost, a do przedsiębiorcy — odpowiednio. Dla pracodawcy obowiązki te wynikają przecież ze statusu pracodawcy i musi je realizować względem swoich pracowników. Nie ma zatem przeszkód, by rozszerzyć je na osoby niebędące pracownikami. Inaczej rzecz ma się w przypadku przedsiębiorców — ponieważ nie muszą oni do momentu zatrudnienia kogokolwiek stosować analogicznych jak pracodawcy procedur, ich dobór musi być warunkowany specyfiką pracy wykonywanej przez osoby zatrudnione.

Nie oznacza to oczywiście, że tak rozumiane odesłanie z art. 304 § 1 k.p. i art. 304 § 3 k.p. zwalnia pracodawcę czy przedsiębiorcę z konieczności zapewnienia, że wykonawca pracy zna zasady jej bezpiecznego świadczenia i dysponuje środkami, które to zapewnią, i że pozwala na to jego stan zdrowia. Chodzi jedynie o to, by dobór tych środków pozostawał w gestii stron umów o zatrudnienie niepracownicze. Nie widzę bowiem przeszkód, by zapewnienie osobom prowadzącym działalność gospodarczą bezpiecznych i higienicznych warunków pracy odbywało się za pomocą ich własnych narzędzi i środków ochrony indywidualnej, odzieży czy obuwia roboczego — po sprawdzeniu wszakże przez podmiot zatrudniający ich adekwatności.

Kończąc te rozważania wypada nawiązać do przypomnianego w uwagach wprowadzających art. 47 ustawy z 30 marca 1965 r. o bezpieczeństwie i higienie pracy. Uregulowanie w akcie niższego rzędu szczegółowych obowiązków pracodawców i przedsiębiorców w stosunku do niepracowników ułatwiałoby z pewnością praktyczną ich realizację.

Wnioski

Ustawodawca konstytucyjny w art. 66 ust. 1 wymaga zapewnienia bezpiecznych i higienicznych warunków pra-

cy nie tylko pracownikom, ale wszelkim osobom wykonującym pracę. Polski prawodawca realizuje ten obowiązek — co wymaga podkreślenia — od wielu lat i to poprzedzających wejście w życie obecnej ustawy zasadniczej. Jego szczegółowa treść pozostawia jednak liczne wątpliwości. Po pierwsze, ograniczenie się do pracodawców i przedsiębiorców może pozostawić poza zakresem ochrony osoby zatrudnione przez inne podmioty dla celów ich działalności zawodowej wiążącej się z ryzykiem dla zdrowia i życia. Nie byłoby jednak w mojej ocenie uzasadnione rozciąganie obowiązków na osoby fizyczne zatrudniające inne osoby fizyczne na podstawach cywilnoprawnych dla celów osobistych. Po drugie, niezrozumiałe pozostaje rozróżnienie przesłanek objęcia ochroną ujętych w art. 304 § 1 i 3 k.p. Posługiwanie się kryterium miejsca wykonywania pracy (gdy idzie o pracodawców) i kryterium „organizowania pracy” w przypadku przedsiębiorców nie ma racjonalnego uzasadnienia. Po trzecie, co stanowi chyba najpoważniejszy zarzut, polski prawodawca nie ma ściśle sprecyzowanej koncepcji co do zakresu obowiązków z zakresu bhp, jakie w stosunku do niepracowników mają realizować pracodawcy i przedsiębiorcy. Odesłanie do „obowiązków, o których mowa w art. 207 § 2 k.p.”, stanowi w istocie przerzucenie ciężaru interpretacji na podmioty stosujące prawo. Tworzy to nie tylko niepewność po stronie podmiotów zatrudniających, ale także po stronie samych zatrudnionych, a wreszcie — może utrudniać ich egzekwowanie przez organy kontroli pracy.

Bibliografia

- Jończyk, J. (1995). *Prawo pracy*. Warszawa.
- Lewandowicz-Machnikowska, M. (2018). Osoba fizyczna jako pracodawca. *Przegląd Prawa i Administracji*, CXII. Wrocław.
- Liszczyński, T. (2013). Konstytucyjna zasada ochrony pracy. W: G. Uścińska (red.), *Prawo pracy. Refleksje i poszukiwania. Księga jubileuszowa prof. Jerzego Wrątego*. Warszawa.
- Nowacki, J. (1964). Odpowiednie stosowanie przepisów prawa. *Państwo i Prawo*, (3).
- Nycz, T. (2008). W: B. Wagner (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*. Gdańsk.
- Prusinowski, P. (2018). Uwagi do art. 304. W: K. W. Baran (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*. Warszawa.
- Szubert, W. (1966). *Ochrona pracy. Studium społeczno-prawne*. Warszawa.
- Szubert, W. (1976). *Zarys prawa pracy*. Warszawa.
- Wyka, T. (2000). Bezpieczeństwo i ochrona zdrowia w zatrudnieniu niepracowniczym typu cywilnoprawnego. W: Z. Kubot (red.), *Szczególne formy zatrudnienia*. Wrocław.
- Wyka, T. (2003). *Ochrona zdrowia i życia pracownika jako element treści stosunku pracy*. Warszawa.
- Wyka, T. (2007). Konstytucyjne prawo każdego do bezpiecznych i higienicznych warunków pracy a zatrudnienie na innej podstawie niż stosunek pracy oraz praca na własny rachunek — uwagi de lege ferenda. W: *Człowiek, uczony, obywatel. Księga jubileuszowa prof. Urszuli Jackowiak*. Gdańsk.

Ochrona rodzicielstwa osób zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych

The protection of parenthood of the persons employed on the base of civil contracts

dr hab. Monika Latos-Miłkowska

Uniwersytet Warszawski, Wydział Prawa i Administracji,
Katedra Prawa Pracy i Polityki Społecznej
m.latos-milkowska@wpia.uw.edu.pl

Streszczenie Zgodnie z art. 18 Konstytucji macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną Rzeczypospolitej Polskiej. Dodatkowo, zgodnie z art. 71 ust. 2 Konstytucji, matka przed i po urodzeniu dziecka ma prawo do szczególnej pomocy władz publicznych. Te postanowienia Konstytucji znajdują zastosowanie nie tylko do osób zatrudnionych na podstawie stosunku pracy, lecz także do osób zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych. Zakres gwarantowanej ochrony nie musi być jednak jednakowy i może się różnić w zależności od podstawy zatrudnienia. Celem artykułu jest analiza ochrony udzielanej w związku z rodzicielstwem osobom zatrudnionym na podstawie umów cywilnoprawnych na tle ochrony gwarantowanej pracownikom oraz odpowiedź na pytanie, na ile obecne zróżnicowanie ochrony rodzicielstwa osób zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych jest obiektywnie uzasadnione, a na ile nie ma takiego uzasadnienia.

Słowa kluczowe: rodzicielstwo, macierzyństwo, zatrudnienie, zasiłek macierzyński, umowa zlecenia, ochrona.

Summary According to art. 18 of the Polish Constitution, motherhood and parenthood are under the protection of the Republic. Additionally, pursuant to art. 71 par. 2 of the Constitution of the Republic of Poland, mothers before and after childbirth have the right to special assistance from public authorities. These provisions of the Constitution are applicable not only to persons employed on the basis of an employment relationship but also to persons employed under civil law contracts. However, the scope of guaranteed protection does not have to be the same and may vary depending on the basis of employment. This study is an attempt of critical analyse of the protection granted in relation with parenthood to persons employed on the basis of civil law contracts. In the result it should be possible to show to what extent the current diversity of protection of parenthood of persons employed under civil law contracts is objectively justified, and to what extent there is no such justification.

Keywords: parenthood, maternity, employment, maternity allowance, contract of mandate, protection.

JEL: K31

Uwagi wprowadzające

Ochrona rodzicielstwa znajduje aksjologiczne podstawy w Konstytucji RP. Zgodnie z art. 18 Konstytucji małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej. Artykuł 71 ust. 2 stanowi natomiast, że matka przed i po urodzeniu dziecka ma prawo do szczególnej pomocy władz publicznych, której zakres określa ustawa. Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, z regulacji tych wynika podstawowa zasada polityki społecznej i gospodarczej w stosunku do rodzicielstwa. Zakłada to szczególne powinności po

stronie władz publicznych, które są obowiązane ustanowić odpowiednie instytucje prawne, zapewniające macierzyństwu i rodzicielstwu trwałe miejsce w polskim systemie prawnym (Krzywoń, 2017, s. 320).

Powyższe regulacje są niezwykle istotne w sferze pracy — skutkują one koniecznością przyjęcia szczególnych instrumentów realizujących postulat ochrony pracy. Dotyczy to nie tylko (choć zapewne w sposób szczególny) osób wykonujących pracę w ramach stosunku pracy, ale także osób świadczących pracę na innych podstawach. Zarówno art. 24 Konstytucji jak i art. 71 ust. 2 nie ograniczają się tylko do zatrudnienia pracowniczego. Każda aktywność jednostki, która

w sposób trwały lub ciągle podejmuje zorganizowane świadczenia na rzecz jednego podmiotu i jest od niego uzależniona ekonomicznie, powinna zostać objęta ochroną na podstawie art. 24 Konstytucji. Konstytucyjny standard ochrony jest ustanowiony w interesie publicznym i z tego względu nie powinien podlegać wyłączeniu na podstawie swobodnej decyzji, po stronie pracownika często iluzorycznej, co do wyboru formy zatrudnienia. Nie oznacza to jednak, że w przypadku każdego zatrudnienia w rozumieniu konstytucyjnym intensywność ochrony pracy musi być jednakowa (Krzywoń, 2017, s. 152).

Zagwarantowana w konstytucji ochrona rodzicielstwa ma zatem charakter uniwersalny.

Ochrona rodzicielstwa i związane z nią uprawnienia nie mogą być więc ograniczone tylko do osób wykonujących pracę na podstawie stosunku pracy. Ochrona ta powinna obejmować także osoby zatrudnione na podstawie umowy innej niż stosunek pracy, zwłaszcza w sytuacji, w której zatrudnienie to stanowi główne źródło utrzymania danej osoby. Jak zauważa R. Babińska-Górecka, zatrudnienie na podstawie umów cywilnoprawnych stało się w ostatnim trzydziestoleciu coraz częstszym podstawowym źródłem utrzymania dla coraz większej liczby osób. Tym samym nie ma istotnej różnicy w sytuacji społecznej pracowników i wielu niepracowników. Wobec podobieństw faktycznej sytuacji ekonomicznej osób wykonujących pracę na podstawie umów cywilnoprawnych do sytuacji pracowników można uznać, że umowy takie kreują faktyczne zatrudnienie. Określenie to stanowi konstatację faktów społecznych dotyczących rynku pracy. Osoby wykonujące pracę na podstawie umów cywilnoprawnych znalazły się w podobnej sytuacji co pracownicy i w związku z tym nie jest uzasadnione ich odmienne traktowanie w prawie ubezpieczeń społecznych (Babińska-Górecka, 2015, s. 37–38). W celu zapewnienia tej ochrony osobom zatrudnionym na podstawie umów cywilnoprawnych ustawodawca może jednak posługiwać się różnymi instrumentami — dostosowanymi do charakteru umów, na podstawie których praca jest świadczona, jeżeli w rezultacie zapewniony zostanie odpowiedni standard ochrony.

Taką też tendencję można zaobserwować w ostatnich latach w polskim systemie prawnym, w szczególności w regulacji prawa do zasiłku macierzyńskiego — przesłankę jego nabycia, zakresu podmiotowego uprawnionych do korzystania z niego, dopuszczalnego okresu korzystania z tego świadczenia. Już od kilkunastu lat uprawnienia związane z rodzicielstwem osób wykonujących pracę na podstawie umów cywilnoprawnych ulegają stopniowemu zwiększeniu, przy czym regulując uprawnienia związane z rodzicielstwem tej kategorii osób ustawodawca wyraźnie wzoruje się na uregulowaniach dotyczących uprawnień rodzicielskich pracowników. Niemniej jednak głębsza analiza wykazuje istotne różnice w sytuacji poszczególnych kategorii zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych w zakresie uprawnień związanych z rodzicielstwem, które *prima facie* nie zawsze dają się aksjologicznie uzasadnić.

Grupa osób zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych jest wewnętrznie zróżnicowana. Zróżnicowany jest też zakres ochrony rodzicielstwa gwarantowany poszczególnym kategoriom osób zatrudnionych na tych podstawach. Status osób wykonujących pracę nakładczą jest najbardziej zbliżony do statusu pracowniczego (Gersdorf, 2013, s.111). Osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę nakładczą są objęte ubezpieczeniem społecznym z tytułu choroby i macierzyństwa obligatoryjnie, mają również zagwarantowane prawo do urlopu macierzyńskiego, ochrony trwałości zatrudnienia w czasie ciąży i w czasie korzystania z tego urlopu (Dzieniśiuk, 2015, s. 74). Drugą grupą, jaką można wyodrębnić, są osoby świadczące pracę na podstawie umowy zlecenia i umowy o świadczenie usług, do której na podstawie art. 750 k.c. stosuje się przepisy o zleceniu. Te osoby nie mają quasi-pracowniczych uprawnień takich jak urlop macierzyński, mogą jednak podlegać ubezpieczeniu chorobowemu na zasadzie dobrowolności i z tego tytułu uzyskiwać prawo do zasiłku macierzyńskiego. Biorąc pod uwagę, że zarówno praca nakładczą jak i umowa zlecenia mogą być podstawą zatrudnienia, zasadne jest przeprowadzenie analizy ochrony rodzicielstwa w odniesieniu do obydwu tych umów. Punktem odniesienia dla tej analizy będzie zakres uprawnień związanych z rodzicielstwem przysługujących osobom wykonującym pracę na podstawie stosunku pracy.

Wśród umów cywilnoprawnych będących podstawą zatrudnienia tradycyjnie wymieniano również umowy agencyjne (Pisarczyk, 2001, s. 92 i n.). Należy jednak zauważyć, że wskutek nowelizacji art. 758 § 1 k.c. ustawą z 26 lipca 2000 r. o zmianie ustawy — Kodeks cywilny, umowa agencyjna jest obecnie umową o profesjonalnym charakterze, której obie strony są przedsiębiorcami. Agent jest obecnie przedsiębiorcą prowadzącym we własnym imieniu, w sposób stały, zorganizowany i zarobkowy działalność gospodarczą polegającą na świadczeniu usług agencyjnych (Kopaczyńska, Piecziak, 2014). Zmiana statusu prawnego agenta powoduje, że trudno już w odniesieniu do tych osób mówić o zatrudnieniu. Działalność gospodarczą przedsiębiorca wykonuje bowiem samodzielnie, w swoim imieniu, na swoją rzecz i ryzyko. Dlatego też przedsiębiorcy świadczący usługi agencyjne nie będą objęci niniejszą analizą.

Kończąc wprowadzenie do problematyki będącej przedmiotem artykułu należy również zauważyć, że będzie on poświęcony uprawnieniom związanym z rodzicielstwem wynikającym z wykonywanej pracy, a ściślej, wynikającym z podlegania ubezpieczeniu chorobowemu, którego tytułem jest wykonywanie pracy na podstawie umowy o pracę nakładczą, umowy zlecenia lub umowy o świadczenie usług, do których stosuje się na mocy art. 750 k.c. przepisy o zleceniu. Pomięto inne uprawnienia, które też mogą tym osobom przysługiwać, np. świadczenie 500+, jednak są one niezależne od wykonywania pracy i podlegania z jej tytułu ubezpieczeniom społecznym.

Uprawnienia rodzicielskie osób wykonujących pracę na podstawie umów cywilnoprawnych jako następstwo podlegania ubezpieczeniu chorobowemu

Podstawowym źródłem uprawnień związanych z rodzicielstwem osób zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych jest podleganie ubezpieczeniu chorobowemu, a co za tym idzie podleganie ustawie z 25 czerwca 1999 r. o świadczeniach pieniężnych z ubezpieczenia społecznego w razie choroby i macierzyństwa (DzU z 2017 r. poz. 1368 z późn. zm., dalej: u.ś.p.). Objęcie osób zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych systemem ubezpieczenia chorobowego jest również przesłanką zrównywania uprawnień wynikających z tego ubezpieczenia dla wszystkich osób ubezpieczonych. Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, zakłada się, że konstrukcja ubezpieczenia społecznego, w którym przysługuje prawo do świadczeń, w tym do zasiłku macierzyńskiego, po wystąpieniu określonego ustawowo zdarzenia ma sens, jeżeli prawdopodobieństwo i skutki wystąpienia tego zdarzenia są dla osób ubezpieczonych jednakowe lub zbliżone, tzw. wspólnota ryzyka (Dzienisiuk, 2015, s. 73). Jest to argument przemawiający za ukształtowaniem uprawnień związanych z rodzicielstwem na porównywalnych zasadach zarówno w obrębie zatrudnienia na podstawie różnych umów cywilnoprawnych będących tytułem tego ubezpieczenia, jak i w stosunku do pracowników. We wszystkich tych przypadkach prawdopodobieństwo wystąpienia zdarzenia — urodzenia dziecka, jak i skutki wystąpienia tego zdarzenia są porównywalne.

Zgodnie z art. 11 ust. 1 u.ś.p. osoby świadczące pracę na podstawie umowy o pracę nakładczą podlegają z tego tytułu obowiązkowemu ubezpieczeniu chorobowemu. Objęcie tej grupy obowiązkiem ubezpieczenia chorobowego jest wyrazem przekonania ustawodawcy, które znajduje wyraz m.in. w treści rozporządzenia z 31 grudnia 1975 r. w sprawie uprawnień pracowniczych osób wykonujących pracę nakładczą (DzU z 1976 r. nr 3, poz. 19 z późn. zm.), że sytuacja tej kategorii zatrudnionych jest najbardziej zbliżona do sytuacji pracowników, co uzasadnia analogiczne ich potraktowanie w sferze ubezpieczeń społecznych. Konsekwencją obligatoryjnego objęcia ubezpieczeniem chorobowym jest oczywiście nabycie prawa do zasiłku macierzyńskiego w razie ziszczenia się ryzyka ubezpieczeniowego określonego w art. 29 ust. 1 u.ś.p.

Inaczej została ukształtowana sytuacja osób świadczących pracę na podstawie umowy zlecenia. Zgodnie z art. 11 w zw. z art. 6 ustawy z 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (DzU z 2017 r. poz. 1778 z późn. zm., dalej: u.s.u.s.) dobrowolnie ubezpieczeniu chorobowemu podlegają na swój wniosek osoby objęte obowiązkowo ubezpieczeniami emerytalnym i rentowym wykonujące pracę na podstawie umowy agencyjnej lub umowy zlecenia albo innej umowy o świadczenie usług, do której zgodnie z kodeksem

cywilnym stosuje się przepisy dotyczące zlecenia, zwany dalej „zleceniobiorcami”.

Zleceniobiorcy podlegają zatem ubezpieczeniu chorobowemu dobrowolnie, na swój wniosek. W ten sposób ustawodawca stworzył im możliwość wpływania na swój status w zakresie ubezpieczenia chorobowego, którego nie mają pracownicy i osoby wykonujące pracę nakładczą, objęci ubezpieczeniem chorobowym obligatoryjnie. Dobrowolność ubezpieczenia tej kategorii osób uzasadniana jest w literaturze przedmiotu różnymi rolami, jakie w obrocie gospodarczym pełnią umowy zlecenia. Część z nich ma charakter krótkotrwały, doraźny, a ewentualne przerwy w świadczeniu pracy są zjawiskiem typowym i nie mają charakteru ubezpieczeniowego. Część z nich natomiast stanowi aktywność wykazującą cechy stałości, angażując sporą część czasu jednostki a także pełni funkcję alimentacyjną, jest podstawowym źródłem pozyskiwania środków na utrzymanie (Babińska-Górecka, 2018, s. 137–138). Dobrowolność ubezpieczenia chorobowego daje zatrudnionemu możliwość dostosowania swojej sytuacji ubezpieczeniowej do potrzeb wynikających z charakteru świadczonej pracy.

Dobrowolność ta podlega jednak istotnym ograniczeniom. Warunkiem możliwości objęcia dobrowolnym ubezpieczeniem chorobowym jest podleganie obowiązkowemu ubezpieczeniu emerytalno-rentowemu z tytułu wykonywania umowy zlecenia. W przypadku kumulacji kilku umów zlecenia obowiązkowi ubezpieczenia emerytalno-rentowego podlega się tylko z tytułu pierwszej z nich. Reguluje to art. 9 ust. 2 u.s.u.s., zgodnie z którym osoba, która spełnia warunki do objęcia obowiązkowo ubezpieczeniami emerytalnymi i rentowymi z kilku tytułów, o których mowa w art. 6 ust. 1 pkt 4, tj. z tytułu wykonywania umowy agencyjnej lub umowy zlecenia albo innej umowy o świadczenie usług, jest objęta obowiązkowo ubezpieczeniami z tego tytułu, który powstał najwcześniej. Taka osoba ma jednak możliwość dobrowolnego przystąpienia do ubezpieczenia emerytalnego i rentowego z powołanych, wszystkich lub wybranych, tytułów (Jurek, 2015, s. 391). Jednakże osoba, o której mowa w art. 6 ust. 1 pkt 4, której podstawa wymiaru składek na ubezpieczenia emerytalne i rentowe w danym miesiącu jest niższa od wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, spełniająca warunki do objęcia obowiązkowo ubezpieczeniami emerytalnym i rentowymi z innych tytułów, podlega obowiązkowo ubezpieczeniom emerytalnemu i rentowym również z innych tytułów. Zasady tej nie stosuje się, jeżeli łączna podstawa wymiaru składek z tytułu lub z innych tytułów osiąga kwotę określoną w art. 18 ust. 4 pkt 5a.

W razie świadczenia pracy na podstawie kilku umów zlecenia możliwość dobrowolnego objęcia ubezpieczeniem chorobowym będzie zatem możliwa tylko z tytułu tej umowy, która jest tytułem obligatoryjnego ubezpieczenia emerytalnego i rentowego. Co do zasady będzie to tylko ten tytuł, który powstał najwcześniej, pod warunkiem, że podstawa wymiaru składki z tego tytułu będzie równa co najmniej minimalnemu wynagrodzeniu za pracę. W razie niespełniania tego

warunku możliwość dobrowolnego ubezpieczenia chorobowego będzie się rozciągała również na pozostałe tytuły ubezpieczeniowe, aż do osiągnięcia podstawy wymiaru równej co najmniej minimalnemu wynagrodzeniu za pracę. Osoby wykonujące pracę na podstawie umowy zlecenia nie będą miały jednak możliwości dobrowolnego ubezpieczenia z tytułu tych umów, które nie są objęte obowiązkiem ubezpieczenia emerytalno-rentowego, nawet wówczas gdy skorzystają z możliwości dobrowolnego ubezpieczenia emerytalno-rentowego z tych tytułów. Dobrowolne objęcie ubezpieczeniem emerytalno-rentowym z tytułu pozostałych umów nie daje podstawy do ubezpieczenia chorobowego (Dzienisiuk, 2015, s. 78). Wyłączone jest wtedy prawo do ubezpieczenia chorobowego z tytułu kolejnych umów, mimo iż często dopiero wszystkie umowy wykonywane łącznie przez daną osobę stanowią dla niej rzeczywiste źródło utrzymania. W efekcie dla osób utrzymujących się z wielu zleceń ubezpieczenie chorobowe, w tym zasiłek macierzyński, może nie odpowiadać utraconym dochodom w okresach niemożności wykonywania pracy, nawet jeżeli zainteresowany byłby gotowy ponosić związane z tym koszty składki (Dzienisiuk, 2015, s. 78). Niedogodności te do pewnego stopnia łagodzi przewidziana w art. 9 ust. 2 u.s.u.s. możliwość zmiany tytułu ubezpieczenia.

Warto przy tym zauważyć, że nowelizacja ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych z 2015 r. zlikwidowała największe patologie w tym zakresie. W poprzednim stanie prawnym obowiązek ubezpieczenia emerytalno-rentowego dawała tylko pierwsza umowa zlecenia, niezależnie od tego, jaka wynikała z niej podstawa wymiaru składki na ubezpieczenie emerytalno-rentowe. Skłaniało to pracodawców do stosowania praktyki, w której z tą samą osobą zawierano kilka umów zlecenia przez powiązane ze sobą kapitałowo lub osobowo podmioty, z których pierwsza, ta która była źródłem obowiązkowego ubezpieczenia emerytalno-rentowego, była zawierana na najniższą kwotę. W takiej sytuacji osoba wykonująca pracę mogła podlegać ubezpieczeniu chorobowemu tylko z tego tytułu i nie miała możliwości rozszerzenia ubezpieczenia na pozostałe umowy. Obecna regulacja wprowadza obowiązek ubezpieczenia emerytalno-rentowego od podstawy wymiaru równej co najmniej minimalnemu wynagrodzeniu za pracę, co oznacza, że w takim zakresie można również skorzystać z dobrowolnego ubezpieczenia chorobowego.

Ubezpieczenie z tytułu świadczenia pracy na podstawie umowy zlecenia jest dobrowolne — co znaczy, że w celu objęcia tym ubezpieczeniem konieczny jest wniosek osoby uprawnionej. Objęcie dobrowolnie ubezpieczeniem chorobowym następuje od dnia wskazanego we wniosku o objęcie tym ubezpieczeniem, nie wcześniej jednak niż od dnia, w którym wniosek został zgłoszony.

Objęcie dobrowolnym ubezpieczeniem chorobowym nie musi nastąpić od razu. Decyzja ta może być w zasadzie podjęta w każdym czasie trwania tytułu do obowiązkowego ubezpieczenia emerytalno-rentowego. Zleceniobiorca może więc wybrać moment przystąpienia

do tego ubezpieczenia — na przykład w kontekście planów prokreacyjnych. Ponieważ w tym przypadku nie ma okresu wyczekiwania, można w ten sposób kosztem opłacania składek przez relatywnie niedługi czas uzyskać świadczenie.

Poza ubezpieczeniem chorobowym, a co za tym idzie bez możliwości korzystania z zasiłku macierzyńskiego, pozostają osoby świadczące pracę na podstawie umowy o dzieło. Osoby świadczące pracę na podstawie umowy o dzieło nie mają żadnej możliwości przystąpienia do ubezpieczenia chorobowego — nawet dobrowolnie.

Osoby te nie będą zatem uprawnione do zasiłku macierzyńskiego, nawet jeżeli zostaną spełnione przesłanki, które w okolicznościach objęcia zakresem podmiotowym ubezpieczenia chorobowego dają prawo do zasiłku chorobowego.

Przesłanki nabycia prawa do zasiłku macierzyńskiego

Przesłanką nabycia prawa do zasiłku macierzyńskiego jest urodzenie lub przyjęcie dziecka na wychowanie w czasie podlegania ubezpieczeniu chorobowemu. Jak wskazuje D. Dzienisiuk, konstrukcja jest więc wyjątkowo prosta i typowa — zajście zdarzenia ubezpieczeniowego w okresie ubezpieczenia (Dzienisiuk, 2015, s. 76). Brak dodatkowych przesłanek sprawia wrażenie szerokiej możliwości korzystania z tego świadczenia.

Sprawa jest jednak bardziej skomplikowana. Spośród osób świadczących pracę na podstawie umów cywilnoprawnych jedynie osoby wykonujące pracę nakładczą mają prawne gwarancje, które pozwalają na spełnienie powyższych przesłanek — ochronę trwałości zatrudnienia w czasie ciąży, która powoduje niemożność zerwania więzi prawnej przez nakładcę w tym okresie i przynajmniej do pewnego stopnia gwarantuje spełnienie przesłanki nabycia prawa do zasiłku macierzyńskiego (§ 7 rozporządzenia w sprawie uprawnień pracowniczych osób wykonujących pracę nakładczą). Kobiety wykonujące pracę na podstawie umowy zlecenia nie mają natomiast żadnych gwarancji trwałości zatrudnienia i są narażone na ryzyko rozwiązania umowy. Jak zauważa się w literaturze przedmiotu, zatrudnienie na podstawie umów cywilnoprawnych często przybiera formę kolejnych powtarzających się krótkotrwałych umów. Gdy okazuje się, że kobieta jest w ciąży po prostu kolejnej umowy się nie zawiera. Nawet jeżeli umowa zlecenia lub umowa o świadczenie usług była zawarta na okres dłuższy, to zgodnie z art. 746 § 1 k.c. dający zlecenie może ją w każdym czasie wypowiedzieć. Co więcej, nie można zrzec się z góry uprawnienia do wypowiedzenia zlecenia, a więc wykonująca zlecenie kobieta nie może z góry zabezpieczyć się przed rozwiązaniem umowy (Dzienisiuk, 2015, s. 77). W rezultacie sytuacja urodzenia dziecka w czasie ubezpieczenia chorobowego jako zleceniobiorcy jest stosunkowo rzadka (Dzienisiuk, 2015, s. 77), a prawo do zasiłku macierzyńskiego staje się iluzoryczne. Można postawić pytanie, czy takie rozwiązanie jest zgodne z Konstytucją, zwłaszcza art. 24 i 71 ust. 2. Ustawodawca powinien efektyw-

nie zapewnić ochronę kobiecie w ciąży i po porodzie, czego — jak wskazują powyższe rozwiązania — nie czyni. Problem ten dostrzegła komisja kodyfikacyjna prawa pracy, która przewidziała zakaz wypowiedzenia umowy kobietom zatrudnionym na podstawie umowy innej niż umowa o pracę (art. 467 projektu kodeksu pracy z 2006 r.) — wydaje się, że jest to rozwiązanie słuszne. Wprowadzie stanowi to ingerencję w swobodę prowadzenia działalności, jednak w świetle konstytucyjnej zasady ochrony pracy i powinności ochrony macierzyństwa interwencję taką należy uznać za dopuszczalną (Krzywoń, 2017, s. 161).

Urodzenie dziecka w okresie ubezpieczenia chorobowego daje prawo do zasiłku macierzyńskiego matce dziecka. W przypadku umowy o pracę nakładczą korzystanie z zasiłku macierzyńskiego jest połączone z urlopem macierzyńskim — zgodnie z § 18 rozporządzenia w sprawie uprawnień pracowniczych osób wykonujących pracę nakładczą kobiecie wykonującej pracę nakładczą przysługuje urlop macierzyński w wymiarze i na zasadach określonych w przepisach art. 180 k.p. Kobieta wykonująca pracę nakładczą ma zatem zagwarantowane prawo do zaprzestania pracy skorelowane z obowiązkiem podmiotu zatrudniającego udzielenia jej urlopu macierzyńskiego. W takiej sytuacji zasiłek macierzyński zastępuje kobiecie zarobek utracony w czasie nieświadczenia pracy z powodu urlopu macierzyńskiego. Jest to więc świadczenie *stricto* ubezpieczeniowe.

Przepisy ustawy o świadczeniach pieniężnych z ubezpieczenia społecznego w razie choroby i macierzyństwa nie wprowadzają natomiast przesłanki zaprzestania wykonywania pracy zarobkowej przez ubezpieczone świadczące pracę na podstawie umowy zlecenia. Oznacza to, że kobiety wykonujące pracę na tej podstawie nie muszą przerywać pracy zarobkowej, aby nabyć prawo do zasiłku. Mogą to uczynić — wówczas zasiłek macierzyński zastępuje utracone za ten czas wynagrodzenie, mogą również pracy nie przerywać — wówczas zasiłek macierzyński pełni funkcję dodatkowego przychodu, który zapewne rekompensuje zwiększone koszty utrzymania związane z urodzeniem dziecka. Traci wówczas jednak ubezpieczeniowy charakter — istotą świadczenia ubezpieczeniowego jest bowiem zagwarantowanie świadczenia w sytuacji, gdy na skutek zajścia ryzyka ubezpieczeniowego ubezpieczony traci możliwość zarobkowania.

Możliwość świadczenia pracy w czasie pobierania zasiłku chorobowego po urodzeniu dziecka stanowi zasadniczą różnicę w stosunku do sytuacji pracownic, które mają obowiązek wykorzystania urlopu macierzyńskiego. *Prima facie* sytuacja kobiet zatrudnionych na podstawie umowy zlecenia jest korzystniejsza — mają większą swobodę w wybraniu takiego modelu korzystania z zasiłku macierzyńskiego jaki im bardziej odpowiada. Na tym tle należy jednak poczynić następujące zastrzeżenie: kobiety zatrudnione na podstawie umowy zlecenia nie mają zagwarantowanego prawa do przerwania pracy w razie urodzenia dziecka. Urodzenie dziecka nie powoduje zawieszenia obowiązku wykonywania umowy. Podmiot zatrudniający może zatem

żądać realizacji świadczenia wynikającego z umowy, a w razie zaprzestania przez kobietę świadczenia pracy — umowę tę rozwiązać. Decyzja o zaprzestaniu pracy zarobkowej na czas pobierania zasiłku macierzyńskiego łączy się zatem z ryzykiem utraty tego zatrudnienia. Może dojść do skrajnej sytuacji, w której matka dziecka, aby nie stracić zatrudnienia, będzie z zasiłku opłacała zastępcę (Dzienisiuk, 2015, s. 83) (o ile nie ma obowiązku osobistego świadczenia pracy). Dylematów takich nie mają pracownice, które od początku ciąży aż do zakończenia korzystania z urlopów związanych z rodzicielstwem korzystają ze szczególnej ochrony trwałości stosunku pracy, a pracodawca zobowiązany jest utrzymywać więź prawną.

Pojawia się zatem pytanie, czy takie zróżnicowanie jest uzasadnione. Urlop macierzyński czy ochrona trwałości stosunku pracy to oczywiście instytucje związane *stricto* z prawem pracy, które raczej nie powinny być rozciągane na cywilnoprawne stosunki zatrudnienia. Jednak — jak wskazano na wstępie — konstytucyjny nakaz ochrony kobiet po porodzie i ochrony pracy wiąże nie tylko w odniesieniu do osób zatrudnionych na podstawie stosunku pracy. Tymczasem *de lege lata* w zatrudnieniu na podstawie umowy zlecenia ochrona ta jest iluzoryczna — podmiot zatrudniający może teoretycznie żądać świadczenia nawet od kobiety w położu. Wydaje się, że stan ten powinien ulec zmianie. *De lege ferenda* należy postulować zagwarantowanie kobietom zatrudnionym na podstawie umowy zlecenia prawa do zaprzestania wykonywania umowy, wraz z gwarancją trwałości tej umowy, przynajmniej na okres przerwy połogowej, czyli 8 tygodni po urodzeniu dziecka (Babińska-Górecka, 2018, s. 145). Warto zauważyć, że w polskim systemie prawnym jest już precedens takiego uregulowania — w znowelizowanej ustawie o związkach zawodowych przewidziane jest prawo osób wykonujących pracę zarobkową niebędących pracownikami do zaprzestania wykonywania umowy w związku z pełnieniem funkcji członka zarządu zakładowej organizacji związkowej połączone z zawieszeniem umowy na ten czas. Analogiczne rozwiązanie może zostać wprowadzone w odniesieniu do matek zatrudnionych na podstawie umowy zlecenia w okresie 8 tygodni po porodzie¹.

Zakres podmiotowy prawa do zasiłku macierzyńskiego z tytułu świadczenia pracy na podstawie umowy zlecenia uległ w ostatnich latach poszerzeniu — oprócz matki dziecka prawo to przysługuje w pewnych okolicznościach ojcu dziecka bądź innemu członkowi najbliższej rodziny. Taka ewolucja dotyczyła także pracowników — w ostatnich latach zwiększeniu uległa możliwość korzystania z urlopów związanych z rodzicielstwem przez pracowników ojców i pracowników innych członków najbliższej rodziny. Natomiast z urlopu macierzyńskiego zagwarantowanego z tytułu wykonywania pracy nakładczej może korzystać wyłącznie kobieta.

Zakres podmiotowy prawa do zasiłku macierzyńskiego ojców podlegających ubezpieczeniu chorobowemu z tytułu umowy zlecenia ulega modyfikacjom w zależności od okresu, w którym zasiłek ten jest wykorzy-

stywany. Prawo do zasiłku macierzyńskiego z tytułu urodzenia dziecka w okresie odpowiadającym wymiarowi urlopu macierzyńskiego przysługuje matce dziecka i tylko w enumeratywnie wyliczonych przypadkach może przysługiwać ojcu dziecka (pracownikowi lub podlegającemu ubezpieczeniu chorobowemu z innego tytułu) lub innemu członkowi najbliższej rodziny. Ubezpieczona matka dziecka musi co do zasady pobierać zasiłek macierzyński przez co najmniej 14 tygodni i dopiero po tym okresie, w razie rezygnacji ubezpieczonej, przez pozostały czas zasiłek może pobierać ojciec dziecka (pracownik lub ubezpieczony z innego tytułu niż stosunek pracy). W przypadku ubezpieczonej matki dziecka legitymującej się zaświadczeniem o niezdolności do samodzielnej egzystencji, w razie porzucenia dziecka przez matkę i w razie hospitalizacji matki dziecka i jej niezdolności do sprawowania osobistej opieki nad dzieckiem możliwość korzystania z zasiłku macierzyńskiego przez inną osobę niż matka dziecka — ojca lub innego członka najbliższej rodziny (pracownika lub podlegającego ubezpieczeniu z innego tytułu niż stosunek pracy) — pojawia się po upływie 8 tygodni wykorzystywania przez matkę zasiłku chorobowego. Jedynie w przypadku śmierci matki dziecka ojciec dziecka lub inny członek najbliższej rodziny podlegający ubezpieczeniu chorobowemu z tytułu umowy zlecenia może od razu (po złożeniu wniosku) rozpocząć korzystanie z zasiłku macierzyńskiego. We wszystkich wymienionych przypadkach prawo ojca dziecka lub innego członka najbliższej rodziny podlegającego ubezpieczeniu chorobowemu z tytułu umowy zlecenia jest uzależnione od wcześniejszego korzystania przez matkę dziecka z zasiłku chorobowego. Jeżeli matka nie wykorzystwała zasiłku macierzyńskiego przez minimalny wymagany ustawą okres (a należy przypomnieć, że w przypadku ubezpieczonych z tytułu umowy zlecenia zasiłek macierzyński udzielany jest na wniosek ubezpieczonej), ojciec dziecka lub inny członek najbliższej rodziny z zasiłku chorobowego już nie będzie mógł skorzystać. Samodzielnie osoby te nabywają prawo do zasiłku chorobowego tylko w razie śmierci lub porzucenia dziecka przez matkę, która nie podlegała ubezpieczeniu chorobowemu. Dotyczy to również matki dziecka zatrudnionej na podstawie umowy zlecenia, która nie skorzystała z możliwości objęcia dobrowolnym ubezpieczeniem chorobowym.

Takie ukształtowanie zakresu podmiotowego prawa do zasiłku macierzyńskiego w okresie odpowiadającym wymiarowi urlopu macierzyńskiego jest wzorowane na prawie ojców i innych członków rodziny do urlopu macierzyńskiego. Należy jednak rozważyć, czy w odniesieniu do osób wykonujących pracę na podstawie umowy zlecenia takie rozwiązanie jest adekwatne. W przypadku pracowników przymus wykorzystania określonej części urlopu macierzyńskiego motywuje się przerwą połogową (8 tygodni) i koniecznością zapewnienia macierzyńskiej opieki nowo narodzonemu dziecku (Babińska-Górecka, 2018, s. 143-145). Wobec okoliczności, że matka dziecka podlegająca ubezpieczeniu chorobowemu z tytułu zatrudnienia na podstawie umowy zlecenia

de lege lata nie musi (albo nie może) przerywać pracy zarobkowej w okresie korzystania z zasiłku macierzyńskiego, argument o konieczności odbycia przerwy połogowej i zapewnienia opieki nad nowo narodzonym dzieckiem staje się mało przekonujący. Nie ma również uzasadnienia dla tak daleko odbiegającej od obecnego standardu regulacji zakresu podmiotowego urlopu macierzyńskiego osób wykonujących pracę naкладczą. Jak wspomniano wyżej, urlop ten może *de lege lata* wykorzystywać tylko matka dziecka i nie może go w żadnym zakresie wykorzystać ojciec dziecka (pracownik lub ubezpieczony z innego tytułu). Z drugiej strony, na rzecz analogicznego uregulowania tych uprawnień w stosunku do pracowników i osób ubezpieczonych z innego tytułu niż stosunek pracy przemawia argument, że uprawnienia te są obecnie względem siebie kompatybilne, więc zasady korzystania z nich przez rodziców, z których jedno jest pracownikiem, a drugie podlega ubezpieczeniu chorobowemu z tytułu umowy zlecenia, powinny być uregulowane w taki sam sposób.

Pożądany kierunek zmian wymaga w mojej ocenie zmiany zasad udzielania urlopu macierzyńskiego zarówno pracownikom jak i osobom wykonującym pracę naкладczą oraz zasad udzielania zasiłku chorobowego osobom ubezpieczonym z tytułu umów zlecenia. Z jednej strony liberalizacji powinien ulec obowiązek wykorzystania urlopu macierzyńskiego przez matkę dziecka. O ile nie budzi wątpliwości konieczność zapewnienia urlopu przez pierwsze 8 tygodni po urodzeniu dziecka (przerwa połogowa), o tyle przymus wykorzystania tego urlopu po zakończeniu przerwy połogowej budzi już wątpliwości (Mitrus, 2006, s. 253; Babińska-Górecka, 2018, s. 145). Trudno wytłumaczyć, dlaczego ojciec dziecka może zacząć korzystać z urlopu macierzyńskiego dopiero po 14 tygodniach urlopu kobiety, nawet jeżeli rodzice życzyliby sobie innego sposobu podziału tego urlopu². Wydaje się, że obligatoryjne powinno być wykorzystanie 8 tygodni urlopu po porodzie, a w pozostałym zakresie rodzice powinni móc swobodnie decydować o modelu opieki nad dzieckiem. Również w przypadku osób wykonujących pracę naкладczą należy umożliwić bardziej elastyczne dzielenie urlopu (lub okresu zasiłkowego) pomiędzy oboje rodziców dziecka, z zastrzeżeniem obowiązku wykorzystania przez matkę przerwy połogowej. Analogiczną regulację należałoby wprowadzić w odniesieniu do osób podlegających ubezpieczeniu chorobowemu z tytułu umowy zlecenia. Przez pierwsze 8 tygodni zagwarantować prawo do zasiłku macierzyńskiego matce dziecka pod warunkiem zaprzestania pracy zarobkowej i z gwarancją trwałości umowy w tym okresie, zaś w pozostałym zakresie pozostawić rodzicom decyzję co do modelu opieki i rodzica pobierającego zasiłek macierzyński.

Warto również zauważyć, że we wszystkich przypadkach, w których z prawa do zasiłku macierzyńskiego w okresie odpowiadającym długości urlopu macierzyńskiego korzysta ojciec dziecka lub inny członek najbliższej rodziny ubezpieczony z tytułu umowy zlecenia, ustawa formułuje dodatkowy warunek nabycia prawa

do tego zasiłku — zaprzestanie wykonywania pracy zarobkowej. Z punktu widzenia zasad ubezpieczeniowych rozwiązanie takie jest słuszne — zasiłek macierzyński rekompensuje wówczas utracony zarobek. Pojawiają się jednak wątpliwości, czy słuszne jest, że warunek taki formułuje się pod adresem ojca dziecka lub innego członka najbliższej rodziny, którzy muszą na czas pobierania zasiłku zaprzestać wykonywania pracy zarobkowej, a nie formułuje się go — jak wskazano wyżej — w stosunku do matek korzystających z zasiłku macierzyńskiego z tytułu umowy zlecenia. Wydaje się, że ustawodawca wprowadzając powyższą regulację milcząco zakładał, że matka dziecka powstrzyma się od wykonywania pracy w okresie pobierania zasiłku macierzyńskiego niezależnie od tego, czy ustawodawca ją do tego zobowiąże. Niemniej jednak wydaje się, że brak takiego warunku w odniesieniu do matek może naruszać zasadę równości wobec prawa.

Inaczej przedstawia się prawo do zasiłku macierzyńskiego w razie przyjęcia dziecka na wychowanie (z zamiarem jego przysposobienia) lub jako rodzina zastępcza (z wyjątkiem rodziny zastępczej zawodowej). W tym przypadku z prawa do zasiłku macierzyńskiego mogą skorzystać zarówno kobieta jak i mężczyzna podlegający ubezpieczeniu chorobowemu. Rodzice adopcyjni mogą zatem swobodnie podjąć decyzję, które z nich korzysta z zasiłku macierzyńskiego. Ustawodawca w stosunku do żadnego z nich nie sformułował warunku zaprzestania pracy zarobkowej, co oznacza, że mogą pobierać zasiłek macierzyński i kontynuować pracę. Z drugiej strony — jak już wspomniano wyżej — nie mają prawa do przerwy w wykonywaniu umowy i gwarancji jej trwałości w razie zaprzestania świadczenia pracy.

Osoby podlegające ubezpieczeniu społecznemu w razie choroby lub macierzyństwa z tytułu umowy zlecenia mają również prawo do korzystania z zasiłku macierzyńskiego przez okres odpowiadający wymiarowi urlopu rodzicielskiego. Ustawa o świadczeniach pieniężnych z ubezpieczenia społecznego w razie choroby i macierzyństwa nie wskazuje bezpośrednio — inaczej niż w przypadku urlopu rodzicielskiego — że przesłanką korzystania z zasiłku macierzyńskiego przez okres odpowiadający długością urlopu rodzicielskiemu jest uprzednie wykorzystanie zasiłku macierzyńskiego za okres odpowiadający wymiarowi urlopu macierzyńskiego. Wydaje się jednak, że wniosek taki płynie z art. 29 ust. 1 w zw. z art. 29a u.ś.p., zgodnie z którym zasiłek macierzyński przysługuje przez okres ustalony przepisami kodeksu pracy jako okres urlopu macierzyńskiego, urlopu na warunkach urlopu macierzyńskiego, urlopu rodzicielskiego oraz urlopu ojcowskiego. Wynika z tego, że jest to jeden okres zasiłkowy, którego bieg rozpoczyna ziszczenie się ryzyka ubezpieczeniowego, o którym mowa w art. 29 ust. 1 u.ś.p. Ustawa nie reguluje odrębnych przesłanek nabycia prawa do zasiłku macierzyńskiego za okres odpowiadający urlopowi rodzicielskiemu.

W przypadku wykorzystywania zasiłku macierzyńskiego w okresie odpowiadającym urlopowi rodziciel-

skiemu ubezpieczeniu podlegający ubezpieczeniu chorobowemu z tytułu wykonywania pracy na podstawie umowy zlecenia nie mają obowiązku przerwania pracy zarobkowej, ale i nie mają zagwarantowanego prawa do przerwania wykonywania umowy, która jest tytułem ubezpieczenia. Warto podkreślić, że brak obowiązku przerwania pracy zarobkowej w tym przypadku dotyczy zarówno matki, jak i ojca dziecka. Zgodnie z art. 29a ust. 3 u.ś.p. z zasiłku macierzyńskiego za okres odpowiadający okresowi urlopu rodzicielskiego mogą jednocześnie korzystać ubezpieczeni rodzice dziecka. W takim przypadku łączny okres zasiłku macierzyńskiego nie może przekraczać wymiaru urlopu rodzicielskiego określonego przepisami kodeksu pracy.

W zakresie prawa do zasiłku macierzyńskiego za okres odpowiadający urlopowi rodzicielskiemu taka sama jest sytuacja osób wykonujących pracę na podstawie umowy o pracę nakładczą. O ile mają one prawo do urlopu macierzyńskiego, to rozporządzenie w sprawie uprawnień pracowniczych osób wykonujących pracę nakładczą nie gwarantuje im prawa do urlopu rodzicielskiego. Jako osoby podlegające obligatoryjnie ubezpieczeniu chorobowemu mają one prawo do zasiłku macierzyńskiego, jednakże nie mają już zagwarantowanego prawa do przerwania pracy i ochrony trwałości umowy w tym okresie.

Osobom podlegającym ubezpieczeniu chorobowemu z tytułu świadczenia pracy na podstawie umowy o pracę nakładczą i umowy zlecenia przysługuje również prawo do zasiłku macierzyńskiego za czas odpowiadający urlopowi ojcowskiemu. Nie jest jednak jasne, kto jest uprawniony do korzystania z zasiłku macierzyńskiego w tym okresie, bowiem ustawa tego w żaden sposób nie reguluje. W szczególności nie zawiera w tym zakresie własnych regulacji wskazujących, że podmiotem uprawnionym do zasiłku w tym okresie jest wyłącznie ubezpieczony ojciec dziecka, nie zawiera również odesłania do odpowiednich przepisów kodeksu pracy. Artykuł 29a ust. 1 u.ś.p. stanowi jedynie, że zasiłek macierzyński przysługuje za okres ustalony przepisami kodeksu pracy jako okres urlopu macierzyńskiego, urlopu na warunkach urlopu macierzyńskiego, urlopu rodzicielskiego oraz urlopu ojcowskiego. Z przepisu tego można wywnioskować zatem jedynie, że zasiłek macierzyński przysługuje przez dwa tygodnie odpowiadające długości urlopu ojcowskiego. Nie sposób natomiast na podstawie tak sformułowanego przepisu ustalić zakresu podmiotowego tego uprawnienia ani przesłanek jego nabycia. Reasumując, ustawa o świadczeniach pieniężnych z ubezpieczenia społecznego na wypadek choroby i macierzyństwa nie daje odpowiedzi na pytanie, kto i na jakich warunkach może korzystać z zasiłku macierzyńskiego w okresie ustalonym w kodeksie pracy jako urlop ojcowski. Wydaje się, że *de lege ferenda* ze względu na cel, jaki przyświecał ustawodawcy przy wprowadzeniu urlopu ojcowskiego³, należy zastrzec, że zasiłek za ten okres mogą wykorzystywać tylko ojcowie.

Wysokość zasiłku macierzyńskiego

Miesięczny zasiłek macierzyński za okres ustalony przepisami kodeksu pracy jako okres urlopu macierzyńskiego, okres urlopu na warunkach urlopu macierzyńskiego oraz okres urlopu ojcowskiego wynosi 100% podstawy wymiaru zasiłku. Miesięczny zasiłek macierzyński za okres ustalony przepisami kodeksu pracy jako okres urlopu rodzicielskiego wynosi: 1) 100% podstawy wymiaru zasiłku — za okres do: a) 6 tygodni urlopu rodzicielskiego w przypadku urodzenia lub przyjęcia na wychowanie jednego dziecka, b) 8 tygodni urlopu rodzicielskiego w przypadkach urodzenia lub przyjęcia na wychowanie więcej niż jednego dziecka, c) 3 tygodni urlopu rodzicielskiego w przypadku, o którym mowa w art. 183 § 4 pkt 3 k.p.; 2) 60% podstawy wymiaru zasiłku — za okres odpowiadający pozostałej części urlopu rodzicielskiego.

W przypadku ubezpieczonej niebędącej pracownicą, która złożyła w terminie 21 dni od daty porodu wniosek o zasiłek macierzyński za cały okres ustalony w kodeksie pracy jako okres urlopu macierzyńskiego i urlopu rodzicielskiego, zasiłek macierzyński wynosi 80% podstawy wymiaru zasiłku za cały okres odpowiadający okresowi urlopu macierzyńskiego, urlopu na warunkach urlopu macierzyńskiego oraz urlopu rodzicielskiego.

Formalnie zatem wysokość zasiłku macierzyńskiego dla osób ubezpieczonych z tytułu świadczenia pracy na podstawie umowy o pracę nakładczą i umowy zlecenia została ustalona w analogiczny sposób jak wysokość zasiłku macierzyńskiego pracowników. Bliższa analiza pokazuje jednak, że ze względu na różnice w ustalaniu podstawy wymiaru zasiłku i w zakresie prawnych gwarancji wysokości wynagrodzenia występują w tym zakresie dość istotne różnice.

Zgodnie z art. 48 ust. 1 u.s.p. podstawę wymiaru zasiłku chorobowego przysługującego ubezpieczonemu niebędącemu pracownikiem stanowi przeciętny miesięczny przychód za okres 12 miesięcy kalendarzowych poprzedzających miesiąc, w którym powstała niezdolność do pracy. Należy jednak wziąć pod uwagę, że chodzi o przychód z tych umów, które są tytułem ubezpieczenia chorobowego. W przypadku umowy o pracę nakładczą, która jest objęta obowiązkowym ubezpieczeniem chorobowym, podstawa wymiaru będzie równa przychodom osiąganym z tytułu wykonywania pracy na podstawie każdej umowy o pracę nakładczą wykonywaną przez daną osobę — ustawa o systemie ubezpieczeń społecznych nie przewiduje w tym przypadku żadnych wyłączeń. Oznacza to, że wysokość zasiłku będzie odpowiadała wysokości utraconych przez okres korzystania z zasiłku macierzyńskiego przychodów, a zatem w tym przypadku zostaną osiągnięte cele ubezpieczenia społecznego w razie macierzyństwa. Warto przy tym zauważyć, że osoby wykonujące pracę na podstawie umowy o pracę nakładczą mają gwarancję osiągania wynagrodzenia w wysokości przynajmniej połowy wynagrodzenia minimalnego, a jeżeli praca nakładczą stanowi

ich główne źródło utrzymania — w wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę (§ 3 ust. 1 i 2 rozporządzenia w sprawie uprawnień pracowniczych osób wykonujących pracę nakładczą). To przekłada się również na wysokość zasiłku macierzyńskiego.

Inna jest sytuacja zleciodawców. Warunkiem możliwości skorzystania z dobrowolnego ubezpieczenia chorobowego jest podleganie z tytułu wykonywania danej umowy obowiązkowemu ubezpieczeniu emerytalno-rentowemu. Co do zasady obowiązkiem ubezpieczenia emerytalno-rentowego jest pierwsza umowa zlecenia. Jeżeli umów jest kilka, a z tytułu pierwszej z nich odprowadzana jest składka na obowiązkowe ubezpieczenie emerytalne i rentowe od kwoty równej co najmniej minimalnemu wynagrodzeniu za pracę, pozostałe umowy zlecenia są podstawą do objęcia dobrowolnym ubezpieczeniem emerytalno-rentowym i nie mogą być podstawą ubezpieczenia chorobowego. Ustawa o systemie ubezpieczeń społecznych, jak wskazano wyżej, nie przewiduje możliwości objęcia dobrowolnym ubezpieczeniem chorobowym z tytułu umowy, która nie jest objęta obowiązkiem ubezpieczenia emerytalno-rentowego. Oznacza to, że podstawa wymiaru zasiłku nie musi odzwierciedlać rzeczywistych przychodów zleciobiorcy. W sytuacji, gdy zleciobiorca świadczy pracę na podstawie kilku umów, a ubezpieczeniu może podlegać tylko z tytułu pierwszej z nich, otrzymywany przez niego zasiłek będzie stanowił tylko część rzeczywiście uzyskiwanych przychodów. W takiej sytuacji zasiłek chorobowy — w razie zaprzestania pracy w okresie zasiłkowym — nie rekompensuje w pełni utraconego przychodu. Sytuację zleciobiorców w zakresie wysokości zasiłku chorobowego poprawia natomiast wprowadzenie minimalnego godzinowego wynagrodzenia. Nadal jednak nie ma gwarancji, że wysokość zasiłku macierzyńskiego będzie odpowiadała wysokości utraconego dochodu (Dzienisiuk, 2015, s. 78).

Zróżnicowania sposobu ustalania podstawy wymiaru zasiłku macierzyńskiego poszczególnych grup osób świadczących pracę na podstawie umowy o pracę nakładczą i umowy zlecenia nie zawsze da się wytłumaczyć. Ze względu na różne funkcje, jakie w obrocie gospodarczym pełnią umowy zlecenia — które mogą mieć charakter dorywczy i krótkotrwały, jak i stanowić podstawowe źródło dochodu zleciobiorcy — wydaje się zasadne utrzymanie dobrowolnego charakteru ubezpieczenia chorobowego z tego tytułu (Babińska-Górecka, 2015, s. 42). Zastrzeżenia budzi jednak brak możliwości ochrony w ramach ubezpieczenia chorobowego dochodów ze wszystkich wykonywanych w tym samym czasie umów zlecenia (Babińska-Górecka, 2015, s. 45). W tym kontekście zasadny wydaje się postulat stworzenia możliwości dobrowolnego ubezpieczenia chorobowego również z tytułu umów objętych dobrowolnym ubezpieczeniem emerytalnym i rentowym. W takim przypadku osoba zatrudniona mogłaby poniekąd samodzielnie zdecydować o wysokości swojego zasiłku macierzyńskiego, co usprawiedliwiłoby ponoszenie przez nią ewentualnych późniejszych negatywnych konsekwencji tej decyzji. Nie wydaje się natomiast obecnie wskazane —

z przyczyn społecznych i gospodarczych — obligatoryjne obejmowanie ubezpieczeniem wszystkich umów, na podstawie których świadczona jest praca (Jurek, 2015, s. 389). Warto odnotować, że w literaturze przedmiotu postuluje się również zupełne uniezależnienie ochrony w ramach ubezpieczenia chorobowego od obowiązkowego podlegania ubezpieczeniu emerytalno-rentowemu. Zgodnie z tym poglądem o objęciu tą ochroną powinna decydować ocena, czy w przypadku danej aktywności zarobkowej zachodzi ryzyko socjalne (R. Babińska-Górecka 2015, s. 45).

Prawo do przerwania pracy zarobkowej w związku ze sprawowaniem opieki nad dzieckiem do lat pięciu

Stosunkowo nowym uprawnieniem osób wykonujących pracę na podstawie umowy zlecenia jest objęcie obowiązkowym ubezpieczeniem emerytalno-rentowym finansowanym ze skarbu państwa w razie zaprzestania wykonywania pracy w celu sprawowania osobistej opieki nad dzieckiem. Możliwość ta dotyczy osób, które wykonywały pracę na podstawie umowy agencyjnej lub umowy zlecenia albo innej umowy o świadczenie usług, do której zgodnie z kodeksem cywilnym stosuje się przepisy dotyczące zlecenia, przez okres co najmniej 6 miesięcy, jeżeli przez ten okres podlegały z tych tytułów nieprzerwanie ubezpieczeniu emerytalnemu i rentowemu bezpośrednio przed dniem rozpoczęcia sprawowania osobistej opieki nad dzieckiem i opłacały składki na te ubezpieczenia. Wprowadzenie tego uprawnienia, będącego odpowiednikiem urlopu wychowawczego, z którego mogą korzystać pracownicy sprawujący osobistą opiekę nad dzieckiem, jest kolejnym przejawem zrównywania uprawnień związanych z rodzicielstwem pracowników i osób podlegających ubezpieczeniu chorobowemu z innych tytułów.

Przez osobę sprawującą opiekę nad dzieckiem należy rozumieć zgodnie z art. 4 ust. 16 u.s.u.s. osobę fizyczną sprawującą osobistą opiekę nad dzieckiem własnym lub swojego małżonka, lub dzieckiem przysposobionym, przez okres do 3 lat, nie dłużej jednak niż do zakończenia roku kalendarzowego, w którym dziecko kończy 6. rok życia, a w przypadku dziecka, które z powodu stanu zdrowia potwierdzonego orzeczeniem o niepełnosprawności lub stopniu niepełnosprawności wymaga osobistej opieki tej osoby, przez okres do 6 lat, nie dłużej jednak niż do ukończenia przez dziecko 18. roku życia.

Uprawnienie to może być wykorzystane jednorazowo, może też być wykorzystywane w częściach, nie więcej jednak niż pięciu. Ustawa nie precyzuje, które z rodziców ma prawo do korzystania z tego uprawnienia (jeżeli oboje spełniają do tego warunki), z czego należy wnosić, że zostało to pozostawione decyzji samych uprawnionych. Wydaje się jednak, że inaczej niż w przypadku urlopu wychowawczego nie ma możliwości, aby oboje rodzice spełniający przesłanki wskazane w art. 6a u.s.u.s. mogli korzystać z tego uprawnienia jednocześnie.

Warunkiem podlegania ubezpieczeniu emerytalno-rentowemu jest złożenie oświadczenia, o którym mowa w art. 36 ust. 15 u.s.u.s. Osoby te podlegają ubezpieczeniu emerytalno-rentowemu od dnia określonego w ww. oświadczeniu jako dzień sprawowania osobistej opieki nad dzieckiem, nie wcześniej jednak niż od dnia, w którym oświadczenie zostało złożone, do dnia wskazanego w oświadczeniu. Zgłoszenie tych osób do ubezpieczenia oraz ich wyrejestrowanie w przypadku ustania warunków uzasadniających opłacanie składek należy do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych. Składki na ubezpieczenie emerytalne i rentowe finansowane są ze skarbu państwa, a podstawa ich wymiaru nie może być wyższa niż przeciętna miesięczna kwota stanowiąca podstawę wymiaru składek w okresie 6 miesięcy kalendarzowych poprzedzających okres sprawowania osobistej opieki nad dzieckiem i nie może być niższa niż 75% kwoty minimalnego wynagrodzenia.

Artykuł 6a u.s.u.s. nie obejmuje swym zakresem podmiotowym osób wykonujących pracę nakładczą. Rozporządzenie w sprawie uprawnień pracowniczych osób wykonujących pracę nakładczą nie przewiduje również możliwości korzystania przez te osoby z urlopów wychowawczych. Oznacza to, że osoby wykonujące pracę nakładczą, które przerwą tę umowę w celu sprawowania osobistej opieki nad dzieckiem, nie będą mogły korzystać z dobrodziejstwa art. 6a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych i podlegać w tym czasie ubezpieczeniu emerytalno-rentowemu. Rozwiązanie takie dziwi. Osoby wykonujące pracę nakładczą do tej pory traktowane były przez ustawodawcę jako kategoria najbardziej zbliżona do pracowników i z tego tytułu podlegająca najdalej idącej ochronie, do zapewnienia której wykorzystywano instrumenty należące do prawa pracy. Pominięcie tych osób w zakresie prawa do korzystania z ubezpieczenia emerytalno-rentowego w razie zaprzestania pracy w związku ze sprawowaniem osobistej opieki nad dzieckiem trudno w związku z tym racjonalnie wytłumaczyć. Wydaje się, że można w tym kontekście mówić o naruszeniu zasady równego traktowania w porównaniu z osobami wykonującymi pracę na podstawie umowy zlecenia.

Wydaje się natomiast, że do osób wykonujących pracę nakładczą będzie znajdował zastosowanie art. 6b u.s.u.s., zgodnie z którym obowiązkowo ubezpieczeniu emerytalnemu podlegają, z zastrzeżeniem, osoby fizyczne, które na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej są osobami sprawującymi osobistą opiekę nad dzieckiem, a które nie spełniają warunków do podlegania obowiązkowym ubezpieczeniom emerytalnemu i rentowym, o których mowa w art. 6a. Ich sytuacja będzie jednak o tyle gorsza, że z tego tytułu mogą podlegać tylko obowiązkowemu ubezpieczeniu emerytalnemu, poza tym w tym przypadku w sposób mniej korzystany została ustalona podstawa wymiaru składki na ubezpieczenie emerytalne. Zgodnie bowiem z art. 18b u.s.u.s. podstawę wymiaru składek na ubezpieczenie emerytalne osób, o których mowa w art. 6b ust. 1, stanowi 75% kwoty minimalnego wynagrodzenia.

Uwagi końcowe

Przeprowadzona wyżej analiza uprawnień związanych z rodzicielstwem osób wykonujących pracę na podstawie umów cywilnoprawnych — umowy zlecenia, umowy agencyjnej i umowy o pracę nakładczą pokazuje, że sytuacja tych kategorii osób nie jest jednakowa. Co więcej, analiza ich sytuacji na tle pracowniczych uprawnień związanych z rodzicielstwem — mimo podejmowania w ostatnich latach słusznych działań mających na celu zbliżenie tych uprawnień — również wskazuje na daleko idące różnice. Różnice te nie zawsze muszą być oceniane negatywnie. Ich istnienia niekiedy nie da się wykluczyć ze względu na specyfikę danej formy zatrudnienia, i w tym zakresie należy je uznać za uzasadnione. Niektóre jednak nie znajdują uzasadnienia ani systemowego, ani aksjologicznego i *de lege ferenda* powinny ulec zmianie. W mojej ocenie rozważyć należy przede wszystkim:

□ umożliwienie zgłoszenia się zleceniobiorców do ubezpieczenia chorobowego również z tych tytułów, z których podlegają ubezpieczeniu emerytalno-rentowemu na zasadzie dobrowolności;

□ zapewnienie kobietom w ciąży świadczącym pracę na podstawie umowy zlecenia gwarancji trwałości umowy stanowiącej podstawę objęcia ubezpieczeniem chorobowym w czasie ciąży;

□ zobowiązanie matek wykonujących pracę na podstawie umowy zlecenia do zaprzestania pracy zarobkowej przynajmniej w okresie korzystania z zasiłku chorobowego przez pierwsze 8 tygodni następujących po dniu urodzenia dziecka;

□ zawieszenie na ten czas umowy zlecenia na wzór rozwiązań zastosowanych w znowelizowanym art. 31 ustawy o związkach zawodowych,

□ zwiększenie swobody (również w odniesieniu do pracowników) decydowania przez rodziców o tym, które z nich (matka czy ojciec) wykorzystują zasiłek macierzyński (z wyłączeniem obowiązkowej przerwy połogowej dla matek);

□ dookreślenie, że prawo do korzystania z zasiłku macierzyńskiego w okresie odpowiadającym urlopowi ojcowskiemu mają tylko ojcowie podlegający ubezpieczeniu chorobowemu z tytułu umowy o pracę nakładczą i z tytułu umowy zlecenia;

□ objęcie osób wykonujących pracę nakładczą ubezpieczeniem emerytalno-rentowym w czasie sprawowania osobistej opieki nad dzieckiem na takich zasadach jak zleceniobiorców.

¹ Jeszcze dalej idące rozwiązanie znalazło się z projekcie kodeksu pracy opracowanym przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Pracy, który przewidywał w art. 472 obowiązek udzielenia kobiecie zatrudnionej na podstawie umowy innej niż umowa o pracę 16 tygodni urlopu macierzyńskiego.

² Warto zauważyć, że w literaturze przedmiotu prezentowane jest stanowisko, w myśl którego obowiązek wykorzystania przez kobietę 14 tygodni urlopu macierzyńskiego po porodzie jest niezgodny z dyrektywą, która przewiduje tylko dwa tygodnie obowiązkowego urlopu macierzyńskiego.

³ Wyrównywanie pozycji kobiet na rynku pracy, zwiększanie udziału ojców w sprawowaniu opieki nad dziećmi.

Bibliografia

- Babińska-Górecka, R. (2015). Ewolucja treści ryzyka socjalnego osób „zatrudnionych” na podstawie umów cywilnoprawnych w ubezpieczeniu społecznym. W: M. Szablowska-Juckiewicz, M. Wałachowska, J. Wantoch-Rekowski (red.), *Umowy cywilnoprawne w ubezpieczeniach społecznych*. Warszawa.
- Babińska-Górecka, R. (2018). Uprawnienia związane z rodzicielstwem osób wykonujących pracę zarobkową, W: G. Goździejewicz (red.), *Umowa o pracę a umowa o zatrudnienie*. Warszawa.
- Dziesięciak, D. (2015). *Prawo do zasiłku macierzyńskiego w przypadku zatrudnienia na podstawie umów cywilnoprawnych*.
- Gersdorf, H. (2013). *Prawo zatrudnienia*. Warszawa.
- Jurek, Ł. (2015). Zleceniobiorcy a zbieg tytułów do ubezpieczeń społecznych. Uwagi de lege lata i postulaty de lege ferenda. W: M. Szablowska-Juckiewicz, M. Wałachowska, J. Wantoch-Rekowski (red.), *Umowy cywilnoprawne w ubezpieczeniach społecznych*. Warszawa.
- Kopaczyńska, K. Piecniak, P. (2014). W. A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Stan prawny na 1 sierpnia 2014 r.* el-LEX.
- Krzywoń, A. (2017). *Konstytucyjna ochrona pracy i praw pracowniczych*. Warszawa.
- Mitrus, L. (2006). *Wpływ regulacji wspólnotowych na polskie prawo pracy*. Warszawa.
- Pisarczyk, Ł. (2001). *Różne formy zatrudnienia*. Warszawa.

Praca i Zabezpieczenie Społeczne

ZNAJDZIESZ

NAS

TU

www.pizs.pl

tel. 795 145 873

Krajobraz po reformie. Zbiorowa reprezentacja praw i interesów zatrudnionych niebędących pracownikami

The legal landscape after the reform.
Collective representation of non-employees' rights and interests

dr Piotr Grzebyk

Uniwersytet Warszawski, Wydział Prawa i Administracji,
Katedra Prawa Pracy i Polityki Społecznej
p.grzebyk@wpia.uw.edu.pl

dr hab. prof. UW Łukasz Pisarczyk

Uniwersytet Warszawski, Wydział Prawa i Administracji,
Katedra Prawa Pracy i Polityki Społecznej
l.pisarczyk@wpia.uw.edu.pl

Streszczenie Autorzy koncentrują się na nowelizacji ustawy o związkach zawodowych dokonanej ustawą z 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o związkach zawodowych oraz niektórych innych ustaw (DzU poz. 1608) i wpływie nowych regulacji na sytuację prawną zatrudnionych niebędących pracownikami w sferze zbiorowego prawa pracy.

Słowa kluczowe: pracownik, osoba wykonująca pracę zarobkową, niestandardowi pracownicy, zakres podmiotowy praw zbiorowych.

Summary The paper focuses on of 5 July 2018 act amending trade unions act of 1991 and other acts and impacts of new regulations on legal position of workers who are not employees in collective labour law field.

Keywords: employee, worker, person conducting a paid work, wage and salaried worker, non-standard workers, *ratione personae* of collective rights.

JEL: K31

Uwagi wstępne

W wyniku nowelizacji, która weszła w życie 1 stycznia 2019 r., wprowadzono do ustawy z 23 maja 1991 r. o związkach zawodowych (DzU z 2015 r. poz. 1881 z późn. zm., dalej: u.z.z.) pojęcie „osoby wykonującej pracę zarobkową”. Zmiana pozwala objąć pełnym prawem koalicji te osoby wykonujące pracę zarobkową, które na gruncie konstytucyjnym i prawnomiędzynarodowym mogą być zaliczane do kategorii pracowników. Osobą wykonującą pracę zarobkową w myśl znowelizowanych przepisów jest nie tylko pracownik w rozumieniu kodeksu pracy, ale również osoba świadcząca pracę za wynagrodzeniem na innej podstawie niż

stosunek pracy, jeżeli nie zatrudnia do tego rodzaju pracy innych osób, niezależnie od podstawy zatrudnienia, oraz ma takie prawa i interesy związane z wykonywaniem pracy, które mogą być reprezentowane i broniące przez związek zawodowy (art. 1¹ pkt 1 u.z.z.).

Dzięki wprowadzeniu do ustawy pojęcia osoby wykonującej pracę zarobkową wyraźnie dopuszczono tworzenie związków zawodowych i wstępowanie do nich przez osoby wykonujące pracę na podstawie umów cywilnoprawnych, w tym osoby fizyczne prowadzące jednoosobowo działalność gospodarczą (tzw. samozatrudnionych).

Nowelizacja ma dalsze konsekwencje. Wpływa bowiem na zakres podmiotowy powiązanych z prawem koalicji wolności i praw związkowych; prawa do prowadze-

nia rokowań, zawierania układów zbiorowych i innych porozumień zbiorowych, prowadzenia sporów zbiorowych i strajku¹.

W artykule posługujemy się zamiennie pojęciem „in- na niż pracownik osoba wykonująca pracę zarobkową” i „zatrudniony niebędący pracownikiem”. Zakres tych pojęć jedynie częściowo odpowiada terminowi niestandardowego zatrudnienia (*non-standard employment*), którym posługuje się Międzynarodowa Organizacja Pracy (MOP), analizując kwestie poruszane przez nas w prowadzonych niżej rozważaniach. Posługujemy się też pojęciem „niepracownika”, obejmując nim wszystkie osoby, które nie są pracownikiem w rozumieniu art. 2 k.p., a które mogą przystępować do związków zawodowych (w tym np. wolontariusze czy bezrobotni).

Ostatnie lata przyniosły dynamiczny rozwój niepracowniczych form zatrudnienia² (Berg, Aleksynski, De Stefano i Humblet, 2018, s. 27 i n.). Coraz liczniejsza grupa osób wykonuje pracę na podstawie umów prawa cywilnego, w tym umowy zlecenia, umowy agencyjnej, a nawet umowy o dzieło³. Zjawisko to jest typowe dla niemal wszystkich krajów postkomunistycznych naszego regionu (Gyulavári, 2017, s. 32–38). W Polsce w praktyce największe znaczenie mają umowy o świadczenie usług, do których stosuje się przepisy o zleceniu (art. 750 k.c.). Część umów cywilnoprawnych zawierają osoby prowadzące jednoosobową działalność gospodarczą, przy czym praca jest wykonywana w warunkach typowych dla stosunku pracy lub zbliżonych do stosunku pracy (Gyulavári, 2017, s. 33). W takich przypadkach możliwe jest więc stwierdzenie pracowniczego statusu zatrudnienia⁴. W praktyce mechanizm weryfikacji podstaw zatrudnienia okazuje się nieefektywny (IWS, 2015, s. 76–77).

W rezultacie ustawodawca staje przed koniecznością stworzenia odpowiednich standardów ochronnych również dla tych zatrudnionych, którzy nie są pracownikami. Jest to zresztą zgodne z ogólną tendencją do zbliżania prawnych statusów zatrudnionych na różnych podstawach (Supiot, 1999, s. 146 i n.) oraz — szerzej — do zapewnienia niezbędnej ochrony słabszym uczestnikom różnego rodzaju relacji społecznych (Florek, 2016, s. 981 i n.). Zatrudnieni niebędący pracownikami w różnym stopniu korzystają z ochrony m.in. w zakresie bezpieczeństwa i higieny w procesie pracy (art. 304 k.p.), ochrony przed dyskryminacją (ustawa z 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania), gwarancji ochronnych w zakresie minimalnej stawki godzinowej (szerzej Walczak, 2016), są wreszcie objęci ograniczeniami w handlu niedzielnym i świątecznym. Dochodzą do tego gwarancje ubezpieczeniowe (często na zasadach zbliżonych do pracowników) (zob. m.in. Dzienisiuk, 2016, s. 32–33). Wszystko to daje asumpt do formułowania tezy o kształtującym się obecnie prawie zatrudnienia (Gersdorf, 2013, s. 18–19).

Do fundamentalnych zmian doszło w zakresie ochrony zbiorowej zatrudnionych niebędących pracownikami. Przełomowe znaczenie miał w tym zakresie wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 2 czerwca 2015 r., K 1/13 (OTK-A 2015/6/80), w którym zakwestionowano podmiotowe ograniczenia prawa koalicji przewidziane

w art. 2 u.z.z. Od dawna ograniczenia te były przedmiotem krytycznej oceny w literaturze (Seweryński, 2006, s. 388–389; Hajn, 2010, s. 175 i n.).

Trybunał Konstytucyjny (TK) orzekł przede wszystkim, że art. 2 ust. 1 u.z.z. w zakresie, w jakim ogranicza wolność tworzenia i wstępowania do związków zawodowych osobom wykonującym pracę zarobkową niewymienionym w tym przepisie, jest niezgodny z art. 59 ust. 1 w związku z art. 12 Konstytucji.

Konsekwencją wyroku było uchwalenie 5 lipca 2018 r. ustawy o zmianie ustawy o związkach zawodowych oraz niektórych innych ustaw (DzU poz. 1608), która rozszerza podmiotowy zakres prawa koalicji. Zmiany prowadzą do zwiększenia poziomu ochrony zatrudnionych, którzy co prawda nie są pracownikami, ale w ujęciu ekonomicznym znajdują się często w sytuacji podobnej do nich⁵, a także przyczyniają się do wzmocnienia autonomii samych związków zawodowych, które mogą zdecydować o kręgu osób reprezentowanych i chronionych⁶. Rozszerzenie podmiotowego zakresu prawa koalicji może zmienić cały system relacji zbiorowych w Polsce. To właśnie w relacjach zbiorowych, gdzie silniejsze są elementy wolnościowe i konsensualne, najłatwiej jest stworzyć jednolity model dla większości zatrudnionych — tak pracowników, jak i osób, które wykonują pracę na innej podstawie⁷. Rozszerzenie prawa koalicji nie musi jednak automatycznie spowodować „renesansu” związków zawodowych, a w szczególności wzrostu liczby ich członków (podobnie Seweryński, 2013, s. 90).

Standardy konstytucyjne i międzynarodowe, prawo Unii Europejskiej

Konstytucja gwarantuje w art. 59 ust. 1 wolność zrzeszania się w związki zawodowe (prawo koalicji), wyraźnie wskazując też uprawnienia, które z wolnością tą są związane: prawo prowadzenia rokowań zbiorowych, w tym w celu rozwiązywania sporów zbiorowych, prawo zawierania układów i innych porozumień zbiorowych (art. 59 ust. 2 Konstytucji), wreszcie prawo organizowania strajków i innych form protestu (art. 59 ust. 3 Konstytucji). Zakres wolności zrzeszania się w związkach zawodowych i organizacjach pracodawców oraz innych wolności związkowych może podlegać tylko takim ograniczeniom ustawowym, jakie są dopuszczalne przez wiążące Rzeczpospolitą Polską umowy międzynarodowe (art. 59 ust. 4 Konstytucji). Konstytucja nie odnosi się wprost do zakresu podmiotowego wolności związkowej („zapewnia się wolność zrzeszania się w związki zawodowe”). W szczególności przepis Konstytucji nie używa żadnego określenia, które dotyczyłoby statusu prawnego osób, którym prawo tworzenia i przystępowania do związków zawodowych miałyby przysługiwać. W rezultacie to charakter związków zawodowych determinuje prawo koalicji. W celu określenia zakresu podmiotowego prawa koalicji należy odpowiedzieć na pytanie o cele związków zawodowych oraz ich rolę w systemie społeczno-gospodarczym. Związki zawodowe, obok pracodawców i ich organizacji, są najważniejszymi uczestni-

kami procedur zbiorowych, których efektami może być w szczególności ukształtowanie szeroko rozumianych warunków zatrudnienia (art. 20 Konstytucji) (zob. Sanetra, 1998 oraz Sanetra, 2010a). Zestawienie związków zawodowych i organizacji pracodawców wskazuje, że związki zawodowe mają reprezentować tych uczestników szeroko rozumianego procesu zatrudniania, którzy nie są pracodawcami, lecz są przez pracodawców zatrudniani (którzy wykonują pracę potrzebną z punktu widzenia różnych podmiotów gospodarczych czy instytucji publicznych)⁸. Związki zawodowe nie są też powołane do reprezentowania interesów gospodarczych przedsiębiorców. W sprawie K 1/13 TK, definiując pracownika w ujęciu konstytucyjnym, stwierdził, że pracownikiem jest osoba, która wykonuje określoną pracę zarobkową, pozostając w stosunku prawnym z podmiotem, na rzecz którego ją świadczy, oraz ma takie interesy zawodowe związane z wykonywaniem pracy, które mogą być grupowo chronione. Powyższa opinia TK miała zasadniczy wpływ na kształt nowelizacji ustawy o związkach zawodowych z 5 lipca 2018 r., w tym przede wszystkim na definicję „osoby wykonującej pracę zarobkową”.

Wolność zrzeszania się w związki zawodowe stanowi istotny element międzynarodowego systemu ochrony praw podstawowych. Kluczowe znaczenie ma przy tym podmiotowy zakres gwarancji. Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych (otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r., DzU z 1997 r. nr 38, poz. 169) w art. 8 ust. 1 gwarantuje wolność tworzenia i zrzeszania się w związki zawodowe „każdemu”. Dyskusja co do zakresu podmiotowego art. 8 Paktu dotyczyła m.in. czy francuska i hiszpańska wersja językowa (*syndicats; sindicatos*) uzasadnia objęcie przepisem także organizacji pracodawców (Craven, 2002, s. 252).

Bardziej złożona jest kwestia podmiotowego zakresu gwarancji w konwencjach MOP, w tym przede wszystkim w konwencji nr 87 dotyczącej wolności związkowej i ochrony praw związkowych, przyjętej w San Francisco dnia 9 lipca 1948 r. (DzU z 1958 r. nr 29, poz. 125). Niewątpliwie konwencje MOP ujmują wolność zrzeszania się wężiej, nie odnosząc jej do wszystkich. Jednocześnie za niejednoznaczne można uznać pojęcia, za pomocą których zostaje wyznaczony krąg beneficjentów tych gwarancji. W tekstach konwencji publikowanych w Polsce używane jest pojęcie „pracownik”. Należy jednak pamiętać, że akty te powstawały (i były tłumaczone) w zupełnie innych warunkach funkcjonowania rynku pracy. W tym okresie pracownicy rozumiani w sposób tradycyjny stanowili grupę dominującą, a ustawodawca świadomie ograniczał znaczenie innych podstaw zatrudnienia. Co więcej, konwencyjne określenie pracownik nie musi być tożsame z pojęciem pracownika w rozumieniu kodeksu pracy. Warto też dodać, że w języku polskim przez długi czas w zasadzie nie wykształciło się odrębne pojęcie, które opisywałoby osobę wykonującą pracę, która jednak nie jest pracownikiem (obecnie rolę tę pełni w zasadzie pojęcie zatrudnionego). Polskie tłumaczenia konwencji należy wreszcie zestawiać z wersjami autentycznymi. Dlatego nie należy *a priori* zakładać, że konwencje MOP gwarantują wolność zrzeszania

się pracownikom *sensu stricto* (a zatem wyłącznie osobom zatrudnionym w ramach stosunków pracy) (Servais, 2017, s. 215).

W angielskiej wersji konwencji nr 87 MOP używany jest termin *worker*, podczas gdy we francuskiej *travailleur*. Wyraźna jest więc tendencja, aby gwarancji nie ograniczać wyłącznie do osób mających status *stricto* pracowniczy (ang. *employee*, franc. *employé*). Zakres podmiotowy konwencji został sformułowany szerzej, obejmując, używając dzisiejszej terminologii, zatrudnionych. Szerokie ujęcie gwarancji potwierdza też Komitet Wolności Związkowej MOP. Co najmniej od 2012 r. podkreśla się, że wolność koalicji nie jest uzależniona od istnienia stosunku pracy i korzystają z niej również samozatrudnieni (*self-employed workers*), w tym pracownicy rolni oraz osoby wykonujące wolne zawody (Creightont, McCrystal, 2015–2016, s. 701)⁹. Państwa członkowskie mają obowiązek zapewnić, aby samozatrudnieni mieli możliwość pełnego korzystania z wolności związkowych, w tym prawa przystępowania do wybranych przez siebie związków zawodowych¹⁰. Za sprzeczne z konwencją nr 87 MOP uznaje się zakazy zrzeszania się w związkach zawodowych osób samozatrudnionych, które nie pozostają w stosunku zależności czy podporządkowania od innego podmiotu¹¹. W 2011 r. Komitet Wolności Związkowej MOP w sprawie nr 2888 przeciwko Polsce zwrócił się do rządu o „podjęcie niezbędnych środków w celu zapewnienia, że wszyscy pracownicy, bez względu na to, niezależnie od tego, w tym osoby prowadzące działalność na własny rachunek i osoby zatrudnione na podstawie umów cywilnoprawnych, będą mieli prawo do tworzenia i przystępowania do organizacji według własnego wyboru w rozumieniu Konwencji nr 87” (sprawa 2888, pkt 1087).

Inaczej rozkłada akcenty Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPCz) odnosząc się do gwarancji sformułowanych w art. 11 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (EKPCz). Z jednej strony podkreśla znaczenie wolności zrzeszania się, której zakres podmiotowy jest ujmowany szeroko (sprawa *Sindicatul, 2330/09*, pkt 65; Świątkowski, 2016, s. 39). Rozstrzygająca nie jest podstawa zatrudnienia, lecz jego charakter, w tym fakt wykonywania pracy zarobkowej na rzecz innego podmiotu. Z drugiej strony za uzasadnione uznaje utrzymanie podziału na związki zawodowe oraz inne organizacje zawodowe (Van Hiel, 2013, s. 289). EKPCz nie precyzuje pojęcia „związek zawodowy”, poza ogólnym wskazaniem, że jest on stowarzyszeniem, którego celem jest obrona interesów jego członków, to w większości przypadków związki zrzeszają osoby w „stosunku pracy” (sprawa *Manole, 46551/06*, pkt 59)¹². Oznacza to, że niektóre grupy zawodowe mogą być pozbawione określonych uprawnień, np. prawa do tworzenia związków zawodowych, jednocześnie mając możliwość tworzenia innych zrzeszeń. ETPCz podkreśla delikatną naturę kwestii społecznych oraz znaczący zakres swobody w określaniu granic wolności związkowej, z której korzystają państwa (podkreślając, że stanowi ona element szerzej rozumianej wolności stowarzyszania się) (*Unite the Union, 65397/13*, pkt 55, 60). ETPCz wskazuje też na szczególny charakter związków

zawodowych jako jednej z form zrzeszania się. Ten szczególny charakter wiąże się m.in. z uprawnieniami przysługującymi związkom zawodowym. Należy do nich negocjowanie i zawieranie porozumień zbiorowych, które poza wyjątkowymi sytuacjami nie powinny być wyłączane. Rokowania zbiorowe stanowią bowiem typowy sposób ochrony interesów członków związku zawodowego (do czego związek zawodowy jest powołany).

Gdy chodzi o prawo unijne, Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej wyłącza spod kompetencji prawotwórczych Unii m.in. prawo zrzeszania się, prawo strajku oraz prawo do lokautu (art. 153 ust. 5 TFUE) (Blainpain 2013, s. 177 i n.). Jednocześnie jednak gwarancje zbiorowych wolności i praw zostały sformułowane w Karcie Praw Podstawowych Unii Europejskiej (dalej: KPP). W myśl art. 12 ust. 1 KPP każdy ma prawo do swobodnego, pokojowego zgromadzania się oraz do swobodnego stowarzyszania się na wszystkich poziomach, zwłaszcza w sprawach politycznych, związkowych i obywatelskich, z którego wynika prawo każdego do tworzenia związków zawodowych i przystępowania do nich dla obrony swoich interesów. Szeroki zakres podmiotowy gwarancji („każdy”) należy zestawić z różnorodnością form, w których wolność zrzeszania się można realizować. W art. 12 KPP brakuje przy tym odniesienia gwarancji do prawa unijnego oraz przepisów i zwyczajów krajowych, co może wskazywać na autonomiczny charakter gwarancji (Sanetra, 2010b, s. 8).

Węższy zakres podmiotowy niż wolność koalicji mają gwarancje w zakresie prawa do prowadzenia rokowań i zawierania porozumień zbiorowych. Pracownicy i pracodawcy lub ich odpowiednie organizacje mają, zgodnie z prawem Unii oraz ustawodawstwami i praktykami krajowymi, prawo do negocjowania i zawierania układów zbiorowych pracy na odpowiednich poziomach oraz do podejmowania, w przypadkach konfliktu interesów, działań zbiorowych, w tym strajku, w obronie swoich interesów (art. 28 KPP). W tym kontekście po raz kolejny zwraca uwagę pojęcie „pracownik”, które musi być skonfrontowane z terminologią używaną w innych wersjach językowych (ang. *worker*, franc. *travailleur*, hiszp. *trabajador*, niem. *Arbeitnehmer*). Co najmniej wersje angielska i francuska wskazują na szersze ujęcie podmiotowe gwarancji. Z kolei sformułowanie użyte w wersji niemieckiej należy zestawić z terminologią używaną w prawie krajowym, która nie wyklucza przyznania niebędącym pracownikom osobom wykonującym pracę uprawnień z zakresu zbiorowego prawa pracy. W literaturze prezentowany jest pogląd, że sformułowanie „pracownik” z art. 28 KPP należy wyklądać szeroko, nawet w taki sposób, aby objąć nim również „ekonomicznie zależnych samozatrudnionych” (np. Heuschmid, 2011, s. 171; Kocher 2017, s. 1382).

Biorąc powyższe pod uwagę, jak również cele gwarancji i międzynarodowy kontekst normatywny (w tym art. 11 EKPCz), ochrony wynikającej z art. 28 KPP nie należy łączyć tylko z jedną formą zatrudnienia jaką jest stosunek pracy. Jednocześnie zwraca uwagę zróżnicowanie zakresu podmiotowej samej wolności zrzeszania się oraz określonych uprawnień.

Problemy reprezentacji zbiorowej niepracowników na poziomie krajowym

Rozwój niepracowniczych form zatrudnienia oraz istnienie szeroko ujętych standardów międzynarodowych nie pozostają bez wpływu na ustawodawstwa krajowe, które muszą reagować na zmieniającą się sytuację. Zakres ingerencji ustawowej w dużym stopniu będzie zależeć od sytuacji charakteryzującej poszczególne rynki pracy. O ile bowiem w niektórych krajach rozwój zatrudnienia niepracowniczego jest niekontrolowany i bardzo dynamiczny, o tyle w innych dominującą formą zatrudnienia pozostaje stosunek pracy, a odstępstwa mają ograniczony charakter¹³. O ile w drugim przypadku można się ograniczyć do ogólnych rozwiązań (np. odpowiedniego stosowania gwarancji dotyczących pracowników do określonych grup zatrudnionych na innej podstawie), o tyle w pierwszym przypadku ustawodawca z reguły staje przed koniecznością stworzenia kompleksowych mechanizmów prawnych. Dochodzi do tego problem nowych form zatrudnienia, m.in. tzw. pracy na żądanie (np. za pośrednictwem platform cyfrowych czy różnego rodzaju aplikacji), które jeszcze trudniej jest wtłoczyć w tradycyjne ramy zbiorowego prawa pracy (Lamine, Prassl, 2018, s. 269–271).

Poszczególne systemy krajowe, niezależnie od różnic konstrukcyjnych, stają przed problemem konfliktu między przepisami gwarantującymi zbiorową reprezentację interesów pracowniczych a regulacjami chroniącymi konkurencję i wolności gospodarcze (Lamine, Prassl, 2018, s. 270). Z jednej strony może być kwestionowane stosowanie porozumień zbiorowych do przedsiębiorców. Z drugiej strony sytuacja części samozatrudnionych jest zbliżona do sytuacji pracowników (tak w sprawie C-413/13 FNV Kunsten). Dlatego trudno obecnie przesądzić przyszły kierunek regulacji, oczekując jednak, że ustawodawcy będą poszukiwać rozwiązań kompromisowych. Jednocześnie trzeba zwrócić uwagę na zróżnicowanie zbiorowej reprezentacji zatrudnionych niebędących pracownikami w ujęciu branżowym oraz geograficznym. Związki zawodowe częściej reprezentują osoby wykonujące zawody wymagające wysokich kwalifikacji (dziennikarze, twórcy), są też aktywne np. w branży budowlanej. Odzwierciedla to do pewnego stopnia specyfikę i zakres zatrudnienia niepracowniczego. W części krajów Europy Środkowo-Wschodniej reprezentacja zatrudnionych niebędących pracownikami występowała jedynie w ograniczonym zakresie (Pedersini, Coletto, 2010, s. 37 i n.).

Ważnym przykładem kompleksowych działań w zakresie statusu zbiorowego zatrudnionych niebędących pracownikami jest Hiszpania, gdzie miał miejsce dynamiczny rozwój samozatrudnienia. W 2015 r. blisko 20% uczestników rynku pracy to samozatrudnieni (Gómez Munoz, 2017, s. 133)¹⁴. Wielu spośród nich nie zatrudnia innych osób. W 2007 r. została uchwalona ustawa (*Estatuto del Trabajador Autónomo*¹⁵), która w sposób całościowy uregulowała sytuację prawną samozatrudnionych (*trabajador autónomo*), w tym ich prawa zbiorowe. Samozatrudnionym jest osoba, która wykonuje dzia-

łałość zarobkową, regularnie, osobiście i bezpośrednio na własny rachunek. Jednocześnie brak jest elementu nadzoru lub podporządkowania innemu podmiotowi (art. 1 ust. 1 hiszp. ustawy o zatrudnionych autonomicznie). Szczególne rozwiązania dotyczą tych spośród samozatrudnionych, którzy mają status ekonomicznie zależnych (*trabajador autónomo económicamente dependiente*). W tym przypadku zatrudniony wykonuje pracę (świadczy usługi) głównie na rzecz jednego podmiotu, z relacji z tym podmiotem czerpiąc co najmniej 75% dochodu uzyskiwanego w ramach prowadzonej działalności. Specyfika przyjętych rozwiązań polega na tym, że samozatrudnieni mogą należeć zarówno do związków zawodowych, jak i organizacji zrzeszających podmioty prowadzące określoną działalność. Oznacza to możliwość występowania zarówno po stronie zatrudnianych, jak i zatrudniających (Gómez Munoz, 2017, s. 139–140). Dla samozatrudnionych ekonomicznie zależnych mogą być zawierane porozumienia zawodowe (*acuerdos de interés profesional*) (zob. m.in. Musiała, 2011, s. 256). Postanowienia umów indywidualnych sprzeczne z postanowieniami porozumień zawodowych są nieważne (art. 3 ust. 2 hiszp. ustawy o zatrudnionych autonomicznie). Trudno jednoznacznie określić status prawny tych porozumień, które sytuują się między prawem cywilnym a prawem pracy. Jest to niewątpliwie próba stworzenia mechanizmu dostosowanego do specyfiki zatrudnienia grup niepracowniczych (budzącym jednocześnie istotne wątpliwości).

Inny model można było zastosować w Niemczech, gdzie rynek pracy jest bardziej uporządkowany i jednolity, a centralnym punktem regulacji pozostaje stosunek pracy¹⁶. Ustawodawstwo nie ogranicza zakresu podmiotowego wolności koalicji. Niemiecka konstytucja ujmuje wolność koalicji w sposób szeroki. Prawo tworzenia organizacji mających na celu zabezpieczenie i rozwój warunków zatrudnienia oraz warunków ekonomicznych gwarantuje się każdemu (*jedermann*) oraz wszystkim zawodom (art. 9 ust. 3 niem. Konstytucji). Cele związków zawodowych urzeczywistnia się przede wszystkim w drodze układów zbiorowych pracy (Zöllner, Loritz, Hergenröder, 2015, s. 116–118). Stąd ich zakres podmiotowy można uznać za kluczowy dla funkcjonowania całego systemu. Podstawową kategorią osób objętych postanowieniami układów zbiorowych pracy są pracownicy. W przypadku samozatrudnionych pojawia się problem kolizji z zasadami konkurencji (przepisy antytrustowe). Jednak zgodnie z art. 12a niem. ustawy o układach zbiorowych pracy jej przepisy stosuje się odpowiednio do pracowników (*arbeitnehmerähnliche Personen*) (Kohte, Rosendahl, 2013, s. 90)¹⁷. Co do zasady są to osoby zależne ekonomicznie, które podobnie do pracowników potrzebują ochrony socjalnej, o ile na podstawie umów cywilnoprawnych (zlecenia, dzieła) wykonują pracę na rzecz innego podmiotu, wykonują pracę osobiście i zasadniczo bez współpracowników. Zależny ekonomicznie w przeważającym stopniu jest aktywny na rzecz jednego podmiotu, uzyskując w ramach tej relacji ponad połowę swojego dochodu (§ 12a ust. 1 niem. ustawy o układach zbiorowych)¹⁸. Przepisy ustawy stosuje się do osób, któ-

re świadczą usługi kulturalne, literackie oraz dziennikarskie, jak również do osób które bezpośrednio uczestniczą w realizacji tych usług; pod warunkiem uzyskiwania w tym kontekście określonej części dochodów (§ 12a ust. 3 niem. ustawy o układach zbiorowych). Przepisów ustawy nie stosuje się natomiast do przedstawicieli handlowych (§ 12a ust. 4 niem. ustawy o układach zbiorowych).

Zakres podmiotowy prawa koalicji w ustawie o związkach zawodowych

Centralnym punktem nowelizacji z 5 lipca 2018 r. jest rozszerzenie zakresu podmiotowego prawa koalicji. Ustawodawca zdecydował się na szeroką formułę gwarancji, przyznając prawo tworzenia oraz przystępowania do związków zawodowych „osobom wykonującym pracę zarobkową” (art. 2 ust. 1 u.z.z.), Dotychczas prawo to przysługiwało — z pewnymi wyjątkami — pracownikom w rozumieniu art. 2 k.p.

„Osobę wykonującą pracę zarobkową” zdefiniowano w art. 1¹ u.z.z.; jest nią „pracownik lub osoba świadcząca pracę za wynagrodzeniem na innej podstawie niż stosunek pracy, jeżeli nie zatrudnia do tego rodzaju pracy innych osób, niezależnie od podstawy zatrudnienia, oraz ma takie prawa i interesy związane z wykonywaniem pracy, które mogą być reprezentowane i bronię przez związek zawodowy”.

Ustawodawca uznaje, że przede wszystkim ta grupa jest beneficjentami aktywności związkowej. Należą do niej osoby, które, mówiąc najogólniej, czerpią dochody ze swojej pracy, a w wielu przypadkach jest to dla nich istotne (jeśli nie podstawowe) źródło utrzymania. Wynagrodzenie jest przy tym typowym i z reguły najważniejszym elementem negocjacji zbiorowych. Uprawnienia wykonujących pracę osobiście, ale bez wynagrodzenia zostały uregulowane w sposób szczególnie i podlegają istotnym ograniczeniom (art. 2 ust. 4¹ u.z.z.).

Inną niż pracownik osobę wykonującą pracę zarobkową zdefiniowano przy użyciu trzech kryteriów, które w dużej mierze odzwierciedlają wytyczne TK z wyroku K 1/13: świadczenie pracy za wynagrodzeniem na innej podstawie niż stosunek pracy; wykonywanie pracy bez pomocy innych; posiadanie takich praw i interesów związanych z wykonywaniem pracy, które mogą być reprezentowane i bronię przez związek zawodowy.

Ustawodawca, posługując się kryterium pracy za wynagrodzeniem, ograniczył się do stwierdzenia o zarobkowym charakterze pracy, nie określając żadnego poziomu dochodów uzyskiwanych z pracy¹⁹. Nie ma też znaczenia czas trwania umowy, na podstawie której praca jest wykonywana (Baran, 2018, s. 3). Wprowadzenie jakichkolwiek ograniczeń mogłoby nie tylko stanowić niedopuszczalne ograniczenie wolności koalicji, lecz również być źródłem problemów praktycznych.

W uzasadnieniu projektu ustawy nowelizacyjnej stwierdzono, że warunek niezatrudniania do pracy innych osób wskazuje na konieczność osobistego jej wykonywania, tj. bez pośrednictwa innych osób, niezależnie od tego, na podstawie jakiego stosunku prawnego takie osoby wykonywałyby pracę. Zatrudnianie do pracy innych osób świadczy bowiem o istnieniu po stronie

osoby zatrudniającej cech przedsiębiorcy. Wykonywanie pracy bez pośrednictwa innych osób na rzecz danego podmiotu niejednokrotnie powoduje powstanie stosunku zależności takiej osoby od podmiotu, na rzecz którego taka osoba świadczy pracę.

Warunek niezatrudniania innych osób nie jest bezwzględny, gdyż zastosowana przesłanka nie wyklucza korzystania z innych form pomocy przy wykonywaniu pracy, np. ze strony członków rodziny (oczywiście jeśli jest to dopuszczalne w ramach samej umowy, na podstawie której praca jest świadczona). Uprawnienia związkowe wyłącza natomiast jakiegokolwiek zatrudnienie innej osoby (niezależnie od podstawy tego zatrudnienia) — a zatem nie tylko w ramach stosunku pracy, lecz również na podstawie umów prawa cywilnego. Chodzi tu jednak o zatrudnienie w związku z działalnością, która decyduje o objęciu ochroną związkową. Nie traci się prawa koalicji zatrudniając w ramach innej działalności lub w celu zaspokojenia potrzeb osobistych. Interesy osób korzystających przy wykonywaniu pracy z zatrudniania innych powinny być chronione na odmiennych zasadach, np. przez organizacje zrzeszające przedsiębiorców.

Ostatnim kryterium jest posiadanie interesów, które mogą być reprezentowane przez związki zawodowe. Co do zasady jest to konsekwencja wcześniejszych warunków, a zatem osobistego (z reguły) wykonywania pracy za wynagrodzeniem. Interesy zawodowe, które mogą być grupowo chronione, to (w ujęciu systemowym) przede wszystkim interesy w zakresie warunków pracy, płacy oraz świadczeń socjalnych (Baran, 2018, s. 3). Praktyczna przydatność tego kryterium jest jednak wątpliwa. Wydaje się bowiem, że każdy świadczący pracę (nawet pracę niezarobkową) posiada interesy związane z kształtowaniem warunków ekonomicznych wykonywania pracy (Stelina, 2018, s. 26). Wprowadzenie tego kryterium dowodzi, że ustawodawcy chodziło o możliwie najszersze określenie zakresu podmiotowego koalicji (Stelina, Szmit, Zieleniecki, 2018, s. 348). Być może będzie to kryterium pozwalające odróżnić zatrudnionych znajdujących się w sytuacji zbliżonej do pracowników od rzeczywistych przedsiębiorców. Jakkolwiek użyte sformułowanie jest dość ogólne, może się stać narzędziem, z którego będą korzystać organy stosujące prawo.

Z braku dodatkowych ograniczeń należy przyjąć, że praca zarobkowa może być wykonywana w ramach różnych stosunków prawnych (Musiała, 2011, s. 78 i n.). Najczęściej będzie to świadczenie usług, do którego stosuje się przepisy o zleceniu, zlecenie, agencja, lecz również dzieło czy praca nakładczą. Wolność zrzeszania się ma również przysługiwać członkom rolniczych spółdzielni produkcyjnych oraz praktykantom, jeżeli otrzymują wynagrodzenie (Baran, 2018, s. 3). Z zakresu stosowania przepisu nie wyłączono w sposób wyraźny osób, które świadczą pracę w ramach prowadzonej przez siebie działalności. Dotyczy to zarówno osób prowadzących działalność pozarolniczą, jak i wykonujących wolne zawody oraz artystów i twórców (tzw. samozatrudnieni) (Baran, 2018, s. 3–4). Fakt prowadzenia określonej działalności nie wyklucza osobistego wykonywania pracy zarobkowej. Faktyczna sytuacja samozatrudnionych jest w wielu przypad-

kach bardzo zbliżona, a nawet identyczna z sytuacją innych zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych. Korzystanie z samozatrudnienia jest często przedmiotem nadużyć. Dlatego decyzję ustawodawcy o objęciu ochroną zbiorową również tej grupy należy ocenić pozytywnie (biorąc pod uwagę, że celem działania związków zawodowych jest reprezentacja ludzi pracy) (Goździewicz, 2010, s. 97). Jednocześnie jednak objęcie przedsiębiorców wolnością związkową może prowadzić do kolizji z innymi zasadami, w tym z zasadą swobody prowadzenia działalności gospodarczej (sprawa FNV Kunsten, C-413/13). Zrzeszanie się przedsiębiorców w związki zawodowe może być postrzegane jako zakłócenie mechanizmów rynkowych. Kwestia ta pojawia się w kontekście konkretnych instytucji prawa pracy, np. porozumień zbiorowych. Na przyszłość podstawowym zadaniem ustawodawcy powinno być stworzenie efektywnego mechanizmu zwalczania nadużyć w stosowaniu zatrudnienia niepracowniczego. Pozwoli to nadać wolności koalicji odpowiedni kształt. Nie zmienia to faktu, że co najmniej części prowadzących określoną działalność, w tym wykonujących wolne zawody, prawo koalicji powinno przysługiwać.

Wreszcie, ustawa nie wyłącza prawa koalicji w przypadku zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych, których przedmiotem jest zarządzanie (np. kontrakty menedżerskie). Takie rozwiązanie jest oceniane krytycznie ze względu na szczególnie charakter tego zatrudnienia (Baran, 2018, s. 3–4). Trzeba jednak zwrócić uwagę, że te same uprawnienia będą przysługiwać menedżerom zatrudnionym w ramach stosunków pracy.

Uprawnienia innych niż pracownicy osób wykonujących pracę zarobkową mają charakter samoistny. Są oni traktowani na równi z pracownikami. Nie są też zależni od związków pracowniczych. Mogą więc przystępować do związków zrzeszających pracowników, mogą też tworzyć związki zawodowe samodzielnie (bez pracowników). Powstają jednak wątpliwości, czy statut związku zawodowego może przyznawać prawo przystępowania tylko „niepracownikom” (analogicznie należy rozważyć, czy mogą być związki zawodowe o charakterze *stricto* pracowniczym). Wydaje się, że kryterium różnicowania może być charakter (rodzaj) wykonywanej pracy, ale nie sama podstawa zatrudnienia. Samą podstawę zatrudnienia trudno byłoby uznać za wystarczającą podstawę różnicowania sytuacji zatrudnionych.

Przejście na emeryturę lub rentę nie pozbawia osób, które miały status wykonujących pracę zarobkową, prawa przynależności i wstępowania do związków zawodowych. Osoby te nie mają natomiast prawa tworzenia związków zawodowych (art. 2 ust. 3 u.z.z.).

Wolontariuszom, stażystom i innym osobom, które świadczą osobiście pracę bez wynagrodzenia, przysługuje jedynie prawo do wstępowania do związków zawodowych w przypadkach i na warunkach określonych statutami związków (art. 2 ust. 4¹ u.z.z.). Inne osoby, które świadczą pracę osobiście bez wynagrodzenia, to w szczególności strony umów cywilnoprawnych, w ramach których praca może być i jest (w tym konkretnym przypadku) wykonywana bez wynagrodzenia. Pomimo wprowadzenia minimalnych stawek godzinowych jest to

możliwe. Ograniczenie uprawnień związkowych osób, które wykonują pracę, ale o charakterze niezarobkowym, są zgodne z wytycznymi TK sformułowanymi w sprawie K 1/13, który niepotrzebnie zawęził zakres podmiotowy prawa koalicji do zatrudnienia za wynagrodzeniem (Duraj, 2018, s. 135).

Objęcie gwarancjami innych niż pracownicy osób wykonujących pracę zarobkową wymagało też odpowiedniego ukształtowania strony pracodawczej. Ustawodawca przyjmuje w art. 1¹ u.z.z. szeroką definicję pracodawcy, obejmując nią nie tylko pracodawców w rozumieniu art. 3 k.p., lecz również jednostki organizacyjne (choćby nie posiadały osobowości prawnej) oraz osoby fizyczne, jeśli zatrudniają one inną niż pracownik osobę wykonującą pracę zarobkową, niezależnie od podstawy tego zatrudnienia (podmioty te można określić mianem podmiotów zatrudniających). Konstrukcja ta może zaskakiwać w zakresie, w jakim za podmiot zatrudniający uznaje się jednostki niemające osobowości prawnej. Należy założyć, że przepisy zbiorowego prawa pracy nie przyznają samoistnie zdolności prawnej. A zatem status podmiotu zatrudniającego będą mieć te jednostki, których zdolność do nawiązywania stosunków zatrudnienia (np. umów cywilnoprawnych) wynika z innych przepisów (przykładem przepisy przyznające zdolność prawną tzw. ułomnym osobom prawnym).

Ochrona przed dyskryminacją

Od początku istnienia ustawy o związkach zawodowych (od 1991 r.) zabroniona była dyskryminacja ze względu na przynależność związkową. Obowiązujący do końca 2018 r. przepis art. 3 u.z.z. stanowił, że „nikt nie może ponosić ujemnych następstw z powodu przynależności do związku zawodowego lub pozostawania poza nim albo wykonywania funkcji związkowej (...)”. Od 2019 r. art. 3 ust. 1 u.z.z. nawiązuje bezpośrednio do nomenklatury prawa unijnego, stanowiąc, że „zakazuje się nierównego traktowania w zatrudnieniu (...) z powodu przynależności do związku zawodowego lub pozostawania poza nim albo wykonywania funkcji związkowej (...)”.

Ustawodawca zdecydował się na odrębne i kompleksowe uregulowanie ochrony przed dyskryminacją ze względów związkowych. Zakazem nierównego traktowania zostały objęte osoby wykonujące pracę zarobkową, zatrudnieni bez wynagrodzenia i wszystkie inne osoby korzystające na podstawie art. 2 u.z.z. z pełnego lub ograniczonego prawa koalicji (niepracownicy).

Zmiana art. 3 k.p. jest przede wszystkim wykonaniem zalecenia Komitetu Wolności Związkowej MOP, który w sprawie nr 2888 przeciwko Polsce stwierdził, co następuje: „przypominając, że Konwencja nr 98 chroni wszystkich pracowników i ich przedstawicieli przed aktami dyskryminacji antyzwiązkowej i że jedynymi możliwymi wyjątkami od jej zakresu stosowania są policja, siły zbrojne i urzędnicy zaangażowani w administrację państwa, Komitet zwraca się do rządu o zapewnienie wszystkim pracownikom i ich przedstawicielom odpowiedniej ochrony przed aktami dyskryminacji antyzwiązkowej, niezależnie od tego, czy podlegają definicji

pracownika zgodnie z Kodeksem pracy, czy nie” (sprawa 2888, pkt 1087).

Zakazane jest więc nierówne traktowanie zarówno ze względu na przynależność związkową oraz wykonywanie funkcji związkowych (pozytywna wolność związkowa), jak też ze względu na pozostawanie poza związkiem zawodowym (negatywna wolność związkowa). Wszystkie trzy okoliczności, w tym pozostawanie poza związkiem, uznano, powtarzając treść art. 3 w dawnym brzmieniu, za kryteria dyskryminacyjne. Rozstrzyga to ewentualne wątpliwości interpretacyjne dotyczące relacji art. 3 u.z.z. do art. 18^{3a} § 1 k.p., który wymienia jedynie „przynależność związkową”.

Ochrona przed nierównym traktowaniem dotyczy różnych aspektów zatrudnienia. Przepis art. 3 ust. 1 u.z.z. wylicza, w niewyczerpujący sposób, że skutkiem nierównego traktowania nie może być odmowa nawiązania lub rozwiązania stosunku prawnego, niekorzystne ukształtowanie wynagrodzenia za pracę zarobkową lub innych warunków zatrudnienia, ominięcie przy awansie lub przyznawaniu świadczeń związanych z pracą zarobkową czy pominięcie przy typowaniu do udziału w szkoleniach podnoszących kwalifikacje zawodowe.

W wyniku nowelizacji z 5 lipca 2018 r. stworzono, na wzór pracowniczy, mechanizm pozwalający wyeliminować naruszenia zasady równego traktowania na przyszłość. Postanowienia umów i innych aktów, na podstawie których jest świadczona praca, a które naruszają zasadę równego traktowania w zatrudnieniu z powodu przynależności do związku zawodowego lub pozostawania poza nim albo wykonywania funkcji związkowej, są nieważne. Zamiast takich postanowień stosuje się odpowiednie przepisy prawa regulujące stosunek prawny łączący te osoby z pracodawcą, a w razie braku takich przepisów postanowienia te zastępuje się odpowiednimi postanowieniami niemającymi charakteru dyskryminacyjnego (art. 3 ust. 4 u.z.z.). Konsekwentnie należy przyjąć, że ustawodawca w ten sposób przyznaje sądowi kompetencje do kształtowania treści odpowiednich stosunków prawnych (w tym umów prawa cywilnego) w zakresie warunków zatrudnienia.

Oprócz domagania się wyeliminowania naruszenia zasady równego traktowania na przyszłość, niepracownicy (zob. zakres podmiotowy wskazany w art. 3 ust. 1 u.z.z.) mogą też występować z roszczeniami o zadośćuczynienie za krzywdę lub naprawienie szkody spowodowanej dyskryminacją. Do roszczeń tych osób niebędących pracownikami stosuje się odpowiednio przepisy art. 18^{3d} i art. 18^{3e} k.p. (odszkodowanie oraz ochrona przed represjami ze strony podmiotu zatrudniającego), a nie np. przepisy kodeksu cywilnego (zob. art. 13 ust 2 ustawy z 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania). Pokrzywdzony w wyniku dyskryminacji ma więc prawo do odszkodowania co najmniej w wysokości gwarantowanej przez ustawodawcę. Pojawia się natomiast pytanie o przedmiot gwarancji: czy odszkodowanie należy odnosić do minimalnego ustawowego wynagrodzenia za pracę (jak wynika z samego przepisu), czy też do minimalnej stawki godzinowej, która jest gwarantowana zatrudnionym spełniającym warunki określone w ustawie

o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Odniesienie do minimalnej stawki godzinowej byłoby trudne ze względów technicznych. Nie zawsze da się bowiem określić wartość, przez którą stawka ta miałaby być mnożona (zróznicowanie godzin pracy, niepodjęcie pracy przez kandydatów). Co więcej, odszkodowanie przysługuje też osobom wykonującym pracę nieodpłatnie, a nawet teoretycznie bezrobotnym lub emerytom. Dlatego należy przyjąć, że również w przypadku niepracowników dolną granicę odszkodowania stanowi minimalne ustawowe wynagrodzenie za pracę²⁰.

Podobnie jak w innych postępowaniach antydyskryminacyjnych dochodzi do przerzucenia ciężaru dowodu na podmiot zatrudniający. Powód powinien wykazać fakt traktowania w sposób mniej korzystny od porównywalnych zatrudnionych oraz wskazać potencjalne kryterium dyskryminacji (przynależność związkową, pełnienie funkcji związkowych, pozostawanie poza związkiem) (wyrok SN z 8 grudnia 2015 r., I PK 339/14, LEX nr 2023155). Następnie to podmiot zatrudniający powinien wykazać, że różnicując sytuację zatrudnionych kierował się obiektywnymi powodami. Pojawia się pytanie, w ramach jakiej kategorii zatrudnionych porównanie powinno nastąpić: czy należy porównywać tylko w ramach określonej kategorii stosunków prawnych (np. świadczenia usług), czy też za punkt odniesienia brać całą kategorię zatrudnionych. Biorąc pod uwagę cel przepisów antydyskryminacyjnych oraz fakt, że rodzaj stosunku prawnego nie zawsze odzwierciedla jego charakter, należy przyjąć drugą interpretację. Porównywalnym zatrudnionym może być więc również pracownik czy też osoba zatrudniona na podstawie umowy cywilnoprawnej. Należy natomiast brać pod uwagę charakter i warunki wykonywanej pracy, w tym jej zakres, towarzyszące jej wysiłek i odpowiedzialność, wreszcie kwalifikacje wymagane od zatrudnionego (choć oczywiście prawidłowo zawarte umowa o pracę oraz jedna z umów prawa cywilnego będą pociągać za sobą istotne różnice w sposobie wykonywania pracy). Uzupełnieniem gwarancji materialnych są rozwiązania procesowe, które mają zapewnić odpowiednią ochronę praw osób niebędących pracownikami. Do postępowań w sprawach dotyczących naruszenia zakazu nierównego traktowania w zatrudnieniu z powodu przynależności do związku zawodowego lub pozostawania poza nim albo wykonywania funkcji związkowej wobec osób niebędących pracownikami stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu postępowania cywilnego o postępowaniu w sprawach z zakresu prawa pracy. Postępowanie to, pomimo dokonywanych w ostatnich latach zmian, nadal wzmacnia w pewien sposób pozycję zatrudnionego. Sądem właściwym do rozpoznawania tych spraw jest sąd pracy (art. 3 ust. 3 u.z.z.).

Struktura związków zawodowych

Pomimo zasadniczych zmian wprowadzonych ustawą nowelizującą z 5 lipca 2018 r. ustawodawca nie zdecydował się na rezygnację z konstrukcji zakładowej organizacji związkowej. Budzi ona wątpliwości w kontekście zgodności ze standardami międzynarodowymi i w gruncie rzeczy stanowi przeszkodę w rozwoju ruchu zwią-

kowego, będąc jedną z przyczyn obecnego załamania się relacji zbiorowych (Hajn, 2002, s. 438 i n.). Konstrukcja zakładowej organizacji związkowej nie została zakwestionowana ani przez MOP, ani przez TK. Komitet Wolności Związkowej (sprawa 2332) podkreślił dwa elementy regulacji: po pierwsze, możliwość tworzenia międzyzakładowych organizacji związkowych; po drugie, fakt, że ograniczenia nie dotyczą samego tworzenia struktur związkowych, lecz korzystania z określonych uprawnień. Trybunał Konstytucyjny (wyrok z 28 września 2006 r., K 45/04, OTK-A 2006/8A/111) stwierdził z kolei, że ograniczenia mogą być uzasadnione ochroną innych wartości konstytucyjnych, m.in. zabezpieczając interesy pracodawców, a w rezultacie gwarantując też równowagę w relacjach zbiorowych. Powyższe założenia należy jednak skonfrontować z realiami funkcjonowania związków zawodowych. Międzyzakładowe organizacje związkowe są wykorzystywane w bardzo ograniczonym zakresie (m.in. ze względu na negatywne nastawienie pracodawców) i raczej w odniesieniu do podmiotów w pewien sposób ze sobą powiązanych (przykładem są szkoły). Oznacza to, że struktury międzyzakładowe nie stanowią realnej alternatywy, która pozwoliłaby na efektywną działalność związków zawodowych na poziomie zakładu pracy. To z kolei oznacza niemożność skutecznej ochrony interesów pracowniczych, gdyż kluczowe uprawnienia związkowe zostały przyznane właśnie zakładowym organizacjom związkowym²¹. Nowelizacja ustawy o związkach zawodowych i otwarcie się na zatrudnionych niebędących pracownikami, którzy zazwyczaj nie są silnie związani z konkretnymi zakładami pracy, było szansą do zmiany tych dyskusyjnych rozwiązań. Z szansy tej ustawodawca nie skorzystał i nowelizując ustawę o związkach zawodowych ograniczył się do dostosowania konstrukcji zakładowej organizacji związkowej do poszerzonego kręgu osób reprezentowanych przez związki.

Inne niż pracownicy osoby wykonujące pracę zarobkową mogą nie tylko być członkami związków zawodowych (a w rezultacie także współtworzyć zakładowe organizacje związkowe), mogą w tych organizacjach pełnić również określone funkcje. Pojawia się jednak pytanie, czy konstrukcje prawne tworzone z myślą o pracownikach (i stosunku pracy charakteryzującym się określonymi cechami) można implementować do zatrudnienia niepracowniczego, a nawet samozatrudnienia, które ma realizować odmienne funkcje społeczne.

Ustawodawca zdecydował, że liczebność zakładowej organizacji związkowej jest ustalana z uwzględnieniem innych niż pracownicy osób wykonujących pracę zarobkową, jeśli świadczą one pracę przez co najmniej 6 miesięcy na rzecz podmiotu zatrudniającego objętego działaniem danej zakładowej organizacji związkowej (art. 25¹ ust. 1 pkt 2 u.z.z.). Osoby, które nie spełniają wymogów w zakresie stażu pracy, mogą być natomiast członkami zakładowych organizacji związkowych. Zasady członkostwa określi statut związku²². Zatrudnieni ci mogą być również reprezentowani przez zakładową strukturę związku zawodowego zarówno w sprawach indywidualnych (z tym że większość mechanizmów ustawowych nadal nie obejmuje niepracowników), jak też zbiorowych.

W uzasadnieniu ustawy nowelizującej wyjaśniono, że wymóg 6-miesięcznego stażu „ma na celu zapobiegnięcie sytuacji, w której uprawnienia zakładowej organizacji związkowej przysługiwałyby podmiotom zrzeszającym osoby, które nie pozostają w więzi z pracodawcą”, co jest uzasadnione „koniecznością racjonalizacji przepisów objętych zmianami”. Podniesiono, że dopiero „współpraca z pracodawcą przez okres co najmniej 6 miesięcy powoduje, że między tymi podmiotami tworzy się więź dostatecznie trwała, pozwalająca na uwzględnienie danej osoby w łącznej liczbie członków, od której ustawa uzależnia przyznanie uprawnień zakładowej organizacji związkowej”. Z jednej strony każde rozwiązanie przyjęte w tym zakresie, w tym wymóg 6-miesięcznego stażu pracy, będzie budzić wątpliwości (m.in. z punktu widzenia zasad równości oraz prawidłowej implementacji standardów międzynarodowych). Z drugiej strony ustawodawca musiał zastosować jakieś kryteria, które pozwolą ustalić realny potencjał struktur zakładowych. Problemów tych można byłoby unikać przyjmując bardziej elastyczne zasady funkcjonowania związków zawodowych na poziomie zakładu pracy, w tym rezygnując ze sztywnych wymogów w zakresie zakładowej organizacji związkowej.

Nie określono zasad liczenia 6-miesięcznego stażu. Należy więc przyjąć, że uwzględnia się wszystkie okresy wykonywania pracy zarobkowej na rzecz danego podmiotu (może to być również wcześniejszy stosunek pracy). Nie ma znaczenia czasowy wymiar świadczenia w poszczególnych okresach oraz poziom otrzymywanego wynagrodzenia. W tym kontekście problemem może się okazać członkostwo w więcej niż jednym związku zawodowym. Ustawodawca nie ogranicza takiej możliwości, stara się jednak unikać wielokrotnego zaliczania tej samej osoby do struktur związkowych na poziomie zakładu pracy. W praktyce zdarzało się, np. wskutek podziału organizacji związkowych, że zatrudnieni byli zaliczani do kilku zakładowych organizacji związkowych. Obecnie, jeśli osoba wykonująca pracę zarobkową należy do więcej niż jednej zakładowej organizacji związkowej u danego pracodawcy, przy ustalaniu liczby członków zrzeszonych w organizacji związkowej osoba ta może być uwzględniona tylko jako członek jednej wskazanej przez siebie zakładowej organizacji związkowej (art. 25¹ ust. 5 u.z.z.).

Nie ma wymogu, aby zakładową organizację związkową tworzyli pracownicy. Możliwa jest więc struktura zrzeszająca wyłącznie inne niż pracownicy osoby wykonujące pracę zarobkową. W każdym przypadku ustawa wymaga, aby organizacja zrzeszała co najmniej 10 osób wykonujących pracę zarobkową (art. 25¹ ust. 1 u.z.z.).

Zasady reprezentacji zatrudnionych niebędących pracownikami

Istotą działalności związków zawodowych jest reprezentacja wszystkich mających prawo koalicji (nie tylko pracowników), a także obrona ich godności, praw oraz interesów materialnych i moralnych, zarówno zbiorowych jak i indywidualnych (art. 4 u.z.z.). Sposób realizacji tej ogólnej dyrektywy wynika z przepisów regulują-

cych poszczególne aspekty relacji zbiorowych, np. negocjowanie układów lub innych porozumień zbiorowych czy też prowadzenie sporów zbiorowych i strajków. Związki zawodowe kontrolują też przestrzeganie przepisów dotyczących także interesów niepracowników i ich rodzin (zob. art. 8 u.z.z.). Wreszcie, interesy niepracowników mogą być reprezentowane przez związki zawodowe na forum międzynarodowym (art. 5 u.z.z.).

Zgodnie z art. 7 ust. 1 u.z.z. w zakresie praw i interesów zbiorowych związki zawodowe reprezentują wszystkich mających prawo koalicji niezależnie od ich przynależności związkowej (zasada reprezentacji ogólnej). Jednocześnie trzeba pamiętać, że w ramach różnych procedur ustawodawca w sposób szczególnie kształtuje stronę pracowniczą dialogu społecznego, przyznając wskazanym podmiotom (np. wspólnej reprezentacji lub organizacjom reprezentatywnym) prawo do działania na rzecz wszystkich zatrudnionych. W sprawach indywidualnych dotyczących wykonywania pracy zarobkowej przyjęto zasadę reprezentacji szczególnej. Związki zawodowe reprezentują prawa i interesy „swoich członków” (art. 7 ust. 2 u.z.z.). Na wniosek osoby niezrzeszonej związek zawodowy może podjąć się obrony jej praw i interesów wobec podmiotu zatrudniającego (art. 7 ust. 3 u.z.z.). Reprezentacja w sprawach indywidualnych obejmuje również tych niepracowników, którzy są związani z podmiotem zatrudniającym, a którzy (np. ze względu na brak wymaganego stażu pracy) nie są uwzględniani przy ustalaniu liczebności struktury zakładowej.

Inne niż pracownicy osoby wykonujące pracę zarobkową są uwzględniani przy ustalaniu liczebności związków zawodowych na potrzeby stwierdzenia ich reprezentatywności (zob. np. art. 25³ ust 6–7 u.z.z.). Tak ustalona reprezentatywność ma znaczenie np. w kontekście rokowań układowych. Obecnie należy jednak rozróżnić dwa przypadki reprezentatywności. W sprawach (procedurach) dotyczących wszystkich zatrudnionych bierze się pod uwagę podstawowe (ogólne) kryteria reprezentatywności — z uwzględnieniem zatrudnionych niebędących pracownikami. Natomiast w procedurach mających na celu określenie sytuacji tylko pracowników (np. uzgadnianie treści regulaminów czy też zawieranie niektórych innych niż układy porozumień zbiorowych) stosowane jest dodatkowe kryterium związane z liczbą zrzeszanych pracowników (zob. np. art. 30 ust. 6 u.z.z.). W tych przypadkach dla uznania zakładowej organizacji związkowej za reprezentatywną konieczne jest zrzeszanie co najmniej 5% pracowników zatrudnionych u danego pracodawcy.

Osoby wykonujące pracę zarobkową są uwzględniane przy ustalaniu reprezentatywności w Radzie Dialogu Społecznego. Reprezentatywną organizacją związkową jest organizacja, która zrzesza więcej niż 300 000 członków będących osobami wykonującymi pracę zarobkową. Z kolei po stronie pracodawczej przymiot reprezentatywności mają organizacje zrzeszające podmioty zatrudniające łącznie co najmniej 300 000 osób wykonujących pracę zarobkową.

W myśl art. 25² u.z.z. reprezentatywną ponadzakładową organizacją związkową jest ponadzakładowa organizacja związkowa: 1) reprezentatywna w rozumieniu

ustawy o Radzie Dialogu Społecznego lub 2) zrzeszająca co najmniej 15% ogółu osób wykonujących pracę zarobkową objętych zakresem działania statutu, nie mniej jednak niż 10 000 osób wykonujących pracę zarobkową, lub 3) zrzeszająca największą liczbę osób wykonujących pracę zarobkową, dla których ma być zawarty określony ponadzakładowy układ zbiorowy pracy. Kryteria reprezentatywności nie zostały określone dla organizacji pracodawców, gdyż te reprezentują podmioty w nich zrzeszone. Krąg podmiotów reprezentowanych wyznacza zakres stosowania danego aktu, chyba że dojdzie do rozszerzenia jego skuteczności (generalizacja).

Wreszcie reprezentatywną zakładową organizacją związkową jest zakładowa organizacja związkowa: 1) będąca jednostką organizacyjną albo organizacją członkowską ponadzakładowej organizacji związkowej uznanej za reprezentatywną w rozumieniu ustawy o Radzie Dialogu Społecznego, zrzeszająca co najmniej 8% osób wykonujących pracę zarobkową zatrudnionych u pracodawcy lub 2) zrzeszająca co najmniej 15% osób wykonujących pracę zarobkową zatrudnionych u pracodawcy (art. 25³ ust. 1 u.z.z.). Jeżeli żadna z zakładowych organizacji związkowych nie spełnia powyższych wymogów, reprezentatywną zakładową organizacją związkową jest organizacja zrzeszająca największą liczbę osób wykonujących pracę zarobkową zatrudnionych u pracodawcy.

W zakresie reprezentatywności na poziomie zakładowym nowelizacja wprowadziła nowe zasady. Mianowicie przyjęto, że przy ustalaniu liczby osób wykonujących pracę zarobkową zrzeszonych w zakładowej organizacji związkowej uwzględnia się wyłącznie osoby wykonujące pracę zarobkową należące do tej organizacji przez okres co najmniej 6 miesięcy przed przystąpieniem do rokowań lub uzgodnień (art. 25³ ust. 6 u.z.z.). Przy ustalaniu liczby osób wykonujących pracę zarobkową zatrudnionych u pracodawcy, od której liczy się procent wskazany w art. 25³ ust. 1 pkt 1 lub 2 ustawy, lub przy ustalaniu największej liczby osób wykonujących pracę zarobkową zatrudnionych u pracodawcy uwzględnia się wyłącznie osoby wykonujące pracę zarobkową zatrudnione u pracodawcy przez okres co najmniej 6 miesięcy przed rozpoczęciem rokowań lub uzgodnień (art. 25³ ust. 7 u.z.z.).

Ustawodawca, wprowadzając wymóg 6-miesięcznego stażu, posłużył się analogią do art. 241^{25a} § 3 k.p., który stanowił (do końca 2018 r.), że przy ustalaniu liczby pracowników zrzeszonych w zakładowej organizacji związkowej dla potrzeb stwierdzania reprezentatywności uwzględnia się wyłącznie pracowników należących do tej organizacji przez okres co najmniej 6 miesięcy przed przystąpieniem do rokowań w sprawie zawarcia układu zakładowego. Staż 6-miesięczny tak w dawnym art. 241^{25a} § 3 k.p., jak i obecnie w art. 25³ u.z.z. ma pomóc w potwierdzeniu rzeczywistej siły związku w rokowaniach zbiorowych.

Ustawodawca nieznacznie podniósł progi reprezentatywności — z 7 do 8% oraz z 10 do 15%. Biorąc pod uwagę rozszerzenie zakresu podmiotowego reprezentacji oznacza to bardziej restrykcyjne podejście do kwestii mandatu związkowego — tym bardziej że wśród innych niż pracownicy osób wykonujących pracę zarobkową za-

interesowanie członkostwem w związkach (ze względu na charakter zatrudnienia) może być mniejsze niż w grupie pracowników (Seweryński, 2013, s. 90). Podobnie jak dotychczas kryteria reprezentatywności są zróżnicowane w zależności od pozycji organizacji związkowej na poziomie krajowym (w Radzie Dialogu Społecznego). Odmienny próg dla większych struktur można uzasadniać ich potencjałem negocjacyjnym oraz odpowiednim wsparciem, które mogą zapewnić swoim jednostkom organizacyjnym. Trudno jednak nie zauważyć, że wzrost wymagań w zakresie reprezentatywności był nieproporcjonalny (w przypadku mniejszych związków aż o 50%). Dla związków, które nie są reprezentowane w Radzie Dialogu Społecznego, podniesienie progów przy jednoczesnym rozszerzeniu zaplecza o zatrudnionych, którzy prawdopodobnie rzadziej będą korzystać z ochrony związkowej, oznacza jeszcze mniejsze szanse na osiągnięcie progu reprezentatywności. Można więc uznać, że ustawodawca wykorzystał zmiany zakresu podmiotowego prawa koalicji do dalszego wzmacniania największych struktur związkowych i swoistej komasacji ruchu związkowego. Na marginesie warto zwrócić uwagę, że w procedurach dotyczących wyłącznie pracowników uzupełniające kryterium (zrzeszanie co najmniej 5% pracowników) zostało umiejscowione na poziomie niższym niż dotychczas. Wzmacnia to pozycję związków zawodowych, zwłaszcza organizacji, które jako jedyne mogą uzyskać status reprezentatywności.

Uprawnienia działaczy związkowych

Realizacja ustawowych zadań związków zawodowych wymaga stworzenia odpowiednich warunków dla ich funkcjonowania. W rezultacie ustawodawca tworzy materialne gwarancje działalności związków, jak również przyznaje określone uprawnienia ich działaczom. Dwa najważniejsze spośród nich to prawo do ochrony przed represjami ze strony pracodawcy (co gwarantuje niezależność związków zawodowych) oraz prawo do czasu wolnego w celu realizacji zadań związkowych. To ostatnie uprawnienie przybiera postać zwolnienia stałego (tzw. etat związkowy; art. 31 ust. 1–2 u.z.z. lub tzw. bezpłatny urlop związkowy jedynie dla działaczy-pracowników; art. 25 ust. 1 u.z.z.) albo doraźnego (art. 25 ust. 5–6, art. 31 ust 3–4 u.z.z.). Rozszerzając zakres podmiotowy prawa koalicji ustawodawca liczy się z tym, że inne niż pracownicy osoby wykonujące pracę zarobkową będą również pełnić funkcje w strukturach związkowych. Uprawnienia tych osób zostały ukształtowane na wzór uprawnień pracowniczych, choć z istotnymi modyfikacjami, które uwzględniają różnice między konstrukcją stosunku pracy (charakteryzującego się trwałością oraz stabilnością) a stosunkami prawnymi prawa cywilnego. Uprawnienia przysługują zarówno osobom działającym w ramach struktur zakładowych (zakładowe organizacje związkowe), jak i ponadzakładowych.

Jeśli chodzi o tzw. etaty związkowe, to w wyniku nowelizacji nowe brzmienie nadano art. 31 ust. 2 u.z.z., który stanowi, że działacze związkowi — inne niż pracownicy osoby wykonujące pracę zarobkową mogą, podobnie jak

pracownicy, korzystać ze stałego zwolnienia z obowiązku świadczenia pracy (o ile zostaną wskazani przez zakładową organizację związkową). W okresie zwolnienia takiemu działaczowi przysługują uprawnienia lub świadczenia osoby wykonującej pracę zarobkową, a także (co kluczowe) prawo do wynagrodzenia lub świadczenia pieniężnego, o ile zarząd zakładowej organizacji związkowej wystąpił z takim wnioskiem (art. 31 ust. 2 *in fine* u.z.z.). Rozróżnienie wynagrodzenia oraz świadczenia pieniężnego to konsekwencja różnorodności umów cywilnoprawnych, w ramach których praca może być wykonywana.

Nowe brzmienie art. 31 ust. 2 u.z.z. ma duże znaczenie dla całego systemu zbiorowych stosunków pracy w Polsce. Warto pamiętać, że przyznanie w drodze ustawy tego — swego rodzaju — „wsparcia” finansowego dla związków zawodowych — które ponosi pracodawca — podjęto na początku lat 90. XX w., tłumacząc to trudną sytuacją związków i zastrzegając przejściowy charakter takiego rozwiązania. Mimo upływu czasu nie usunięto tych regulacji. Ostatnie zmiany ustawy, które rozszerzają stosowanie powyższej reguły także na inne niż pracownicy osoby wykonujące pracę zawodową, uprawdopodobniają, że przyjętych w latach 90. reguł nie zmieni się w niedalekiej przyszłości. W warunkach gospodarki rynkowej i równorzędności partnerów społecznych istnienie obowiązku wypłaty wynagrodzenia przez pracodawcę działaczom związkowym za wykonywanie przez nich pracy na rzecz związku i jego członków budzi pewne wątpliwości.

Jeśli chodzi o tzw. doraźne zwolnienia z pracy dla działaczy związkowych, to w tym przypadku inna niż pracownik osoba wykonująca pracę zarobkową ma, tak samo jak pracownik, prawo do zwolnienia od pracy zawodowej na czas niezbędny do wykonania doraźnej czynności wynikającej z jej funkcji związkowej poza zakładem pracy (art. 25 ust. 6 u.z.z.) lub wynikającej z funkcji związkowej (art. 31 ust. 4 u.z.z.), jeżeli czynność ta nie może być wykonana w czasie wolnym od pracy. Zwolniony w ten sposób od pracy zawodowej zachowuje prawo do wynagrodzenia, chyba że przepisy szczególne stanowią inaczej (art. 25 ust. 6 i art. 31 ust. 4 u.z.z.). Mogą to być np. przepisy decydujące o konstrukcji poszczególnych umów, na podstawie których jest wykonywana praca (przykładem umowa o dzieło). Zachowanie prawa do wynagrodzenia nie zostało uzależnione od wniosku strony związkowej. Umowa, na podstawie której jest wykonywana praca, w której określono termin wykonania pracy, nie ulega przedłużeniu o czas zwolnienia od pracy (art. 25 ust. 7 i art. 31 ust. 5 u.z.z.). Natomiast ustawodawca wyraźnie dopuścił możliwość określenia limitów dla czasu zwolnień doraźnych wynikających z funkcji związkowej w układzie zbiorowym pracy (art. 25 ust. 8 u.z.z.)²³. Biorąc pod uwagę uciążliwość zwolnień doraźnych dla pracodawcy oraz liczne wątpliwości związane z ich stosowaniem (Kulig, 2015, s. 9 i n.), dopuszczalność wprowadzenia takich ograniczeń może stanowić jedną z zachęt do zawarcia układu zbiorowego.

W przypadku tzw. etatu związkowego oraz doraźnego zwolnienia z pracy dla innych niż pracownicy osób

wykonywujących pracę zarobkową podstawowym problemem są gwarancje w zakresie zachowania prawa do wynagrodzenia (innego świadczenia przysługującego zatrudnionemu). Sama koncepcja zachowania świadczeń przez działacza związkowego mimo niewykonywania pracy ma swoje źródło w stosunku pracy, który cechuje się trwałością oraz stabilnością warunków zatrudnienia w dłuższej perspektywie. Cech tych często nie mają stosunki prawa cywilnego, w ramach których mogą być zatrudniani działacze związkowi. Konstrukcja zachowania prawa do wynagrodzenia może być zastosowana przede wszystkim wówczas, gdy osoba zatrudniona jest wynagradzana za czas (umowa zlecenia, umowa o świadczenie usług). W tych przypadkach ustawodawca przewiduje wręcz dokumentowanie czasu, w którym praca była wykonywana²⁴. Mechanizm ochronny będzie natomiast trudniej zastosować w przypadku umów opartych na konstrukcjach wynikowych. W uzasadnieniu ustawy powoływano się na przykład art. 642 § 1 k.c., zgodnie z którym w braku odmiennej umowy przyjmującemu zamówienie należy się wynagrodzenie dopiero w chwili oddania dzieła. Jest to w rezultacie przykład przepisu szczególnego, który może wyłączać prawo do wynagrodzenia. Szczególne cechy niektórych umów cywilnoprawnych były także przyczyną wprowadzenia ust. 5, w którym wskazano, że umowa, w której określono termin wykonania pracy przez inną niż pracownik osobę wykonującą pracę zarobkową (np. oddanie dzieła), nie ulega przedłużeniu o czas zwolnienia od pracy na czas niezbędny do wykonania doraźnej czynności wynikającej z jej funkcji związkowej, jeżeli czynność ta nie może być wykonana w czasie wolnym od pracy.

Ochrona trwałości zatrudnienia działacza związkowego została oparta na konstrukcji zgody właściwego podmiotu na wypowiedzenie lub rozwiązanie stosunku zatrudnienia oraz na niekorzystną dla osoby zatrudnionej zmianę warunków pracy lub wynagrodzenia dokonywaną w sposób jednostronny. Zgodę, co do zasady, wyraża zarząd zakładowej organizacji związkowej (krytycznie o tym np. Rączka, 2010, s. 206). Wypowiedzenie, rozwiązanie oraz jednostronna zmiana warunków zatrudnienia na niekorzyść osoby wykonującej pracę zarobkową są dopuszczalne w przypadku ogłoszenia upadłości lub likwidacji pracodawcy, a także jeśli przewidują to przepisy odrębne. Nowelizując ustawę w lipcu 2018 r. ustawodawca zdecydował się na określenie terminu, w którym strona związkowa powinna zająć stanowisko (art. 32 ust. 1¹⁻² u.z.z.).

W wyniku nowelizacji w art. 32 ust. 1, 3–7 oraz art. 9 u.z.z. zwroty „pracownik” zastąpiono szerszym pojęciem „osoba wykonująca pracę zarobkową”. Oznacza to, że szczególną ochronę z art. 32 u.z.z. stosuje się także do innych niż pracownicy osób wykonujących pracę zarobkową. Z zaleceń Komitetu Wolności Związkowej ze sprawy nr 2888 i po części z wyroku TK w sprawie K 1/13 wynikało, że niezbędne jest objęcie ochroną z art. 32 u.z.z. również działaczy związkowych niebędących pracownikami w rozumieniu kodeksu pracy. Ustawodawca przyjął zatem, że nieobjęcie, jeśli nie identyczne, to przynajmniej zbliżoną ochroną działaczy związkowych-niepracowników dopro-

wadziłoby do nieuzasadnionego zróżnicowania gwarancji prawnych dla osób wykonujących tę samą funkcję społeczną i narażonych na takie same akty retorsji lub represji ze strony pracodawcy.

Inne niż pracownicy osoby wykonujące pracę zarobkową mogą być wskazywane jako osoby objęte ochroną w ramach liczby chronionych działaczy związkowych przysługujących danej zakładowej organizacji związkowej (art. 32 ust. 9² u.z.z.). Utrzymane zostały same mechanizmy ustalania liczby osób chronionych. Rozszerzenie prawa koalicji wpływa na te mechanizmy pośrednio (ustalanie reprezentatywności z uwzględnieniem wszystkich osób wykonujących pracę zarobkową), a także bezpośrednio (liczebność zakładowej organizacji związkowej u pracodawcy ustala się z uwzględnieniem także członków, którzy nie są pracownikami, zatrudnionych przez co najmniej 6 miesięcy). Szczegółne rozwiązania dotyczą międzyzakładowych organizacji związkowych. Osoby wykonujące pracę zarobkową mogą być chronione jako: członkowie komitetu założycielskiego (art. 32 ust. 7 u.z.z.) oraz pełniący z wyboru funkcję związkową poza zakładową organizacją związkową, korzystający u pracodawcy ze zwolnienia z obowiązku świadczenia pracy (art. 32 ust. 9 u.z.z.).

Odmienności w statusie prawnym osób wykonujących pracę zarobkową niebędących pracownikami są widoczne w kontekście roszczeń z tytułu wadliwego rozwiązywania umów przez podmiot zatrudniający. Ze względu na mniejszą stabilność stosunków cywilnoprawnych ustawodawca nie zdecydował się na zastosowanie restytucji stosunku prawnego (ewentualnie nieważności lub bezskuteczności czynności podmiotu zatrudniającego). Ustawodawca rozciągnął zatem stosowanie konstrukcji rozwiązania skutecznego, lecz wadliwego (wyrok SN z 9 czerwca 2009 r., II PK 264/08) także na przypadki naruszenia zakazu obejmującego inną niż pracownik osobę wykonującą pracę zarobkową. Tak więc w razie naruszenia przez pracodawcę zasad wypowiedzenia, rozwiązania lub jednostronnej zmiany stosunku prawnego działacza związkowego niebędącego pracownikiem osobie tej przysługuje, niezależnie od wielkości poniesionej szkody, rekompensata w wysokości równej 6-miesięcznemu wynagrodzeniu przysługującemu tej osobie w ostatnim okresie zatrudnienia, a jeżeli wynagrodzenie tej osoby nie jest wypłacane w okresach miesięcznych — w wysokości równej 6-krotności przeciętnego wynagrodzenia miesięcznego w gospodarce narodowej w roku poprzednim. Ryczałtowy charakter świadczenia, a nawet terminologia, którą posługuje się przepis („rekompensata”), wskazują na specyficzny charakter uprawnień zatrudnionego. Brak konieczności wykazywania szkody wskazuje, że celem świadczenia jest zadośćuczynienie krzywdzie, którą ustawodawca w takiej sytuacji *a priori* zakłada. W pozostałym zakresie świadczenie będzie służyć naprawieniu szkody, którą inna niż pracownik osoba wykonująca pracę zarobkową co do zasady ponosi. Potwierdzeniem takiego założenia jest przepis przesądzający, że osoba ta może dochodzić odszkodowania lub zadośćuczynienia przynoszącego wysokość rekompensaty (art. 32 ust. 1³ u.z.z.).

Problemem może się natomiast okazać ustalenie relacji między zakresem, w jakim świadczenie ma zadośćuczynić krzywdzie oraz służyć naprawieniu szkody. Przepis ma znaczenie również w kontekście wątpliwości, jakie pojawiają się na gruncie roszczeń z tytułu wadliwego wypowiedzenia lub rozwiązania stosunku pracy. Podstawą dochodzenia roszczeń będą tu przepisy prawa cywilnego. Naruszenie standardów ustawowych uzasadnia odpowiedzialność deliktową podmiotu zatrudniającego. Pojawia się natomiast pytanie, czy możliwa jest również jego odpowiedzialność kontraktowa. Z jednej strony przeciwko takiej interpretacji może przemawiać orzecznictwo dotyczące roszczeń uzupełniających z tytułu wadliwego rozwiązania umowy o pracę bez wypowiedzenia²⁵. Z drugiej strony naruszenie zasad rozwiązywania stosunku prawnego powinno być uznane za niewykonanie (niewłaściwe wykonanie) zobowiązania (w wyniku takich działań strona zobowiązania nie wykonuje ciążących na niej obowiązków), co otwiera drogę do odpowiedzialności kontraktowej podmiotu zatrudniającego.

W przypadku dochodzenia roszczeń w związku z naruszeniem zakazu z art. 32 ust. 1 u.z.z. postępowanie działaczy-pracowników przed sądem jest łatwiejsze niż postępowanie sądowe innych niż pracownicy osób wykonujących pracę zarobkową. Przykładowo pracownikom wnoszącym powództwo do sądu pracy przysługuje zwolnienie od kosztów sądowych, przepisy prawa przewidują możliwość wytoczenia przez pracownika powództwa w formie ustnej oraz zgłoszenia w tej formie środków odwoławczych, właściwość miejscowa sądu w sprawach z zakresu prawa pracy jest przemienne, co ułatwia pracownikowi dochodzenie jego roszczeń. Działaczom niebędącym pracownikami takie ułatwienia nie przysługują. Tymi okolicznościami (różnicami) ustawodawca tłumaczył taki właśnie kształt rekompensaty pieniężnej z art. 32 ust. 1³⁻⁴ u.z.z. Wydaje się jednak, że pomimo ukształtowania rekompensaty na poziomie wyższym niż odszkodowanie z tytułu wadliwego wypowiedzenia (rozwiązania) stosunku pracy nie jest to sankcja, która mogłaby skutecznie odstraszać pracodawców od naruszeń (zwłaszcza w kontekście braku mechanizmu restytucji). Nadal więc aktualny pozostaje problem zgodności ze standardami międzynarodowymi.

Zatrudnieni niebędący pracownikami a przedstawicielstwo pozazwiązkowe

Zbiorowe interesy zatrudnionych mogą być chronione nie tylko przez związki zawodowe, lecz również przez inne podmioty zbiorowe (z reguły wybrane przez załogę zakładu pracy). Dwa najważniejsze obecnie rodzaje przedstawicielstw pozazwiązkowych w prawie polskim to rady pracowników oraz przedstawiciele pracowników wyłonieni w trybie przyjętym u danego pracodawcy (szerzej Sobczyk, 2010; Latos-Miłkowska, 2010). Rady pracowników to przede wszystkim podmiot procedur informacyjno-konsultacyjnych. Z kolei przedstawiciele wybierani w trybie przyjętym u danego pracodawcy uczestniczą w negocjowaniu (z braku związków zawodowych) niektórych porozumień zbiorowych.

W kontekście rad pracowników ustawodawca nie rozszerzył ani biernego, ani czynnego prawa wyborczego — nadal przyznając je tylko pracownikom. Uwzględnienie osób niebędących pracownikami niewątpliwie wiązałyby się z poważnymi problemami technicznymi i organizacyjnymi. Struktura oraz tryb tworzenia rad są powiązane z poziomem zatrudnienia u danego pracodawcy. Uwzględniając inne niż pracownicy osoby wykonujące pracę zarobkową trudno o niezbędną w tym zakresie stabilizację. Oczywiście problemy te można przezwyciężyć, na co wskazuje obecna konstrukcja zakładowej organizacji związkowej, której różne aspekty aktywności są również powiązane z liczebnością członków. Być może ustawodawca uznaje jednak, że rada pracowników jest instytucją *stricte* zakładową. Rada koncentruje się na kwestiach związanych z funkcjonowaniem jednostki organizacyjnej, z reguły jedynie pośrednio odnosząc się do warunków pracy i płacy pracowników. Jest przede wszystkim podmiotem partycypacyjnym nastawionym na współpracę z pracodawcą. Być może dlatego jej zaplecze powinni stanowić ci zatrudnieni, których z zakładem pracy wiąże trwała relacja. Warunek ten jest spełniony w stosunkach pracy, które cechują się trwałością, a także tworzą szczególną więź prawną między pracownikiem a pracodawcą (jej emanacją jest ciążący na pracowniku obowiązek dbałości o dobro zakładu pracy). Trzeba jednak zwrócić uwagę, że więź łącząca inne niż pracownicy osoby wykonujące pracę zarobkową z podmiotami zatrudniającymi bywa również coraz silniejsza. Na przyszłość, wobec rozwoju zatrudnienia niepracowniczego, kwestia ta wymaga jednak ponownej refleksji. Na wspólnotę zakładową należy patrzeć szerzej, zaliczając do niej nie tylko pracowników, lecz również osoby, które są zatrudnione na innej podstawie. W tym kontekście warto zwrócić uwagę, że projekt Kodeksu zbiorowego prawa pracy zakładał, pod pewnymi warunkami, udział w radzie pracowników również przedstawiciela osób zatrudnionych na innej podstawie. Przedstawiciel ten miałby być wyłaniany, jeżeli w dniu wyborów rady zakładowej liczba osób niebędących pracownikami jest równa co najmniej połowie liczby pracowników zatrudnionych u danego pracodawcy. Byłyby to wybory równoległe do wyborów przedstawicieli pracowników (przedstawiciel zatrudnionych niebędących pracownikami zwiększałby liczebność rady). Wybory miałyby być organizowane na wniosek co najmniej 3 zatrudnionych (art. 102 projektu Kodeksu zbiorowego prawa pracy). Oczywiście także obecnie, pomimo swojej pracowniczej struktury, rada może uwzględniać i reprezentować interesy również innych grup zatrudnionych. Tym bardziej że w większości przypadków ich sytuacja będzie wpływać na funkcjonowanie całej organizacji (w tym także na warunki zatrudnienia pracowników).

W obecnym stanie prawnym prostszy wydaje się problem pomijania innych niż pracownicy osób wykonujących pracę zarobkową w kontekście wyboru przedstawicielstwa tworzonego w trybie przyjętym u danego pracodawcy. Ustawodawca ogranicza jego udział do negocjowania porozumień, których zakresem podmiotowym są objęci tylko pracownicy. Naturalną konsekwencją tego ograniczenia jest brak zaangażowania zatrudnionych

niebędących pracownikami. Sytuacja może ulec zmianie wraz z rozszerzeniem zakresu podmiotowego aktów, które są tworzone z udziałem przedstawicielstwa wyłonionego w trybie przyjętym u danego pracodawcy.

Uprawnienia podmiotów reprezentujących zbiorowe interesy zatrudnionych

Najważniejszymi uprawnieniami zbiorowymi są (oprócz samego prawa do tworzenia związków oraz przystępowania do nich) prawo prowadzenia negocjacji zbiorowych i zawierania porozumień zbiorowych, a także prawo do strajku. Zakres podmiotowy trzech podstawowych praw związkowych (prawo koalicji, prawo do rokowań zbiorowych, prawo do strajku) nie mus być identyczny. Tym samym, rozszerzenie prawa koalicji, do jakiego doszło w wyniku nowelizacji ustawy o związkach zawodowych z 5 lipca 2018 r., nie oznacza automatycznie objęcia niepracowników gwarancjami w zakresie zawierania porozumień zbiorowych czy też prowadzenia sporów zbiorowych. Ujednolicenie ochrony jest tym trudniejsze, że na początku lat 90. polski ustawodawca zdecydował się na regulowanie relacji zbiorowych przy wykorzystaniu metody, którą można określić jako „geometrię legislacyjną” (Sprawozdanie stenograficzne z 30. posiedzenia Senatu. Kadencja I, 1990, łam 211). Chodziło o rozdzielenie materii zbiorowych stosunków w trzech uzupełniających się, choć odrębnych ustawach, które samodzielnie określają także swój zakres podmiotowy.

Typowym i najważniejszym rezultatem dialogu społecznego jest układ zbiorowy pracy, który w sposób kompleksowy może kształtować warunki zatrudnienia. Zakres podmiotowy układów zbiorowych pracy został ujęty szeroko. Zgodnie z art. 21 ust. 3 u.z.z. przepisy działu jedenastego kodeksu pracy („Układy zbiorowe pracy”) stosuje się odpowiednio do innych niż pracownicy osób wykonujących pracę zarobkową oraz ich pracodawców (podmiotów zatrudniających), a także do organizacji zrzeszających te podmioty. Gwarancjami układowymi nie zostali objęci ci zatrudnieni, którzy nie wykonują pracy zarobkowej. Możliwość zawierania układów zbiorowych dla osób wykonujących pracę zarobkową, jakkolwiek istotna z punktu widzenia szeroko ujętej wolności koalicji, była jednocześnie źródłem poważnych wątpliwości konstrukcyjnych (Florczak, 2013, *passim*; Raczkowski, 2018, *passim*). Pojawia się wreszcie pytanie, na ile znowelizowane przepisy zmieniają sytuację niepracowników w kontekście standardów układowych.

Przewidując odpowiednie stosowanie kodeksu pracy, ustawodawca wskazał jedynie przepisy działu jedenastego, pomijając natomiast art. 18 k.p., który określa relację między postanowieniami umów indywidualnych oraz aktów zbiorowych (opierając je na zasadach uprzywilejowania i automatyzmu prawnego) (Góral, 2011, s. 200 i n.). Obecne odesłanie ma jednak charakter kompleksowy, co może wskazywać na chęć uregulowania zbiorowego statusu zatrudnionych niebędących pracownikami na wzór pracowniczy. Byłaby to naturalna konsekwencja rozszerzenia zakresu podmiotowego prawa koalicji.

Należy rozpocząć od tego, że istotą gwarancji układowych jest stworzenie minimalnych standardów zatrudnienia dla osób objętych postanowieniami układowymi. Wskazuje na to art. 240 § 1 pkt 1 k.p. („układ określa warunki, jakim ma odpowiadać treść stosunku pracy”). Konsekwentnie należy więc przyjąć, że układ zbiorowy pracy określa warunki, jakim ma odpowiadać treść innych stosunków zatrudnienia. Normy układowe mają, co do zasady, charakter jednostronnie bezwzględnie obowiązujący. Gwarantują minimalne warunki wykonywania pracy dla zatrudnionych. Niejako *a priori* nie mogą mieć charakteru ściśle bezwzględnie obowiązujące, gdyż wówczas, w sposób niezgodny z istotą układów zbiorowych pracy, ograniczałyby autonomię stron stosunków prawnych. Dopuszczają więc modyfikacje *in melius*. Ze względu na charakter i cele gwarancji oraz faktyczną pozycję zatrudnionych niebędących pracownikami (która zbliża się do pozycji pracowników), a także brak w tym zakresie wyraźnej regulacji należy przyjąć, że zatrudnieni nie mogą natomiast zrezygnować z ochrony wynikającej z układów zbiorowych. Dodatkowym argumentem jest uznanie ogólnej reprezentacji innych niż pracownicy osób wykonujących pracę zarobkową przez związki zawodowe. Przyjmując takie założenia konstrukcyjne, postanowienia układowe można objąć pojęciem ustawy (w rozumieniu art. 58 § 1 k.c.) jako pewnego standardu, do którego akty indywidualne powinny być odnoszone. Alternatywą byłoby uznanie, że odstępstwa od standardów układowych na niekorzyść zatrudnionych naruszają określony przepis, np. art. 240 § 1 k.p. (a zatem występowałyby tu również sprzeczność z ustawą). Przy obu interpretacjach postanowienia umów indywidualnych, które byłyby mniej korzystne dla zatrudnionego od postanowień układu zbiorowego, należałoby uznać za nieważne (art. 58 § 1 k.c.). W ich miejsce należy zastosować odpowiednie standardy zbiorowe (odmiennie Raczkowski, 2018, s. 5 i n.). Należy zakładać, że układ zbiorowy będzie wskazywał postanowienia, które stosuje się do innych niż pracownicy osób wykonujących pracę zarobkową. Ze względu na odmienną statusów prawnych nie można przyjmować, że postanowienia dotyczące pracowników stosuje się automatycznie do pozostałych zatrudnionych, którzy korzystają z reprezentacji związkowej. Natomiast postanowienia układowe dotyczące innych niż pracownicy osób wykonujących pracę zarobkową stosuje się do wszystkich należących do tej kategorii a zatrudnionych przez dany podmiot, chyba że strony układu postanowiły inaczej.

Trzeba jednocześnie podkreślić, że w wielu sferach dialogu społecznego ustawodawca nadal nie przewiduje ochrony interesów innych niż pracownicy osób wykonujących pracę zarobkową. Nie zostali oni objęci zakresem stosowania regulaminów zakładowych, w tym regulaminu wynagradzania oraz regulaminu pracy. Ustawodawca uznaje, że charakter prawny tych aktów uzasadnia ich stosowanie tylko do pracowników. I tak, regulamin pracy, co najmniej w pewnym zakresie, stanowi emanację uprawnień kierowniczych pracodawcy będących konsekwencją podporządkowania charakteryzujących stosunki pracy. Regulamin wynagradzania jest

z kolei uznawany za formę samozwiązania się podmiotu zatrudniającego (wyrok TK, SK 37/02, OTK-A 2003/6/56), przy czym sam obowiązek jego wydania można uzasadniać specyfiką zatrudnienia pracowniczego, w tym potrzebą stworzenia ram formalnych i gwarancji dla pracowników (w miejsce układów zbiorowych pracy). Możliwe jest natomiast przyznanie „innym osobom” świadczeń socjalnych, a co się z tym wiąże — objęcie ich postanowieniami regulaminu zakładowego funduszu świadczeń socjalnych (art. 2 ust. 5 ustawy o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych).

Nie został też rozszerzony zakres podmiotowy większości innych porozumień zbiorowych. Ze względu na wymóg oparcia ustawowego²⁶ ich zakres stosowania nie może być oceniany rozszerzająco. Z braku wyraźnego upoważnienia dla partnerów społecznych porozumienia te nie będą więc wywoływać bezpośrednich skutków dla zatrudnionych niebędących pracownikami. W większości przypadków jest to konsekwencja przedmiotu tych porozumień, który ogranicza się do kwestii ściśle związanych ze stosunkiem pracy. Porozumienie zawieszające inne autonomiczne źródła prawa pracy (art. 91 k.p.) dotyczy aktów, które w większości przypadków obejmują tylko pracowników (np. regulamin wynagradzania). Gdy chodzi o zawieszenie indywidualnych warunków zatrudnienia (art. 23^{1a} k.p.), zostało ono ograniczone do umów o pracę. Kolejna grupa porozumień dotyczy z kolei organizacji czasu pracy, który pozostaje instytucją typowo pracownią (inne niż pracownicy osoby wykonujące pracę zarobkową co do zasady nie są podporządkowane w zakresie godzin pracy). W systemie prawa pracy pojawia się jednak kilka wyjątków — innych porozumień zbiorowych, które mogą wpływać na sytuację zatrudnionych niebędących pracownikami. Po pierwsze, jest to porozumienie w sprawie zawieszenia stosowania postanowień układowych (art. 241²⁷ k.p.): inne niż pracownicy osoby wykonujące pracę zarobkową zostali objęci zakresem stosowania układów zbiorowych pracy. Po drugie, szeroki zakres podmiotowy mogą mieć postanowienia kończące spór zbiorowy. Sam spór zbiorowy może bowiem dotyczyć sytuacji nie tylko pracowników, lecz również innych grup, którym przysługuje prawo zrzeczania się (art. 1 ustawy z 23 maja 1991 r. o rozwiązywaniu sporów zbiorowych; dalej: u.r.s.z.).

Związki zawodowe mogą wykonywać jeszcze inne uprawnienia istotne z punktu widzenia reprezentacji oraz ochrony zatrudnionych niebędących pracownikami. Tytułem przykładu, w razie uzasadnionego podejrzenia, że w zakładzie pracy lub w miejscu wyznaczonym przez pracodawcę do wykonywania pracy zarobkowej występuje zagrożenie dla życia lub zdrowia zatrudnionych zakładowa organizacja związkowa może wystąpić do podmiotu zatrudniającego z wnioskiem o przeprowadzenie odpowiednich badań, zawiadamiając o tym jednocześnie właściwego okręgowego inspektora pracy. Przewiduje się także możliwość tworzenia kas zapomogowo-pożyczkowych, których członkami mogą być m.in. osoby wykonujące pracę zarobkową bez względu na przynależność związkową. Nadzór społeczny nad tymi kasami sprawują związki zawodowe (art. 39 ust. 1 u.z.z.).

Szczególnym przejawem wolności zrzeszania się, związanym z prawem do rokowań układowych, jest prawo prowadzenia sporów zbiorowych oraz organizowania strajków. Zakres podmiotowy reprezentacji jest w tej sferze z reguły węższy niż krąg osób, którym gwarantuje się prawo koalicji²⁷.

Nowelizacja z 5 lipca 2018 r. zmieniła także ustawę o rozwiązywaniu sporów zbiorowych. Z zadowoleniem należy przyjąć rozszerzenie zakresu podmiotowego tej ustawy na inne niż pracownicy osoby wykonujące pracę zarobkową. Sam przedmiot sporu zbiorowego jest ujęty w art. 1 u.r.s.z. w sposób dość ogólny i elastyczny. Spór może dotyczyć warunków pracy, płac lub świadczeń socjalnych oraz praw i wolności związkowych pracowników lub innych grup, którym przysługuje prawo zrzeszania się w związkach zawodowych. Rozszerzenie prawa koalicji w ustawie o związkach zawodowych na osoby wykonujące pracę zarobkową spowodowało — bez konieczności zmiany art. 1 u.r.s.z. — możliwość prowadzenia sporów zbiorowych również w interesie zatrudnionych innych niż pracownicy. Przepisy ustawy, w których jest mowa o pracownikach, mają odpowiednie zastosowanie do innych niż pracownicy osób wykonujących pracę zarobkową (art. 6 u.r.s.z.).

Odpowiednie stosowanie przepisów ustawy o rozwiązywaniu sporów zbiorowych do innych niż pracownicy osób wykonujących pracę zarobkową oznacza, że osobom tym przyszuje się prawo do występowania w sporach zbiorowych na takich samych zasadach jak pracownikom. Osoby te (za pośrednictwem związków zawodowych) będą mogły formułować żądania, które zmierzają do zaspokojenia ich interesów, będą też mogły decydować o zorganizowaniu strajku oraz brać w nim udział (w art. 17 ust. 1 u.r.s.z. jest mowa o strajku jako zbiorowym powstrzymaniu się od wykonywania pracy przez pracowników, któremu to pojęciu nadano szersze znaczenie). Odnosić należy, że ustawodawca nie próbował wprowadzać w tym zakresie ograniczeń, powołując się na specyfikę zatrudnienia osób wykonujących pracę zarobkową niebędących pracownikami, co ma miejsce w kontekście niektórych innych instytucji zbiorowego prawa pracy. Rozwiązanie to należy ocenić jak dość odważne, a nawet postępowe (choć jednocześnie można się zastanawiać, czy ustawodawca liczył się ze wszystkimi konsekwencjami takiego działania). Warto zaznaczyć, że przedstawiciele misji MOP, z pomocy których polski rząd korzystał podczas prac nad nowelizacją ustawy o związkach zawodowych, zaznaczali, że ich oczekiwaniem jest to, że inne niż pracownicy osoby wykonujące pracę zarobkową powinny „mieć prawo do zrzeszania, być chronieni przed dyskryminacją ze względu na działalność w związkach zawodowych i mieć możliwość wyrażania swojego wspólnego głosu — niekoniecznie przez porozumienie zbiorowe w tradycyjnym tego słowa znaczeniu czy też przez tradycyjny system rokowań zbiorowych, ale nie mogą istnieć żadne przeszkody w zbiorowych negocjacjach; powinna też istnieć możliwość realizacji pewnych form akcji protestacyjnych w sposób zbiorowy” (Podgórska-Rakiel, 2014, s. 513).

Konsekwentnie przepisy o sporach zbiorowych stosuje się już nie tylko do pracodawców w rozumieniu art. 3 k.p.,

lecz również do podmiotów, które zatrudniają osoby wykonujące pracę zarobkową na innej podstawie (art. 5 u.r.s.z. w zw. z art. 1¹ u.z.z.). Stroną sporu zbiorowego może być więc podmiot, który zatrudnia wyłącznie na podstawie umów cywilnoprawnych. Z kolei przepisy dotyczące pracowników stosuje się odpowiednio do innych niż pracownicy osób wykonujących pracę zarobkową (art. 6 u.r.s.z.).

W zakresie prowadzenia sporów zbiorowych oraz strajku należy zwrócić uwagę, że zmiany z 5 lipca 2018 r. pozwalają objąć stosunki zatrudnienia pod pewnymi względami zbliżone do typowych stosunków pracy. Natomiast w sytuacjach bardziej złożonych lub nietypowych nadal brak mechanizmów pozwalających na prowadzenie działań zbiorowych w stosunku do podmiotów decydujących o warunkach zatrudnienia. Po pierwsze, dotyczy to podmiotów funkcjonujących w ramach struktur kapitałowych, a nawet większych struktur organizacyjnych, w ramach których doszło do wyodrębnienia podmiotów zatrudniających. Posługując się konstrukcją pracodawcy lub konstrukcją podmiotu zatrudniającego, ustawodawca utrudnia nawiązanie relacji zbiorowych z podmiotami kontrolującymi. Po drugie, brak również mechanizmów ułatwiających prawidłowe ukształtowanie relacji zbiorowych wówczas, gdy praca jest wykonywana za pośrednictwem innego podmiotu, w tym za pośrednictwem aplikacji czy platform cyfrowych. Zatrudnieni muszą korzystać z ogólnych rozwiązań prawnych, które nie zawsze będą odpowiadać specyfice poszczególnych sytuacji, co niekorzystnie wpływa na prowadzenie dialogu społecznego. Podobne problemy zauważono już wcześniej przy okazji analiz koncepcji zarządczej pracodawcy (Oniszcuk, 2014, s. 746).

W tym kontekście należy przypomnieć, że Komitet Wolności Związkowej MOP w sprawie nr 3111 zgodził się z rzutami NSZZ „Solidarność”, iż zawężenie definicji strony sporu zbiorowego i strony strajku poprzez odwołanie się do pojęcia pracodawcy w rozumieniu kodeksu pracy powoduje to, że związki zawodowe nie mogą wszcząć sporu z podmiotem faktycznie decydującym o warunkach pracy i płacy. W ocenie Komitetu przepisy krajowe mają gwarantować, aby presja wywierana na poszczególnych etapach sporu zbiorowego była skutecznie kierowana do odpowiedniego podmiotu. Strona pracodawcza sporu zbiorowego ma być jasno określona i ma to być podmiot, któremu przyszuje się kompetencje do podejmowania decyzji dotyczących warunków zatrudnienia (sprawa nr 3111, pkt 708–709), co należałoby odnieść także do warunków zatrudnienia innych niż pracowników osób wykonujących pracę zarobkową.

Uwagi końcowe

Odpowiednie ukształtowanie reprezentacji interesów zatrudnionych niebędących pracownikami jest jednym z najpoważniejszych problemów, przed jakimi — w sferze relacji zbiorowych — staje obecnie ustawodawca. Z jednej strony zbiorowe prawo pracy, tworzone z myślą głównie o pracownikach, nie przystaje do nowych form wykonywania pracy. Jest to widoczne choćby

w kontekście dynamicznie rozwijającej się pracy na żądanie (np. za pośrednictwem platform cyfrowych). Z drugiej strony inne niż pracownicy osoby wykonujące pracę zarobkową często jeszcze bardziej niż pozostający w stosunkach pracy potrzebują reprezentacji zbiorowej. Biorąc pod uwagę podstawowe założenia ustroju społeczno-gospodarczego państwa, ustawodawca powinien dokonać przebudowy zbiorowego prawa pracy (a być może już zbiorowego prawa zatrudnienia), tak aby zapewniało ono ochronę możliwie dużej grupie zatrudnionych. Pierwszym krokiem w tym kierunku było rozszerzenie zakresu podmiotowego prawa koalicji. Reformę należy kontynuować, wprowadzając kolejne rozwiązania gwarantujące realną reprezentację zbiorową zatrudnionym niebędącym pracownikami. Wśród kwestii wymagających rozważenia są m.in. reprezentacja przez przedstawiciela pozazakładowego, zakres i sposób objęcia przez autonomiczne źródła prawa pracy czy wreszcie zakres uprawnień związanych ze sporami zbiorowymi pracy. Niebezpieczna wydaje się przy tym próba prostego kopiowania mechanizmów tworzonych z myślą o pracownikach. Konieczna jest kompleksowa i spójna wizja relacji zbiorowych, która pozwoli stworzyć rozwiązania, które można zastosować w odniesieniu do różnych podstaw i form zatrudnienia.

¹ Jednocześnie trudno nie zgodzić się z tezą, że wolność zrzeszania się oraz wynikające z niej uprawnienia jako wolności i prawa podstawowe (gwarantowane przez Konstytucję i akty międzynarodowe) są w pewnym sensie niezależne od gwarancji sformułowanych w ustawodawstwie krajowym (Świątkowski, 2015, s. 454 i n.). Jednak wobec techniki rozbudowanej ingerencji ustawowej wyraźne uregulowanie tych kwestii ma istotne znaczenie (co najmniej na poziomie interpretacyjnym).

² MOP w 2016 r. opublikowała raport na temat niestandardowych form zatrudnienia (*non-standards workers*) opisujący m.in. zjawiska, które doprowadziły do rozprzestrzenienia się niestandardowych form zatrudnienia, które to formy w dużym stopniu odpowiadają polskiemu terminowi „niepracownicze zatrudnienie” (International Labour Office, 2016, s. 20 i n.).

³ W Polsce nadal wykorzystywana jest również (choć w niewielkim zakresie) umowa o pracę nakładczą, zob. Główny Urząd Statystyczny, 2018, s. 30.

⁴ W dokumentach MOP używa się pojęcia „*a disguised employment relationship*”. Zob. *ILO Employment Relationship Recommendation*, 2006 (No. 198), pkt 4b.

⁵ Niewątpliwie zatrudnieni niebędący pracownikami, zwłaszcza ci, którzy są w sytuacji zbliżonej do pracowników (w tym w sensie ekonomicznym), potrzebują mechanizmów zbiorowych, które służą ochronie podmiotów słabszych. W tym kontekście na temat mechanizmów zbiorowych zob. m.in. Florek, 1990, s. 17; Hajn, 2013, s. 31. Ochrona zbiorowa jest jednym z elementów pozwalających na osiągnięcie równowagi w stosunkach społecznych, co powinno stanowić cel działań ustawodawcy (por. Zieliński, 1986, s. 38).

⁶ Na temat postulatów w tym zakresie zob. Seweryński, 2013, s. 87; Sobczyk, 2014, s. 58. Związki zawodowe istniejące

w dniu wejścia w życie ustawy nowelizującej w terminie 6 miesięcy od dnia jej wejścia w życie mają dostosować swoje statuty do zmian wynikających z tej ustawy (art. 18 u.z.z.).

⁷ Zmiany są na tyle istotne, że postuluje się używanie pojęcia zbiorowe prawo zatrudnienia, por. Baran, 2018, s. 4.

⁸ Wyrok TK z 2 czerwca 2015 r., K 1/13, OTK-A 2015/6/80. Istota związku zawodowego determinuje również jego charakter i zakres jego kompetencji. Ustawodawca może m.in. „ustanawiać granice korzystania z wolności zrzeszania się w związku zawodowym ze względu na to, by nie zacierać różnicy między związkiem zawodowym a innymi formami zrzeszeń, np. stowarzyszeniem, partią polityczną czy kościołem”.

⁹ *Giving globalization a human face. International Labour Conference, 101st Session*. International Labour Office 2012, pkt 53, 71. *Freedom of Association*, Compilation of decisions of the Committee on Freedom of Association, International Labour Office, 2018, pkt 387.

¹⁰ *Freedom of Association*, Compilation of decisions of the Committee on Freedom of Association, International Labour Office, 2018, pkt 388.

¹¹ *Freedom of Association*, Compilation of decisions of the Committee on Freedom of Association, International Labour Office, 2018, pkt 389.

¹² W sprawie chodziło o możliwość tworzenia związków zawodowych przez rolników indywidualnych. ETPCz uznał, że brak takiej możliwości (przy jednoczesnym prawie tworzenia innych organizacji reprezentującej interesy tej grupy osób) nie narusza art. 11 EKPCz.

¹³ Zatrudnienie osób niebędących pracownikami zyskało szczególną popularność w krajach Południowej oraz Środkowo-Wschodniej Europy, gdzie jego udział w rynku pracy przekracza 20%, a nawet 30%. Dla kontrastu, w takich krajach jak Dania, Luksemburg czy Norwegia zatrudnieni niebędący pracownikami stanowili mniej niż 10% zatrudnionych (Pedersini, Coletto, 2010, s. 7–8).

¹⁴ Wysoki odsetek samozatrudnionych występuje przede wszystkim w handlu, lecz również w budownictwie, opiece zdrowia czy rolnictwie. Warto też zwrócić uwagę na rozszerzanie się zjawiska fałszywego samozatrudnienia.

¹⁵ Charakter prawny tego aktu budzi wątpliwości. Trudno zaliczyć go zarówno do prawa cywilnego, jak i prawa pracy. Jakkolwiek nie jest to ustawa z zakresu prawa pracy, przyznaje uprawnienia pracownicze samozatrudnionym (Gómez Muñoz, 2017, s. 139).

¹⁶ Co nie oznacza, że problem nadużywania zatrudnienia niepracowniczego tam nie występuje (Kosmol, 2018, s. 15 i n.; skala zjawiska nie jest dokładnie znana, s. 16).

¹⁷ Po drugiej stronie występują podmioty, na rzecz których podobni do pracowników są aktywni (wykonują pracę). Warunkiem jest istnienie wiążącego obie strony stosunku zlecenia lub dzieła (§ 12a ust. 1 niem. ustawy o układach zbiorowych pracy).

¹⁸ Jeżeli nie można przewidzieć poziomu dochodu, wynagrodzenie ustala się z okresu 6 miesięcy, a jeśli relacja prawna trwała krócej, z całego okresu jej trwania. Układ zbiorowy może wprowadzić odmienne rozwiązanie.

¹⁹ W większości przypadków zatrudnieni będą jednak objęci gwarancjami wynikającymi z przepisów określających minimalną stawkę godzinową wynagrodzenia.

²⁰ Odszkodowanie z art. 18^{3d} k.p. obejmuje wyrównanie uszczerbku w dobrach majątkowych i niemajątkowych Zasadni-

czą funkcją odszkodowania jest naprawienie szkody majątkowej (wyrok SN z 20 lipca 2014 r., II PK 256/13, LEX nr 1515454).

²¹ Tezę taką, z szerszym uzasadnieniem, formułuje R. Stępień, *Struktura organizacyjna i ułatwienia w funkcjonowaniu związków zawodowych*, materiały do rozprawy doktorskiej.

²² Ustawodawca rozszerzył na niepracowników mechanizm pobierania składki związkowej. Podmiot zatrudniający, na piśmie wniosek zakładowej organizacji związkowej i za pisemną zgodą osoby wykonującej pracę zarobkową, jest obowiązany pobierać z wynagrodzenia tej osoby składkę związkową w zadeklarowanej przez nią wysokości (art. 33¹ ust. 1 u.z.z.).

²³ Przepis art. 25 ust. 8 u.z.z., mimo iż nie wynika to z wykładni językowej i systemowej, odnosi się tak do zwolnień doraźnych do wykonywania działań związkowych poza zakładem pracy, jak i do działań wykonywanych dla zakładowej organizacji związkowej.

²⁴ Potwierdzeniem jest objęcie tych umów gwarancjami w zakresie minimalnej stawki godzinowej.

²⁵ Uznaje się, że roszczenia uzupełniające mają być dochodzone na podstawie przepisów o odpowiedzialności deliktowej (art. 415 k.c. w zw. z art. 300 k.p.) i to pod warunkiem umyślnego naruszenia przez pracodawcę przepisów o rozwiązywaniu umów o pracę (zob. wyrok SN z 18 sierpnia 2010 r., II PK 28/10, LEX nr 686800).

²⁶ Pierwotnie oparcie ustawowe ujmowano szeroko, m.in. uchwała SN z 23 maja 2001 r., III ZP 25/00, OSNAP 2002/6/134 oraz OSP 2002/9/115 z glosami A. Świątkowskiego J. Steliny i A. Tomanka. W późniejszym orzecznictwie zarysowały się tendencje, aby dla każdego z porozumień zbiorowych poszukiwać odrębnej podstawy ustawowej, wynikającej albo z wyraźnego przepisu, albo z całokształtu przepisów ustawy (por. m.in. uchwałę SN z 23 maja 2006 r., III PZP 2/06, OSNP 2007/3–4/38).

²⁷ Po pierwsze, bezrobotni i emeryci, mimo iż mogą się zrzeszać w związki zawodowe, z istoty rzeczy nie mogą strajkować (powstrzymywać się od pracy). Po drugie, standardy międzynarodowe dopuszczają ograniczenia, a nawet wyłączenie prawa do strajku w przypadku urzędników. Zob. *Freedom of Association*, Compilation of decisions of the Committee on Freedom of Association, International Labour Office, 2018, pkt 826.

Bibliografia

- Baran, K. W. (2018). O zakresie prawa koalicji w związkach zawodowych po nowelizacji prawa związkowego z 5 lipca 2018 r. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, (9).
- Berg, J. Aleksynski, M. De Stefano, V. Humblet, M. (2018). W: F. Hendrickx, V. De Stefano (red.), *Non-standard Employment Around the World: Regulatory Answers to Face Its Challenges Game Changers in Labour Law. Shaping the Future of Work*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer.
- Blanpain, R. (2013). *European Labour Law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- Craven, M. C. R. (2002). *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A Perspective on its Development*. Oxford: OUP.
- Creighton, B. McCrystal, S. (2015–2016). *Who is a „Worker” in International Law*. Comp. Lab. L. & Pol’y J., (37).
- Duraj, T. (2018). Prawo koalicji osób zatrudnionych na własny rachunek. W: J. Stelina, J. Szmit (red.), *Osoby pozostające w za-*

- trudnieniu pracowniczym w projektach zbiorowego prawa pracy. Zbiorowe prawo zatrudnienia*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Dzienisiuk, D. (2016). *Prawo pracy a prawo ubezpieczeń społecznych*. Warszawa.
- Florczak, I. (2013). Możliwość objęcia postanowieniami układu zbiorowego osób zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych. W: Z. Góral (red.), *Układy zbiorowe pracy. W stulecie urodzin Profesora Wacława Szuberta*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Florek, L. (1990). *Ochrona praw i interesów pracownika*. Warszawa.
- Florek, L. (2016). Ochrona pracowników jako słabszej strony stosunku pracy. W: M. Boratyńska (red.), *Ochrona słabszej strony stosunku prawnego. Księga jubileuszowa ofiarowana Profesorowi Adamowi Zielińskiemu*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Gersdorf, M. (2013). *Prawo zatrudnienia*. Warszawa: Lexis-Nexis
- Główny Urząd Statystyczny. (2018). *Pracujący w gospodarce narodowej w 2017 r.* Warszawa: Główny Urząd Statystyczny.
- Goździewicz, G. (2010). Układy zbiorowe pracy jako podstawowy instrument działalności związków zawodowych. W: A. Wypych-Żywicka, M. Tomaszewska, J. Stelina (red.), *Zbiorowe prawo pracy w XXI wieku*. Gdańsk: Wydawnictwo UG.
- Gómez Munoz, J. M. (2017). Re-addressing Self-employment: Spain and the New Entrepreneurship W: E. Ales, O. Deinert, J. Kenner (red.), *Core and Contingent Work in the European Union. A Comparative Analysis*. Oxford–Portland–Oregon: Hart Publishing.
- Góral, Z. (2011). *O kodeksowym katalogu zasad indywidualnego prawa pracy*. Warszawa: Wolters Kluwer
- Gyulavári, T. (2017). Labour Law Reforms in the Eastern European Member States. W: T. Davuslis (red.), *Labour Law Reforms in Eastern and Western Europe*. Bruksela: Peter Lang.
- Hajn, Z. (2002). Ustawowy model organizacji polskiego ruchu związkowego i jego wpływ na zbiorowe stosunki pracy. W: M. Matey-Tyrowicz, L. Nowacki, B. Wagner (red.), *Prawo pracy a wyzwania XXI wieku. Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego*. Warszawa: Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich.
- Hajn, Z. (2010). Prawo zrzeszania się w związkach zawodowych — prawo pracowników czy prawo ludzi pracy. W: A. Wypych-Żywicka, M. Tomaszewska, J. Stelina (red.), *Zbiorowe prawo pracy w XXI wieku*. Gdańsk: Wydawnictwo UG.
- Hajn, Z. (2013). *Zbiorowe prawo pracy. Zarys systemu*. Warszawa.
- Heuschmid, J. (2011). Der Arbeitskampf in EU-Recht. W: W. Däubler (red.), *Arbeitsrecht. Handbuch für die Rechtspraxis*. Baden-Baden: Nomos.
- International Labour Office. (2016). *Non-standard employment around the world: Understanding challenges, shaping prospects*. Genewa: International Labour Office.
- IWS. (2015). P. Grzebyk, *Analiza orzecznictwa sądowego w sprawach o ustalenie istnienia stosunku pracy. Zatrudnienie pracownicze a zatrudnienie cywilnoprawne*, <https://docplayer.pl/15956945-Analiza-orzecznictwa-sadowego-w-sprawach-o-ustalenie-istnienia-stosunku-pracy-zatrudnienie-pracownicze-a-zatrudnienie-cywilnoprawne.html>
- Kocher, E. (2017). W: M. Pechstein, C. Nowak, U. Häde (red.), *Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV*. Tybinga: Mohr Siebeck.

- Kohte, W. Rosendahl, C. (2013). Standard and non-standard work in Germany. W: J. Buelens, J. Pearson (red.), *Standard work: an anachronism?* Antwerp-Cambridge: Intersentia.
- Kosmol, M. (2018). Unikanie zawierania umów o pracę (na czas nieokreślony) przez stosowanie umów cywilnoprawnych — komentarz do reformy prawa pracy w Niemczech. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, (8).
- Kulig, K., (2015). Doraźne czynności związkowe. Prawo podmiotowe pracownika czy prawo organizacji związkowej? *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, (8).
- Lamine, A. Prassl, J. (2018). Collective Autonomy for On-Demand Workers? Normative Arguments, Current Practices and Legal Ways Forward. W: S. Laulom (red.), *Collective Bargaining Developments in Times of Crisis. Bulletin of Comparative Labour Relations*, (99). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- Latos-Miłkowska, M. (2010). Przedstawiciele pracowników wylaniani w trybie przyjętym u pracodawcy. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, (10).
- Musiś, A. (2011). *Zatrudnienie niepracownicze*. Warszawa: Difin.
- Oniszczyk, J. (2014). W: K. W. Baran (red.), *System zbiorowego prawa pracy. Tom V*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Pedersini, R. Coletto, D. (2010). *Self-employed workers: industrial relations and working conditions*. European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions.
- Podgórska-Rakiel, E. (2014). Konieczność nowelizacji prawa polskiego w kwestii wolności związkowych z perspektywy Międzynarodowej Organizacji Pracy. *MOPR*, (10).
- Raczkowski, M. (2018). Oddziaływanie układu zbiorowego pracy na osoby niebędące pracownikami. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, (2).
- Rączka, K. (2010). Szczególna ochrona trwałości stosunku pracy działacza związkowego. W: A. Wypych-Żywicka, M. Tomaszewska, J. Stelina (red.), *Zbiorowe prawo pracy w XXI wieku*. Gdańsk: Wydawnictwo UG.
- Sanetra, W. (1998). Konstytucyjne prawo do rokowań, *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, (4).
- Sanetra, W. (2010a). Dialog społeczny jako element ustroju społecznego i politycznego w świetle Konstytucji RP. W: A. Wypych-Żywicka, M. Tomaszewska, J. Stelina (red.), *Zbiorowe prawo pracy w XXI wieku*. Gdańsk: Wydawnictwo UG.
- Sanetra, W. (2010b). Prawo pracy po Traktacie z Lizbony. *Europejski Przegląd Sądowy*, (2).
- Servais, J-M. (2017). *International Labour Law*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer.
- Seweryński, M. (2006). Problemy legislacyjne zbiorowego prawa pracy. W: M. Matej-Tyrowicz, T. Zieliński (red.), *Prawo pracy RP w obliczu przemian*. Warszawa: CH Beck.
- Seweryński, M. (2013). Uwagi o przyszłości układów zbiorowych pracy. W: Z. Góral (red.), *Układy zbiorowe pracy. W stulecie urodzin Profesora Wacława Szuberta*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Sobczyk, A. (2010). Przedstawicielstwa pozazwiązkowe w systemie zbiorowej reprezentacji pracowników — stan obecny i kierunki zmian. W: A. Wypych-Żywicka, M. Tomaszewska, J. Stelina (red.), *Zbiorowe prawo pracy w XXI wieku*. Gdańsk: Wydawnictwo UG.
- Sobczyk, A. (2014). Prawo i człowiek pracujący — między ochroną godności a równości. W: M. Skąpski, K. Ślebza (red.), *Aksjologiczne podstawy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych*. Poznań.
- Stelina, J. (2018). Zbiorowe prawo zatrudnienia — podstawowe założenia teoretyczne. W: J. Stelina, J. Szmit (red.), *Osoby pozostające w zatrudnieniu pracowniczym w projektach zbiorowego prawa pracy. Zbiorowe prawo zatrudnienia*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Stelina, J. Szmit, J. Zieleniecki, M. (2018). W: J. Stelina, J. Szmit (red.), *Osoby pozostające w zatrudnieniu pracowniczym w projektach zbiorowego prawa pracy. Zbiorowe prawo zatrudnienia*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Supiot, A. (1999). Zatrudnienie pracownicze i zatrudnienie niezależne. W: *Referaty na VI Europejski Kongres Prawa Pracy i Zabezpieczenia Społecznego*. Warszawa: Scholar.
- Świątkowski A. M. (2015). Prawo do wolności zrzeszania się i uprawnień pokrewnych. *Monitor Prawa Pracy*, (9).
- Świątkowski, A. M. (2016). Związki zawodowe w kościołach i innych związkach wyznaniowych. *Państwo i Prawo*, (3).
- Van Hiel, I. (2013). The Right to Form and Join Trade Unions Protected by Article 11 ECHR. W: F. Dorssemont, K. Lörcher, I. Schömann (red.), *The European Convention on Human Rights and the Employment Relation*. Oxford-Portland-Oregon: Hart Publishing.
- Walczak, K. (2016). Wynagrodzenie minimalne w umowach zlecenia i o świadczenie usług — zagadnienia doktrynalne i praktyczne. *Monitor Prawa Pracy*, (8 i 9).
- Zieliński, T. (1986). *Prawo pracy. Zarys systemu. Część I. Ogólna*. Warszawa-Kraków.
- Zöllner, W. Loritz, K. -G. Hergenroder, C. W. (2015). *Arbeitsrecht*. München: CH Beck.



U wydawcy najtaniej!

Drodzy Czytelnicy

Zachęcamy do zamawiania prenumeraty
naszego czasopisma na rok 2019
w księgarni internetowej: www.pwe.com.pl

**Prenumerata roczna
u Wydawcy z rabatem 25%**

Skutki oddziaływania ustawodawstwa pracy na umowy cywilnoprawne w ubezpieczeniach społecznych

The effects of the impact of the labour law on civil law contracts within social security legislation

dr hab. Dorota Dzienisiuk

Uniwersytet Warszawski, Wydział Prawa i Administracji,
Katedra Prawa Ubezpieczeń
d.dzienisiuk(@wpia.uw.edu.pl
ORCID: 0000-0002-0543-9114

Streszczenie Umowy cywilnoprawne w ubezpieczeniach społecznych sprawiają trudności ze względu na ich zróżnicowanie wynikające ze swobody umów, pozostające w kontraście z istotą ubezpieczeń społecznych. Ochrona socjalna wymaga bowiem istnienia solidarności, której podstawą jest idea równości nakazująca jednakowe traktowanie ludzi znajdujących się w takiej samej sytuacji i mających takie same potrzeby. Oddziaływanie prawa pracy na umowy cywilnoprawne pozwala wyodrębnić elementy typowe w niektórych rodzajach umów i przypisać im funkcje zbliżone do pełnionych w ubezpieczeniu społecznym pracowników (np. składniki wynagrodzenia uwzględniane w podstawie wymiaru składek). Jednak co do zasady problem oddziaływania ustawodawstwa pracy na umowy cywilnoprawne jest problemem zewnętrznym w stosunku do ubezpieczeń społecznych, a tworząc prawo ubezpieczeń społecznych ustawodawca może samoistnie kształtować regulację kwestii społecznych bez odwoływania się do szczegółowej pozycji osoby wykonującej umowę cywilnoprawną.

Słowa kluczowe: umowy cywilnoprawne, ubezpieczenia społeczne, ochrona socjalna, podstawa wymiaru składek, finansowanie, zleceniobiorca, pomocnik rolnika, wykonawca pracy nakładczej.

Summary Civil law contracts cause problems in social insurance due to their diversity resulting from the freedom of contracts, which remains in contrast with the essence of the social insurance. Social protection requires solidarity, based on the concept of equality imposing equal treatment of persons in the same situation, with the same needs. The influence of labour law on civil law contracts allows to extract some typical elements in some kinds of contracts and to assign them functions similar to the functions they have in the social insurance of employees (e.g. elements of remuneration taken into consideration while calculating the contributions base). However, in general, the problem of labour law impact on civil law contracts is a problem external to social insurance, and while shaping the social insurance law the legislator is able to regulate the social issues independently, without reference to any particular indicators of the position of the persons working on the basis of the civil law contracts.

Keywords: civil law contracts, social insurance, social protection, basis for calculating social security contributions, financing, freelancer, farmer's helper, out-worker.

JEL: K31

Uwagi wstępne

Przyjętym w niniejszym artykule założeniem jest, że umowy cywilnoprawne są przedmiotem regulacji prawa cywilnego zajmującego się opartymi na zasadzie równości „stosunkami cywilnoprawnymi” (art. 1 k.c.) między autonomicznymi względem siebie stronami tych umów (np. Radwański, Olejniczak, 2017, s. 68; Banaszczyk, 2012, s. 943). Ubezpieczenia społeczne są przedmiotem dziedziny prawa zajmującej się:

□ systemem ubezpieczeń społecznych, zgodnie z ustawą z 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (DzU z 2017 r. poz. 1778 z późn. zm., dalej: u.s.u.s.) składającym się z czterech rodzajów ubezpieczeń, oraz

□ ubezpieczeniem społecznym rolników regulowanym ustawą z 20 grudnia 1990 r. o ubezpieczeniu społecznym rolników (DzU z 2017 r. poz. 2336 z późn. zm.; dalej: u.s.r.).

Ubezpieczenia społeczne w swej klasycznej wersji mają zapewnić zabezpieczenie społeczne środkami publicznymi przy wykorzystaniu konstrukcji i metod wywodzących się z ubezpieczeń gospodarczych, a więc cywilnoprawnych. Ubezpieczenia społeczne jako zjawisko prawne i ekonomiczne operują kategoriami wspólnoty ryzyka, solidarności, zamkniętego katalogu tytułów ubezpieczeń społecznych oraz składki skalkulowanej na podstawie wielkości ryzyka w danej grupie ubezpieczonych. Niektórymi tytułami są umowy, które można zaliczyć do prawa cywilnego.

Przez swe konstrukcje i sposób określania zakresu regulacji prawo ubezpieczeń społecznych opiera się więc na ustaleniach prawa cywilnego. Merytorycznie i funkcjonalnie punktem wyjścia jest prawo cywilne o znacznie szerszym zakresie oddziaływania. Występuje w nim zasada swobody umów, która sprawia, że liczba rodzajów umów, które mogłyby być uwzględniane w prawie ubezpieczeń społecznych, jest nieograniczona i może ulegać stałym zmianom. *De lege lata*, tytuły ubezpieczeń społecznych i konsekwencje ich prawnego ukształtowania są jednak określone w prawie ubezpieczeń społecznych i stanowią ważny fragment badań nauki tej dziedziny prawa. Dlatego z punktu widzenia opisanego możliwe jest odniesienie się jedynie do konsekwencji zawierania umów cywilnoprawnych w obecnie obowiązującym prawie ubezpieczeń społecznych.

Współcześnie odczuwalna jest nieadekwatność regulacji do zjawisk występujących na tle zawierania umów cywilnoprawnych oraz do pozycji społecznej i ekonomicznej osób je wykonujących. *De lege ferenda*, przez analogię do sytuacji pracowników pod koniec XIX w., przywołuje się „kwestię socjalną” osób powiązanych z umowami cywilnoprawnymi niebędącymi tytułami ubezpieczeń i potrzebę zapewniania im ochrony odpowiadającej współczesnym świadczeniom z ubezpieczeń społecznych. Dyskusyjne jest, jakie działania należy lub można podjąć w tym celu w ramach dotychczasowych instytucji prawnych lub na ile dopuszczalne, wykonalne i racjonalne jest kreowanie nowych rozwiązań, w szczególności w kontekście takich kategorii prawa ubezpieczeń społecznych, jak ryzyko i wspólnota ryzyka, solidarność i równość oraz współzależność składki i świadczenia. Główny problem dotyczy tego, czy takie osoby można i należy obejmować ubezpieczeniami społecznymi wspólnie z innymi tytułami ubezpieczeń, czy na zasadach takich jak pozostałych ubezpieczonych¹, w szczególności pracowników², i czy musi się to wiązać z obejmowaniem ich pewnymi regulacjami z zakresu ustawodawstwa pracy³, czy też należy wykorzystywać inne metody zabezpieczenia społecznego, ewentualnie stosując do nich rozwiązania szczególne⁴. Obecnie wykorzystywane są rozmaite podejścia. Problem jest złożony z punktu widzenia teoretycznoprawnego, konstytucyjnego, prawnomiędzynarodowego, a przede wszystkim gospodarczego i społecznego.

W badaniach problemu zatrudnienia cywilnoprawnego w ubezpieczeniach społecznych metodologicznie można wyjść od jednej z rozpatrywanych dziedzin prawa i metod regulacji, a następnie odnieść ją do drugiej

z dziedzin: szeroko od strony rozmaitych umów cywilnoprawnych i ich skutków w ubezpieczeniach społecznych, albo zbadać ubezpieczenia społeczne w zakresie umów cywilnoprawnych, które w nich są już uwzględnione. Z uwagi na przedmiot badań prezentowanych w niniejszym artykule punktem wyjścia jest obecna regulacja potraktowana jako wynik dotychczasowego oddziaływania ustawodawstwa pracy. Będzie ona odniesiona do możliwości przeniesienia jej na inne umowy cywilnoprawne występujące w praktyce.

Przedmiotem rozważań są zauważalne w ubezpieczeniach społecznych skutki oddziaływania szeroko pojętego ustawodawstwa pracy na cywilnoprawne umowy o zatrudnienie. W ujęciu historycznym ubezpieczenia społeczne były uznawane za część prawa pracy. W początkach swego istnienia były one skierowane tylko do pracowników. Obecna regulacja jest wynikiem rozszerzania zakresu stosowania tych rozwiązań na inne grupy, więc i na osoby wykonujące umowy cywilnoprawne. W tym sensie całość interakcji umów cywilnoprawnych i ubezpieczeń społecznych mogłaby być traktowana jako wynik oddziaływania ustawodawstwa pracy. Należy jednak rozdzielić dwie płaszczyzny badawcze:

□ całokształt ubezpieczeń społecznych osób zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych jako efekt złożonych historycznych procesów politycznych, społecznych i gospodarczych oraz

□ poszczególne rozwiązania przyjęte w prawie ubezpieczeń społecznych, które są wynikiem oddziaływania prawa pracy w obecnie przyjmowanych granicach (art. 1 k.p.) na warunki zatrudnienia w ramach umów cywilnoprawnych.

Do osób, których dotyczą umowy cywilnoprawne i które podlegają ubezpieczeniom społecznym, co do zasady stosuje się całość prawa ubezpieczeń społecznych, z pewnymi rozwiązaniami szczególnymi. Dlatego pierwsza z tych płaszczyzn jest bardzo obszerna i wymaga zajęcia się wieloma kwestiami o charakterze opisowym⁵. Natomiast druga z nich jest węższa, słabiej zbadana i obiecująca z punktu widzenia prześledzenia skutków przejmowania rozwiązań z zakresu prawa pracy do regulacji umów cywilnoprawnych lub dookreślenia warunków i skutków zatrudnienia na podstawie umów cywilnoprawnych w dalszych dziedzinach prawa, w tym przypadku prawa publicznego, gdyż za takie należy uznać prawo ubezpieczeń społecznych. Dla zawężenia i uporządkowania badań skoncentrują się one na skutkach, jakie w prawie ubezpieczeń społecznych wywołał wpływ ustawodawstwa pracy na regulację zatrudnienia na podstawie umów cywilnoprawnych, czyli na pośrednich skutkach oddziaływania prawa pracy na pozycję ubezpieczonych z tytułów związanych z umowami cywilnoprawnymi (np. w zakresie minimalnych gwarancji wysokości wynagrodzenia za pracę, równego traktowania). Zgodnie z taką perspektywą badawczą, zostanie wykorzystana metoda dogmatycznoprawna, z elementami historycznoprawnymi w koniecznym zakresie.

Poza zainteresowaniem artykułu pozostaną instytucje prawa cywilnego, które znajdują się w sferze oddziaływania prawa ubezpieczeń społecznych i związanej

z nim polityki społecznej, ale które nie są umowami, takie jak członkostwo w spółkach i organach osób prawnych oraz inne formy reprezentacji i działania na rzecz osób prawnych i innych podmiotów wyposażonych w zdolność prawną, wykonywanie uprawnień zarządczych do zgromadzonego majątku itp.

Wyłączone zostaną również umowy cywilnoprawne, które jedynie leżą u podstaw uzyskania przez daną osobę statusu, który służy określeniu pozycji danej osoby w zakresie ubezpieczeń społecznych. Skutki takich umów mogą być złożone i określone bezpośrednio przez prawo zabezpieczenia społecznego lub przez prawo administracyjne, np. na potrzeby administracji pracy (np. stypendium dla bezrobotnego powiązane z odbywaniem szkolenia i pożyczką na sfinansowanie kosztów szkolenia⁶, stażem⁷, przygotowaniem zawodowym dorosłych⁸, umową o dofinansowanie studiów podyplomowych⁹). Zwykle ich cel jest zasadniczo inny niż zatrudnienie. Może być to przygotowanie do zatrudnienia (staż, przygotowanie zawodowe dorosłych). Umowy takie mogą być zawierane przez inne osoby niż te, które później podlegają ubezpieczeniom społecznym (staż, przygotowanie zawodowe dorosłych) albo być elementem umowy wielostronnej lub wielu umów (staże). Umowy takie mogą prowadzić do włączenia (staż) lub wyłączenia (umowy, w wyniku których podejmowane są studia i jest uzyskiwany status studenta) danej osoby z systemu ubezpieczeń społecznych. Z punktu widzenia ubezpieczeń społecznych istotny jest jednak uzyskany w wyniku zawarcia takich umów status: np. skierowanego „bezrobotnego” (art. 6 ust. 1 pkt 9 u.s.u.s.), osoby pobierającej stypendium (art. 6 ust. 1 pkt 9a u.s.u.s.) czy studenta, który podpisał umowę z uczelnią wyższą i jednocześnie może wykonywać umowę zlecenia (art. 6 ust. 4 u.s.u.s.). Ze względu na jedynie pośredni wpływ takich umów na status relevantny z punktu widzenia ubezpieczeń społecznych zostaną one pominięte, choć przenikanie elementów związanych z ochroną zatrudnienia do takich umów również jest wątkiem zasługującym na uwagę i badania, np. prawo do urlopu wypoczynkowego (np. Musiałkiewicz, 2015). Ich funkcja społeczna nie jest bowiem całkowicie odmienna niż zatrudnienia. Zaangażowanie w ramach tych umów bywa postrzegane jako namiastka albo przygotowanie do zatrudnienia, a stypendia jako substytut wynagrodzenia.

Skoro badania dotyczą tych cywilnoprawnych umów, których przedmiotem jest zatrudnienie, z istoty i przedmiotu regulacji umów cywilnoprawnych oraz prawa ubezpieczeń społecznych wynika, że należy ograniczyć się do umów, w których występuje element świadczenia pracy (wykonywania czynności) przez osoby fizyczne na rzecz innego podmiotu. Zatrudnienie będzie wiązane z osobistym zaangażowaniem (nie przesądzając jego zakresu i intensywności) osoby, która jest powiązana z daną umową w szeroko ujętej sferze prawnej (niekoniecznie jest jej stroną — osoby współpracujące) oraz przynajmniej potencjalnie występuje element zarobkowania (ujmowanego szerzej niż wynagrodzenie jako świadczenie w cywilnoprawnych umowach wzajemnych). Kolejnym ograniczeniem przedmiotowym badań jest zakres

ubezpieczeń społecznych ustalony przez ustawodawcę w zamkniętym katalogu tzw. rodzajów (art. 2 u.s.u.s.) i tytułów ubezpieczeń społecznych (art. 6a–7 u.s.u.s.). Z punktu widzenia praktycznego ważne jest także związanie z ubezpieczeniami społecznymi ubezpieczenia zdrowotnego¹⁰ i innych świadczeń zabezpieczenia społecznego (z zakresu promocji zatrudnienia i ochrony roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy).

Każdy rodzaj umów cywilnoprawnych objętych obecnie ubezpieczeniami społecznymi stanowi tytuł ubezpieczeń. Stosuje się do nich zasady prawa ubezpieczeń i w ramach równości i powszechności, po objęciu danej osoby ubezpieczeniami społecznymi, jej sytuację normuje regulacja ubezpieczeniowa. Zróżnicowanie poszczególnych tytułów występuje przede wszystkim na etapie ustalania: istnienia tytułu ubezpieczeń, zakresu (zwłaszcza w zbiegu tytułów), okresu i finansowania ubezpieczeń, podstawy wymiaru i płatnika składek oraz organizacji technicznych spraw związanych z przekazywaniem składek i prowadzeniem dokumentacji. Na etapie udzielania świadczeń różnice są znikome i wiążą się raczej z rodzajem ubezpieczenia dobrowolnego lub obowiązkowego (świadczenia z ubezpieczenia chorobowego) albo rozróżnieniem na podleganie ubezpieczeniu społecznemu z tytułu stosunku pracy lub innego¹¹. Poniżej zostaną wskazane zagadnienia charakterystyczne dla ubezpieczeń społecznych osób zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych wynikające ze szczególnego oddziaływania ustawodawstwa pracy na te umowy.

Postrzeganie umów cywilnoprawnych i zakres prawa ubezpieczeń społecznych

Dla prawa ubezpieczeń społecznych podstawową kategorią jest tytuł ubezpieczeń społecznych. W ubezpieczeniach emerytalnym i rentowych może to być stosunek prawny lub określone prawo podmiotowe lub szerzej ujęta złożona sytuacja danej osoby, także przeszła (status danej osoby, np. art. 6a i 6b u.s.u.s.). Katalog sytuacji stanowiących tytuł jest różny dla każdego rodzaju ubezpieczeń społecznych. W takim ujęciu można posługiwać się kategorią „umowy cywilnoprawne”. Na potrzeby świadczeń w razie choroby i macierzyństwa tytuł ubezpieczenia chorobowego został zdefiniowany jako „zatrudnienie lub inna działalność, których podjęcie rodzi obowiązek ubezpieczenia chorobowego lub uprawnienie do objęcia tym ubezpieczeniem na zasadach dobrowolności w rozumieniu przepisów ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych” (art. 3 pkt 1 u.ś.p.). W odniesieniu do przedmiotu niniejszych badań jest to bardzo przydatne ujęcie: zatrudnienie na podstawie umowy cywilnoprawnej, którego podjęcie rodzi obowiązek ubezpieczenia lub uprawnienie do objęcia jakimkolwiek ubezpieczeniem społecznym na zasadach dobrowolności. Nie wchodziłyby tu w grę dobrowolne ubezpieczenia emerytalne i rentowe na podstawie art. 7 u.s.u.s., gdyż nie są one powiązane z jakąkolwiek dookreśloną sytuacją pierwotną. Wręcz przeciwnie, prawo do dobro-

wolnego objęcia ubezpieczeniami emerytalnym i rentowymi przysługuje „osobom, które nie spełniają warunków do objęcia tymi ubezpieczeniami obowiązkowo”. W ich sytuacji nie występuje zatrudnienie, które zostało ustawowo wskazane jako tytuł ubezpieczeń społecznych, w szczególności którakolwiek z umów wymienionych w art. 6 i 6a u.s.u.s.

Jednak przedmiotem zainteresowania polityki społecznej w zakresie wyrażonym przez normy prawa ubezpieczeń społecznych są ludzie (osoby fizyczne), co znajduje wyraz w przyjętej konwencji legislacyjnej¹². Obowiązek i prawo ubezpieczeń społecznych oraz prawo do świadczeń dotyczą osób. W tym sensie posługiwanie się zwrotem o umowach cywilnoprawnych w prawie ubezpieczeń społecznych jest skrótem myślowym przyjętym na potrzeby analizy prawniczej. W rzeczywistości chodzi o objęcie osób zaangażowanych w wykonywanie umów cywilnoprawnych prawem do zabezpieczenia społecznego w rozumieniu art. 67 Konstytucji RP oraz prawa międzynarodowego wiążącego Rzeczpospolitą Polską.

Pojęciu „zatrudnienie” poświęcono już wiele uwagi w literaturze prawniczej (Gersdorf, 2013). Jego rozumienie jest zmienne historycznie i różnie dookreślane w rozmaitych aktach prawnych. W kontekście świadczeń socjalnych należy przede wszystkim zwrócić uwagę na takie ujęcia legislacyjne, które łączą umowy cywilnoprawne z ubezpieczeniami społecznymi.

W art. 10 ustawy z 13 lipca 2006 r. o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy (DzU z 2018 r. poz. 1433) dla rozszerzenia zakresu pojęcia „pracownik” wykorzystano jednocześnie dwie kategorie: podstawy zatrudnienia (osoba fizyczna, która „jest zatrudniona na podstawie umowy o pracę nakładczą albo wykonuje pracę na podstawie umowy agencyjnej lub umowy zlecenia albo innej umowy o świadczenie usług”) oraz podleganie z tego tytułu obowiązkowi ubezpieczeń emerytalnego i rentowych.

W ustawie o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy rozróżniono „zatrudnienie” obejmujące pracę nakładczą (art. 2 ust. 1 pkt 43 u.p.z.) oraz „inną pracę zarobkową”, w tym „wykonywanie pracy lub świadczenie usług na podstawie umów cywilnoprawnych, w tym umowy agencyjnej, umowy zlecenia, umowy o dzieło lub umowy o pomocy przy zbiorach w rozumieniu przepisów o ubezpieczeniu społecznym rolników” (pkt 11). Na pierwszy rzut oka takie ujęcie nie ma związku z traktowaniem tych umów dla celów ubezpieczeń społecznych (z wyjątkiem umowy o pomocy przy zbiorach), ale takie powiązania występują w dalszych przepisach ustawy, dotyczących instytucji kluczowych dla jej konstrukcji, takich jak obowiązek odprowadzania składki na Fundusz Pracy (art. 104), prawo do zasiłku dla bezrobotnych (art. 71 ust. 1 pkt 2 lit. c dla umów zlecenia i o świadczenie usług, a przy umowie o pracę nakładczą, ze względu na zasadę automatyzmu w ubezpieczeniach społecznych, podobny efekt wywołuje wymóg minimalnego wynagrodzenia — lit. b, c). Taka konstrukcja przepisów zdaje się wskazywać, że nawiązywanie do ubezpieczeń społecznych nie jest celowym i świadomym zabiegiem ustawodawcy, ale w kazuistycznym ujęciu okazuje się przydatne.

Koncepcji „osób zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych” w powiązaniu z ubezpieczeniami społecznymi bliskie jest ujęcie z art. 2 ust. 1 pkt 18 ustawy z 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych, gdzie „osoby zatrudnione” zdefiniowano jako pracowników, osoby wykonujące pracę nakładczą, członków rolniczych spółdzielni produkcyjnych, osoby fizyczne wykonujące pracę na podstawie umowy agencyjnej lub umowy zlecenia albo innej umowy o świadczenie usług, do której zgodnie z art. 750 k.c. stosuje się przepisy dotyczące zlecenia oraz wynagradzanych członków rad nadzorczych, „podlegające obowiązkowo ubezpieczeniom emerytalnemu i rentowym z tych tytułów w Rzeczypospolitej Polskiej”. Po ograniczeniu wymienionych kategorii do umów cywilnoprawnych, zostają nam umowy, które stanowią tytuł ubezpieczeń społecznych i w związku z przedmiotem definicji mogą zostać uznane za zatrudnienie. Wprawdzie tej regulacji nie można zaliczyć do ubezpieczeń społecznych (głównie ze względu na rodzaj świadczeń, które mają przysługiwać w zamian za odprowadzane składki), jednak występują między nimi analogie i powiązania (konstrukcja wpłat, uruchomienie środków po osiągnięciu wskazanego wieku).

Należy dodać, że prawo międzynarodowe określa standardy ochrony socjalnej albo w odniesieniu do pracowników (starsze, klasyczne ujęcie ubezpieczeń społecznych), albo ogólniej — do ogółu populacji w ramach szerszej koncepcji zabezpieczenia społecznego¹³. Dla prawidłowego stosowania prawa unijnego i uzyskania *effet utile* w sferze ubezpieczeń społecznych (koordynacja systemów zabezpieczenia społecznego, dyrektywa o równym traktowaniu w zabezpieczeniu społecznym¹⁴) lub z nią powiązanej (ochrona roszczeń pracowniczych), konstruuje się kategorię obejmującą stosunki pracy i inne podstawy zatrudnienia na cudzy rachunek, w tym umowy cywilnoprawne. Z powodu zauważalnego w prawie europejskim dualizmu podstaw zarobkowania (zatrudnienie albo prowadzenie działalności na własny rachunek) należy podzielić pogląd, że w zakresie rozważań dotyczących prawa ubezpieczeń społecznych szerokie pojęcie zatrudnienia wydaje się użyteczniejsze¹⁵. Oprócz stosunku pracy obejmowałoby ono m.in. umowę zlecenia, umowę agencyjną, umowę o pracę nakładczą, umowę o świadczenie usług, do której zgodnie z kodeksem cywilnym stosuje się przepisy dotyczące zlecenia (Uścińska, 2018). Technicznie efekt ten może być osiągnięty przez rozszerzanie definicji „pracownika” albo kreowanie nowej kategorii „osoby zatrudnionej”. Tego rodzaju problemy legislacyjne wskazują na wyjątkowość polskich rozwiązań w zakresie pracy zarobkowej na tle rozwiązań przyjmowanych w innych państwach. Często ustalenia terminologiczne stanowią wstępny problem przy stosowaniu regulacji międzynarodowej i ponadnarodowej.

Podsumowując, na potrzeby regulacji zapewniającej świadczenia na rzecz zatrudnionych lub byłych zatrudnionych i związanych z opłacaniem składek w wyniku wykonywania umów cywilnoprawnych definiuje się zakres obowiązków i uprawnień przez odniesienie się do

danej umowy jako tytułu ubezpieczeń społecznych. Ubezpieczenia społeczne są ważną cechą wyróżniającą daną kategorię osób w sferze stosunków społecznych lub gospodarczych stanowiących zakres przedmiotowy danej ustawy (np. świadczeń dla bezrobotnych lub z Funduszu Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych).

Wobec wątpliwości związanych z zakreśleniem pojęcia zatrudnienia na podstawie umów cywilnoprawnych i przedstawionych poniżej trudności z odniesieniem do niego konstrukcji ubezpieczeń społecznych, w opracowaniach dotyczących ubezpieczeń społecznych zwykle przyjmuje się uproszczone ujęcie, które pozwala się skupić na regulacji poszczególnych instytucji prawa ubezpieczeń społecznych w stosunku do danego tytułu i zwięźle przedstawić szersze problemy przekrojowe (np. Babińska-Górecka, 2018).

Jeśli chce się uzyskać grupę jednorodną do prowadzenia badań w zakresie ochrony socjalnej, często wyodrębnia się osoby obejmowane ubezpieczeniami na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 4 u.s.u.s. (zleceniobiorcy i osoby z nimi współpracujące), mimo iż teoretycznie występują liczne podobieństwa do ubezpieczenia z tytułu pracy nakładczą (art. 6 ust. 1 pkt 2 u.s.u.s.). Ułatwia to przejrzyste przedstawienie złożonej sytuacji danej grupy w zakresie ubezpieczeń społecznych (zob. poradniki ZUS). W niniejszym artykule, który zajmuje się pośrednim oddziaływaniem ustawodawstwa pracy na ubezpieczenia społeczne wynikające z umów cywilnoprawnych, przydatne jest uwzględnienie umów wskazanych w art. 6 ust. 1 pkt 4 u.s.u.s. oraz umów o pracę nakładczą wymienionych w art. 6 ust. 1 pkt 2 u.s.u.s. Powodem jest różny zakres oddziaływania na nie ustawodawstwa pracy, co skłania do porównań. Dlatego dalej co do zasady będą brane pod uwagę: umowy zlecenia, inne umowy o świadczenie usług, do których zgodnie z kodeksem cywilnym stosuje się przepisy dotyczące zlecenia, oraz umowy o pracę nakładczą. Umowa agencyjna zostanie pominięta ze względu na to, że *de lege lata* nie powinna być traktowana jako samoistny tytuł ubezpieczeń społecznych¹⁶. Poza ubezpieczeniem powszechnym będzie uwzględniana przewidziana w ustawie z 20 grudnia 1990 r. o ubezpieczeniu społecznym rolników umowa o pomocy przy zbiorach oraz będą przywoływane inne umowy w koniecznym zakresie.

Z punktu widzenia badań nad pośrednim oddziaływaniem ustawodawstwa pracy właśnie porównanie ubezpieczeń społecznych wynikających z umów zlecenia i o świadczenie usług (art. 6 ust. 1 pkt 4, częściowe oddziaływanie ustawodawstwa pracy), umów o pracę nakładczą (art. 6 ust. 1 pkt 2, znaczne oddziaływanie) oraz umów o pomocy przy zbiorach (brak oddziaływania) może być szczególnie interesujące.

Umowy zlecenia i o świadczenie usług uregulowane są w kodeksie cywilnym, niektóre aspekty w innych przepisach. Przez umowę zlecenia przyjmujący zlecenie zobowiązuje się do dokonania określonej czynności prawnej dla dającego zlecenie (art. 734 k.c.). Do umów o świadczenie usług, które nie są uregulowane innymi przepisami, stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu (art. 750 k.c.). Osoby wykonujące pracę na podstawie

tych umów są nazywane łącznie „zleceniobiorcami”. Zleceniobiorcy oraz osoby z nimi współpracujące są objęci obowiązkowo ubezpieczeniami emerytalnym i rentowymi oraz wypadkowym. Ubezpieczeniem chorobowym są objęci dobrowolnie, jeżeli z danego tytułu podlegają obowiązkowo ubezpieczeniom emerytalnemu i rentowym. Ze względu na regulację szczególną nie dotyczy to umów zawieranych przez wolontariuszy (Ceglarska-Jóźwiak, 2018, s. 61–62). W szczególności sposób uregulowano zasady podlegania ubezpieczeniom (art. 6 ust. 4a u.s.u.s.) i finansowania składek w stosunku do niań, czyli osób świadczących pracę na podstawie umowy uaktywniającej, mimo że umowa uaktywniająca jest umową o świadczenie usług, do której zgodnie z przepisami kodeksu cywilnego stosuje się przepisy dotyczące zlecenia (art. 50 ust. 1 ustawy z 4 lutego 2011 r. o opiece nad dziećmi)¹⁷.

Natomiast do umowy o pracę nakładczą stosuje się przepisy wykonawcze wydane na podstawie art. 303 § 1 k.p., według którego Rada Ministrów ma określić w drodze rozporządzenia zakres stosowania przepisów prawa pracy do osób wykonujących pracę nakładczą, ze zmianami wynikającymi z odmiennych warunków wykonywania tej pracy. Na tej podstawie wydano rozporządzenie Rady Ministrów z 31 grudnia 1975 r. w sprawie uprawnień pracowniczych osób wykonujących pracę nakładczą (DzU z 1976 r. nr 3, poz. 19 z późn. zm., dalej: r.p.n.) Ustawodawca nie określił *essentialia negotii* umowy o pracę nakładczą. Łączy ona elementy umowy o pracę z elementami umowy o dzieło i od dawna znajduje się w sferze oddziaływania ubezpieczeń społecznych, a w przeszłości także zaopatrzenia emerytalnego pracowników (zob. Roszewska, 2018, s. 210 i 212).

Wykonawcy pracy nakładczej podlegają obowiązkowo ubezpieczeniom emerytalnemu i rentowym, dobrowolnie chorobowemu. Są wyłączeni z ubezpieczenia wypadkowego. Nie występuje kategoria osoby współpracującej z osobami wykonującymi pracę nakładczą, co można uznać za pośredni skutek oddziaływania ustawodawstwa pracy zakładającego osobiste świadczenie pracy. Prawdopodobnie to oddziaływanie ma zasadniczy wpływ na socjalną sytuację osób wykonujących pracę nakładczą. Jak się wydaje, powinno to znaleźć odzwierciedlenie w ubezpieczeniach społecznych tej grupy osób.

Co do zasady regulacja ubezpieczeń społecznych dotycząca umów zlecenia i o świadczenie usług oraz umów o pracę nakładczą jest niezależna i równoległa. Nie występują odesłania. Ubezpieczenia społeczne obydwu tytułów są silnie uwarunkowane historycznie, są owocem ewolucji i zmian przyjmowanych w zależności od tego, jakie aktualnie były zasady wykonywania pracy i ubezpieczeń/zaopatrzenia społecznego.

Poza powszechnymi ubezpieczeniami społecznymi w ubezpieczeniu rolniczym wyodrębniono „umowę o pomocy przy zbiorach” (art. 91a u.s.r.). Przez umowę o pomocy przy zbiorach pomocnik rolnika zobowiązuje się do świadczenia pomocy¹⁸ przy zbiorach produktów rolnych¹⁹, w określonym miejscu w gospodarstwie rolnika i przez określony czas, a rolnik do zapłaty umówionej wynagrodzenia za świadczoną pomoc. Ustawodawca

expressis verbis rozstrzygnął, że wykonywanie czynności na podstawie umowy o pomocy przy zbiorach nie stanowi zatrudnienia w rozumieniu kodeksu pracy (art. 91a ust. 4 u.s.r.). W zakresie nieuregulowanym w art. 91a–91e u.s.r. do umowy o pomocy przy zbiorach stosuje się przepisy kodeksu cywilnego (art. 91f u.s.r.).

Pomocnik rolnika podlega z mocy ustawy ubezpieczeniu rolniczemu (wypadkowemu, chorobowemu i macierzyńskiemu) wyłącznie w zakresie ograniczonym do świadczeń określonych w art. 9 pkt 1 u.s.r., czyli jednorazowego odszkodowania z tytułu stałego lub długotrwałego uszczerbku na zdrowiu albo śmierci wskutek wypadku przy pracy rolniczej lub rolniczej choroby zawodowej²⁰. Wysokość miesięcznej składki na ubezpieczenie wypadkowe, chorobowe i macierzyńskie za pomocnika rolnika jest zryczałtowana i uzależniona od ilości dni podlegania ubezpieczeniu. Jej wysokość jest ogłaszana przez Prezesa Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego zgodnie z ustawą o ubezpieczeniu społecznym rolników.

Śladem oddziaływania ustawodawstwa pracy jest tu sam fakt objęcia pomocników rolnika ubezpieczeniami społecznymi w minimalnym zakresie — jednorazowych odszkodowań²¹, które ograniczają odpowiedzialność rolników wobec pomocników na zasadach prawa cywilnego, analogicznie jak w przypadku ubezpieczenia wypadkowego pracowników. Jednak należy podkreślić, że intencją ustawodawcy wyrażoną w projekcie ustawy nowelizującej u.s.r. było ograniczenie uprawnień tych osób związanych z wykonywaniem pracy i ubezpieczeniami społecznymi, aby obniżyć koszty prowadzenia działalności przez rolników²². Tym można tłumaczyć wyraźne i celowe wyłączenie stosowania regulacji prawa pracy.

Już tu widoczna jest sprzeczność w ubezpieczeniu wypadkowym jako jednej z historycznie pierwszych sfer oddziaływania ustawodawstwa pracy. Jedną z racji tworzenia społecznego ubezpieczenia wypadkowego jest ograniczenie odpowiedzialności cywilnej pracodawców. Według deklaracji politycznej ułatwiono rolnikom prowadzenie działalności przez wyodrębnienie umów o pomocy przy zbiorach, żeby pomocnikom rolnika przysługiwały przynajmniej świadczenia wynikające z wypadków przy pracy i chorób zawodowych. Wykonawcom umów o pracę nakładczą całkowicie odcięto dostęp do takich świadczeń. Zwykle jako argument podawano kwestię miejsca wykonywania pracy, ale odpadł on po objęciu wszystkich zleceniobiorców ubezpieczeniem wypadkowym. Argument nawiązujący do dopuszczenia takiego wyjątku w konwencjach MOP odwołuje się do stosunkowo dawnych ustaleń. Wydaje się, że utrzymywanie wyłączenia wykonawców umów o pracę nakładczą z ubezpieczenia wypadkowego można dodatkowo wyjaśniać tym, że rzadko nakładcom można byłoby przypisać odpowiedzialność za wypadki, ze względu na znaczną samodzielność wykonawców w organizacji pracy. Jednak podobna jest sytuacja innych kategorii objętych ubezpieczeniem wypadkowym, takich jak osoby prowadzące działalność pozarolniczą na własny rachunek, duchownych lub stypendystów sportowych. Taka argumentacja nie jest więc przekonująca.

Przypomnijmy, że w zasadach podlegania ubezpieczeniom społecznym umowy cywilnoprawne są też ukryte za publicznoprawnym statusem danej osoby, stanowiącym tytuł ubezpieczeń (np. bezrobotny pobierający stypendium). Status ten jest powiązany z podpisaniem umowy cywilnoprawnej przez daną osobę lub inny podmiot. Jest to element konieczny, choć nie jest wyodrębniony. Z punktu widzenia określenia pozycji danej osoby w ubezpieczeniach społecznych ważniejsze jest całościowe określenie statusu danej osoby niż ta wstępna umowa (np. umowa o studia podyplomowe, studia lub staż). Może ona jednak wywoływać skutki prowadzące do objęcia lub wyłączenia z ubezpieczeń osób, których dotyczy ta umowy cywilnoprawne.

Koncepcja ubezpieczeń społecznych a zatrudnienie i umowy cywilnoprawne

W literaturze wyjaśniano, dlaczego trudno jest objąć osoby zatrudnione na podstawie umów cywilnoprawnych ubezpieczeniami społecznymi w klasycznej, pracowniczkiej postaci (np. Babińska-Górecka, 2015, 2017). Wskazywane powody częściowo pokrywają się z przyczynami problemów ze stosowaniem takiej klasycznej wersji ubezpieczeń do pracowników zatrudnionych w dostosowanych do realiów, nowoczesnych wersjach stosunku pracy (np. Supiot, 2001).

Jednak należy podkreślić, że badania w tym zakresie są prowadzone dlatego, że zakłada się, iż objęcie takich osób ochroną jest konieczne ze względu na obecny kształt stosunków społecznych i gospodarczych, uregulowania prawne (prawo do zabezpieczenia społecznego jako prawo człowieka²³) i poziom uprawnień socjalnych zapewnianych różnym grupom społecznym i ogółowi społeczeństwa. Można je sprowadzić nie do pytania „czy”, lecz „jak” kształtować zabezpieczenie społeczne tych grup. Przede wszystkim, jako prawo człowieka drugiej generacji, prawo do zabezpieczenia społecznego jest realizowane przez działania ustawodawcy, który podejmuje decyzje o zakresie i formach przyjmowanych rozwiązań. W ten sposób kształtuje rzeczywistość i wpływa na stosunki społeczne i gospodarcze. Katalog wyobraźalnych rozwiązań jest więc bardzo szeroki. W kontekście oddziaływania ustawodawstwa pracy na same umowy cywilnoprawne, a nie bezpośrednio na ubezpieczenia społeczne, warto zwrócić uwagę na kilka zagadnień na tle aktualnie obowiązującej regulacji.

Rozbieżność postrzeganych funkcji ubezpieczeń społecznych i umów cywilnoprawnych wydaje się być skutkiem nieprzewidzianego przez ustawodawcę historycznego rozwoju stosowania tych umów w Polsce (Babińska-Górecka, 2015, s. 33). Jako przesłanką prawa do świadczeń, czyli *ratio* swego istnienia, ubezpieczenia społeczne posługują się kategorią „braku zdolności do zarabkowania”, jak w art. 67 Konstytucji RP i aktach prawa międzynarodowego (np. Ślęzak, 2016, s. 63). Natomiast z konstrukcji umów cywilnoprawnych jako takich nie wynika nierozdzielnie określona rola społeczna — osób zatrudnionych. Dlatego brak jest interesu ogółu społeczeństwa w zdolności do zatrudnienia po-

szczególnych wykonawców. Brak takiej zdolności nie musi prowadzić do utraty wynagrodzenia z tytułu umowy, a więc nie rodzi ryzyka ubezpieczeniowego. Co do zasady wykonanie umowy może być odkładane w czasie lub umowy mogą być wykonywane przy pomocy osób trzecich w granicach określonych ustawą lub umową.

Ponadto przymus ubezpieczenia wywołuje skutki dla obu stron umowy. Problematiczna jest rola przypisywana tej stronie umowy, która ma być „płatnikiem składek”, a która dąży do uzyskania świadczeń (usług) w swobodnie negocjowany sposób, albo uczestniczy w czynnościach społecznie użytecznych uzyskując z tego niewielkie korzyści, często sporym wysiłkiem (staże, praktyki studenckie lub absolwenckie). Nałożenie obowiązków w zakresie ubezpieczeń społecznych, nawet niezwiązanych z finansowaniem, wykracza daleko poza cywilistyczną koncepcję równorzędnych stron umowy.

Skoro z umowy zlecenia i o świadczenie usług wynikają odmienne powiązania prawne, należy je dokładnie rozróżniać. Jednak w prawie ubezpieczeń społecznych jako takim, technicznie, właściwie nie ma rozróżnienia. Regulacja jest równoległa i jednakowa. Stanowi to swoisty dowód na to, że ubezpieczenia społeczne i zabezpieczenie społeczne można ukształtować w oderwaniu od regulacji prawnej tzw. stosunku podstawowego, czyli tego, który stanowi tytuł ubezpieczeń społecznych. Z punktu widzenia racjonalności systemu prawa jest to oczywiście nieprawidłowe podejście. Pozycja danej osoby jako wykonawcy umowy i jako ubezpieczonego powinna być spójna.

Szczególnie kontrowersyjnym rozwiązaniem przyjętym przez ustawodawcę w ramach przysługującej mu swobody jest art. 8 ust. 2a u.s.u.s. (np. Kubot, 2017). Na jego podstawie za pracownika w rozumieniu ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych uważa się także osobę wykonującą pracę na podstawie umowy agencyjnej, umowy zlecenia lub innej umowy o świadczenie usług, do której 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. Po ustaleniu, że należy zastosować art. 8 ust. 2a, daną osobę traktuje się jak pracownika danego pracodawcy, który jest płatnikiem składek. Ta regulacja ma wpływ na sposób ustalania podstawy wymiaru składki²⁴ i wypadku przy pracy²⁵. Jednak rozszerzenie koncepcji pracownika dotyczy tylko ubezpieczeń społecznych. Nie przekłada się na warunki wykonywania pracy w ramach którejkolwiek z uwzględnianych umów cywilnoprawnych. W szczególności na umowy cywilnoprawne nie przenosi się regulacji prawa pracy związanej z niektórymi uprawnieniami, takimi jak urlop macierzyński lub zwolnienie z zobowiązania do spełnienia świadczenia w czasie choroby lub konieczności sprawowania opieki nad chorym członkiem rodziny. Nie ma urlopu wypoczynkowego.

Wiele problemów związanych z zabezpieczeniem społecznym osób zarabkujących na podstawie umów cywilnoprawnych (np. o roboty budowlane) rozwiązuje

szeroka formuła „osób prowadzących pozarolniczą działalność” jako tytułu ubezpieczeń społecznych (art. 6 ust. 1 pkt 5 u.s.u.s.). Pozwala ona objąć ubezpieczeniami społecznymi również sytuacje nietypowe i nowe, także takie gdy trudno jest wskazać określony podmiot, który w rozumieniu ustawodawstwa pracy mógłby być obciążony obowiązkami wynikającymi z organizowania pracy ludzkiej (np. nowe technologie i platformy cyfrowe z wiodącym przykładem „kierowców Ubera”).

Wciąż poza zakresem ubezpieczeń społecznych pozostają co do zasady stażyści, wolontariusze, osoby realizujące kontrakt socjalny. Głównym problemem jest brak gwarantowanego dochodu z pracy, który mógłby być podstawą do opłacania składek na ubezpieczenia społeczne i zastępowany w razie niezdolności do pracy.

Odpłatność występuje przy umowie o dzieło, ale na jej podstawie przyjmujący zobowiązuje się do wykonania określonego dzieła (art. 627 k.c.). Dlatego głównym argumentem przeciwko uznaniu umowy o dzieło za samoistny tytuł ubezpieczeń społecznych jest jej charakter prawny (umowa rezultatu). W prawnym ujęciu tej umowy, jeżeli nie jest wykonywana praca na rzecz pracodawcy ubezpieczonego (nie stosuje się art. 8 ust. 2a u.s.u.s.), lecz ma być przedstawione dzieło, przeszkodą w objęciu jej wykonawcy ubezpieczeniami jest brak elementu ciągłej aktywności zarobkowej, z którą możliwe byłoby połączenie ochrony przed ryzykiem niezdolności do pracy (inwalidztwa i choroby) oraz starości. Jednak można również postawić tezę, że pozostawienie istotnego gospodarczo rodzaju umowy poza ubezpieczeniem społecznym (i zdrowotnym) jest celowym zabiegiem ustawodawcy, służącym obniżeniu kosztów pozyskiwania nie tylko dzieł w czystej postaci, lecz również kosztów świadczeń o bardziej złożonym charakterze. Wskazują na to: ogromna skala problemów praktycznych, także związanych z kwalifikacją poszczególnych umów, oraz spory na temat różnych aspektów cywilnoprawnej konstrukcji umowy o dzieło w zestawieniu ze społecznym i gospodarczym znaczeniem oraz rzeczywistymi warunkami wykonywania tych umów.

W konstrukcji cywilistycznej umowy o dzieło występują pewne elementy określające sytuację przyjmującego zlecenie podczas wykonywania dzieła, w tym nakład jego pracy. Mimo że są to normy względnie obowiązujące, oddają sposób postrzegania przez ustawodawcę okoliczności wykonywania dzieła. Dotyczy to metody ustalania wynagrodzenia. Jeżeli strony nie określiły wysokości wynagrodzenia ani nie wskazały podstaw do jego ustalenia, poczytuje się w razie wątpliwości, że strony miały na myśli zwykle wynagrodzenie za dzieło tego rodzaju. Jeżeli także w ten sposób nie da się ustalić wysokości wynagrodzenia, należy się wynagrodzenie odpowiadające uzasadnionemu nakładowi pracy oraz innym nakładom przyjmującego zamówienie (art. 628 § 1 k.c.). Wynagrodzenie kosztorysowe jest ustalane „na podstawie zestawienia planowanych prac” (art. 629 i 630 k.c.). Wynagrodzenie może być należne po spełnieniu świadczeń częściowych (art. 642 § 2 k.c.), co także potwierdza, że strony pozostają w relacjach w czasie wykonywania dzieła (art. 636, 639 i 640 k.c.). Jeżeli zaj-

dą okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu, przyjmujący zamówienie powinien niezwłocznie zawiadomić o tym zamawiającego (art. 634 k.c.). Przede wszystkim jednak zgodnie z art. 645 § 1 k.c. umowa o dzieło, którego wykonanie zależy od osobistych przymiotów przyjmującego zamówienie, rozwiązuje się wskutek jego śmierci lub niezdolności do pracy.

Mamy tu więc do czynienia z wpływem zdarzeń losowych na możliwość należytego wykonania umowy i uzyskania spodziewanego wynagrodzenia. Występują zatem elementy, z których buduje się ubezpieczeniową konstrukcję ryzyka socjalnego (w odniesieniu do macierzyństwa: *Dzienisiuk, 2015b, s. 86*). Wydaje się, że te elementy są bardziej czytelne przy niektórych umowach o dzieło (wykonywanych osobiście przez przyjmującego i uzależnionych od jego przymiotów) niż przy umowach zlecenia lub o świadczenie usług.

Z wyżej przedstawionych przepisów wynika, że przy umowach o dzieło podejmowane są czynności w celu zarobkowym, które mogłyby być podstawą do skonstruowania tytułu ubezpieczeń społecznych, ewentualnie szczególnego rodzaju i w ograniczonym zakresie. Chodzi głównie o ubezpieczenie wypadkowe i zdrowotne.

Jako *precedens* można wskazać konstrukcję ubezpieczenia pomocników rolnika. Warto zwrócić uwagę na fragment uzasadnienia projektu ustawy wprowadzającej ten tytuł ubezpieczenia rolniczego (s. 2): „Argumentem przemawiającym za przygotowaniem regulacji w zakresie umowy o pomocy przy zbiorach jest nagminne stosowanie przy pracach w rolnictwie umów o dzieło, które nie przystają do charakteru pracy osób zatrudnionych przy zbiorach i nie są one oskładkowane. Przyjęcie zryczałtowanej formy oskładkowania pozwoli przede wszystkim na obniżenie kosztów pracy oraz znaczne ograniczenie obowiązków rolnika o charakterze administracyjnym”. Przez analogię do początkowego okresu tworzenia ubezpieczeń społecznych w XIX w. można postulować objęcie przyjmujących zamówienie wstępnie tylko ubezpieczeniem wypadkowym. Wąska konstrukcja wypadku „podczas wykonywania czynności bezpośrednio zmierzających do wykonania dzieła” w okresie ubezpieczenia wypadkowego wyznaczonego wykonywaniem właśnie tylko tych czynności (np. obligatoryjnie wskazywanego w umowie o dzieło) i powiązanego ze zryczałtowaną składką na koszt dającego zlecenie oraz ubezpieczeniem zdrowotnym pozwoliłaby wstępnie wyeliminować wiele trudności związanych z włączaniem osób wykonujących umowę o dzieło do systemu zabezpieczenia społecznego (brak powiązania okresu rzeczywistego wykonywania dzieła z wynagrodzeniem, ustalenie wynagrodzenia przypadającego na dany okres, a więc podstawy wymiaru składki i okresu ubezpieczenia, wskazanie płatnika składek itp.). Stworzona byłaby pewna wspólnota ryzyka, nie mniej odbiegająca od wcześniejszych konstrukcji niż objęcie ubezpieczeniem rolniczym umów o pomocy przy zbiorach. Na podstawie doświadczeń zgromadzonych w czasie funkcjonowania takiego rozwiązania możliwe byłoby opracowanie koncepcji szerszego objęcia osób wykonujących umowę o dzieło zabezpieczeniem społecznym.

Jeżeli solidarność, jako główne założenie ubezpieczeń, ma obejmować osoby narażone na podobne ryzyko, to solidarność w ramach ubezpieczenia wypadkowego powinna obejmować wszelkie osoby narażone na skutki nieszczęśliwych wypadków związanych z aktywnością zarobkową, w tym osoby wykonujące dzieło i pracę nakładczą.

Finansowanie ubezpieczeń społecznych

W ustawodawstwie pracy zakłada się, że wynagrodzenie za pracę zasługuje na szczególną ochronę, gdyż pełni najważniejszą społecznie funkcję alimentacyjną, także w przypadku umów o pracę nakładczą (§ 12 ust. 4 r.p.n.). Natomiast w umowach cywilnoprawnych teoretycznie funkcja alimentacyjna wynagrodzenia jest ograniczona. Wykonawców wynagradza się w zależności od wartości dzieła lub usługi. Wynagrodzenie jest postrzegane w kategoriach świadczenia ekwiwalentnego, oddającego wartość rynkową nakładu pracy, nie zaś w kategoriach zaspokajania potrzeb jednostki oraz jej rodziny (*Babińska-Górecka, 2015, s. 34–35*). Jednak ta teoretyczna cywilnoprawna konstrukcja nie odpowiada społecznej rzeczywistości, gdy wykonywanie pracy na podstawie umów cywilnoprawnych jest skutkiem wyboru negatywnego, spowodowanego brakiem dostępności pracy w ramach stosunku pracy lub wymuszonym dążeniem do racjonalizacji kosztów związanych z uzyskiwaniem i świadczeniem pracy przez obie strony umowy. Stąd istnieje problem wyboru umów cywilnoprawnych w miejsce umów o pracę, żeby ograniczyć koszty związane z ubezpieczeniami społecznymi²⁶.

Dorobek ustawodawstwa pracy, choć w ograniczonym i zmodyfikowanym zakresie, został uwzględniony przy ustalaniu warunków wykonywania pracy na podstawie umów cywilnoprawnych. Dla pracy nakładczej już w rozporządzeniu z 1975 r. przewidziano, że określona w umowie minimalna miesięczna ilość pracy, której wykonanie należy do obowiązków wykonawcy, powinna być tak ustalona, aby jej wykonanie zapewniało uzyskanie co najmniej 50% minimalnego wynagrodzenia za pracę (§ 3 ust. 1)²⁷. W praktyce ZUS i orzecznictwo sądowym kwestia ta bywa kluczowa dla ustalania, czy zawarcie umowy o pracę nakładczą prowadziło do objęcia osoby ją wykonującej ubezpieczeniami społecznymi właśnie z tego tytułu, szczególnie w zbiegu z inną aktywnością tej osoby (zob. *Roszevska, 2018, s. 214–219*). W § 3 ust. 2 r.p.n. wskazano jednak także inny pułap: jeżeli praca nakładczą stanowi dla wykonawcy wyłączne lub główne źródło utrzymania, ilość pracy powinna być tak ustalona, aby jej wykonanie zapewniało uzyskanie wynagrodzenia nie mniejszego od najniższego wynagrodzenia. Taka regulacja bezpośrednio odpowiada gwarancjom prawa pracy.

W 2016 r. uregulowano „minimalną stawkę godzinową”, czyli minimalną wysokość wynagrodzenia za każdą godzinę wykonania zlecenia lub świadczenia usług, przysługującą przyjmującemu zlecenie lub świadczącemu usługi. W przypadku umów, o których mowa w art. 734 i art. 750 k.c., wysokość wynagrodzenia po-

winna być ustalona w umowie w taki sposób, aby wysokość wynagrodzenia za każdą godzinę wykonania zlecenia lub świadczenia usług nie była niższa niż wysokość minimalnej stawki godzinowej. Jeżeli ustalona wysokość byłaby niższa, przyjmującemu zlecenie lub świadczącemu usługi przysługuje wynagrodzenie w wysokości obliczonej z uwzględnieniem minimalnej stawki godzinowej. Jeżeli kilka osób przyjmuje zlecenie lub zobowiązuje się świadczyć usługi wspólnie, każdej z tych osób przysługuje wynagrodzenie uwzględniające stawkę minimalną.

Tego rodzaju gwarancje przekładają się na podstawę wymiaru składek. Dla umów o pracę nakładczą jest nią przychód (art. 18 ust. 1 u.s.u.s.). Także podstawę wymiaru składek za zleceniobiorców ustala się co do zasady od przychodu, jeżeli w umowie określono odpłatność za jej wykonywanie kwotowo, w kwotowej stawce godzinowej lub akordowej albo prowizyjnie (art. 18 ust. 3 w zw. z ust. 1 u.s.u.s.). W pozostałych, rzadszych²⁸, przypadkach i w stosunku do osób współpracujących podstawę wymiaru składek stanowi zadeklarowana kwota, nie niższa jednak niż kwota minimalnego wynagrodzenia (art. 18 ust. 7 u.s.u.s.)²⁹.

Dla pomocników rolnika nie przewidziano żadnych gwarancji dotyczących wysokości uzyskiwanego wynagrodzenia za pomoc świadczoną przy zbiorach. Wysokość składki jest zryczałtowana, niezależna od uzyskiwanych zarobków³⁰. Dlatego dalej problematyka tych umów zostanie pominięta, choć wskazuje, że ustawodawca jest w stanie całkowicie oderwać zabezpieczenie społeczne realizowane metodą ubezpieczeniową od rzeczywistych stosunków między stronami umów o zatrudnienie.

W związku z tym, że wysokość świadczeń ma być obliczona, w uproszczeniu, w zależności od wysokości opłaconych składek lub podstawy wymiaru tych składek, powyższe zasady ich ustalania przekładają się na standard ochrony socjalnej po zrealizowaniu się ryzyka ubezpieczeniowego.

Dla rozważenia powiązań z ustawodawstwem pracy należy zwrócić uwagę na § 5 r.p.w.s. W powszechnym systemie ubezpieczeń społecznych składkę za wykonawców pracy nakładczej i zleceniobiorców ustala się od przychodu. Minister właściwy do spraw zabezpieczenia społecznego został upoważniony do określenia wyłączeń z podstawy wymiaru składek niektórych rodzajów przychodów. Są one wskazane w § 2 rozporządzenia, który stosuje się odpowiednio przy ustalaniu podstawy wymiaru składek osób wykonujących pracę nakładczą i zleceniobiorców.

Wskazane w rozporządzeniu wyłączenia obejmują rozmaite składniki należności przysługujących pracownikom od pracodawców. Zostały one w rozwoju historycznym wyodrębnione i przyznawane na podstawie powszechnie obowiązującego prawa pracy, ale również układów zbiorowych pracy, regulaminów wynagradzania, porozumień zbiorowych lub umów o pracę. Pełnią różne funkcje, w tym socjalne, i tradycyjnie są związane ze stosunkami pracy.

Tymczasem wynagrodzenie zleceniobiorcy powinno być ustalone w umowie. Jeżeli nie ma obowiązującej ta-

ryfy, a nie umówiono się o wysokość wynagrodzenia, należy się wynagrodzenie odpowiadające wykonanej pracy (art. 735 k.c.). Przepisy nie wyodrębniają składników takiego wynagrodzenia, np. dodatków pełniących funkcje socjalne. Osobno przewidziano, że dający zlecenie powinien zwrócić przyjmującemu zlecenie wydatki, które ten poczynił w celu należytego wykonania zlecenia, wraz z odsetkami ustawowymi; powinien również zwolnić przyjmującego zlecenie od zobowiązań, które ten w powyższym celu zaciągnął w imieniu własnym (art. 742 k.c.).

Wykonawcy pracy nakładczej przysługuje wynagrodzenie za wykonaną pracę, obliczone według stawek jednostkowych, a gdy jest to uzasadnione rodzajem pracy — przy zastosowaniu innej odpowiedniej formy, ustalonej w umowie lub w obowiązujących u danego nakładcy zasadach wynagradzania wykonawców (np. regulamin pracy nakładczej — § 31 r.p.n.). Wykonawcom przysługują także inne składniki wynagrodzenia i świadczenia związane z pracą, określone dla pracowników zatrudnionych u danego nakładcy, jeżeli prawo do tych składników wynagrodzenia i świadczeń oraz zakres ich stosowania do wykonawców ustala układ zbiorowy pracy, regulamin wynagradzania albo umowa (§ 12 ust. 2 r.p.n.).

W przypadku umów o pracę nakładczą występuje więc spójność regulacji prawnej zasad wynagradzania i wyłączeń z podstawy wymiaru składek na ubezpieczenia społeczne, co wynika z zakresu przyznanych wykonawcom uprawnień pracowniczych. W przypadku zleceniobiorców, wobec braku szczegółowej regulacji zasad wynagradzania, strony mogą, jak się wydaje, wprowadzić składniki wskazane w r.p.w.s. ze skutkiem w postaci wyłączenia należnych kwot z podstawy wymiaru składek na ubezpieczenia społeczne, np. w zakresie bhp lub wydatków związanych z podróżami służbowymi. Jednak nie jest to spójne z przepisami o zwracaniu zleceniobiorcom wydatków (art. 742 k.c.).

W związku z tym należy podkreślić, że ustalone dla pracowników przepisy o wyłączeniach z podstawy wymiaru składki w odniesieniu do osób zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych stosuje się „odpowiednio”. Nie każde wyłączenie z podstawy wymiaru składek wymienione w § 2–4 rozporządzenia, przewidziane dla pracowników, znajdzie zastosowanie przy zleceniu. Zatem stosowanie wyłączeń przewidzianych w rozporządzeniu w odniesieniu do umów zlecenia jest uzależnione od ich charakteru oraz dopuszczalności zawarcia poszczególnych instytucji w tego typu umowach (Interpretacja indywidualna ZUS z dnia 4 lipca 2016 r., DI/200000/43/723/2016, s. 6).

Stosuje się, na przykład, wyłączenie wartości świadczeń rzeczowych wynikających z przepisów o bezpieczeństwie i higienie pracy oraz ich ekwiwalentów, co jest skutkiem wyroku TK z 16 lutego 2010 r., P 16/09, w którym stwierdzono, że § 2 ust. 1 pkt 6 r.p.w.s. był niezgodny z art. 92 ust. 1 Konstytucji. Podstawą rozstrzygnięcia była kwestia formalna. Przepis ten wykraczał poza delegację zawartą w upoważnieniu ustawowym, gdyż odmiennie traktował grupy ubezpieczonych, mimo braku wskazań ustawowych w art. 21 u.s.u.s. dla takiego zróżnicowania podmiotowego aktem wykonawczym.

Jednak TK zauważył, że z punktu widzenia tej regulacji istotne jest, że „kodeks pracy przewiduje takie same obowiązki pracodawcy związane z przepisami bezpieczeństwa i higieny zarówno dla osób pozostających w stosunku pracy, jak i osób wykonujących pracę na innej podstawie, których stosunek zatrudnienia powstał w wyniku zawarcia umów o charakterze cywilnoprawnym, a zatem także umowy zlecenia” (III. 2.2).

Stosowanie wyłączenia przewidzianego w § 2 ust. 1 pkt 4 r.p.w.s. nie jest dopuszczalne ze względu na brzmienie tego przepisu. Zawarcie umowy o zakazie konkurencji, o której mowa w art. 101² k.p. oraz w § 2 ust. 1 pkt 4 r.p.w.s., możliwe jest jedynie w odniesieniu do osób pozostających w stosunku pracy. Zakaz konkurencji „został uregulowany w Kodeksie pracy — art. 101¹–102² — zatem powołane przepisy nie znajdują zastosowania do umów cywilnoprawnych regulowanych przepisem Kodeksu cywilnego. Nie oznacza to jednak, iż w przypadku zawarcia umowy o zarządzanie spółką brak jest podstaw do regulowania problematyki zakazu konkurencji — zleceniobiorca może bowiem w takim przypadku zobowiązać się względem zleceniodawcy do niepodjęwania działań konkurencyjnych w czasie jej trwania, jak również po jej zakończeniu, niemniej jednak zauważyć należy, iż podstawy prawnej zawarcia takiej umowy nie można doszukiwać się w treści art. 101² Kodeksu pracy, lecz jedynie w treści art. 353¹ Kodeksu cywilnego”. Od wypłaconego zleceniobiorcy (kontrakt menedżerski) odszkodowania z tytułu zakazu konkurencji ustanowionego w ramach zasady swobody umów należy zatem odprowadzić składki na ubezpieczenia społeczne i ubezpieczenie zdrowotne.

Wydaje się, że w tym przypadku wykładnia rozszerzająca wyłączenie na zakaz konkurencji związany z umową cywilnoprawną byłaby nieuzasadniona również w świetle art. 21 ust. 1 pkt 3 ustawy z 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (DzU z 2018 r. poz. 1509), który zwalnia od podatku odszkodowania „jeżeli ich wysokość lub zasady ustalania wynikają wprost z przepisów odrębnych ustaw lub przepisów wykonawczych wydanych na podstawie tych ustaw”, z wyjątkiem m.in. odszkodowań przyznanych na podstawie „przepisów o zakazie konkurencji”. Oba przepisy zdają się mieć wspólne *ratio legis*. Ściśle określone przesłanki ograniczenia obowiązku daninowego przyczyniają się do ułatwienia kontroli i zawężenia dopuszczalnych działań stron umów cywilnoprawnych zmierzających do obniżenia wysokości danin.

Problem jest też z przenoszeniem uwzględnianej w rozporządzeniu pracowniczej gwarancji uzyskiwania comiesięcznej wypłaty na wynagrodzenia z umów zlecenia, które mogą przewidywać rzadszą niż co miesiąc lub jednorazową wypłatę wynagrodzenia. Rozporządzenie odnosi się do wskaźników miesięcznych, np. przy dietach (pkt 16). Przy obliczaniu składek od przychodu może to powodować wątpliwości praktyczne, także wobec rozwiązań celowo wprowadzanych przez płatników składek, żeby obniżyć wysokość daniny. Takie trudności powinny się zmniejszać w związku z gwarancją comiesięcznej wypłaty należności wynikających z minimalnej

stawki godzinowej (art. 8a ust. 6 ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę).

Ponadto z przyznania wykonawcom pracy nakładczej uprawnień pracowniczych wynika szerszy zakres odesłania do zasad ustalania podstawy wymiaru składek przyjętych dla pracowników niż w przypadku zleceniobiorców. Na podstawie § 12 ust. 5 r.p.n. wykonawcy przysługuje prawo do wynagrodzenia określonego w art. 92 k.p., czyli do wynagrodzenia za czas niezdolności do pracy wskutek choroby lub odosobnienia w związku z chorobą zakaźną. Zgodnie z art. 18 ust. 2 u.s.u.s. nie stanowi ono podstawy wymiaru składek na ubezpieczenia społeczne, co uwzględnia również § 1 r.p.w.s. i odesłanie zawarte w § 5 ust. 1 pkt 1 r.p.w.s. dla wykonawców. W przypadku zleceniobiorców odesłanie jest węższe, jedynie do § 2–4, właśnie ze względu na brak oddziaływania ustawodawstwa przewidującego wynagrodzenie za czas choroby. W związku z tym zleceniobiorcom wcześniej wypłaca się zasiłek chorobowy niż pracownikom i wykonawcom, co przy zbliżonych zasadach finansowania ubezpieczenia chorobowego poprzez składkę, budzi wątpliwości z punktu widzenia zasady równego traktowania podmiotów objętych ubezpieczeniami.

Z punktu widzenia stron umów racjonalne jest wykorzystywanie przewidzianych w r.p.w.s. wyłączeń w zawieranych umowach, co także można uznać za przykład przenikania ustawodawstwa pracy — poprzez ubezpieczenia społeczne — do umów cywilnoprawnych. Z powyższych uwag wynika jednak, że odpowiednie stosowanie do wykonawców umów cywilnoprawnych wyłączeń ustalonych dla pracowników jest bardzo złożoną konstrukcją, na którą składa się:

- odpowiednie stosowanie
- przepisów bezwzględnie obowiązujących
- do wprowadzonych umownie przez równorzędne podmioty postanowień,
- bez ograniczeń ustawowych co do ich kształtowania w umowie,
- ale z ograniczonymi skutkami w zakresie obciążeń publicznoprawnych
- odpowiadającymi wprowadzonym do stosunków pracy przepisom jednostronnie bezwzględnie obowiązującym.

Efekt ten nie wystąpił poprzez rozszerzenie stosowania ustawodawstwa pracy na prawo cywilne lub poprzez publicznoprawne normy dotyczące zasad wykonywania pracy zarobkowej na podstawie umów cywilnoprawnych (zlecenia), ale poprzez prawo ubezpieczeń społecznych, które z przyjęciem przez strony pewnych postanowień wiąże dla tych stron skutki w zakresie daniny publicznej należnej od wynagrodzenia. Konstrukcja ta jest trudna w stosowaniu, gdyż występuje różny zakres swobody stron w stosunkach cywilnoprawnych i w umowach o pracę. Dlatego, jak to zauważono na tle stosowania przepisów, dochodzi do odwrócenia ogólnych zasad przyjętych w prawie ubezpieczeń społecznych i w zakresie podatku dochodowego od osób fizycznych — zasada kasy (zob. Madej, 2007, s. 133)³¹. Prowadzi do złożonego obliczenia składki i zaskakującego potraktowania liczki na poczet wynagrodzenia.

Jest to kolejny przykład pośredniego (poprzez prawo ubezpieczeń społecznych) oddziaływania ustawodawstwa pracy na stosunki zatrudnienia. Jeżeli strony umowy cywilnoprawnej dążą do zastosowania przepisów o wyłączeniu kwot stanowiących równowartość diet z podstawy wymiaru składek, muszą nie tylko przewidzieć tego rodzaju świadczenia w umowie lub innym akcie, ale również ukształtować je tak, żeby skorzystanie z tego wyłączenia było możliwe — odpowiadało warunkom wskazanym w rozporządzeniu.

Wpływ ustawodawstwa pracy jest również widoczny w regulacji zbiegu tytułów ubezpieczeń społecznych, gdyż powyższe zasady ustalania podstawy wymiaru składek przekładają się wtedy na określenie sytuacji osób wykonujących umowy cywilnoprawne.

Podstawowa zasada pierwszeństwa wskazująca na konkretny stosunek prawny, na którego podstawie dana osoba będzie ubezpieczona, jest stosunkowo prosta. Zgodnie z art. 9 ust. 2 u.s.u.s. osoba spełniająca warunki do objęcia obowiązkowo ubezpieczeniami z kilku tytułów, o których mowa w art. 6 ust. 1 pkt 2, 4–6 i 10 (w tym wykonawcy pracy nakładczej i zleceniobiorcy), jest objęta obowiązkowo ubezpieczeniami z tego tytułu, który powstał najwcześniej.

W dalszej skomplikowanej regulacji zbiegu tytułów można wyodrębnić dwa poziomy określania zakresu obowiązku udziału w finansowaniu ubezpieczeń społecznych:

□ wyższy, odpowiadający podstawie wymiaru składek dla osób prowadzących pozarolniczą działalność⁶², gdy zleceniobiorca lub wykonawca pracy nakładczej prowadzi jednocześnie taką działalność (art. 9 ust. 2a i 2b u.s.u.s.);

□ minimalne wynagrodzenie za pracę, gdy zleceniobiorca ma jakikolwiek inny tytuł ubezpieczeń społecznych, w tym pozostaje w stosunku pracy, służbowym lub członkostwa w spółdzielni (art. 9 ust. 1 i 2c u.s.u.s.); ten wskaźnik pozostaje w bezpośrednim związku z ustawodawstwem i ochronną funkcją prawa pracy; należy podkreślić, że jest ustalony jako miesięczna kwota minimalnego wynagrodzenia, mimo stosowania do zleceniobiorców minimalnej stawki godzinowej, która również mogłaby być podstawą ustalania gwarancji socjalnych dla zleceniobiorców. W tym przypadku przeniesione do regulacji stosunków cywilnoprawnych ustawodawstwo pracy nie znalazło pośredniego odzwierciedlenia w prawie ubezpieczeń społecznych. Ustawodawca już wcześniej w regulacji ubezpieczeniowej sięgnął bezpośrednio do prawa pracy (minimalnego wynagrodzenia).

W przypadku osób wykonujących umowę o pracę nakładczą podobny efekt jest osiągnięty wymogiem, że ilość pracy powinna zapewniać wynagrodzenie na poziomie minimalnego wynagrodzenia, jeżeli jest to wyłączne⁶³ źródło utrzymania wykonawcy (a wtedy przepisy o zbiegu nie mają zastosowania) albo jego 50% (wtedy stosuje się przepisy o zbiegu, bo dana osoba uzyskuje inne przychody).

O wprowadzeniu tego rodzaju regulacji zdecydowały głównie względy fiskalne, czyli dążenie do podwyższenia wpływów Funduszu Ubezpieczeń Społecznych ze składek. Okazało się to zabiegiem bardzo skutecznym,

gdyż objęcie zleceniobiorców ubezpieczeniami od minimalnego wynagrodzenia znacznie przyczyniło się do poprawienia poziomu pokrycia wydatków FUS wpływami składkowymi. Trzeba jednak pamiętać, że z takimi zwiększonymi składkami wiąże się prawo do odpowiedniej wysokości świadczeń, co wpłynęło na bilans funduszu chorobowego. Rosnący od kilku lat deficyt funduszu chorobowego wynika ze zmian prawnych w obszarze zasiłków chorobowych i macierzyńskich nierekomensowanych zmianą stopy składek na ubezpieczenie chorobowe (Uścińska, 2018, s. 65 i 68).

Zależność między poziomem wymaganych, także w razie zbiegu, składek oraz należnych w wyniku ich opłacania świadczeń sprawia, że wskazane wyżej wskaźniki, w szczególności minimalne wynagrodzenie za pracę, można uznać za przyjęty przez ustawodawcę poziom ochrony socjalnej, jaką mają zapewniać ubezpieczenia społeczne w zamian za składkę.

Świadczenia

Po stronie świadczeniowej ubezpieczeń społecznych wobec osób wykonujących umowy cywilnoprawne występują równie poważne problemy ze stosowaniem rozwiązań charakterystycznych dla prawa pracy co przy obejmowaniu ich ubezpieczeniem.

Dla umów cywilnoprawnych przerwy w świadczeniu pracy są zjawiskiem typowym, pewnym i w związku z tym niemającym cech zdarzenia ubezpieczeniowego. Przede wszystkim brak jest bezwzględnego obowiązku osobistego świadczenia pracy i wykonawcy mają większą kontrolę nad warunkami wykonywania pracy (Gersdorf, 2012, s. 16). Dlatego trudno o powody do nakładania przez państwo określonych obciążeń socjalnych na drugą stronę tych umów (zleceniodawcę jako płatnika składek), która w klasycznym ujęciu jest zainteresowana pozyskaniem usług, a nie włączeniem w państwowy system zabezpieczenia społecznego. Stąd poglądy, że umowy te nie powinny być wykorzystywane do kreowania zatrudnienia stanowiącego podstawę włączenia w system opieki socjalnej państwa.

Zupełnie nieadekwatne są wypowiedzi doktryny i TK o starym systemie zaopatrzenia społecznego pracowników i uzależnieniu świadczeń od wkładu pracy. W umowach cywilnoprawnych liczy się wynik ekonomiczno-finansowy. Nakład pracy na jego osiągnięcie jest nierelevantny (inaczej niż w umowach o pracę, gdzie jest on reglamentowany), a zatem jeżeli nie były nałożone ograniczenia kontrolujące wykonywanie danego rodzaju umów, taka kategoria nie powinna być stosowana przy udzielaniu świadczeń.

Ze względu na przyznanie wykonawcom pracy nakładczej niektórych uprawnień pracowniczych w pewnych kwestiach w szczególny sposób na tle innych osób objętych dobrowolnym ubezpieczeniem chorobowym kształtuje się ich sytuacja w zakresie świadczeń. O konsekwencjach stosowania art. 92 k.p. w ramach okresu zasiłkowego była już mowa (art. 12 ust. 1 u.s.p.).

„Kobiecie wykonującej pracę nakładczą” przysługuje urlop macierzyński w wymiarze i na zasadach okre-

ślonych w przepisach art. 180 k.p. (§ 18 ust. 1 r.p.n.). W tym zakresie sytuacja wykonawców jest zbliżona do sytuacji pracowników. Mają zagwarantowane zwolnienie od wykonywania pracy i majątkowe prawo do zasiłku macierzyńskiego za ten okres. W przypadku zleceniobiorców oraz w zakresie uprawnień wykonawców dotyczących zasiłku macierzyńskiego za inne okresy niż urlopu macierzyńskiego przewidzianego w art. 180 k.p. (np. urlopu rodzicielskiego, ojcowskiego) zapewnione jest źródło utrzymania, ale nie ma prawnych gwarancji, że praca może być wstrzymana bez rozwiązania umowy. Zasiłek macierzyński przysługuje im na zasadach analogicznych do przysługującego pracownikom, ale bez obowiązującego powstrzymania się od wykonywania pracy w formie urlopu (Dzienisiuk, 2015b).

Z prawem do zasiłku macierzyńskiego (niezależnie od faktu korzystania z urlopu macierzyńskiego, rodzicielskiego lub ojcowskiego) powiązane jest prawo do ubezpieczeń emerytalnego i rentowych finansowanych przez budżet państwa za pośrednictwem ZUS (art. 16 ust. 8 u.s.u.s.). Przy pracy nakładczej zapewnione jest prawo do urlopu macierzyńskiego (§ 18 r.p.n.), czyli w tym czasie osoba z niego korzystająca pozostaje w ubezpieczeniach emerytalnym i rentowych jako osoba ubezpieczona pobierająca zasiłek (art. 6 ust. 1 pkt 19 u.s.u.s.). Wykonawcom pracy nakładczej nie przyznano jednak prawa do urlopu wychowawczego, podobnie jak zleceniobiorcom i osobom współpracującym. Na podstawie art. 6a ust. 1 przyznano „prawo do objęcia obowiązkowymi ubezpieczeniami emerytalnym i rentowymi” na koszt budżetu państwa zleceniobiorcom i osobom z nimi współpracującym (pkt 3 i 4). W obu przypadkach, podobnie jak wobec osób prowadzących pozarolniczą działalność, wprowadzono wymóg zaprzestania poprzedniej aktywności zarobkowej, co można uznać za osiągnięcie poprzez prawo ubezpieczeń społecznych skutków zbliżonych do urlopu wychowawczego przewidzianego w prawie pracy, jednak bez dopuszczenia częściowego wykonywania pracy w tym czasie. Takiego uprawnienia wcale nie przewidziano dla wykonawców pracy nakładczej. Mogą być oni objęci prawem do ubezpieczenia emerytalnego na podstawie art. 6b u.s.u.s., ale w węższym zakresie, ograniczonym jedynie do ubezpieczenia emerytalnego. Wobec ich pozycji bardzo zbliżonej do zleceniobiorców to ograniczenie narusza zasadę równego traktowania.

Wnioski

Umowy cywilnoprawne w ubezpieczeniach społecznych sprawiają trudności ze względu na swobodę umów i różnicowanie skonstruowane z istotą ubezpieczeń społecznych. Stworzenie systemowych podstaw ochrony społecznej wymaga bowiem istnienia solidarności, której podstawą jest idea równości, nakazującej jednakowe traktowanie ludzi znajdujących się w takiej samej sytuacji i mających takie same potrzeby. Różnorodność sytuacji życiowych musi być sprowadzona do sytuacji typowych, którym odpowiada schematyzm przejrzystych i konkretnych form świadczeniowych (Ślebak, 2015, s. 218).

Jeżeli strony w zasadzie swobodnie mogą ukształtować swą pozycję w ramach umów cywilnoprawnych, a na dodatek oddziałuje to na sytuację osób trzecich, które są uwzględniane w ubezpieczeniach społecznych (osoby współpracujące), to trudno jest schematycznie ukształtować ochronę w sposób, który mógłby rzeczywiście odgrywać założoną rolę społeczną. O ile podstawowe cechy stosunków pracy są określone (osobiste świadczenie pracy w czasie i za wynagrodzeniem ograniczonym prawem, a jednocześnie jest uregulowana sytuacja stron stosunków prawnych w czasie trwania przeszkód), to można wprowadzać w miarę jednolite zasady przyznawania świadczeń. Jeżeli warunki zaangażowania zarobkowego są kształtowane dowolnie i właściwie nie ma przy wykonywaniu umów cywilnoprawnych wyraźnej regulacji konsekwencji zaistnienia jednego z ryzyk społecznych, takiego jak wskazane w Konstytucji RP lub w umowach międzynarodowych (choroba, niezdolność do pracy, wiek emerytalny), to brakuje podstaw, by politycznie określić, czego takie osoby zarobkujące potrzebują i w związku z tym prawnie zapisać, jakie cechy mają mieć świadczenia.

Ponadto w sytuacji osób zarobkujących na podstawie umów cywilnoprawnych ważny jest element ryzyka ekonomicznego, co najmniej tak samo jak socjalnego. Przez zasadę ryzyka pracodawcy jest ono znacznie ograniczone w prawie pracy. Wiąże się z tym prawdopodobieństwo nadużyć z powodów, które prawo pracy ograniczyło przedmiotowo lub podmiotowo (np. przestój).

Jednak dostrzeżona politycznie potrzeba zapewnienia bezpieczeństwa socjalnego innym grupom społeczeństwa niż część zarobkująca w ramach stosunków pracy, zasada sprawiedliwości społecznej oraz dążenie do przeciwdziałania wykluczeniu społecznemu i redystrybucji dochodów³⁴ spowodowały, że w przeszłości podjęto wyzwanie ubezpieczenia społecznego osób zarobkujących na podstawie umów cywilnoprawnych. Zastosowano metodę jednocześnie najprostszą i respektującą wcześniejsze podstawowe konstrukcje ubezpieczeń społecznych: osobom zarobkującym na innych podstawach prawnych niż stosunek pracy lub nawet niezarobkującym przyznano świadczenia podobne (dawniej) lub takie same (obecnie, z drobnymi wyjątkami) jakie przysługują pracownikom. Żeby taka konstrukcja mogła być skuteczna, to schematyzmowi po stronie świadczeń (faza realizacyjna ubezpieczeń społecznych) musi odpowiadać schematyzm po stronie składek (faza gwarancyjna ubezpieczeń społecznych), który nie jest prawnie gwarantowany przepisami normującymi treść stosunków podstawowych wywodzących się z prawa cywilnego. Dlatego efekt ten musi być osiągnięty samodzielnie przez prawo ubezpieczeń społecznych i dlatego występują w nim liczne uproszczenia, np. dobrowolność ubezpieczenia chorobowego i wyjątkowa regulacja podstawy wymiaru składek zleceniobiorców³⁵, gdzie występują szczególnie silne związki między prawem ubezpieczeń społecznych i prawem pracy w regulacji sytuacji osób wykonujących umowy cywilnoprawne.

Treść ryzyka socjalnego ujmowanego dla umów cywilnoprawnych ewoluowała w kierunku tradycyjnego

ryzyka pracowników, właściwie osiągając zbieżność przy ryzyku inwalidztwa i osiągnięcia wieku emerytalnego (Babińska-Górecka, 2015, s. 39). W istocie chodzi w nich o długoterminowe zabezpieczenie dochodu niezależnie od rodzaju wcześniejszej aktywności zarobkowej. To na ubezpieczeniach emerytalnym i rentowych bazuje cała konstrukcja polskiego systemu ubezpieczeń społecznych, więc pośrednio rozwiązania w tym zakresie oddziałują na całą sferę ochrony socjalnej.

Na tle długoterminowego zabezpieczenia społecznego można zauważyć, że poza bardzo starą regulacją dotyczącą umowy o pracę nakładczą, regulację szczególną wprowadzaną przez prawo ubezpieczeń społecznych (nowe typy umów) przyjmuje się w interesie podmiotu zatrudniającego: żeby obniżyć składki kosztem ochrony (pomocnicy rolnika, wolontariusze) albo częściowo przejąć koszty ochrony (nianie). Zwraca uwagę technika legislacyjna. Wyodrębnia się nowe rodzaje (typy) umów cywilnoprawnych z *essentialia negotii* określonymi w ustawach ubezpieczeniowych lub administracyjnych, a nie w kodeksie cywilnym!

Najbardziej kontrowersyjnie jest traktowane ubezpieczenie wypadkowe, w którym ryzyko występuje właściwie przy każdej zarobkowej aktywności ludzkiej, a sama koncepcja wypadku przy pracy lub choroby zawodowej wywodzi się z ustawodawstwa pracy. Należy zatem podkreślić, że w związku z obecną konstrukcją ustawową tego rodzaju ubezpieczeń, ubezpieczenie wypadkowe powinno występować przy każdej aktywności zarobkowej, w tym osób wykonujących pracę nakładczą i umowy o dzieło oraz uczniów i studentów wykonujących umowy zlecenia i o świadczenie usług (Zieleniecki, 2013, s. 53), w szczególności przy zbiegach różnych tytułów ubezpieczeń społecznych, w tym przy zbiegu aktywności i prawa do zasiłku macierzyńskiego (Dzienisiuk, 2015a, s. 38–40). Zresztą, jeżeli ustawodawca dostrzegł społeczną relewantność pracy opiekuńczej obejmując ubezpieczeniami osoby sprawujące opiekę nad dziećmi lub innymi osobami, to mógłby również dostrzec interes tych osób w potraktowaniu zdarzeń występujących w tym czasie na zasadach takich, jak dla wypadków przy pracy (przede wszystkim w związku z przesłankami nabywania prawa do renty z tytułu niezdolności do pracy, trudniejszymi do spełnienia dla osób młodszych). Za nowy element wskazujący na konieczny minimalny standard ochrony można uznać umowy o pomocy przy zbiorach. Występuje tu jednak niespójność z punktu widzenia prawa konstytucyjnego. Wyodrębnienie ubezpieczenia pomocników rolnika w istocie służyło ograniczeniu ich prawa do zabezpieczenia społecznego. Inaczej byłoby to zatrudnienie na podstawie umów cywilnoprawnych lub umowy o pracę objęte ubezpieczeniami w szerszym zakresie.

Można zatem zadać pytanie, czy należy budować lub podtrzymywać system ubezpieczeń społecznych dla wykonawców umów cywilnoprawnych „maksymalistycznie” w nawiązaniu do rozbudowanego systemu dla pracowników, czy na pewnym łatwiejszym do osiągnięcia poziomie minimalistycznym, odnoszącym się pewnego uznawanego poziomu „potrzeby”, który jest akceptowalny dla wszystkich, czyli bliżej obecnej regulacji doty-

czącej osób prowadzących pozarolniczą działalność, która niejako stanowi drugi wzór ubezpieczeń społecznych w Polsce (ryczałty, uproszczenia, dobrowolność w podleganiu i korzystaniu ze świadczeń, mniej powiązań z rzeczywistą sytuacją przy korzystaniu ze świadczeń, np. zawieszanie uprawnień rentowych). Już obecnie występują podobieństwa między ubezpieczeniem społecznym zleceniobiorców i osób prowadzących pozarolniczą działalność, czyli osób pracujących na własny rachunek.

W ubezpieczeniach społecznych ustawodawca może stosunkowo swobodnie kreować regulację w granicach luźno i szeroko wskazanych przez prawo konstytucyjne i międzynarodowe, w tym nakaz równego traktowania podmiotów podobnych, a różnego — podmiotów różnych. Od decyzji ustawodawcy zależy, w jakim stopniu zostaną wykorzystane i zastosowane formułowane w teorii i praktyce poglądy i koncepcje, przede wszystkim wspólnoty ryzyka, solidarności i zasad kalkulacji składki ubezpieczeniowej (np. Babińska-Górecka, 2017, s. 642–644). Ma on zatem również znaczne możliwości ukształtowania ubezpieczeń społecznych osób zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych. Dotychczasowe doświadczenia wskazują, że poszczególne decyzje ustawodawcy w tych kwestiach mają duże znaczenie dla poszczególnych ubezpieczonych (liczba spraw sądowych na tle art. 8 ust. 2a i 9 u.s.u.s.) i dla całości systemu (rozmiar deficytu Funduszu Ubezpieczeń Społecznych). Istotny jest zatem wpływ ubezpieczeń na rzeczywistą pozycję danych osób, ale, jak się wydaje, ubezpieczenia nie powinny przejmować roli kreowania rzeczywistości gospodarczej, a wybór formy prawnej współpracy ekonomicznej powinien być determinowany celami, które zamierzają osiągnąć osoby współpracujące, a nie poziomem obciążeń publicznych. Jak pokazuje praktyka, jeżeli jest inaczej, dochodzi do licznych nieprawidłowości i sporów na tle stosowania prawa.

Problem oddziaływania ustawodawstwa pracy na umowy cywilnoprawne jest ze względu na istotę (naturę) ubezpieczeń społecznych problemem zewnętrznym w stosunku do ubezpieczeń społecznych. Za istotę procesów zachodzących w prawie ubezpieczeń społecznych można uznać polityczne dążenie do ukształtowania pozycji społecznej osób zarobkujących na podstawie umów cywilnoprawnych. W zakresie zabezpieczania źródeł przychodu w okresach życia, w których wykonywanie pracy jest niemożliwe lub utrudnione, prawo ubezpieczeń społecznych jest zdolne do samodzielnego/samoistnego uregulowania tych kwestii, bez odwoływania się do szczegółowej pozycji osoby wykonującej umowę cywilnoprawną.

¹ Zob. świadczenia przyznawane na podstawie ustawy z 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (DzU z 2018 r. poz. 1270, dalej: u.e.r.) oraz ustawy z 25 czerwca 1999 r. o świadczeniach pieniężnych z ubezpieczenia społecznego w razie choroby i macierzyństwa (DzU z 2017 r. poz. 1368 z późn. zm., dalej: u.ś.p.), z wyłączeniem zasiłku wyrównawczego.

² Zob. § 5 ust. 1 pkt 1 oraz § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z 18 grudnia 1998 r. w sprawie szczegółowych zasad ustalania podstawy wymiaru składek na ubezpieczenia emerytalne i rentowe (DzU z 2017 r. poz. 1949, dalej: r.p.w.s.) wynikający z rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z 9 lipca 2010 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie szczegółowych zasad ustalania podstawy wymiaru składek na ubezpieczenia emerytalne i rentowe (DzU z 2010 r. nr 127 poz. 860), które weszło w życie 1 sierpnia 2010 r.

³ Na przykład art. 304 i 304¹ k.p., ustawa z 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania (DzU z 2016 r. poz. 1219), którą zgodnie z art. 4 pkt 2 stosuje się w zakresie warunków podejmowania i wykonywania „działalności gospodarczej lub zawodowej, w tym w szczególności w ramach stosunku pracy albo pracy na podstawie umowy cywilnoprawnej”, lub ustawa z 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (DzU z 2018 r. poz. 2177), z której wynika „minimalna stawka godzinowa”, czyli minimalna wysokość wynagrodzenia za każdą godzinę wykonania zlecenia lub świadczenia usług, przysługująca przyjmującemu zlecenie lub świadczącemu usługi na podstawie umów, o których mowa w art. 734 i art. 750 k.c. — wprowadzona ustawą z 22 lipca 2016 r. o zmianie ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz niektórych innych ustaw (DzU z 2016 r. poz. 1265).

⁴ Zob. ubezpieczenie zdrowotne i zaopatrzenie społeczne wolontariuszy oraz kategoria „zatrudnienia lub innej pracy zarobkowej” i ich utrata w ustawie z 28 listopada 2003 r. o świadczeniach rodzinnych, DzU z 2017 r. poz. 1952 z późn. zm.

⁵ Zob. np. poradniki przygotowane przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych i dostępne na stronie www.zus.pl, przede wszystkim: *Zasady podlegania ubezpieczeniom społecznym i ubezpieczeniu zdrowotnemu oraz ustalania podstawy wymiaru składek osób wykonujących pracę na podstawie umów cywilnoprawnych*; także Tymorek, 2001; Nowacka, 2016.

⁶ Art. 6 ust. 1 pkt 9 u.s.u.s. i art. 40–42 ustawy z 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, DzU z 2018 r. poz. 1265, dalej: u.p.z.

⁷ Art. 6 ust. 1 pkt 9 u.s.u.s. i art. 53 ust. 4 u.p.z.

⁸ Art. 6 ust. 1 pkt 9 u.s.u.s. i art. 53a ust. 3 i art. 53g u.p.z.

⁹ Art. 6 ust. 1 pkt 9b u.s.u.s. i art. 42a u.p.z.

¹⁰ Art. 66 ust. 1 pkt 1 lit. ba, d, e ustawy z 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, DzU z 2018 r. poz. 1510 z późn. zm.

¹¹ Coraz mniejszego i historycznego znaczenia nabiera odwoływanie się do wykonywania umów cywilnoprawnych przed objęciem ich ubezpieczeniami społecznymi; jednak wciąż ma ono większe znaczenie niż dla pracowników, gdyż objęcie tych umów ubezpieczeniem nastąpiło później: na podstawie art. 6 ust. 2 pkt 11 i 13 u.e.r. za okresy składkowe uważa się również przypadające przed 15 listopada 1991 r. okresy wykonywania pracy nakładczej oraz umowy agencyjnej lub umowy zlecenia oraz współpracy przy wykonywaniu takiej umowy, za które została opłaconą składka na ubezpieczenie społeczne albo za które nie było obowiązku opłacania składek na ubezpieczenie społeczne.

¹² Na przykład art. 6–7 u.s.u.s. („ubezpieczeniom/ubezpieczeniu podlegają osoby fizyczne, które są ...”), a nawet art. 13 o okresach podlegania ubezpieczeniom lub art. 18 ust. 1a i nast. u.s.u.s. o zagadnieniu wydawałoby się tak oderwanym od ujęcia podmiotowego jak podstawa wymiaru składek; art. 24 u.e.r. lub art. 6 u.s.p. (świadczenie przysługujące „ubezpieczonym”); pomocnik rolnika w u.s.r. (art. 6 pkt 2a).

¹³ Przede wszystkim konwencja nr 102 Międzynarodowej Organizacji Pracy dotycząca minimalnych norm zabezpieczenia społecznego z 28 czerwca 1952 r. (DzU z 2005 r. nr 93, poz. 775).

¹⁴ Dyrektywa Rady z 19 grudnia 1978 r. w sprawie stopniowego wprowadzania w życie zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zabezpieczenia społecznego (79/7/EWG); Dz. Urz. L 6 z 10.01.1979, s. 24–25. Dyrektywa ma zastosowanie do ludności czynnej zawodowo, w tym do osób pracujących na własny rachunek (art. 2).

¹⁵ Zob. np. ujęcie przyjęte w art. 36 ust. 1 ustawy z 4 lutego 2011 r. o opiece nad dziećmi w wieku do lat 3 (DzU z 2016 r. poz. 157 z późn. zm.): dziennym opiekunem jest osoba fizyczna: 1) prowadząca działalność na własny rachunek albo 2) zatrudniana przez podmioty, o których mowa w art. 8 ust. 1, na podstawie umowy o pracę albo umowy o świadczenie usług, do której zgodnie z przepisami kodeksu cywilnego stosuje się przepisy dotyczące zlecenia. Co do zasady, jeżeli nie występuje zbieg tytułów, każda z wymienionych form podlega ubezpieczeniom społecznym.

¹⁶ Zgodnie z art. 758 k.c. przez umowę agencyjną przyjmujący zlecenie (agent) zobowiązuje się do stałego pośredniczenia przy zawieraniu umów, w zakresie działalności swego przedsiębiorstwa, a zatem taka osoba zasadniczo jest ubezpieczona jako prowadząca pozarolniczą działalność lub w dozwolonym zakresie wyłączona z ubezpieczeń społecznych w związku z prowadzoną działalnością (np. Gudowska, 2014, s. 119–120).

¹⁷ Składki na ubezpieczenia emerytalne, rentowe i wypadkowe (oraz na ubezpieczenie zdrowotne), opłaca: 1) Zakład Ubezpieczeń Społecznych — od podstawy stanowiącej kwotę nie wyższą niż 50% wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, 2) rodzic (płatnik składek) — od podstawy stanowiącej kwotę nadwyżki nad kwotą 50% minimalnego wynagrodzenia — na zasadach określonych w przepisach o systemie ubezpieczeń społecznych.

¹⁸ Pomoc przy zbiorach obejmuje czynności takie, jak zbieranie i usuwanie zbędnych części roślin, a także klasyfikowanie lub sortowanie zerwanych lub zebranych roślin, lub wykonywanie innych czynności mających na celu przygotowanie chmielu, owoców, warzyw, tytoniu, ziół lub roślin zielarskich do transportu, przechowywania lub sprzedaży lub związanych z pielęgnowaniem i poprawą jakości plonów.

¹⁹ Należących do sektora, o którym mowa w art. 1 ust. 2 lit. f, i oraz n rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1308/2013 z 17 grudnia 2013 r. ustanawiającego wspólną organizację rynków produktów rolnych (...), a także pozostałych ziół i roślin zielarskich („chmiel, owoce, warzywa, tytoń, zioła i rośliny zielarskie”).

²⁰ W przypadku pomocnika rolnika za wypadek przy pracy rolniczej uznaje się nagle zdarzenie wywołane przyczyną zewnętrzną, które nastąpiło podczas wykonywania przez pomocnika rolnika czynności określonych w umowie o pomocy przy zbiorach (art. 11 ust. 1a u.s.r.). Choroba zawodowa jest ustalana na zasadach ogólnych (art. 12).

²¹ Konwencja w sprawie odszkodowań za nieszczęśliwe wypadki przy pracy na roli, 12.12.1921; DzU 1925 r., nr 54 poz. 380; ratyfikowana przez Polskę: DzU z 1924 r. nr 7, poz. 58.

²² Druk nr 2334 z 13 marca 2018 r., s. 2 uzasadnienia: „Przyjęcie zryczałtowanej formy oskładkowania pozwoli przede wszystkim na obniżenie kosztów pracy oraz znaczne ograniczenie obowiązków rolnika o charakterze administracyjnym”.

²³ Zob. np. próbę wyprowadzenia uzasadnienia takiego obowiązku państwa z art. 67 Konstytucji RP, interesującą, choć pomijającą brzmienie art. 67 ust. 2 (Lasocki, 2017, s. 64).

²⁴ W przypadku ubezpieczonych, o których mowa w art. 8 ust. 2a, w podstawie wymiaru uwzględnia się również przychód z tytułu umowy agencyjnej, umowy zlecenia lub innej umowy o świadczenie usług (art. 18 ust. 1a u.s.u.s.).

²⁵ Art. 5 ust. 1 pkt 13 i 14 ustawy z 30 października 2002 r. o ubezpieczeniu społecznym z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych, DzU z 2018 r. poz. 1376.

²⁶ Według uzasadnienia projektu ustawy wprowadzającej minimalną stawkę godzinową miała ona „na celu uzyskanie pozytywnej zmiany na rynku pracy przez przeciwdziałanie nadużywaniu umów cywilnoprawnych oraz wprowadzenie ochrony osób otrzymujących wynagrodzenie na najniższym poziomie. W praktyce dochodzi bowiem do sytuacji, w których osoba wykonująca pracę na podstawie umowy cywilnoprawnej ma ustalone wynagrodzenie na poziomie znacznie niższym od minimalnego wynagrodzenia przysługującego za pracę w ramach stosunku pracy. Umowy cywilnoprawne często zastępują stosunek pracy, stając się praktyką, mającą na celu obniżenie kosztów zatrudnienia” (druk nr 600 z 6 czerwca 2016 r.).

²⁷ Taki pułap przyjęto również w art. 28 ustawy z 19 grudnia 1975 r. o ubezpieczeniu społecznym osób wykonujących pracę na podstawie umowy agencyjnej lub umowy zlecenia (DzU nr 45, poz. 232): jeżeli go nie osiągnięto, składki opłacane za dany rok podlegały zwrotowi, a tego roku nie wliczano do okresu ubezpieczenia wymaganego do uzyskania świadczeń.

²⁸ Przede wszystkim ze względu na wymóg wynagrodzenia w wysokości minimalnej stawki godzinowej. Natomiast od strony prawniczej w wyroku SN z 10 lutego 2009 r. stwierdzono, że zasadą jest ustalanie podstawy wymiaru składek na ubezpieczenia emerytalne i rentowe zleceniobiorców według art. 18 ust. 7 u.s.u.s., czyli stanowi ją zadeklarowana kwota, nie niższa jednak niż kwota minimalnego wynagrodzenia. Ustalanie tej podstawy wymiaru składek według art. 18 ust. 3 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych następuje tylko wówczas, gdy w umowie zlecenia określono odpłatność za jej wykonywanie kwotowo, w kwotowej stawce godzinowej lub akordowej albo prowizyjnie.

²⁹ Przyjmuje się, że jeżeli w umowie ustalono, że zleceniobiorca wykonuje pracę nieodpłatnie, czyli nie pobiera wynagrodzenia, nie podlega ubezpieczeniom społecznym i w konsekwencji ubezpieczeniu zdrowotnemu jako zleceniobiorca (Radziśław, 2015, s. 60; inaczej, bardziej przekonująco Ceglarska-Jóźwiak, 2018, s. 77).

³⁰ Także w wysokości zryczałtowanej, proporcjonalnej do określonego procentowo stałego lub długotrwałego uszczerbku na zdrowiu, ustala się wysokość jednorazowego odszkodowania (art. 13 u.s.r.).

³¹ Przepisy u.s.u.s. w zakresie podstawy wymiaru składek „odnoszą się do przychodu, co oznacza, iż nie jest ważne jakiego okresu przychód dotyczy, lecz kiedy został wypłacony lub postawiony do dyspozycji. Jednakże dla zleceniobiorców oddelegowanych, do których stosuje się § 2 ust. 1 pkt 16 ww. rozporządzenia z 18 grudnia 1998 r. — z uwagi na zawartą w tym przepisie specyfikę ustalania podstawy wymiaru składek na ubezpieczenia społeczne — istotny jest okres, za jaki dokonywana jest wypłata przychodu, ponieważ stosuje się zasadę odejmowania równowartości diet za każdy dzień pobytu. Dochodzi tym samym do złamania »zasady przychodu«, co nie mogłoby mieć zastosowania w przypadku pracowników wykonujących pracę w Polsce, którym nie zaniża się podstawy wymiaru składek poprzez odejmowanie równowartości diet i nie porównuje się do żadnego parametru. W konsekwencji, przy ustalaniu podstawy wymiaru składek na ubezpieczenia społeczne dla osób oddelegowanych, do których znajduje zastosowanie ww. § 2 ust. 1 pkt 16 rozporządzenia — nie jest zatem istotne, kiedy przychód został faktycznie wypłacony (pozostawiony do dyspozycji), lecz jakiego okresu przychód dotyczy. Decydujące znaczenie przy jej ustalaniu ma tu powiązanie wypłaconego wynagrodzenia z okresem którego on dotyczy” (Interpretacja indywidualna ZUS z 23 czerwca 2016 r., DI/200000/43/646/2016, s. 9; Interpretacja indywidualna ZUS z 24 czerwca 2016 r., DI/200000/43/668/2016, s. 9).

³² 60% prognozowanego przeciętnego wynagrodzenia miesięcznego przyjętego do ustalenia kwoty ograniczenia rocznej podstawy wymiaru składek, ogłoszonego na dany rok kalendarzowy (art. 18 ust. 8 u.s.u.s.).

³³ Lub „główne”, co w kontekście prawa ubezpieczeń społecznych mogłoby wiązać się ze stosowaniem przepisów o zbiegu tytułów.

³⁴ Osoby utrzymujące się dzięki własnemu kapitałowi i profesjonalizmowi mogą przyczyniać się do utrzymywania gorzej zarabiających (Babińska-Górecka, 2015, s. 32 i 37).

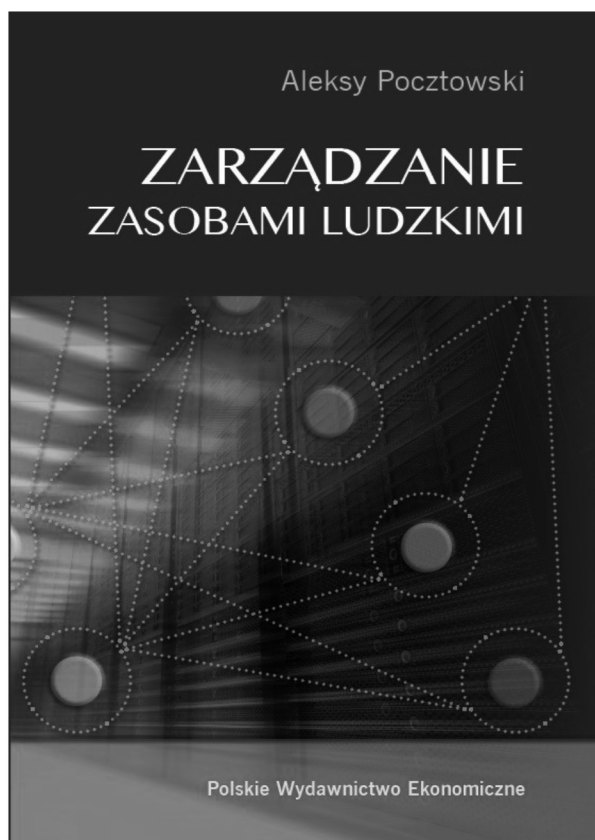
³⁵ Art. 18 ust. 3 i ust. 7 u.s.u.s., zob. wyrok TK z dnia 16 lutego 2010 r., P 16/09, III. 2.1.

Bibliografia

- Babińska-Górecka, R. (2015). Ewolucja treści ryzyka socjalnego osób „zatrudnionych” na podstawie umów cywilnoprawnych w ubezpieczeniu społecznym. W: M. Szablowska-Juckiewicz, M. Wałachowska, J. Wantoch-Rekowski, (red. nauk.), *Umowy cywilnoprawne w ubezpieczeniach społecznych*. Warszawa: LEX a Wolters Kluwer business.
- Babińska-Górecka, R. (2017). Praca zarobkowa jako przesłanka ochrony i świadczenia w ramach zabezpieczenia społecznego — kierunki zmian. W: R. Babińska-Górecka i in., *Tendencje rozwojowe indywidualnego i zbiorowego prawa pracy. Księga Jubileuszowa Profesora Grzegorza Goździewicza*. Toruń: TNOiK Dom Organizatora.
- Babińska-Górecka, R. (2018). Uprawnienia związane z rodzicielstwem osób wykonujących pracę zarobkową. W: G. Goździewicz (red. nauk.), *Umowa o pracę a umowa o zatrudnienie*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Banaszczyk, Z. (2012). Charakter stosunku cywilnoprawnego. W: M. Safjan (red.), *System prawa prywatnego, tom I, Prawo cywilne — część ogólna*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Ceglarska-Jóźwiak, J. (2018). Problemy ubezpieczenia społecznego zleceniobiorców — wybrane zagadnienia. *Ubezpieczenia Społeczne. Teoria i Praktyka*, (2).
- Dzienisiuk, D. (2015a). Niektóre problemy związane z pojęciem wypadku przy pracy. W: *Ubezpieczenie społeczne z tytułu wypadków przy pracy*, Warszawa-Toruń: Zakład Ubezpieczeń Społecznych, Polskie Stowarzyszenie Ubezpieczenia Społecznego.
- Dzienisiuk, D. (2015b). Prawo do zasiłku macierzyńskiego w przypadku zatrudnienia na podstawie umów cywilnoprawnych. W: M. Szablowska-Juckiewicz, M. Wałachowska, J. Wantoch-Rekowski (red. nauk.), *Umowy cywilnoprawne w ubezpieczeniach społecznych*. Warszawa: LEX a Wolters Kluwer business.
- Gersdorf, M. (2012). Pozapracownicze stosunki zatrudnienia w najnowszym orzecznictwie Sądu Najwyższego. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, (11).
- Gersdorf, M. (2013). *Prawo zatrudnienia*. Warszawa: LexisNexis.
- Gudowska, B. (2014). W: B. Gudowska, J. Strusińska-Żukowska (red.), *Ustawa o systemie ubezpieczeń społecznych. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Kubot, Z. (2017). Definicja legalna oraz definicje prawnicze płatnika składek. W: R. Babińska-Górecka i in., *Tendencje rozwojowe indywidualnego i zbiorowego prawa pracy. Księga Jubileuszowa Profesora Grzegorza Goździewicza*. Toruń: TNOiK Dom Organizatora.
- Lasocki, T. (2017). Wybrane problemy kształtowania tytułów ubezpieczeniowych w ubezpieczeniu emerytalnym i rentowym. *Ubezpieczenia Społeczne. Teoria i Praktyka*, (3).
- Madej, K. (2007). W: J. Wantoch-Rekowski (red.), *Ustawa o systemie ubezpieczeń społecznych. Komentarz*. Warszawa: LEX a Wolters Kluwer business.

- Musiałkiewicz, R. (2015). Problematyka składek na ubezpieczenia społeczne w umowach stażowych. W: M. Szablowska-Juckiewicz, M. Wałachowska, J. Wantoch-Rekowski (red. nauk.), *Umowy cywilnoprawne w ubezpieczeniach społecznych*. Warszawa: LEX a Wolters Kluwer business.
- Nowacka, I. (2016). Umowa zlecenia jako obowiązkowy tytuł do ubezpieczeń emerytalno-rentowych oraz zdrowotnego. W: I. Nowacka, M. Rotkiewicz, *Umowy cywilnoprawne jako formy zatrudnienia: umowa zlecenie, umowa o dzieło*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Radwański, Z. Olejniczak, A. (2017). *Prawo cywilne — część ogólna*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Radziśław, A. (2015). W: J. Wantoch-Rekowski (red.), *Ustawa o systemie ubezpieczeń społecznych. Komentarz*. Warszawa: LEX a Wolters Kluwer business.
- Roszeńska, K. (2018). Umowa o pracę nakładczą jako tytuł do ubezpieczeń społecznych. W: G. Goździewicz (red. nauk.), *Umowa o pracę a umowa o zatrudnienie*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Supiot, A. (2001). *Beyond employment. Changes in work and the future of labour law in Europe*. A Report prepared for the European Commission. Oxford University Press.
- Tymorek, K. (2001). *Ubezpieczenie społeczne i zdrowotne z tytułu umowy zlecenia*. Warszawa: Biblioteczka Pracownicza.
- Ślebzak, K. (2015). *Prawo do zabezpieczenia społecznego w konstytucji RP. Zagadnienia podstawowe*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Uścińska, G. (2018). Ochrona ubezpieczeniowa osób zatrudnionych i osób prowadzących pozarolniczą działalność. W: G. Goździewicz (red. nauk.), *Umowa o pracę a umowa o zatrudnienie*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Zieleniecki, M. (2013). Zakres podmiotowy ubezpieczenia społecznego. W: *Ubezpieczenie społeczne — dawniej i dziś*. Wrocław: Zakład Ubezpieczeń Społecznych, Polskie Stowarzyszenie Ubezpieczenia Społecznego.

Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne poleca



Wiedza, umiejętności, zdolności, zdrowie, motywacja i wyznawane wartości przez osoby świadczące pracę decydują o ich zatrudnialności, stanowią źródło konkurencyjności organizacji oraz pomyślności regionów i krajów. Upowszechnianie się tego faktu w świadomości społecznej prowadzi do wzrostu profesjonalizmu w zakresie zarządzania zasobami ludzkimi, które ewoluuje od rutynowego administrowania w kierunku zrównoważonego zarządzania, integrującego w strategiach i metodach rozwiązywania kwestii HR aspekty ekonomiczne, społeczne i ekologiczne.

Zarządzanie zasobami ludzkimi, jako dziedzina badań oraz wdrożeń praktycznych rozwiązań dotyczących funkcjonowania ludzi w organizacji i na rynku pracy, jest związane z wieloma wyzwaniami, które determinują jego obecny i przyszły rozwój. Zaliczyć do nich należy zmiany technologiczne, które zmieniają charakter pracy oraz polityki i praktyki HR, czyniąc je coraz bardziej sieciowymi, zdalnymi i wirtualnymi. Zmiany demograficzne, generacyjne, w połączeniu z rosnącą mobilnością na rynkach pracy, to kolejne wyzwania w obszarze zarządzania zasobami ludzkimi, które wiąże się z rosnącą różnorodnością. Należy też pamiętać o presji płynącej z rynków pracy na wzrost efektywności pracy, optymalizację kosztów i innowacyjność usług HR.

Zasygnalizowane kwestie stanowią przedmiot rozważań w książce, w której autor przedstawia problematykę zarządzania zasobami ludzkimi całościowo, łącząc jego teoretyczne i praktyczne aspekty oraz podkreślając znaczenie kontekstu w rozwijaniu teorii i doskonaleniu praktyki w tej dziedzinie.

Księgarnia internetowa: www.pwe.com.pl

Upowszechnienie stosowania umów cywilnoprawnych a ochrona socjalna zatrudnionych

Dissemination of civil law contracts and social protection of employees

dr Barbara Godlewska-Bujok

Uniwersytet Warszawski, Wydział Zarządzania, Zakład Społeczno-Prawnych Problemów Zatrudnienia,
Katedra Prawnych Problemów Administracji i Zarządzania
bgodlewska@wz.uw.edu.pl

ORCID: 0000-0002-1167-0515

Streszczenie Ochrona socjalna zatrudnionych jest zasadniczą kwestią w warunkach prekaryzacji i zmieniającego się paradygmatu zatrudnienia. Choć może się wydawać, że zagadnienia ochrony socjalnej należą do właśnie odchodzącego świata pracy, staje się jasne, że ochrona socjalna dla rzeszy zatrudnionych odgrywa kluczową rolę w zapewnianiu bezpieczeństwa dochodu, od którego zależy zaspokajanie potrzeb osób zatrudnionych. To z kolei ma wpływ na pokój społeczny i sprawne funkcjonowanie społeczeństw.

Słowa kluczowe: zatrudnienie, ochrona socjalna, umowy cywilnoprawne, precariat.

Summary Social protection of employees and workers is a key issue in the terms of precarity and the changing employment paradigm. Although it may seem that social protection issues belong to the outgoing world of work, it becomes clear that social protection for a large number of employees and workers plays a key role in ensuring the income security on which the fulfilment of needs of the employed and workers depends. This affects the provision of social peace and well-functioning societies.

Keywords: employment, social protection, civil contracts, precariat.

JEL: K31

Uwagi wstępne

Ochrona socjalna zatrudnionych jest kluczowa w warunkach prekaryzacji i zmieniającego się paradygmatu zatrudnienia. Choć może się wydawać, że zagadnienia ochrony socjalnej należą do właśnie odchodzącego świata pracy, o jakim się uczylimy lub jaki znamy, to jednak staje się jasne, że ochrona socjalna dla rzeszy zatrudnionych odgrywa istotną rolę w zapewnianiu bezpieczeństwa dochodu, od którego zależy zaspokajanie potrzeb.

W badaniu Fundacji Centrum Badania Opinii Społecznej z maja 2018 r. dotyczącym sytuacji zawodowej, nieco więcej niż połowa respondentów (53%) odpowiedziała, że utrzymuje się z pracy (CBOS, 2018, s. 1); ponadto dużą część respondentów stanowili emeryci i renciści (33%). Zestawienie tych danych odpowiada danym Głównego Urzędu Statystycznego w zakresie wskaźników rynku pracy (GUS, 2018c, s. 2).

Mimo aktualności problematyki ekspansji umów cywilnoprawnych na sferę stosunków pracy (por. np. Wrątny, 2003, s. 116; Mędrala, 2015, s. 143 i n.), w ostat-

nich latach umowa o pracę nadal pozostaje jedną z głównych podstaw świadczenia pracy (GUS, 2018c, s. 120 i n.; CBOS, 2018, s. 2 i n.). Pracę w formach cywilnoprawnych deklarowało w 2014 r. ponad 1 mln osób, tj. 6,9% wszystkich osób wykonujących pracę (GUS, 2016, s. 3).

Nawiązanie stosunku pracy wyznacza moment uzyskania statusu pracownika, a więc określa prawa i obowiązki wynikające z przepisów prawa pracy. Powinno również wyznaczać pewnego rodzaju standard stabilności (por. np. Dral, 2009, s. 33 i n.; Unterschütz, 2003, s. 123 i n.), rozumianej jako bezpieczeństwo. Niestety, nie zawsze tak jest.

Biedni pracujący i precariusze

Ważną kwestią w rozważaniach dotyczących ochrony socjalnej zatrudnionych jest stwierdzenie, do kogo instrumenty ochrony socjalnej miałyby być kierowane. W warunkach segmentacji rynku pracy (o czym później) priorytetem powinno być zapewnienie takiego samego

poziomu ochrony wszystkim pracującym bez względu na formę zatrudnienia.

Już od końca dziewiętnastego wieku w badaniach dotyczących rynku pracy (m.in. R. Huntera i J. Adamsa) wskazywano na problem występowania zjawiska tzw. biednych pracujących (ang. *working poor*). Współcześnie mówimy o zjawisku prekariatu, choć biedni pracujący również pojawiają się jako jedna z grup prekariuszy (Kryńska, 2017, s. 15–16). Prekariat zwykle jest definiowany jako zbiorowość, w której skład wchodzi osoba pozbawiona poszczególnych elementów konstrukcji bezpieczeństwa w zatrudnieniu — pozbawione np. minimalnego wynagrodzenia, zabezpieczenia społecznego, ochrony przed arbitralnym zwolnieniem czy ochrony przed wypadkami i chorobami związanymi ze świadczeniem pracy (Standing, 2011, s. 7–8). Tych elementów można wskazać znacznie więcej, niemniej sprowadzają się one do braku pewności i stabilności. Prekariat charakteryzuje przy tym chroniczna niemożliwość przewidzenia przyszłości, a towarzyszy mu nieustanny lęk przed tym, że przyszłość będzie jeszcze gorsza (Sowa, 2010, s. 108 i n.). Niepewność w świecie pracy jest powszechna i widoczna (CBOS, 2010, s. 3 i n.). Jej powszechność polega nie tylko na niepewności co do przyszłości kierunku rozwoju, ale również co do przeogromnej skali wpływu na poszczególne jednostki. Nie dotyczy wyłącznie wynagrodzenia, lecz także poszukiwania albo utrzymania miejsca pracy (CBOS, 2010, s. 31). Niepewność jest też bardzo istotna w związku z podejmowanymi decyzjami w zakresie kwalifikacji zawodowych. Prekariat determinuje rzeczywistość postindustrialnego modelu organizacji produkcji. Nie odnosi się do konkretnej klasy czy grupy społecznej, ale może dotknąć wszystkich wykonujących pracę. E. Kryńska przekonuje wręcz, że świadczona przez prekariuszy praca nie daje możliwości budowania ścieżki rozwoju zawodowego ani tożsamości zawodowej. Rodzi to brak poczucia solidarności ze społecznością pracy, poczucie alienacji, instrumentalne podejście do obowiązków i oportunistyczny (Kryńska, 2017, s. 14).

To poczucie niestabilności i niepewności moim zdaniem wzmacniane jest jeszcze przez stosowanie form prawnych, które właściwie immanentnie mają wpisane w swój charakter pewną jednorazowość, niestałość, możliwość zmiany partnerów gospodarczych. Do takich umów należą umowy cywilnoprawne, spełniające właśnie warunki uznania ich za umowy prekaryjne (por. Godlewska-Bujok, 2014, s. 4–5).

E. Kryńska do zbiorowości prekaryjnej zaliczyła: zatrudnionych na czas określony, pracujących w niepełnym wymiarze czasu z powodu niemożności znalezienia pracy w pełnym wymiarze czasu, pracujących w „szarej strefie” jako w pracy głównej, uczestników programów aktywnej polityki rynku pracy (ALMP), osoby pracujące na umowę o dzieło i umowę zlecenia niezatrudnione na umowę o pracę (Kryńska, 2017, s. 16). Podkreśliła przy tym, że nie wszystkich pracujących w tych formach można zaliczyć do grupy pracujących biednych. Tak będzie na przykład w przypadku osób dobrze zarabiających. Ostatecznie określiła wiel-

kość tej grupy na ok. 40% pracujących w Polsce (Kryńska, 2017, s. 18). To ogromna grupa — bez zapewnionej pełnej ochrony socjalnej.

Segmentacja rynku pracy — segmentacja prawna?

Istotnym problemem rynku pracy jest jednak nawet nie forma prawna wykonywania pracy *per se*, ale poziom ochrony prawnej i socjalnej, jakie wiąże się z daną formą prawną świadczenia pracy. W kategoriach ekonomicznych dość dobrze opisuje to teoria segmentacji, wywodząca się jeszcze z lat siedemdziesiątych dwudziestego wieku, a dziś przeżywająca swój renesans. Warto zwrócić uwagę, że poziom ochrony będzie się różnił w zależności od segmentu, w którym dana praca jest wykonywana. W Polsce obserwuje się pogłębianie segmentacji rynku pracy (tak np. Kiersztyn, 2015, s. 9–10). Oznacza to podział rynku pracy na dwie części — segmenty (pierwotny i wtórny), które charakteryzują się m.in. odmiennymi zasadami ochrony pracowników (por. np. Kozek, 2013, s. 116 i n.). Poszczególne segmenty rynku pracy różnią się m.in. jakością miejsc pracy, rozumianą w kategoriach zróżnicowanych wysokości wynagrodzeń za pracę, trwałości zatrudnienia, możliwości awansu zawodowego, podnoszenia kwalifikacji i innych (Kryńska, 1995, s. 21). Pracę w sektorze pierwotnym charakteryzują wysokie zarobki, dobre warunki pracy, duże szanse awansu zawodowego i płacowego, praca zapewniająca społeczny prestiż i gwarantująca stabilność zatrudnienia. Pracownik takiego sektora ma wysokie kwalifikacje, cechuje go innowacyjność i kreatywność przy stosunkowo niskiej mobilności, identyfikuje się ze swoją firmą i wykonywanym zawodem. Z kolei sektor wtórny charakteryzują niskie zarobki, złe warunki pracy, brak perspektywy awansu, niski prestiż społeczny i niestabilność zatrudnienia (Kryńska, 1995, s. 22). Pracownicy sektora wtórnego mają zwykle niskie kwalifikacje, cechuje ich wysoka mobilność, której skutkiem jest niejednokrotnie brak identyfikacji z przedsiębiorstwem, stosunkowo częste zmiany pracy — na aktualnie dostępną, bez szczególnego wyboru. W kategoriach prawnych trudno nie powiązać tego z wykluczeniem, zagrożeniem wykluczeniem czy dyskryminowaniem, i w konsekwencji instrumentami prawnymi mającym zapobiegać tym niepożądanym zjawiskom. Instrumenty prawne mające na celu przeciwdziałanie tym zjawiskom będą obejmowały instrumentarium prawa pracy, rynku pracy, rehabilitacji zawodowej i społecznej osób z niepełnosprawnościami, prawa o cudzoziemcach i innych przepisów.

Zróżnicowane formy prawne, na podstawie których może odbywać się zatrudnienie, determinują różny poziom bezpieczeństwa socjalnego. O ile wykonujący pracę w ramach umowy zlecenia czy samozatrudnienia mają zbliżony poziom ochrony do osób zatrudnionych w ramach stosunku pracy w zakresie korzystania z uprawnień rodzicielskich, uprawnień zależnych od stażu ubezpieczeniowego i rodzaju opłacanych składek czy bezpieczeństwa i higieny pracy, o tyle osoby świadczące pracę w ramach umowy o dzieło lub pracujące

bez zawarcia jakiejkolwiek umowy w formie wymaganej przez prawo takiej ochrony nie uzyskują w ogóle. Praca wykonywana na umowę o dzieło czy w formie nielegalnej niejednokrotnie jest pracą tego samego rodzaju co wykonywana na podstawie innych form prawnych, a jednak tacy zatrudnieni nie są wspierani przez instrumenty ochrony socjalnej, a przez to są narażeni na niemożność zaspokojenia potrzeb w przypadku zaistnienia choćby jednego z ryzyk socjalnych. Jest to niewątpliwa słabość, ponieważ co do zasady forma prawna wykonywania pracy nie powinna powodować różnicowania poziomu ochrony, szczególnie że na formę prawną wykonywania pracy (lub jej brak) zatrudnieni niekoniecznie faktycznie mają wpływ lub mogą nie być w stanie przewidzieć wszystkich konsekwencji wybranej formy prawnej zatrudnienia. Tym bardziej że nawet w przypadku zawierania umowy o pracę, w rzeczywistości niemożliwe jest zwykle kompletne i jednoznaczne określenie obowiązków każdej ze stron przed zawarciem umowy, tak więc umowy obciążone są immamentną i trwałą niekompletnością (Godlewska-Bujok, 2016, s. 7), a zatem i związaną z nią — niepewnością. Trudno bowiem przy zawieraniu umowy o pracę ustalić czy przewidzieć okoliczności i warunki, jakie wykonaniu umowy będą towarzyszyć, jak będzie się kształtował stosunek pracy w przyszłości.

Z jednej strony rzeczywiście samo zatrudnienie do wykonywania określonych czynności, wykonywanych stale, na rzecz podmiotu zatrudniającego, nie powinno być regulowane w sposób uzależniający poziom ochrony od formy umowy, a nie od rodzaju i charakteru wykonywanej pracy. Oczywiście można by w tym miejscu podnieść kwestię swobody zawierania umów, wyrażonej w 353 k.c. w związku z art. 300 k.p., ale czy rzeczywiście nie jest to przepis stosowany niezgodnie z jego społeczno-gospodarczym przeznaczeniem? W koncepcji J. Jończyka — o ile poprawnie interpretuję — ten cel społeczno-gospodarczy dominuje ponad celem indywidualnym i to on wyznacza niejako nową, przesuniętą oś stosunku zatrudnienia. To nie tylko indywidualny stosunek pracy, ale również stosunek prawny kształtujący ustrój społeczny, szczególnie że praca jest centralną kategorią, według której budujemy nasze życie, wartości i oczekiwania. Prawo pracy powstało w XIX wieku w celu zabezpieczenia interesów robotników zatrudnionych w szybko rozwijającym się przemyśle. Wtedy właśnie ukształtował się archetyp pracy podporządkowanej, najemnej, pełnoetatowej, na rzecz jednego pracodawcy (OECD, 2018, s. 18), potwierdzony zresztą w warunkach polskich w orzecznictwie Sądu Najwyższego. Tymczasem praca się zmienia — popularyzuje się praca w ramach samozatrudnienia czy innych form cywilnoprawnych, i nie mamy już do czynienia z produkcją przemysłową w konkretnym miejscu i czasie, ale z rozwojem zdelokalizowanych usług. Część z tych umów będzie miała status zatrudnienia prekaryjnego — o ile będzie częścią segmentu wtórego.

W 2014 r. niemal 7% osób zatrudnionych wykonywało pracę na podstawie umów innych niż umowa o pracę. Spośród tych umów najczęściej była to umowa zlecenia

(65,7% wszystkich wykonujących pracę nie na podstawie umowy o pracę, przy czym na podstawie umowy zlecenia pracowało aż 75,9% wszystkich kobiet zatrudnionych w formach cywilnoprawnych; wśród mężczyzn było to 56,7%). W ponad 80% (sic!) decyzja co do formy zatrudnienia nie zależała od respondentów (GUS, 2016, s. 3 i n.). Ta ostatnia dana świadczy — moim zdaniem — najbardziej o charakterze zawieranych umów cywilnoprawnych. Podmioty najsłabsze na rynku, w obliczu (braku) konkurencyjności, zgadzają się na jakieś warunki. Pracodawcy najczęściej nazywają to optymalizacją zatrudnienia, ale wydaje się, że jest to po prostu maksymalizacja zysków, kosztem zapewnienia ochrony socjalnej w odniesieniu do wszystkich wymienionych jej funkcji. Brak ram prawnych i zapewnienie ich stosowania pogłębia wrażenie prekaryjności tych umów.

Dwa segmenty zatrudnienia sprawiają, że dualizm jest niezmiernie widoczny na rynku pracy, przyczynia się wręcz do dyskryminowania niektórych grup osób świadczących pracę. W takich warunkach gospodarczych pracodawcy mogą swobodnie różnicować pracowników — na tych na umowach zawieranych na czas określony, umowach cywilnoprawnych, prekaryjnych oraz na tych z umowami na czas nieokreślony, a więc postrzeganymi jako ci stosunkowo w bezpiecznej sytuacji. Ów dualizm ma również głębsze konsekwencje, np. ograniczony dostęp do kredytów hipotecznych, szkoleń czy urlopów. Dla pracodawców zjawisko segmentacji może mieć też pewien pozytywny wymiar, ponieważ pozwala — za sprawą konkurencji i relatywnie niewielkich kosztów zwolnienia — na większą swobodę w rekrutacji nowych pracowników (por. Casale, Perulli, 2014, s. 43, odwrotnie niż Mortensen, Pissarides, 1999). Z drugiej strony, z punktu widzenia pracowników, może przyczyniać się do pogłębiania braku poczucia bezpieczeństwa, bezpieczeństwa dochodu i niepewności (por. np. Benach i in., 2014, s. 230 i n.). Istotne są w tym przypadku konsekwencje takiego procesu, o których dość przekonywująco pisze G. Standing, o czym w dalszej części.

Definicja ochrony socjalnej

Nie istnieje jednorodna definicja ochrony socjalnej. W literaturze przedmiotu najczęściej uznaje się, że ochrona socjalna jest nowym paradygmatem polityki społecznej (Barrientos i Hulme, 2008, s. 3), że dotyczy ochrony i pomocy osobom ubogim czy szczególnie podatnym na zmiany i kryzysy rynku pracy (np. Sabates-Wheeler i Waite, 2003, s. 3), albo ma na celu zarządzanie ryzykiem (Holzmann i Jørgensen, 2000, s. 6 i n.). Owa podatność dotyczy w szczególności kobiet, osób starszych, osób z niepełnosprawnościami, migrantów i osób bezrobotnych. W przypadku zawierania — w dużej mierze wymuszonych — umów cywilnoprawnych ta podatność na zmiany i kryzysy rynku pracy nie jest niczym ograniczona. Zresztą szczególne prawne instrumenty ochronne mające odpowiadać potrzebom tych grup wprowadzane są do poszczególnych ustawo-

dawstw krajowych. Przy okazji warto zwrócić uwagę, że cechy obiektywne osób najbardziej podatnych czy narażonych na niepożądane zjawiska na rynku pracy są również wskazywane jako możliwe podstawy dyskryminacji. Tak więc definicję ochrony socjalnej zwykle uzgadnia się poprzez jej cele, choć i te nie muszą być wyraźnie określone.

Podobnie jak nie ma jednorodnej definicji ochrony socjalnej, tak zakres ochrony socjalnej nie został jednoznacznie ustalony. Wciąż trwają dyskusje na temat tego, które instrumenty prawne stanowią ochronę socjalną i do jakiej kategorii należą. Ochrona socjalna zwykle rozumiana jest jako zespół działań, które zapewniają dystrybucję dochodów lub konsumpcji osobom ubogim, chronią osoby podatne na niepożądane zjawiska na rynku pracy przed ryzykami socjalnymi i poprawiają status społeczny i prawa osób zmarginalizowanych. Podejmowane działania mają na celu zmniejszenie słabości ekonomicznej i społecznej grup marginalizowanych (Devereux i Sabates-Wheeler, 2004, s. 3 i n.).

Cele ochrony socjalnej będą różne w zależności od stopnia rozwoju społecznego danego państwa. Zwykle są skupione na zmniejszaniu ubóstwa i marginalizacji, budowie poczucia własnej (społecznej i ekonomicznej) wartości, polepszaniu warunków mieszkaniowych i innych ważnych sprawach dotyczących warunków ekonomicznych i społecznych.

Od ochrony do zmiany — funkcje ochrony socjalnej

Co do funkcji ochrony socjalnej można stwierdzić, że istnieją różne podejścia koncepcyjne co do analizy celów i skutków ochrony socjalnej. L. Luckhaus stwierdza wprost, że głównym celem ochrony socjalnej jest zapewnienie bezpieczeństwa dochodu (ang. *income security*) (Luckhaus, 2000, s. 149), rozumiane jako wysokość i adekwatność wynagrodzenia oraz regularność jego wpływania. Już sama taka definicja pokazuje relatywność ram koncepcyjnych ochrony socjalnej.

Cytowani już S. Devereux i R. Sabates-Wheeler przedstawiają najczęściej używane ramy pojęciowe, które opisują cztery funkcje ochrony socjalnej: ochronną (zapewniającą świadczenia w przypadku spełnienia któregoś z ryzyk socjalnych w postaci np. świadczeń pieniężnych), prewencyjną (mającą na celu zapobieganie skutkom ryzyk socjalnych w postaci np. ubezpieczeń społecznych), promocyjną (rozumianą jako zwiększanie źródeł dochodu) i transformatywną (rozumianą jako powiązaną ze sprawiedliwością społeczną i włączeniem, upodmiotowieniem i nadaniem praw, np. w zakresie prawa pracy) (Devereux i Sabates-Wheeler, 2004). Tu pojawia się problem np. zawierania umów o dzieło, które przez brak powiązania z systemem ubezpieczeń społecznych kompletnie pozbawiają wykonujących regularne zadania pracownicze w tej formie jakiegokolwiek ze wskazanych wyżej funkcji ochrony socjalnej. Ponadto, z punktu widzenia zwalczania nierówności społecznych i niwelowania zjawisk związanych z wykluczeniem spo-

łecznym, najciekawszy jest ten czwarty element — funkcja transformatywna; ma ona prowadzić do emancypacji osób dotąd uznawanych za wyjątkowo podatne na niekorzystne zjawiska na rynku pracy. Wspomniani autorzy uważają, że ochrona socjalna może zapewnić więcej niż wyłącznie wskazane przez L. Luckhaus bezpieczeństwo dochodu. Funkcja transformatywna dotyczy zmiany całego życia, a nie wyłącznie wprowadzenia instrumentów ochrony socjalnej. Warto również zwrócić uwagę na fakt, że trzy pierwsze funkcje: ochronna, prewencyjna i promocyjna zostały pierwotnie skonceptualizowane w dokumentach Międzynarodowej Organizacji Pracy. MOP postrzega ochronę socjalną jako jedno z praw człowieka, a szczególne miejsce w pracach MOP zajmują kwestie godnej pracy (MOP, 2012).

Stosowanie umów cywilnoprawnych nie wyklucza *in spe* spełniania wszystkich czterech wyżej wymienionych funkcji ochrony socjalnej, choć wydaje się, że najmniejsze szanse na spełnianie ma funkcja transformatywna. Jeżeli zwrócimy uwagę na klasyfikację form zatrudnienia prekariuszy wskazanych przez E. Kryśką, to okaże się, że żadna z tych form nie może stać się przyczynkiem do zmiany życia, ponieważ w funkcjonowanie umowy o pracę na czas określony oraz umów cywilnoprawnych (umowy zlecenia, umowy o dzieło, umowy o świadczenie usług) wpisana jest tymczasowość i niestabilność. Gorzej jest chyba tylko w przypadku zatrudnienia w szarej strefie.

Ochrona socjalna — kobiety i młodzi

Już w 2000 roku L. Luckhaus zauważyła, że nie jest możliwe mówienie o sprawach społecznych, integracji oraz godności, nie zapewniając, że obejmują one zarówno kobiety jak i mężczyzn, i właśnie zapewnienie bezpieczeństwa dochodu jest prawdopodobnie zadaniem definiującym ochronę socjalną, a zdolność ochrony socjalnej do zapewnienia odpowiedniego i niezawodnego źródła dochodu dla kobiet jest problematyczna. W pewnej mierze odpowiadać ma za to tendencja do importowania do systemów ochrony socjalnej nierówności cechujących stosunki zatrudnienia oraz relacje i zależności finansowe w społeczeństwie. Oznacza to, że zamiast naprawiać te nierówności, systemy ochrony socjalnej reprodukuja, a nawet wzmacniają istniejącą dyskryminację. Wysoce nierówny rozkład statystyczny nieodpłatnej pracy, szczególnie pracy związanej z obowiązkami opiekuńczymi, leży u podstaw wielu nierówności w stosunkach zatrudnienia i jest reprodukowany w systemie zabezpieczenia społecznego. Minimalne progi przepracowanego okresu lub zarobków, poniżej których pracownik nie jest uprawniony do świadczeń, to jeden z wielu sposobów, jak systemy te wykluczają kobiety bardziej niż mężczyzn. Jej zdaniem prawne pojęcie równości musi odnosić się do problemu ubóstwa i dotyczyć nieopłaconych czy peryferyjnych pracowników, a także zatrudnionych w pełnoetatowych, lepiej opłacanych, ciągłych formach pracy (Luckhaus, 2000, s. 148 i n.). Przeglądając dane GUS tezy L.

Luckhaus wydają się być uzasadnione — kobiety przeważnie pracują krócej niż mężczyźni nie tylko w sensie wieku przechodzenia na emeryturę, co zmniejsza ich przychody, ale również w sensie tygodniowego czasu pracy (36,9 godz. do 40,2 godz.; GUS, 2017, s. 224) czy pracy w niepełnym wymiarze (w niepełnym wymiarze pracuje nieco ponad 10,5% ogółu zatrudnionych kobiet i 4,6% ogółu zatrudnionych mężczyzn; GUS, 2017, s. 226; por. też CBOS, 2018, s. 6).

Polska jest jednym z państw europejskich charakteryzujących się najniższymi wskaźnikami zatrudnienia kobiet. Według danych BAEL wskaźnik zatrudnienia kobiet w 2014 r. wyniósł w Polsce 55,2% przy średniej 59,5% dla UE-28 (GUS, 2018b). W 2016 r. w UE-28 na niepełny etat zatrudniona była prawie jedna trzecia (31,4%) pracujących kobiet w wieku 20–64 lata, znacznie więcej niż mężczyzn (8,2%) (Eurostat, 2016). Oznacza to również małą samodzielność finansową i małą zdolność do zapewnienia bezpieczeństwa dochodu (por. Luckhaus, 2000, s. 175 i n.). W przypadku zatrudnienia w niepełnym wymiarze zarówno dane GUS-u, jak i dane Eurostatu pokazują silną korelację z płcią. W obu zestawach danych odsetek kobiet zatrudnionych w niepełnym wymiarze jest ponad dwukrotnie wyższy niż dzieje się to w przypadku mężczyzn. Pogłębia to dodatkowo różnicę w wysokości wynagrodzeń kobiet i mężczyzn, ponieważ uzyskiwane przez kobiety wynagrodzenie jest niższe (por. GUS, 2016b, s. 4). Cztery razy więcej kobiet niż mężczyzn pracujących w niepełnym wymiarze wskazuje opiekę nad dziećmi, innymi osobami, a także inne powody osobiste lub rodzinne jako przyczynę pracy w niepełnym wymiarze. Tu właśnie pojawia się problem ze spełnieniem funkcji transformatywnej opieki socjalnej — o ile można zapewnić dodatkowy dochód, zabezpieczyć bezpieczeństwo dochodu w przyszłości, to jakich instrumentów prawnych należy użyć, aby zmienić życie poszczególnych kobiet i uczynić je socjalnie bezpiecznym.

W obecnej sytuacji na rynku pracy w Polsce (GUS, 2018, s. 1 i n.) przy rozpatrywaniu kwestii ochrony socjalnej dla wszystkich, trzeba zwrócić uwagę na sytuację osób młodych. Osoby do 26. roku życia i jednocześnie uczące się niezwykle często wykonują pracę na podstawie umowy zlecenia. Wobec tych osób stosuje się wyłączenie obowiązku odprowadzania składki na ubezpieczenie emerytalne i rentowe. Konsekwencją takiego rozwiązania jest nie tylko nieodprowadzanie składek i niegromadzenie kapitału emerytalnego, ale i niepodleganie ubezpieczeniu wypadkowemu. Nie mają one także możliwości zgłoszenia się do dobrowolnego ubezpieczenia chorobowego, od którego zależy ewentualne przyznanie zasiłku chorobowego czy macierzyńskiego. A więc wyłączone są *de facto* i *de iure* jakiekolwiek instrumenty ochrony socjalnej zatrudnionych (ze względu na wiek).

Europejski Filar Praw Socjalnych

Podczas Szczytu Społecznego na rzecz Sprawiedliwego Zatrudnienia i Wzrostu Gospodarczego, który odbył się

17 listopada 2017 r. w Göteborgu, państwa członkowskie Unii Europejskiej przystąpiły do Europejskiego filaru praw socjalnych. Filar przewiduje nowe prawa dla obywateli i ma ułatwić im skuteczniejsze egzekwowanie swoich praw.

Europejski filar praw socjalnych opiera się na 20 zasadach uporządkowanych według trzech kategorii: równe szanse i dostęp do zatrudnienia, uczciwe warunki pracy oraz ochrona socjalna i integracja społeczna. W sumie część dotycząca ochrony socjalnej i integracji społecznej obejmuje 10 z tych zasad. Najważniejszymi z punktu widzenia ochrony socjalnej są: pkt 12 (Ochrona socjalna), pkt 13 (Świadczenia dla bezrobotnych), pkt 14 (Minimalny dochód), pkt 15 (Świadczenia emerytalne i renty), pkt 17 (Integracja osób niepełnosprawnych). Treść pkt 12 jest kluczowa dla ochrony socjalnej pracowników. Stanowi generalne prawo do ochrony socjalnej. Postanowienia dotyczące ochrony socjalnej mają zastosowanie do wszystkich pracowników niezależnie od rodzaju i czasu trwania ich stosunku pracy oraz — na porównywalnych warunkach — do osób samozatrudnionych. Moim zdaniem powinny mieć zastosowanie również do osób wykonujących pracę na podstawie umów cywilnoprawnych. Jak już wcześniej wspominałam — nie ma zasadniczych różnic co do rodzaju pracy wykonywanej w formie umowy o pracę i umów cywilnoprawnych. Jedyną różnicą jest potrzeba maksymalizacji zysku przez pracodawcę-przedsiębiorcę.

Podsumowanie

Wprowadzenie umów cywilnoprawnych do powszechnego stosowania, nawet wbrew duchowi art. 22 k.p., w imię osiągania celów ekonomicznych, umożliwiło osłabienie ochrony socjalnej znacznej części zatrudnionych w Polsce. Z kolei upowszechnienie stosowania umów cywilnoprawnych paradoksalnie zwiększyło poziom ochrony socjalnej: wprowadzono stawkę minimalną dla umów zlecenia i dla umów o świadczenie usług (które notabene stanowią ponad 80% wszystkich umów cywilnoprawnych zawieranych w celu świadczenia pracy, GUS, 2016, s. 1), wprowadzono regulacje pozwalające na objęcie przepisami prawa pracy osoby ubezpieczone w zakresie uprawnień związanych z rodzicielstwem, a wszystkich — przepisami dotyczącymi bezpieczeństwa i higieny pracy oraz poszerzeniem praw związkowych.

Na koniec warto się zastanowić nad sensem zapewnienia ochrony socjalnej. Według G. Standinga obecnie kwestia ta ma dość proste przełożenie na to, co dzieje się w poszczególnych krajach w kategoriach politycznych. Jego zdaniem brak zapewnienia ochrony socjalnej przekłada się na wzrost znaczenia prekariatu — „niebezpiecznej klasy”. Może spowodować transformację społeczną i polityczną. G. Standing analizuje, że to wyparcie tak wielkiej części zatrudnionych jest bezpośrednią przyczyną wzrostu sympatii dla neofaszystowskich populizmów w Europie i na świecie (Standing, 2018), a to może zagrażać przetrwaniu jako takiemu.

Bibliografia

- Barrientos, A. Hulme, D. (2008). Social protection for the poor and poorest: an introduction. W: *Social Protection for the Poor and Poorest* (p. 3–24). Palgrave Macmillan. London.
- Benach, J. Vives, A. Amable, M. Vanroelen, C. Tarafa, G. Muntaner, C. (2014). Precarious employment: understanding an emerging social determinant of health. *Annual review of public health*, (35), 229–253.
- Casale, G. Perulli, A. (2014). *Towards the single employment contract: Comparative reflections*. A&C Black.
- Centrum Badań Opinii Społecznej. (2010). *Zadowolenie z pracy i jej oceny. Komunikat z badań*. Warszawa: Centrum Badań Opinii Społecznej.
- Centrum Badań Opinii Społecznej. (2018). *Sytuacja zawodowa Polaków i gotowość zmiany zatrudnienia*. Warszawa: Centrum Badań Opinii Społecznej.
- Eurostat. Dane statystyczne dotyczące zatrudnienia, https://ec.europa.eu/eurostat/statisticsexplained/index.php/Employment_statistics/pl#Wska_C5_BAniki_zatrudnienia_wed_C5.82ug_p_C5.82ci.2C_wieku_i_poziomu_wykszta.C5.82cenia (27.10.2018).
- Devereux, S. Sabates-Wheeler, R. (2004). *Transformative social protection (IDS Working Paper 232)*. Brighton: IDS.
- Drał, A. (2009). *Powszechna ochrona trwałości stosunku pracy: Tendencje zmian*. Wolters Kluwer.
- Głąbicka, K. (1997). Polityka socjalna w Unii Europejskiej. *Studia Europejskie*, (4).
- Główny Urząd Statystyczny. (2015). *Aktywność ekonomiczna ludności Polski. I kwartał 2015*. Warszawa: Główny Urząd Statystyczny.
- Główny Urząd Statystyczny (2016a). *Pracujący w nietypowych formach zatrudnienia*. Notatka informacyjna. Warszawa: Główny Urząd Statystyczny.
- Główny Urząd Statystyczny (2016b). *Różnice w wynagrodzeniach kobiet i mężczyzn w Polsce w 2014 r.* Warszawa: Główny Urząd Statystyczny.
- Główny Urząd Statystyczny. (2018a). *Aktywność ekonomiczna ludności Polski. III kwartał 2018*. Warszawa: Główny Urząd Statystyczny.
- Główny Urząd Statystyczny. (2018b). *Kobiety i mężczyźni na rynku pracy*. Warszawa: Główny Urząd Statystyczny.
- Główny Urząd Statystyczny (2018c). *Rocznik Statystyczny Pracy 2017*. Warszawa: Główny Urząd Statystyczny.
- Godlewska-Bujok, B. (2014). Prekariat a umowy prekaryjne: głos w dyskusji. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, (9).
- Godlewska-Bujok, B. (2016). Zawarcie umowy o pracę w badaniach tegorocznych noblistów z zakresu ekonomii. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, (11).
- Holzmann, R. Jørgensen, S. (2000). A new conceptual framework for social risk management and beyond. *The World Bank. Social Protection Discussion Paper*, 9926, <http://documents.worldbank.org/curated/en/932501468762357711/Social-risk-management-a-new-conceptual-framework-for-social-protection-and-beyond>
- Kiersztyn, A. (2015). *Niepewne uczestnictwo — młodzi na polskim rynku pracy w latach 2008–2013*. Zespół Porównawczych Analiz Nierówności Społecznych, Instytut Filozofii i Socjologii Polskiej Akademii Nauk: Warszawa, http://po-lpan.org/wp-content/uploads/2014/05/POLPAN_report_Niepewne-uczestnictwo.pdf (15.11.2018).
- Kozek, W. (2013). *Rynek pracy. Perspektywa instytucjonalna*. Warszawa: Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego.
- Kryńska, E. (2017). Ekonomiczny kontekst problemu społecznego — przypadek prekariatu. *Problemy Polityki Społecznej*, (1).
- Kryńska, E. (1995). *Podział rynku pracy. Koncepcje segmentacyjne*. Warszawa.
- Liszczyński, T. (1997). *Ubezpieczenie społeczne i zaopatrzenie społeczne w Polsce. Zagadnienia prawne [Social security and social provision in Poland. Legal Issues]*. Kraków: Poltext.
- Luckhaus, L. (2000). Equal treatment, social protection and income security for women. *International Labour Review*, 139(2), 149–178.
- Mędrala, M. M. (2015). Obowiązki ze sfery bhp w zatrudnieniu niepracowniczym. *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska, sectio G (Ius)*, 62(2).
- Międzynarodowa Organizacja Pracy. (2012). *Social Security for all: Building social protection floors and comprehensive social security systems* (2012). Genewa: Międzynarodowa Organizacja Pracy, (https://www.ilo.org/secsoc/information-resources/publications-and-tools/books-and-reports/WCMS_SECSOC_34188/lang--en/index.htm) (23.10.2018).
- Mortensen, D. Pissarides, C. (1999). New Developments in Models of Search in the Labour Market. W: O. Ashenfelter, D. Card (red.), *Handbook of Labor Economics* (v. 3, 2567–2627). Londyn: Elsevier.
- Mrozowicki, A. Maciejewska, M. (2016). Segmentacja rynku pracy, prekaryjne zatrudnienie a strategie związków zawodowych na poziomie branżowym: przypadek Polski. *Prakseologia*, 158, 361–391.
- Muszałski, W. (1996). *Prawo socjalne*. Warszawa: PWN.
- Piotrowska, M. (2008). Znaczenie ochrony socjalnej dla efektywności gospodarczej. *Nierówności społeczne a wzrost gospodarczy*, (12), 211–222.
- Sabates-Wheeler, R. Waite, M. (2003). Migration and Social Protection: A concept paper. *Institute of Development Studies, Sussex, December*, 1645, 1980–2000.
- Sowa, J. (2010). Prekariat — proletariat epoki globalizacji. W: J. Sokołowska (red.), *Robotnicy opuszczają miejsca pracy*. Łódź: Muzeum Sztuki w Łodzi.
- Standing, G. (2011). *The Precariat: The New Dangerous Class*. Londyn: Bloomsbury Academic [Kindle]; w tłumaczeniu polskim: Standing, G. *Prekariat. Nowa niebezpieczna klasa*, <http://www.praktykateoretyczna.pl/projekty/prekariat-2/>
- Standing, G. (2018). The Precariat: Today's Transformative Class? *Great Transition Initiative* (October 2018), <https://www.greattransition.org/publication/precariat-transformative-class> (19.10.2018).
- Unterschütz, J. (2013). Ograniczenie w zakresie zawierania umów na czas określony a „miękkie” domniemanie istnienia stosunku pracy (uwagi na marginesie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 14 czerwca 2012 r., I PK 222/11). *Zeszyt*, 16, 123.
- Wrątny, J. (2003). Nietypowe formy zatrudnienia w perspektywie polskiego prawa pracy. W: K. W. Friesk (red.), *Deregulacja polskiego rynku pracy*. Warszawa: IPISS.