

Redaktor naczelny:

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

Redaktor tematyczny:

Prof. dr hab. **Małgorzata Gersdorf**

Sekretarz naukowy:

Dr **Michał Rączkowski**

Sekretarz redakcji: Urszula Joachimiak

Rada naukowa

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

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 Wratny** (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 czasopi-
smem naukowym punktowym 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: bialek@pwe.com.pl

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

Prenumerata u kolporterów:

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

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

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

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

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 Ob-
sługi 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.

Poczta Polska SA — infolinia: 801 333 444,

<http://www.poczta-polska.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

Społeczna inspekcja pracy — niezbędny instrument społecznego (związkowego) nadzoru nad przestrzeganiem prawa pracy	2
<i>Teresa Liszcz</i>	

Studia i opracowania

Employment contracts after the reform of Lithuanian Labour Code	12
<i>Tatiana Wroclawska, Ingrida Macernyte-Panomarioviene</i>	
Status „niezależnego” usługodawcy a trójpodmiotowy model świadczenia usług w gig economy — cz. 2	21
<i>Gabriela Gospodarek</i>	

Wykłady i praktyka

Nowe ramy prawne stosowania przez pracodawcę monitoringu wizyjnego w zakładzie pracy	31
<i>Michał Miłosz, Justyna Świątek-Rudoman</i>	
Okresy odpoczynku a naruszenie dóbr osobistych pracownika	40
<i>Piotr Prusinowski</i>	
Przeciwdziałanie nadużyciom w zatrudnieniu tymczasowym	45
<i>Anna Piszczek</i>	

Z orzecznictwa Sądu Najwyższego

Molestowanie seksualne w miejscu pracy	50
---	-----------

Zdaniem Państwowej Inspekcji Pracy

Umowa na okres próbny	54
------------------------------	-----------

Nowe przepisy

	55
--	-----------

**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**

Spółeczna inspekcja pracy — niezbędny instrument społecznego (związkowego) nadzoru nad przestrzeganiem prawa pracy

Social labour inspectorate — a necessary instrument of civil
(trade union's) supervision over compliance with labour law

dr hab. prof. UMCS Teresa Liszcz

Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie

Streszczenie Autorka uważa, wbrew poglądom niektórych innych przedstawicieli doktryny, że należy utrzymać społeczną inspekcję pracy, jako najważniejszy instrument społecznego nadzoru nad przestrzeganiem prawa pracy przez pracodawców i warunkami pracy, będący w istocie agendą związków zawodowych. Społeczni inspektorzy pracy, wybrani przez pracowników z ich grona, są świetnie obeznani z warunkami pracy w zakładzie pracy i mogą skutecznie wspierać, a nawet w pewnym zakresie zastępować, działanie Państwowej Inspekcji Pracy. Konieczne jest jednak przyjęcie nowej ustawy o społecznej inspekcji pracy, ponieważ obowiązująca ustawa z 1950 r. zawiera wiele błędnych rozwiązań. W szczególności pracodawca nie powinien decydować o przyznaniu społecznemu inspektorowi wynagrodzenia z tytułu pełnienia tej funkcji ani go finansować, gdyż to uzależnia inspektora od pracodawcy.

Słowa kluczowe: społeczna inspekcja pracy, społeczny inspektor pracy, przestrzeganie prawa pracy, bezpieczeństwo i higiena pracy, pracodawca, związek zawodowy.

Summary The author is of the opinion, contrary to views presented by some other scholars of labour law, that the social labour inspectorate must remain the most important instrument of civil supervision over employers' compliance with labour law and work conditions, actually constituting an agency of trade unions. Social labour inspectors, chosen by employees from among them, are well acquainted with working conditions at their workplace and can effectively support, and even to some extent replace, the activities of the State Labour Inspectorate. However, it is necessary to adopt a new Act on social labour inspection, as the currently applicable Act of 1950 contains many erroneous solutions. In particular, it should not be the employer who decide on granting the social inspector remuneration for performing this function or subsidising him or her, as this makes the inspector dependent on the employer.

Keywords: social labour inspectorate, social labour inspector, labour law compliance, occupational health and safety, employer, trade union.

JEL: K31

Wprowadzenie

Inspiracją do napisania tego artykułu stał się wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 26 kwietnia 2018 r., K 6/15 (OTK-A 2018, nr 24), w którym Trybunał orzekł o zgodności z Konstytucją RP niemal wszystkich zaskarżonych przepisów ustawy z 24 czerwca 1983 r. o społecznej inspekcji pracy (DzU z 2015 r. poz. 567; dalej: ustawa o s.i.p. lub, z numerem artykułu, u.s.i.p.). Wnioskodawcą w tej sprawie był Prezydent Konfederacji (pracodawców — T.L.) Lewiatan, działający na podstawie art. 191 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 191 ust. 2 Konstytucji. Należy podkreślić, że Konfederacja Lewiatan nie zaskarżyła ustawy o s.i.p. w całości, lecz wskazane przepisy (skądinąd

większość tych przepisów), gdyż — jak sama stwierdziła we wniosku — nie kwestionuje potrzeby istnienia społecznego nadzoru nad warunkami pracy, którego organem jest społeczna inspekcja pracy (s.i.p.), natomiast problemem są dla niej „kompozycja i uprawnienia społecznej inspekcji” (Wniosek, s. 6).

Wyrok Trybunału w sprawie s.i.p. przyjął z dużą satysfakcją, gdyż niezmiennie uważam, że społeczna inspekcja pracy jest niezbędna dla sprawowania skutecznego bieżącego nadzoru nad przestrzeganiem przez pracodawców przepisów prawa pracy, zwłaszcza dotyczących ochrony życia i zdrowia pracowników w środowisku pracy. Tymczasem w piśmiennictwie prawniczym i w publicz-

stycie, inspirowanej głównie przez niektóre środowiska pracodawców, od kilkunastu lat próbuje się dyskredytować tę instytucję, niekiedy sugerując jednoznacznie potrzebę jej likwidacji (zob. w szczególności Pettke, 2009, s. 8 i n. — autor przedstawił się jako pełnomocnik ds. przedstawicielstwa pracowniczego w Grupie LOTOS SA; Rączka, 2008; Gaza, 2006). Zarzuca się jej, po pierwsze, „złe pochodzenie” (Pettke, 2009, s. 8) — pierwsza ustawa o społecznej inspekcji pracy powstała w 1950 r., a więc w czasach stalinowskich (ustawa z 4 lutego 1950 r. o społecznej inspekcji pracy, DzU z 1955 r. nr 20, poz. 133 ze zm.), a druga, obecnie obowiązująca, została uchwalona w 1983 r. w czasie stanu wojennego. W związku z tym zarzutem należy od razu zwrócić uwagę, że instytucję społecznej inspekcji pracy i jej zadania usankcjonował ustawodawca po zmianie ustroju, wprowadzając do kodeksu pracy, ustawą z 2 lutego 1996 r. o zmianie ustawy — Kodeks pracy oraz o zmianie innych ustaw (DzU nr 24, poz. 110), art. 18⁵, który stanowi, że społeczną kontrolę przestrzegania prawa pracy, w tym przepisów i zasad bhp, sprawuje społeczna inspekcja pracy. Po drugie — że rzecza, niekiedy nawet kilkusetosobowa (sic!), społecznych inspektorów pracy wszystkich szczebli w jednym zakładzie pracy nadużywa tej funkcji dla stworzenia sobie ochrony przed zwolnieniem z pracy. Po trzecie — że społeczni inspektorzy są niekompetentni, gdyż od kandydatów do tej funkcji nie wymaga się merytorycznych kwalifikacji, i nie nadają się do realizacji celów postawionych przez ustawodawcę przed społeczną inspekcją, a ponadto mając dostęp do tajemnic pracodawcy mogą szkodzić jego interesom. Po czwarte — że funkcjonowanie s.i.p. obciąża pracodawcę nadmiernymi kosztami (Pettke, 2009, s. 8 i n.; Rączka, 2008; Gaza, 2006).

Opowiadając się z pełnym przekonaniem za pozostawieniem instytucji społecznego nadzoru nad przestrzeganiem przepisów prawa pracy przez pracodawców w postaci społecznej inspekcji pracy, jednocześnie dostrzegam potrzebę dokonania istotnych zmian w przepisach regulujących jej strukturę i zasady postępowania — najlepiej przez wydanie nowej ustawy. O tym właśnie, ale i o bezzasadności wielu zarzutów pod adresem s.i.p., jest ten artykuł. Odnoszę się w nim do następujących, powiązanych ze sobą, kwestii: 1) zakresu zadań s.i.p., 2) struktury s.i.p., 3) trybu wyboru społecznych inspektorów i wymagań kwalifikacyjnych wobec kandydatów, 4) uprawnień inspektorów, 5) ochrony trwałości stosunku pracy inspektorów, 6) kosztów funkcjonowania s.i.p.

Zadania społecznej inspekcji pracy

Z mocy art. 18⁵ § 1 k.p. społeczna inspekcja pracy sprawuje „społeczną kontrolę przestrzegania prawa pracy, w tym przepisów i zasad bezpieczeństwa i higieny pracy”. W nieco innych słowach taki sam w istocie zakres zadań s.i.p. określa art. 1 ustawy o s.i.p., stanowiący, że inspekcja ta jest „służbą społeczną pełnioną przez pracowników, mającą na celu zapewnienie przez zakłady pracy (czytaj: pracodawców) bezpiecznych i higienicznych warunków pracy oraz ochronę uprawnień pracowniczych określonych

w przepisach prawa pracy”. Również preambuła ustawy o s.i.p. wskazuje, że inspekcja społeczna została powołana w celu sprawowania systematycznej poprawy stanu bhp oraz „zapewnienia związkom zawodowym niezbędnych warunków do sprawowania kontroli przestrzegania przepisów prawa pracy”. Z przywołanych wyżej przepisów wynika niewątpliwie, że kontrolne kompetencje s.i.p. obejmują przestrzeganie — przede wszystkim przez pracodawców — ogółu przepisów prawa pracy, ze zwróceniem szczególnej uwagi na przepisy bhp. Tak ujęta „generalna kompetencja” s.i.p. została zakwestionowana we wniosku Konfederacji Lewiatan do Trybunału Konstytucyjnego (s. 1, 17 i 18). Zdaniem Lewiatana, kompetencje s.i.p. powinny być ograniczone wyłącznie do kontroli przestrzegania przez pracodawców przepisów bhp („zapewnienia pracownikom bezpiecznych i higienicznych warunków pracy”). Funkcjonowanie w tym zakresie w zakładzie pracy społecznego nadzoru „uzasadnia szczególna wartość dóbr chronionych, którymi są życie i zdrowie pracowników, oraz możliwość występowania nagłych zdarzeń zagrażających tym dobrom, wymagających natychmiastowej reakcji w celu ich ochrony”. Takiego uzasadnienia brakuje, zdaniem wnioskodawcy, gdy chodzi o ochronę pozostałych uprawnień pracowniczych, toteż objęcie jej kompetencjami kontrolnymi s.i.p. Lewiatan uznaje za „nieuzasadnione ważnym interesem publicznym naruszenie wolności prowadzenia działalności gospodarczej przez pracodawców”.

Trybunał, słusznie, oddalił ten zrzut, uznając, że zakres działania s.i.p. jest „konsekwentnym i racjonalnym rozstrzygnięciem prawodawczym”, adekwatnym do celów utworzenia tej instytucji i koherentnym z innymi ustawowymi mechanizmami nadzoru nad przestrzeganiem prawa pracy, w szczególności z kompetencjami kontrolnymi związków zawodowych oraz nadzorem Państwowej Inspekcji Pracy.

Według preambuły ustawy o s.i.p. społeczna inspekcja pracy została powołana dla zapewnienia systematycznej poprawy stanu bhp oraz w celu zapewnienia związkom zawodowym możliwości sprawowania skutecznej kontroli przestrzegania przepisów prawa pracy — wszystkich, bez wyjątku. W świetle ustawy s.i.p. jawi się jako *sui generis* organ kontrolny związków zawodowych. Na podstawie art. 23 ust. 1 ustawy z 23 maja 1991 r. o związkach zawodowych (DzU z 2019 r. poz. 263, dalej: u.z.z.), związki zawodowe sprawują kontrolę nad przestrzeganiem prawa pracy (całego) oraz — na zasadach określonych odrębnymi przepisami — uczestniczą w nadzorze nad przestrzeganiem przepisów i zasad bhp. Zgodnie zaś z art. 26 pkt 3 te same ustawy do zakresu działania zakładowej organizacji związkowej należy, między innymi, sprawowanie kontroli nad przestrzeganiem w zakładzie pracy przepisów prawa pracy, a w szczególności przepisów oraz zasad bhp.

Zgodnie z art. 2 *in fine* u.s.i.p. społeczna inspekcja pracy jest kierowana przez zakładowe organizacje związkowe, stanowiąc dla nich wyspecjalizowany instrument sprawowania wyżej wymienionych funkcji kontrolnych. Z tego wynika, w sposób dla mnie oczywisty, że zakres kompe-

tencji kontrolnych w obszarze przestrzegania przepisów prawa pracy organizacji związkowych oraz społecznej inspekcji pracy powinien być tożsamy. Słusznie więc stwierdził Trybunał Konstytucyjny w przywołanym wyżej wyroku, że „ograniczenie działania społecznej inspekcji pracy do spraw dotyczących przestrzegania przez pracodawcę przepisów i zasad bhp prowadziłoby do daleko idącego osłabienia zdolności związków zawodowych i zakładowych organizacji związkowych do sprawowania kontroli przestrzegania prawa pracy (...)”.

Określony w art. 18⁵ § 1 k.p. oraz w art. 1 u.s.i.p. zakres zadań kontrolnych s.i.p. jest zharmonizowany również z zakresem działania Państwowej Inspekcji Pracy (PIP), wyznaczonym w art. 18⁴ § 1 k.p. oraz w ustawie z 13 kwietnia 2007 r. o Państwowej Inspekcji Pracy (DzU z 2018 r. poz. 623, dalej: ustawa o pip lub u.p.i.p.). Z mocy tych przepisów PIP jest organem państwowym, podlegającym Sejmowi, utworzonym w celu realizacji przez państwo konstytucyjnego obowiązku ochrony pracy, w tym nadzoru nad warunkami wykonywania pracy, ustanowionego w art. 24 Konstytucji. Głównym zadaniem PIP na gruncie tych przepisów jest kontrola i nadzór nad przestrzeganiem wszystkich przepisów prawa pracy, ze szczególnym zwróceniem uwagi na przepisy i zasady bhp. Z mocy art. 17 u.s.i.p. społeczni inspektorzy pracy mają obowiązek współdziałać z PIP (i innymi organami nadzoru i kontroli warunków pracy), zaś art. 14 ust. 1 u.p.i.p. zobowiązuje PIP do współdziałania przy realizacji zadań między innymi ze społeczną inspekcją pracy; z mocy art. 20 u.p.i.p. zakładowy s.i.p. ma prawo uczestniczyć w kontrolach przeprowadzanych w zakładzie pracy przez inspektora PIP oraz w ich podsumowaniu.

Spółeczni inspektorzy pracy, stale obecni w zakładzie i mający dobrą znajomość warunków pracy w nim, mogą na bieżąco monitorować przestrzeganie przez pracodawcę przepisów i reagować niezwłocznie na ich naruszenie, a gdy jest to niezbędne, ze względu na zagrożenie życia lub zdrowia pracowników, mogą uruchamiać kontrolę PIP. Społeczna inspekcja pracy uzupełnia więc i wspiera działanie PIP.

Zamysł ustawodawcy był niewątpliwie taki, aby Państwowa Inspekcja Pracy i pozostałe państwowe organy nadzoru i kontroli przestrzegania prawa pracy, w tym Państwowa Inspekcja Sanitarna, sprawująca — zgodnie z art. 18⁴ § 2 k.p. oraz przepisami ustawy z 14 marca 1985 r. o Państwowej Inspekcji Sanitarnej (DzU z 2019 r. poz. 59) — nadzór i kontrolę przestrzegania zasad i przepisów bhp i warunków środowiska, oraz społeczna inspekcja pracy stanowiły razem spójny system kontroli i nadzoru przestrzegania prawa pracy, co wymaga, w sposób oczywisty, zharmonizowania ich zakresów działania.

Organizacja społecznej inspekcji pracy

Z mocy art. 3 ust. 1 u.s.i.p. społeczną inspekcję pracy w zakładzie tworzą: 1) zakładowy społeczny inspektor pracy — jeden dla całego zakładu pracy; 2) oddziałowi (albo wydziałowi) społeczni inspektorzy pracy — dla poszczególnych oddziałów albo wydziałów zakładów pracy;

3) grupowi społeczni inspektorzy pracy — dla komórek organizacyjnych oddziałów albo wydziałów zakładu pracy.

Organizacja s.i.p. jest w zasadzie trójszczeblowa, odpowiedzialna dla większości średnich i dużych zakładów pracy (Kozieł, 1988, s. 14). W żadnym przypadku nie może być utworzony dodatkowy szczebel s.i.p. Organizacja s.i.p. jest w świetle tego przepisu ściśle uzależniona od struktury zakładu pracy (Sanetra, 2001, s.). Jeżeli zakład nie jest podzielony na oddziały bądź wydziały, to nie można w nim wybrać oddziałowych czy wydziałowych s.i.p. ani grupowych s.i.p.; jeżeli w oddziale bądź wydziale nie wyodrębniono komórek organizacyjnych, to nie ma podstaw do wyboru grupowych s.i.p. Moim zdaniem, w związku z tym przepisem mogą powstać trudności w określeniu organizacji s.i.p. w sytuacji, gdy zakład pracy ma co najmniej trójszczeblową strukturę, ale jego wewnętrzne podstawowe jednostki organizacyjne nie są określone jako oddziały bądź wydziały lecz innymi nazwami lub gdy wewnątrz podstawowych jednostek organizacyjnych występuje więcej niż jeden szczebel „komórek organizacyjnych”. Uważam, że w razie podjęcia prac nad nową ustawą o s.i.p. należałoby tę kwestię uregulować precyzyjnie i przy użyciu bardziej uniwersalnych nazw jednostek organizacyjnych zakładu pracy (pracodawcy).

Z mocy art. 3 ust. 2 u.s.i.p. zakładowe organizacje związkowe mają obowiązek dostosować organizację s.i.p. do potrzeb wynikających ze struktury zakładu pracy. To przede wszystkim ten przepis znalazł się w ogniu krytyki Konfederacji Lewiatan, która twierdzi we wniosku do Trybunału Konstytucyjnego, że oznacza on, iż „...to organizacje związkowe decydują o konkretnej strukturze i wielkości społecznej inspekcji pracy, »dostosowując« ją do struktury zakładu pracy” (s. 15 wniosku) (podobnie Pettke, 2009, s. 10). Zdaniem tej Konfederacji ani ten przepis, ani żaden inny nie określa maksymalnej liczby społecznych inspektorów pracy (tak samo, w istocie, Pettke, 2009, s. 11), ich liczba nie została też uzależniona od wielkości zakładu, od poziomu zagrożeń występujących w zakładzie lub innego obiektywnego kryterium. Jednocześnie pracownicy pełniący tę funkcję korzystają z niezwykle mocnej ochrony trwałości stosunku pracy, co znacząco utrudnia pracodawcy prowadzenie właściwej polityki kadrowej.

Trybunał Konstytucyjny, uznając, że art. 3 u.s.i.p. nie jest w pełni precyzyjny, stwierdził jednak, iż jego nieprecyzyjność nie osiągnęła poziomu, który uzasadniałby orzeczenie niezgodności tego przepisu z — wywodzoną z art. 2 Konstytucji — zasadą prawidłowej legislacji. W szczególności nie jest tak, jakoby umożliwiał on zakładowym organizacjom związkowym dowolne kształtowanie struktury s.i.p. w danym zakładzie. Zdaniem Trybunału, zastosowanie wykładni językowej, funkcjonalnej i systemowej art. 3 pozwala na rekonstrukcję na jego podstawie „ogólnych ustawowych wytycznych co do tego, w jaki sposób struktura ta powinna zostać ustalona” (uzasadnienie wyroku, s. 55–56).

W szczególności reguły wykładni pozwalają na ustalenie znaczenia pojęć „oddział”, „wydział” i „komórka or-

ganizacyjna”. Zdaniem Trybunału „w przypadku »oddziału« i »wydziału« chodzi o strukturę organizacyjną, która została wyodrębniona pod względem organizacyjnym i która posiada pewien stopień samodzielności funkcjonalnej. Za »komórkę organizacyjną« może być natomiast uznana jednostka organizacyjna wyodrębniona w ramach »oddziału« lub »wydziału«, która nie jest jednak samodzielna pod względem funkcjonalnym. Nie chodzi więc o dwóch lub kilku poszczególnych pracowników, ale o zespół wyodrębniony z uwagi na charakter wykonywanych przez nich zadań, jednak funkcjonalnie powiązany z innymi zespołami w ramach jednego »oddziału« lub »wydziału«”. Trybunał stwierdził ponadto, że Konfederacja Lewiatan jako wnioskodawca postępowania nie przedstawiła dowodów na to, aby w następstwie nieprecyzyjności art. 3 u.s.i.p. dochodziło w praktyce do nadużywania ustawy o s.i.p. w celu objęcia większej liczby pracowników — jako społecznych inspektorów — szczególną ochroną trwałości stosunku pracy (uzasadnienie, s. 56 i 57).

Nie mogę w tym miejscu powstrzymać się od uwagi, że w świetle tego ostatniego stwierdzenia Trybunału pojawiające się w niektórych publikacjach informacje o setkach czy nawet tysiącach społecznych inspektorów pracy u jednego pracodawcy wydają się być mało wiarygodne. Gdyby bowiem takie przypadki rzeczywiście miały miejsce, w przeszłości lub współcześnie, to Konfederacja Lewiatan, reprezentowana przed Trybunałem przez znanych prawników, z pewnością przedstawiłaby informacje o nich¹.

Wydaje się, że źródłem twierdzeń o braku górnego limitu liczby s.i.p. w jednym zakładzie pracy jest użycie w art. 3 ust. 1 pkt 2) i 3) liczby mnogiej „oddziałowi/wydziałowi społeczni inspektorzy pracy” oraz „grupowi społeczni inspektorzy pracy”, chociaż nie zauważyłam, żeby ktoś to wyraźnie wyartykułował. Moim zdaniem jest oczywiste, że użycie liczby mnogiej we wskazanych przepisach wynika wyłącznie z reguł gramatyki języka polskiego — chodzi bowiem o s.i.p. dla oddziałów/wydziałów, których musi być co najmniej dwa, bo inaczej ich wydzielenie nie miałoby sensu, bądź dla komórek organizacyjnych w ramach oddziałów/wydziałów również w liczbie co najmniej dwóch.

W żadnym przypadku nie wynika natomiast z tych przepisów, że dla jednego oddziału/wydziału bądź dla jednej „komórki organizacyjnej” można powołać więcej niż jednego odpowiednio oddziałowego/wydziałowego bądź grupowego s.i.p. Nie można bowiem imputować „racjonalnemu ustawodawcy”, że ustanawiając tylko jednego zakładowego s.i.p. dla całego zakładu, jednocześnie dopuszcza powoływanie większej liczby s.i.p. na niższych szczeblach struktury zakładu — dla jednego oddziału/wydziału lub jednej komórki organizacyjnej”. Inna sprawa, że byłoby lepiej, gdyby art. 3 ust. 2 i 3 u.s.i.p. wyraźnie stanowił, że powołuje się po jednym oddziałowym/wydziałowym s.i.p. dla poszczególnych oddziałów/wydziałów i po jednym grupowym s.i.p. dla poszczególnych komórek organizacyjnych oddziałów/wydziałów. Wynika z tego, że maksymalna liczba oddziałowych/wydziałowych s.i.p. jest równa liczbie oddziałów/wydziałów istniejących w danym

zakładzie pracy, a maksymalna liczba grupowych s.i.p. — równa łącznej liczbie „komórek organizacyjnych” wyodrębnionych w oddziałach/wydziałach zakładu. Rzeczywista ich liczba może być tylko mniejsza. Po pierwsze dlatego, że w strukturze zakładu pracy mogą nie być wyodrębnione oddziały/wydziały lub w ramach oddziałów/wydziałów „komórki organizacyjne — w takich przypadkach nie będzie podstaw do powoływania odpowiednio oddziałowych/wydziałowych lub grupowych s.i.p.”. Po drugie, zakładowa organizacja związkowa (z.o.z.), w ramach „dostosowania organizacji s.i.p. do potrzeb wynikających ze struktury zakładu pracy”, może zdecydować w drodze uchwały, że np. będzie powołany jeden oddziałowy/wydziałowy s.i.p. dla dwóch małych oddziałów/wydziałów, a także o tym, w którym zespole produkcyjnym lub w której brygadzie zostanie powołany grupowy s.i.p. (tak, moim zdaniem, trafnie Kozieł, 1988, s. 15, a także Książek, 2016, komentarz do art. 3). W żadnym wypadku natomiast z.o.z. nie ma prawa zwiększyć liczby s.i.p. ponad liczbę, która wynika z ilości oddziałów/wydziałów oraz ich wewnętrznych komórek organizacyjnych; w szczególności nie może wprowadzić kolejnego, czwartego szczebla w organizacji s.i.p., gdyż byłoby to sprzeczne z art. 3 ust. 1 ustawy o s.i.p.

W tym miejscu należy oczywiście postawić problem, czy istnieje i ewentualnie jaki mechanizm kontroli (nadzoru) nad prawidłowością działania zakładowej organizacji związkowej w zakresie kształtowania struktury s.i.p. w określonym zakładzie pracy. Ustawa o s.i.p. nie wskazuje żadnych prawnych możliwości zakwestionowania przez pracodawcę lub inny podmiot legalności działań (uchwał) z.o.z. w tym zakresie, co stanowi jej istotną wadę. Nie oznacza to jednak, moim zdaniem, iż taka możliwość nie istnieje. Uważam, że jeśli nawet się przyjmie, iż nie ma możliwości zaskarżenia z powodu niezgodności z ustawą uchwał z.o.z. dotyczących struktury s.i.p. w zakładzie, to jednak pracodawca ma legitymację do wystąpienia do sądu pracy, na podstawie art. 189 k.p.c., o ustalenie skuteczności prawnej (ważności) wyboru określonego s.i.p., z naruszeniem przepisów art. 3 ustawy o s.i.p. Może również kwestionować ważność jego wyboru w związku z sądowym sporem o roszczenia pracownika pełniącego funkcję s.i.p. ze stosunku pracy, np. związane ze szczególną ochroną trwałości jego stosunku pracy. Właściwość sądu pracy, jako sądu powszechnego, w tych sprawach wynika, moim zdaniem, z art. 177 Konstytucji, stanowiącego, że sądy powszechne sprawują wymiar sprawiedliwości we wszystkich sprawach z wyjątkiem spraw zastrzeżonych dla właściwości innych sądów („domniemanie właściwości sądów powszechnych”). Inna rzecz, że Sąd Najwyższy, a za nim sądy powszechne w zasadzie nie uznają swojej właściwości w sprawach związanych z powołaniem s.i.p., o czym niżej.

Wymagania kwalifikacyjne wobec kandydatów na społecznych inspektorów pracy

Wymagania kwalifikacyjne wobec kandydatów na s.i.p., określone w art. 5 ustawy o s.i.p., są następujące: 1) status

pracownika danego zakładu pracy (pracodawcy), z wyłączeniem pracowników zajmujących stanowisko kierownika zakładu pracy lub stanowisko kierownicze bezpośrednio podległe kierownikowi zakładu pracy; 2) członkostwo związku zawodowego, z tym iż z.o.z. mogą postanowić, że społecznym inspektorem pracy może być pracownik zakładu niebędący członkiem związku; 3) określony staż pracy branżowy i zakładowy: a) kandydat na zakładowego s.i.p. powinien posiadać co najmniej pięcioletni staż branżowy i co najmniej dwuletni staż pracy w danym zakładzie, b) kandydat na oddziałowego/wydziałowego i grupowego s.i.p. — co najmniej dwuletni staż pracy w branży i co najmniej jeden rok pracy w zakładzie; 4) „niezbędna znajomość zagadnień wchodzących w zakres działania społecznej inspekcji pracy”.

Trzeba przyznać, że nie są to wygórowane wymagania. W szczególności przepisy nie wymagają od kandydatów na s.i.p. ani określonego rodzaju, ani określonego poziomu (szczebla) wykształcenia. Niezbędna znajomość zagadnień z zakresu działania społecznej inspekcji pracy obejmuje niewątpliwie wiedzę z zakresu prawa pracy, a także np. wiedzę o ochronie tajemnic pracodawcy i ochronie danych osobowych. Przepisy nie wskazują jednak żadnego sposobu weryfikacji tej wiedzy, podobnie jak i znajomości innych zagadnień koniecznych dla właściwego pełnienia funkcji s.i.p., m.in. związanych z organizacją i porządkiem w zakładzie pracy. Ustawodawca zakłada najwyraźniej, że te bardzo ogólnie określone „kwalifikacje merytoryczne” pracownik kandydujący do funkcji s.i.p. nabył wykonując przez określony czas pracę w branży i w danym zakładzie.

Przyznając, że obowiązujące wymagania merytoryczne co do kandydatów na s.i.p. są nadmiernie zaniżone, pragnę jednak zwrócić uwagę, że jest to służba społeczna, oparta przede wszystkim na znajomości konkretnego środowiska pracy, od której nie można oczekiwać takich kwalifikacji jak np. od inspektorów PIP. Istotne jest również to, że ustawa o s.i.p. w art. 18 ust. 1 zobowiązuje Państwową Inspekcję Pracy do udzielania pomocy społecznej inspekcji w realizacji jej zadań, w szczególności przez poradnictwo prawne, dostarczanie specjalistycznych wydawnictw oraz szkolenia. Z własnych obserwacji wiem, że PIP dość systematycznie prowadzi szkolenia dla s.i.p. na poziomie okręgów i w Szkole PIP we Wrocławiu, a także organizuje konkursy na najaktywniejszych s.i.p. w okręgu, które mobilizują społecznych inspektorów do podnoszenia kwalifikacji merytorycznych.

Niemniej uważam, że ewentualna nowa ustawa o s.i.p. powinna podwyższyć wymagania merytoryczne wobec kandydatów na s.i.p., różnicując je przy tym w stosunku do kandydatów na inspektora zakładowego i pozostałych s.i.p.

Tryb wyboru i odwoływania społecznych inspektorów pracy

Zgodnie z art. 6 ust. 1 i 2 ustawy o s.i.p. społecznych inspektorów pracy wybierają, na czteroletnią kadencję, pracownicy zakładu pracy, nie zawsze jednak bezpośrednio.

Zakładowego s.i.p. wybiera.

1) w zakładzie pracy liczącym do 300 pracowników — ogólne zebranie pracowników zakładu pracy,

2) w zakładzie liczącym powyżej 300 pracowników — wspólne zebranie oddziałowych/wydziałowych i grupowych s.i.p., z tym że jeżeli w zakładzie nie wybrano grupowych s.i.p., tryb wyboru zakładowego s.i.p. określa zakładowa organizacja związkowa.

Oddziałowego/wydziałowego s.i.p. wybiera:

1) w oddziale/wydziale liczącym do 300 pracowników — ogólne zebranie pracowników oddziału/wydziału,

2) w oddziale/wydziale liczącym powyżej 300 pracowników — zebranie grupowych s.i.p. (z całego zakładu, a nie tylko danego oddziału/wydziału); jeżeli w zakładzie nie wybrano grupowych s.i.p., tryb wyboru oddziałowego/wydziałowego s.i.p. określa zakładowa organizacja związkowa.

Grupowego s.i.p. wybiera zawsze ogólne zebranie pracowników danej komórki organizacyjnej oddziału/wydziału.

Wyборы s.i.p. wszystkich szczebli przeprowadzają z.o.z. na podstawie uchwalonego przez siebie regulaminu (regulaminów) wyboru. Ogólnokrajowe organizacje związkowe mogą ustalać ramowe wytyczne do regulaminów wyboru s.i.p. (art. 6 ust. 6 i 7 u.s.i.p.). Przeprowadzenie wyborów s.i.p. jest obowiązkiem zakładowych organizacji związkowych, jednakże brakuje instrumentów prawnych do jego wyegzekwowania. Jeśli związki nie przeprowadzą wyborów, w zakładzie nie będzie społecznej inspekcji pracy. Oczywiście, nie może być ona utworzona u pracodawcy, u którego nie działa żadna z.o.z.

Z mocy art. 7 ust. 3 u.s.i.p. społeczny inspektor pracy przestaje pełnić swoją funkcję w trakcie kadencji w przypadku zrzeczenia się jej oraz w razie ustania stosunku pracy. Ponadto na podstawie art. 7 ust. 1 u.s.i.p. może być odwołany z tej funkcji „w razie niewywiązania się ze swoich (tj. inspektorskich) obowiązków”. Odwołanie następuje (moim zdaniem — „może nastąpić”) na wniosek: 1) z.o.z. lub 2) grupy co najmniej jednej piątej pracowników (nie jest jasne, czy chodzi w każdym przypadku o jedną piątą wszystkich pracowników zakładu, czy też — w przypadku odwoływania oddziałowego/wydziałowego lub grupowego s.i.p. — o 1/5 pracowników oddziału/wydziału bądź jego komórki organizacyjnej; racjonalna wydaje się ta druga interpretacja).

Sam tryb odwołania, po złożeniu wniosku o odwołanie przez uprawniony podmiot, jest taki sam jak tryb wyboru s.i.p. właściwego szczebla w danym zakładzie pracy.

Nie ulega wątpliwości, że sposób wyboru i odwoływania s.i.p. powinien ulec doprecyzowaniu, jeśli nie poważniejszej zmianie. Najbardziej kontrowersyjną kwestią na gruncie obowiązującej ustawy jest brak kontroli legalności wyborów i odwoływania s.i.p. Ustawa o s.i.p. nie przewiduje żadnej możliwości odwołania się lub zaskarżenia aktu wyboru s.i.p., a także aktu odwołania z tej funkcji z powodu ich niezgodności z prawem, niezależnie od ciężkości tego naruszenia, np. w przypadku odsunięcia od or-

ganizowania i przeprowadzenia wyborów niektórych z.o.z. Takie stanowisko zajmuje Sąd Najwyższy. Najpierw Kolegium Kompetencyjne przy Sądzie Najwyższym w postanowieniu z 9 listopada 1995 r., III PO 16/95 (ONSA-PiUS 1996/12/176), stwierdziło, że wybór s.i.p. przez pracowników „nie podlega żadnej kontroli zewnętrznej”. Stanowisko to jest uzasadniane merytorycznie zasadą niezależności związków zawodowych od pracodawców, administracji państwowej oraz od innych organizacji (art. 1 ust. 2 ustawy z 23 maja 1991 r. o związkach zawodowych). Następnie w wyrokach z 18 grudnia 2001 r., I PKN 755/00 (OSNP 2004/1/5 oraz z glosą B. Cudowskiego — OSP 2004/11/146) i z 3 sierpnia 2006 r., II PK 339/05 (OSNAPiUS 2007/15–16/218), Sąd Najwyższy stwierdził, że kontrola zgodności z prawem wyboru s.i.p. nie należy do kompetencji sądu pracy. To stanowisko Sądu Najwyższego zostało w późniejszym czasie zmodyfikowane w ten sposób, że — kwestionując w dalszym ciągu istnienie podstaw do sądowej kontroli badania legalności wyboru s.i.p. „w kontekście *stricte* samego aktu wyboru”, sąd uznał jednocześnie dopuszczalność tej kontroli w aspekcie skutków tego aktu w sferze szczególnej ochrony trwałości stosunku pracy pracownika pełniącego funkcję s.i.p., uregulowanej w art. 13 ust. 1 u.s.i.p. (zob. wyrok SN z 2 czerwca 2010 r., II PK 371/09, LEX nr 590317; stanowisko SN wyrażone w tym wyroku spotkało się z aprobatą doktryny, zob. w szczególności Sanetra, 2001, komentarz do art. 6 u.s.i.p. oraz Książek, 2016, komentarz do art. 6 u.s.i.p.)

Moim zdaniem, jest to stanowisko niekonsekwentne i niezgodne ze słusznym interesem pracodawcy, który powinien mieć możliwość wiążącego ustalenia przez właściwy organ, czy wobec określonego pracownika wybranego na s.i.p. w okolicznościach uzasadniających podejrzenie, że wybór ten jest nielegalny, jest związany przepisem art. 13 ust. 1 u.s.i.p. Uważam, że ze względu na konstytucyjne domniemanie właściwości sądów powszechnych w zakresie wymiaru sprawiedliwości, sądy pracy nie powinny uchylać się od sprawowania kontroli legalności aktów wyboru pracownika na funkcję s.i.p.

W uzasadnieniu wyroku z 2 czerwca 2010 r., II PK 371/09, Sąd Najwyższy zawarł jednocześnie następującą tezę: „Brak przeprowadzenia formalnych wyborów społecznego inspektora pracy nie wyklucza objęcia jego stosunku pracy ochroną szczególną. Pracodawcy akceptujący pełnienie funkcji bez przeprowadzenia wyborów muszą liczyć się z tym, że pracownik ten podlega szczególnej ochronie stosunku pracy”. Wyrok ten zapadł w sprawie, w której stan faktyczny był taki, że u pracodawcy (w urzędzie administracji samorządowej) co najmniej przez 8 lat nie było wyborów s.i.p., a powód objął funkcję — jak wynika z okoliczności sprawy — zakładowego s.i.p. na podstawie decyzji przewodniczącego związku zawodowego działającego w tym urzędzie” i pełnił ją faktycznie, przy akceptacji pracodawcy. Nie ukrywam, że uważam tę tezę za bulwersującą.

Przechodząc do kwestii kontroli legalności odwołania z funkcji s.i.p. w trakcie kadencji muszę stwierdzić, że nie

znam orzeczenia Sądu Najwyższego, które dotyczyłoby bezpośrednio tej kwestii. Natomiast jeden z prominentnych przedstawicieli doktryny stwierdził stanowczo, że „Odwołanie to nie podlega kontroli prawnej, w szczególności sądowej, gdyż nie jest czynnością prawną o charakterze cywilnoprawnym czy prawnopracowniczym ani też nie może być uznane za akt administracyjny (decyzję administracyjną czy też akt, do którego należy stosować przepisy dotyczące tych decyzji)” (Sanetra, 2001, komentarz do art. 7).

Trudno zgodzić się z tym stanowiskiem. Odwołanie z funkcji s.i.p., po pierwsze, pozbawia pracownika szczególnej ochrony trwałości stosunku pracy, a po drugie następuje z powodu naruszenia przez s.i.p. jego inspektorskich obowiązków, co, jeżeli ten zarzut jest nieprawdziwy, może naruszać jego godność osobistą (część). Według mnie nie do przyjęcia jest w związku z tym, aby akt o takich skutkach w sferze stosunku pracy nie podlegał żadnej prawnej kontroli. Uważam, opierając się na orzecznictwie sądowym dotyczącym kontroli legalności aktu wyboru s.i.p., że również legalność odwołania z tej funkcji podlega pośrednio kontroli sądowej w kontekście rozpatrywania roszczeń odwołanego związanych z naruszeniem art. 13 ust. 1 u.s.i.p. lub z naruszeniem jego dóbr osobistych.

„Kompetencje” społecznych inspektorów pracy

Artykuł 4 u.s.i.p., znajdujący się w jej rozdziale 2 Zadania i organizacja s.i.p., stanowi jakie „prawa” mają społeczni inspektorzy pracy. Mimo użycia wyrazu „prawo” w „główce” tego przypisu, w istocie chodzi w nim nie tyle o prawa, co raczej o zadania czy też obowiązki inspektorskie. Są to bowiem tego rodzaju prawa, z których społeczni inspektorzy mają obowiązek korzystać (a więc *sui generis* kompetencje). Wynika to pośrednio z brzmienia ostatniego, ósmego punktu wyliczenia owych „praw”, w których mowa o wykonywaniu innych (niż wyliczone w poprzednich punktach) **zadaniach** s.i.p. Taki wniosek płynie też z art. 7 u.s.i.p., przewidującego możliwość odwołania s.i.p. z powodu „niewywiązywania się ze swoich obowiązków”. Żaden przepis ustawy nie określa bowiem *expressis verbis* obowiązków s.i.p., toteż należy przyjąć, że chodzi o niewykonywanie bądź niewłaściwe wykonywanie zadań wyliczonych w art. 4 u.s.i.p. (tak też Sanetra, 2001, komentarz do art. 7 u.s.i.p.).

W celu umożliwienia s.i.p. wykonywania tych zadań, każdy społeczny inspektor ma prawo:

1) wstępu w każdym czasie do pomieszczeń i urządzeń zakładu pracy,

2) żądania od kierownika zakładu pracy oraz oddziału (wydziału) i od pracowników — informacji oraz okazania dokumentów dotyczących spraw wchodzących w zakres jego działania.

Jeżeli s.i.p. stwierdzi naruszenie przepisów prawa pracy, powinien poinformować o tym kierownika zakładu pracy, dokumentując jednocześnie ten przypadek w zakładowej księdze uwag lub uwag i zaleceń.

Szczególne uprawnienie, o wiążącym w pewnym zakresie charakterze, przysługuje, z mocy art. 12 u.s.i.p., wyłącznie zakładowemu społecznemu inspektorowi pracy. Ma on prawo, na podstawie ustaleń własnych, oddziałowego (wydziałowego) lub grupowego s.i.p., skierować do kierownika zakładu pracy pisemne **zalecenie** usunięcia w określonym terminie stwierdzonych uchybień. W razie stwierdzenia w zakładzie bezpośredniego zagrożenia wypadkiem przy pracy, zakładowy s.i.p. powinien wystąpić do kierownika zakładu pracy o natychmiastowe usunięcie tego zagrożenia, a w przypadku niepodjęcia przez niego odpowiedniego działania — wydać pisemne zalecenie wstrzymania pracy danego urządzenia technicznego lub określonych robót, zawiadamiając o tym jednocześnie organizację związkową.

Pracodawca, któremu zakładowy s.i.p. doręczył zalecenie, może zareagować na nie w dwojaki sposób: wykonać je albo, jeżeli uważa je za niezasadne, wnieść sprzeciw do właściwego miejscowo państwowego inspektora pracy. Państwowy inspektor pracy może, uznając zasadność zalecenia, wydać w tej sprawie decyzję administracyjną — nakaz albo uwzględnić sprzeciw pracodawcy, co oznacza pośrednie „uchylenie” zalecenia, i ewentualnie podjąć inne środki prawne będące w dyspozycji PIP, np. skierować do pracodawcy wystąpienie.

W postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym Konfederacja Lewiatan zaskarżyła przepisy art. 4, 8 i 11 u.s.i.p. pod zarzutem naruszenia art. 20 w zw. z art. 22 Konstytucji (wolność działalności gospodarczej) oraz art. 47 Konstytucji (prawa do prywatności), przez to, że wyposażają one społecznych inspektorów pracy w zbyt daleko idące uprawnienia, znacznie wykraczające poza cel działania społecznej inspekcji pracy. W uzasadnieniu tych zarzutów podała, że pracodawca nie ma żadnego instrumentu powstrzymania s.i.p. przed jego działaniami, nawet gdyby ich podjęcie mogło spowodować znaczne straty pracodawcy, sprowadzić zagrożenie życia lub zdrowia dla samego inspektora lub innych osób, prowadzić do naruszenia tajemnicy pracodawcy bądź przepisów o ochronie danych osobowych. Prawo wydawania przez zakładowego s.i.p. wiążących pracodawcę zaleceń godzi, zdaniem Konfederacji, w wolność działalności gospodarczej.

Trybunał uznał te zarzuty, moim zdaniem słusznie, za nieuzasadnione. Stwierdził, że zarówno prawo wchodzenia do wszystkich pomieszczeń gdzie odbywa się praca, jak i żądania wyjaśnień i dostępu do dokumentów są niezbędne do wykonywania zadań s.i.p. i mogą mieć miejsce tylko w związku z wykonywaniem tych zadań. Poza tym, żadne przepisy nie zwalniają s.i.p., także gdy wykonuje swoje inspektorskie zadania, z obowiązku przestrzegania powszechnie obowiązujących przepisów prawa, w tym dotyczących bhp, tajemnic ustawowo chronionych (informacji niejawnych), ochrony danych osobowych i odpowiedzialności za ich naruszenie; o obowiązku zachowania przepisów o ochronie informacji niejawnych przypomina *expressis verbis* art. 8 ust. 3 u.s.i.p. Trybunał orzekł jednak w przywoływanym tu wyroku, że art. 8 ust. 2 u.s.i.p. w zakresie, w jakim nie uzależnia obowiązku pracodawcy

udzielenia s.i.p. informacji i okazania mu dokumentów od uzyskania zgody pracownika w przypadkach, w których realizacja tego obowiązku wiązałaby się z udostępnieniem danych osobowych tego pracownika, jest niezgodny z art. 47 Konstytucji.

Trybunał nie uznał prawa zakładowego s.i.p. do wydawania zaleceń wiążących pracodawcę za nieproporcjonalne ograniczenie wolności działalności gospodarczej pracodawcy. Oceniał to najdalej idące uprawnienie zakładowego s.i.p. jako instrument nie tylko przydatny, lecz wręcz niezbędny dla realizacji zadań s.i.p., jedyny umożliwiający oddziaływanie w sposób wiążący na zachowania pracodawcy. W uzasadnieniu tego stanowiska stwierdził, że „Ranga dóbr podlegających ochronie w razie stwierdzenia naruszenia norm prawa pracy, takich jak życie, zdrowie i ogólny dobrostan pracowników, przeważa nad dobrem, jakim jest swoboda działania podmiotu realizującego wolność działalności gospodarczej” (uzasadnienie, s. 68).

Ponadto Trybunał podkreślił, że pracodawca nie musi w każdym przypadku podporządkować się zaleceniu — jeśli uważa je za nielegalne lub nieuzasadnione, może wnieść sprzeciw do właściwego organu PIP, co sprawia, że sprawę rozstrzygnie profesjonalny państwowy organ, w ramach swoich ustawowych kompetencji. W związku ze sprzeciwem Trybunał dokonał w uzasadnieniu wyroku interpretacji przepisu art. 11 ust. 3 u.s.i.p., zgodnie z którą powinien on być rozumiany w ten sposób, „że wniesienie sprzeciwu zawiesza obowiązek wykonania zalecenia. (...) Odmienne rozumienie art. 11 ust. 3 u.s.i.p. podważyłoby sens instytucji sprzeciwu, a także skutkowałoby nadmiernym osłabieniem ochrony interesów pracodawcy przed nieuzasadnioną ingerencją przedstawiciela pracowników w wolność działalności gospodarczej” (uzasadnienie, s. 69)². Podzielając to stanowisko Trybunału, jednocześnie muszę zauważyć, że miałyby ono większe znaczenie, gdyby zostało wyrażone nie tylko w uzasadnieniu, lecz w — powszechnie wiążącej — sentencji wyroku (pkt 7 wyroku mógłby mieć charakter „interpretacyjny”).

Niewątpliwie brak regulacji tej kwestii w ustawie o s.i.p. stanowi kolejny istotny jej mankament.

Szczególna ochrona trwałości stosunku pracy społecznych inspektorów pracy

Każdemu s.i.p. przysługuje jednakowa dla wszystkich s.i.p., bez względu na szczebel organizacyjny, na którym występują, szczególna ochrona trwałości stosunku pracy (powstałego na podstawie umowy o pracę, spółdzielczej umowy o pracę bądź mianowania), uregulowana w art. 13 u.s.i.p. Ochrona ta jest konieczna dla zapewnienia pracownikowi pełniącemu funkcję s.i.p. niezależności przede wszystkim od pracodawcy, któremu jako pracownik jest on podporządkowany, a którego jednocześnie jako s.i.p. ma prawo kontrolować, zwracać uwagę, a gdy jest zakładowym s.i.p. — także wydawać mu wiążące zalecenia. Ochrona ta jest silna — silniejsza nawet od ochrony działaczy związkowych wynikającej z art. 32

u.z.z. — i słusznie, gdyż s.i.p. poważnie traktujący swoje obowiązki są bardziej narażeni na niechęć pracodawców i chęć pozbycia się ich. Konieczności istnienia szczególnej ochrony trwałości stosunku pracy s.i.p. nie kwestionowała nawet Konfederacja Lewiatan w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym. Obecnej regulacji tej ochrony w art. 13 u.s.i.p. zarzucała natomiast to, że jest za silna i przez to uniemożliwia pracodawcy prowadzenie właściwej polityki personalnej w ramach wolności działalności gospodarczej, zwłaszcza w związku z brakiem — zdaniem Konfederacji — limitowania liczby s.i.p. u jednego pracodawcy, brakiem możliwości pozbywania tej ochrony s.i.p., który nie wykonuje swoich obowiązków (jak gdyby to do pracodawcy należała ocena wywiązywania się przez s.i.p. z jego obowiązków!), a także naruszenie zasady równości (art. 32 Konstytucji) oraz zasady prawidłowej legislacji i zaufania do państwa i stanowiącego przez nie prawa (art. 2 Konstytucji).

Trybunał, moim zdaniem słusznie, uznał te zarzuty za nieuzasadnione. Rzeczywiście silna ochrona s.i.p., niezbędna dla zapewnienia im niezależności od pracodawcy, nie jest jednak absolutna. Przepisy prawne uchylają ją całkowicie w takich obiektywnie uzasadnionych przypadkach, jak ogłoszenie upadłości lub likwidacji pracodawcy (art. 41¹ § 1 k.p.), a także — według poglądu przyjętego w doktrynie — w przypadku uzyskania przez pracownika-s.i.p. prawa do renty z tytułu całkowitej niezdolności do pracy (Sanetra, 2001, komentarz do art. 13). Ten ostatni przypadek, oparty na normie z art. 13 ust. 2 u.s.i.p., jest moim zdaniem wątpliwy z uwagi na to, że wymieniony w tym przepisie art. 40 k.p., uchylający szczególną ochronę trwałości stosunku pracy z powodu nabycia prawa do renty, w obecnym brzmieniu uchyla tylko ochronę z tytułu wieku przedemerytalnego, uregulowaną w art. 39 k.p., podczas gdy w czasie uchwalania ustawy o s.i.p. dotyczył także przypadku ochrony przed zwolnieniem s.i.p.

Rygorystyczny zakaz wypowiedzania stosunku pracy s.i.p. jest osłabiony w przypadku zwolnień z pracy z przyczyn nie dotyczących pracownika (tj. praktycznie z przyczyn leżących po stronie pracodawcy), regulowanych ustawą z 13 marca 2003 r. (DzU z 2016 r. poz. 1474 ze zm.). Zgodnie z art. 5 i 10 tej ustawy, społecznemu inspektorowi pracy można w takiej sytuacji wypowiedzieć dotychczasowe warunki pracy lub płacy. Jeżeli zmiana warunków pracy lub płacy powoduje obniżenie wynagrodzenia, przysługuje mu z mocy art. 5 ust. 6 i art. 10 ust. 1 tej ustawy przez cały okres ochronny dodatek wyrównawczy. Poza tym wypowiedzenie zmieniające można „w zwykłym trybie” zastosować także wobec s.i.p. na podstawie art. 43 k.p., jeżeli zmiana warunków pracy lub płacy stała się konieczna z powodów w nim wskazanych.

Istotna wątpliwość powstaje na gruncie art. 13 ust. 1 u.s.i.p. w związku z wymaganiem uprzedniej zgody „właściwego organu zakładowej organizacji związkowej” na rozwiązanie stosunku pracy bez wypowiedzenia (zarówno z winy pracownika jak i z przyczyn przez niego niezawinionych) z pracownikiem pełniącym funkcję s.i.p. Chodzi

o to, czy w przypadku, gdy w zakładzie istnieje więcej niż jedna zakładowa organizacja związkowa, wystarczy zgoda tylko jednej z nich na rozwiązanie, czy też dla legalności rozwiązania konieczne jest uprzednie wyrażenie na nie zgody przez wszystkie te organizacje związkowe. Uważam, że właściwe jest to drugie stanowisko (odmiennie, jak się wydaje, Książek, 2016, komentarz do art. 13), mimo iż art. 13 ust. 1 u.s.i.p. stanowi o zgodzie wyrażonej przez właściwy organ „zakładowej organizacji związkowej” — w liczbie pojedynczej. Jednakże używanie liczby pojedynczej lub mnogiej rzeczowników jest w tej ustawie na tyle niekonsekwentne, że nie można z tego czynić istotnego argumentu na rzecz określonej interpretacji przepisu. Wymaganie zgody wszystkich funkcjonujących u danego pracodawcy z.o.z. wynika z tego, że wszystkie one biorą (w każdym razie — powinny brać) udział w wyborze s.i.p., a także w jego odwołaniu oraz współdziałają, w sposób określony w ustawie, przy wykonywaniu przez niego zadań oraz ustalaniu niektórych jego uprawnień. Poza tym możliwość doprowadzenia do rozwiązania stosunku pracy za sprawą jednej tylko organizacji związkowej mogłoby zostać wykorzystane w celu otwarcia drogi do wyboru innego, bardziej jej odpowiadającego s.i.p., zwłaszcza gdy obecny nie jest jej członkiem.

Za nietrafne uważam przy tym stanowisko, jakoby pracodawca miał zwracać się o wyrażenie zgody na rozwiązanie bez wypowiedzenia stosunku pracy z s.i.p. tylko do organizacji związkowej, której jest członkiem lub z którą, nie będąc jej członkiem, zawarł porozumienie o reprezentowaniu przez nią jego interesów, na zasadach określonych w art. 30 ust. 2 u.z.z., oraz że pracodawca nie ma obowiązku uzyskania zgody na rozwiązanie stosunku pracy, jeżeli s.i.p., niebędący członkiem związku, nie zawarł też porozumienia z żadną z.o.z. w sprawie ochrony jego praw³. Wspomniane przepisy ustawy o związkach zawodowych, moim zdaniem, nie mogą znaleźć tutaj zastosowania, gdyż chodzi o wyjątkowy tytuł do ochrony, jakim jest pełnienie funkcji s.i.p. w interesie ogółu pracowników i gwarancje jego niezależności.

Z tego, co wyżej napisałam o art. 13 u.s.i.p., wynika jasno, że jest to kolejny przepis tej ustawy wymagający pilnej zmiany.

Koszty funkcjonowania społecznej inspekcji pracy

Z mocy art. 14 ust. 1 u.s.i.p. koszty związane z działalnością s.i.p. ponosi pracodawca. Co obejmuje w tym przypadku pojęcie kosztów, nie jest jasne. W każdym przypadku są to koszty rzeczowe, a niekiedy także osobowe. Artykuł 14 ust. 1 zobowiązuje pracodawcę do zapewnienia społecznym inspektorom pracy odpowiednich warunków realizacji ich zadań. To zobowiązanie pracodawcy też nie jest określone precyzyjnie. Z reguły chodzi o zapewnienie jakiegoś pomieszczenia, gdzie społeczni inspektorzy różnych szczebli mogliby się spotkać, wymienić się spostrzeżeniami czy rozmawiać z pracownikami, wyposażonego w podstawowe środki komunikacji i niezbęd-

ne materiały biurowe. W małym zakładzie, gdzie trudno o wygospodarowanie oddzielnego pomieszczenia, s.i.p. mógłby, jak sądzę, korzystać z pomieszczenia zajmowanego przez z.o.z. Pracodawca ma również obowiązek sfinansować zakup książek zaleceń i uwag, zaopatrzyć s.i.p. w akty prawne z zakresu prawa pracy, a według niektórych należy uwzględnić również koszty prenumeraty fachowej prasy, przeprowadzania szkoleń s.i.p. i ich podróży służbowych (zob. Bojanowski, 2001, s. 14; Rutkowski, 2005, s. 30; temu stanowisku sprzeciwia się Pettke, 2009, s. 12).

Uważam, że zakres obciążenia pracodawcy tymi kosztami powinien zostać z nim wynegocjowany przez kierującą działalnością s.i.p. zakładowe organizacje związkowe, z uwzględnieniem liczby s.i.p. w danym zakładzie, specyfiki ich zadań wynikającej z przedmiotu działalności pracodawcy oraz wielkości i możliwości finansowych pracodawcy.

Obciążenie pracodawcy wskazanymi kosztami o charakterze rzeczowym jest uzasadnione interesem publicznym, którym jest sprawne działanie s.i.p., a także dobrze pojętym interesem samego pracodawcy, który dzięki społecznemu nadzorowi nad warunkami pracy i przestrzeganiem prawa pracy może uniknąć takich następstw tych naruszeń jak wypadki przy pracy czy też interwencji zewnętrznego organu państwowego — PIP.

Oprócz wydatków rzeczowych pracodawca, z mocy art. 15 ustawy, może też ponosić pewne koszty osobowe w postaci wypłaty wynagrodzenia s.i.p. za czas nieświadczenia przez niego pracy z powodu wykonywania w godzinach pracy obowiązków inspektorskich oraz tzw. wynagrodzenia zryczałtowanego (ryczałtu) w razie znacznego obciążenia s.i.p. tymi obowiązkami.

Zgodnie z art. 15 ust. 1 u.s.i.p. społeczni inspektorzy pracy powinni wykonywać swoje czynności w zasadzie poza godzinami pracy. Jeżeli jednak konieczne jest wykonywanie tych czynności, uczestniczenie w szkoleniu lub w naradzie w godzinach pracy, to mogą to czynić w tych godzinach i zachowują za ten czas prawo do wynagrodzenia od pracodawcy jak za czas przepracowany (art. 15 ust. 2 u.s.i.p.).

Poza godzinami pracy społeczni inspektorzy powinni, co do zasady, wykonywać swoje czynności „społecznie”, tj. bez wynagrodzenia. Jednak w razie znacznego obciążenia zadaniami wynikającymi z pełnienia funkcji s.i.p. pracodawca, na wniosek zakładowych organizacji związkowych, może ustalić miesięczne wynagrodzenie zryczałtowane w wysokości nieprzekraczającej wynagrodzenia za 30 godzin pracy danego pracownika pełniącego funkcję s.i.p. (art. 15 ust. 3 u.s.i.p.). W szczególnie uzasadnionych przypadkach pracodawca, na wniosek zakładowych organizacji związkowych, może podwyższyć to wynagrodzenie do wysokości nieprzekraczającej wynagrodzenia za 60 godzin pracy (art. 15 ust. 4 u.s.i.p.).

To rozwiązanie jest według mnie ewidentnie sprzeczne z zasadą niezależności s.i.p. od pracodawcy w zakresie pełnienia przez niego funkcji. Znam przypadek średniej wielkości zakładu produkcyjnego w moim mieście, gdzie najpierw przez około 10 lat — po jednorazowym tylko wyborze — był zakładowym społecznym inspektorem

pracy pracownik, który nic nie robił w tej roli. W zakładzie nie było nawet zakładowej ani oddziałowych ksiąg uwag i zaleceń. Przez cały czas otrzymywał od pracodawcy ryczałtowe wynagrodzenie. W wyniku przeprowadzonych w końcu wyborów nowym zakładowym s.i.p. została kobieta, zatrudniona na robotniczym stanowisku i jednocześnie studiująca zaocznie prawo (bez żadnej pomocy pracodawcy). Od razu zażądała od pracodawcy założenia ksiąg uwag i zaleceń. Następnie, gdy kierownictwo zakładu nie liczyło się z jej uwagami co do niewłaściwych warunków pracy i naruszania przepisów prawa pracy, spowodowała przeprowadzenie w zakładzie kontroli PIP, która okazała się bardzo „wynikowa”. Walczyła też z praktyką tuszowania wypadków przy pracy i zwalniania z pracy ofiar tych wypadków. Jak nietrudno się domyśleć, owa zakładowa inspektor, która poświęcała wykonywaniu inspektorskich czynności wiele swojego wolnego czasu, bo przełożeni pilnowali, aby nie robiła tego na swojej zmianie, nie otrzymała ani złotówki ryczałtu w ciągu całej kadencji, mimo że zakładowe organizacje związkowe złożyły stosowny wniosek w tej sprawie. Co więcej, kierownictwo zakładu najpierw próbowało w perfidny sposób — „przy okazji” wypadku przy pracy — zwolnić ją z pracy, a gdy to się nie udało, upokarzano ją różnymi metodami, m.in. polecając jej, z powołaniem się na art. 42 § 4 k.p. — na okres 6 miesięcy — sprzątanie hal produkcyjnych zamiast wykonywania pracy określonej w umowie o pracę. Jediną satysfakcją pani inspektor, poza poczuciem dobrze spełnionego obowiązku na rzecz współtowarzyszy pracy, było dwukrotne zdobycie drugiego miejsca w konkursie na „Najaktywniejszego s.i.p.” w województwie, organizowanym przez okręgowego inspektora pracy.

Uważam, że należy niezwłocznie zmienić obowiązującą regulację wynagrodzenia ryczałtowego, o którego przyznaniu i wysokości decyduje obecnie, według swego uznania, pracodawca, mając możliwość wpływania w ten sposób na zachowanie s.i.p., zwłaszcza tych o słabszym charakterze i mało zarabiających. Samo wynagrodzenie powinno jednak pozostać, gdy poważnie traktowane obowiązki s.i.p., szczególnie zakładowego, zwłaszcza w zakładach produkcyjnych, wymagają poświęcenia dużej ilości czasu. O jego przyznaniu mógłby jednak decydować np. właściwy okręgowy inspektor pracy, na wniosek zakładowych organizacji związkowych, a finansowane powinno być ono ze środków budżetu państwa, co jest o tyle uzasadnione, że dobrze funkcjonująca s.i.p. uzupełnia i wyręcza inspekcję państwową.

Identyczne rozwiązanie mogłoby być zastosowane w sytuacji, o której mowa w art. 15 ust. 5. Przepis ten przewiduje swoiste „oddelegowanie” przez pracodawcę, na wniosek z.o.z., pracownika pełniącego funkcję **zakładowego** s.i.p. do „etatowego” pełnienia tej funkcji, przez zwolnienie go od jego pracowniczych obowiązków z zachowaniem prawa do wynagrodzenia na czas pełnienia tej funkcji. Zgodnie z ustawą jest to możliwe w zakładzie pracy, w którym występuje szczególne zagrożenie zdrowia i życia pracowników, a warunki pracy wymagają stałego społecznego nadzoru.

Uwagi końcowe

Na zakończenie powtórzę to, o czym wcześniej napisałam. Uważam, że należy koniecznie utrzymać instytucję społecznej inspekcji pracy, jako niezbędny instrument społecznego nadzoru nad przestrzeganiem prawa pracy oraz warunkami pracy w zakładzie pracy⁴. Społeczni inspektorzy, jako pracownicy zakładu, legitymujący się określonym stażem pracy w określonej branży i zakładzie, będąc w nim na co dzień, są w stanie na bieżąco monitorować w nim stan praworządności i stan bhp. Uzupełniają w ten sposób działanie PIP, która ze względu na liczbę pracodawców podlegających jej nadzorowi oraz małą liczebność kadry inspektorskiej nie jest w stanie objąć skutecznym nadzorem większości pracodawców. Państwowa Inspekcja Pracy powinna jak i obecnie wspierać społeczną inspekcję m.in. przy podnoszeniu kwalifikacji s.i.p. oraz nadzorować merytorycznie ich działalność, w szczególności przez rozpatrywanie sprzeciwów od zaleceń zakładowego s.i.p. oraz egzekwowanie jego „prawomocnych” zaleceń.

Sprawne funkcjonowanie s.i.p. leży również w dobrze pojętym interesie pracodawcy — pozwala mu bowiem zmniejszyć zagrożenie wypadkowe, a także uniknąć interwencji organów państwowego nadzoru nad warunkami pracy i przestrzeganiem prawa pracy. Toteż słuszne jest, aby pracodawca uczestniczył w ponoszeniu kosztów funkcjonowania s.i.p., nie powinien jednak decydować o przyznawaniu ani finansować „wynagrodzenia” z tytułu pełnienia funkcji s.i.p., ani o „oddelegowaniu” zakładowego s.i.p. do „etatowego” pełnienia tej funkcji, gdyż godzi to w niezależność s.i.p.

Bardzo pożądane jest ustanowienie prawnego nadzoru nad wybieraniem i odwoływaniem s.i.p.

Jeżeli społeczna inspekcja pracy ma mieć przyszłość w naszym państwie, konieczne jest niezwłoczne uchwalenie nowej, poświęconej jej ustawy. Dalsze obowiązywanie obecnej ustawy, zawierającej tyle błędnych rozwiązań, stwarza pretekst do podważania sensu istnienia tej instytucji. Zainteresowane właściwą regulacją s.i.p. powinny być przede wszystkim związki zawodowe, gdyż jest ona w istocie wyspecjalizowaną agendą związkowego nadzoru nad przestrzeganiem prawa pracy i warunkami pracy w zakładach pracy i społecznym organem ochrony praw pracowniczych. Związki zawodowe mogłyby w tym celu skorzystać z uprawnienia przyznanego reprezentatywnym organizacjom związkowym przez art. 20 u.z.z., tj. prawa wystąpienia do podmiotów mających prawo inicjatywy ustawodawczej z wnioskiem o wydanie odpowiedniej ustawy. A jeszcze lepiej byłoby, gdyby udało się uzgodnić projekt takiej ustawy lub jej założenia ze stroną pracodawców na forum Rady Dialogu Społecznego, a następnie wspólnie wystąpić z „prainicjatywą ustawodawczą”.

¹ Na s. 8 wniosku został przywołany przykład firmy Orange Polska S. A., w której miało być powołanych 668 s.i.p., za *Společná inspekce práce — koniecznost' czy relikv przeszlosti?*, „Rzeczpospolita” z 11 lipca 2013 r., <http://pracodawcy.rp.pl/aktualnosci/art.1163,spoleczna-inspekcja-pracy>. Trybunał ta informacja najwyraźniej nie przekonała.

² W doktrynie ku podobnej interpretacji zdaje się skłaniać D. Książek, z wyjątkiem zawieszenia wykonalności zaleceń dotyczących usunięcia zagrożeń życia i zdrowia pracowników, które powinny być zrealizowane natychmiast (Książek, 2016). Przeciwny pogląd wyraził W. Sanetra, który, uznając potrzebę wstrzymania wykonalności zalecenia na czas przewidziany na wniesienie sprzeciwu i jego rozpatrywanie, nie widzi jednak podstaw do przyjęcia takiego rozwiązania na gruncie obowiązującej ustawy o s.i.p. (Sanetra, 2001, komentarz do art. 11).

³ Tak Sanetra, 2001, komentarz do art. 13 oraz Książek, 2016, komentarz do art. 13; przywołanie przez tych autorów, na zasadzie analogii, stanowiska Sądu Najwyższego w sprawie dotyczącej ochrony trwałości stosunku pracy działaczy związkowych, wyrażonego w wyroku z 29 sierpnia 1991 r., I PRN 37/91 (niepubl.), wydaje mi się tu nieadekwatne, gdyż działacz związkowy jest zawsze członkiem określonej organizacji związkowej.

⁴ Ostatnio bardzo dobrze o instytucji społecznej inspekcji pracy wypowiedział się Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 15 lutego 2018 r., I UK 555/16, dotyczącego zaliczenia czasu pełnienia funkcji s.i.p. w kopalni do okresu pracy górniczej na gruncie ustawy o emeryturach i rentach z FUS.

Bibliografia

- Bojanowski, W. (2001). *Společný nadzór nad warunkami pracy. Materiál školení*. Warszawa: Wyd. Głównego Inspektora-tu Pracy.
- Gaza, Ł. (2006). Parasol ochronny przed zwolnieniami. *Gazeta Prawna*, portal „Waluty.com” z 2 kwietnia 2006 r.
- Kozieł, W. (1988). *Ustawa o społecznej inspekcji pracy. Komen-tarz*. Warszawa.
- Książek, D. (2016). Komentarz do ustawy o społecznej inspek-cji pracy (komentarz do art. 3). W: W. Kozieł (red.), *Zbioro-we prawo pracy. Komentarz*. Warszawa.
- Pettke, P. (2009). *Společná inspekce práce — instytucja mi-nionego czasu. Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, (8).
- Rączka, K. (2008). Co dalej ze społeczną inspekcją pracy — fe-lieton. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, (9).
- Rutkowski, T. (2005). *Společný nadzór nad warunkami pracy. Informator*. Warszawa.
- Sanetra, W. (2001). Komentarz do ustawy o społecznej inspek-cji pracy (komentarz do art. 3). W: W. Sanetra (red.), *Prawo socjalne*. Warszawa.

Zapraszamy na naszą stronę internetową

www.pizs.pl 

Employment contracts after the reform of Lithuanian Labour Code

Umowy o pracę po reformie litewskiego kodeksu pracy

dr Tatiana Wroclawska

University of Lodz, Faculty of Law and Administration, Department of Labour Law

ORCID: 0000-0001-6780-8897

e-mail: twroclawska@wpia.uni.lodz.pl

dr Ingrida Macernyte-Panomarioviene

Mykolas Romeris University (Lithuania)

ORCID:0000-0003-0716-9354

e-mail: ingridam@mruni.lt

Summary As the one of the main aim of the reform of Lithuanian labour law was indicated the need for providing more flexibility in employment relationships based on the Danish model of *flexicurity*, according to which the lower level of employment permanence is compensated by the system of effective benefits and facilities for employees in undertaking suitable work. This aim was accompanied by redefining of different instruments and legal regulations of individual labor law focused on fundamental changes related to employment protection and rights of dismissed employees, the types of employment contracts and working terms, as well as by introducing the new quality into collective labour relations. The changes introduced into Lithuanian labour law are along with the contemporary discussion on working standards in employment relationships and are demonstrating the new direction for development of Lithuanian labour law followed by Lithuanian legislator. Accordingly, the presented study is concentrated on legal analyses of the new types of employment contracts, which are aimed at providing more flexibility for parts of employment contracts accompanied by appropriate guarantees and security for employees.

Keywords: Lithuanian labour code, labour law reform, *flexicurity*, employment contracts, termination of employment contracts.

Streszczenie Jako jeden z głównych celów reformy litewskiego prawa pracy wskazywano potrzebę uelastycznienia stosunków zatrudnienia na wzór duńskiego modelu *flexicurity*, w ramach którego zmniejszenie gwarancji ochrony trwałości stosunków pracy pracowników jest rekompensowane efektywnym systemem świadczeń oraz łatwością pozyskiwania odpowiedniego zatrudnienia przez pracowników. Towarzyszyło temu przereformowanie wielu instytucji i unormowań z zakresu indywidualnego prawa pracy, w tym zwłaszcza w zakresie trwałości zatrudnienia oraz uprawnień zwalnianych pracowników, rodzajów umów o pracę i warunków wykonywania pracy, a także wprowadzenie nowej jakości do regulacji zbiorowych stosunków pracy oraz uprawnień przedstawicieli pracowników. Zmiany dokonane w ramach reformy litewskiego prawa pracy wpisują się w dyskusję dotyczącą współczesnych standardów zatrudnienia pracowniczego oraz ukazują obrany przez ustawodawcę litewskiego nowy kierunek rozwoju prawa pracy: zdeterminowany postępem technologicznym i globalizacją oraz łączący większą elastyczność z systemem odpowiednich gwarancji pracowniczych. Autorki poddają analizie prawnej i ocenie unormowania określające nowe podstawy zatrudnienia pracowniczego.

Słowa kluczowe: litewski kodeks pracy, reforma prawa pracy, *flexicurity*, umowy o pracę, rozwiązywanie umów o pracę.

JEL: K31, J41, J81

The direction of and justification for the legislative changes introduced

September 2016 constitutes a special date for the advocates of the Lithuanian employment law doctrine.

On 14 September of this year the Seimas (parliament) of the Republic of Lithuania, ignoring the presidential veto, passed the new Labour Code¹, within the framework of which particular essential amendments altered the existing legal norms within the scope of both individual

and collective employment law. Moreover, some innovative solutions and legal norms, not addressed before in Lithuanian employment law, were introduced. The justification for such radical changes, which are a part of the employment law reform, was recognized on several layers. First of all, as the Lithuanian Labour Code of 2002 had been in situ for more than ten years its practical application had decreased, despite the 60 amendments to the Code which were introduced while it was in force being not without significance. However, the main objection to the existing employment law was that, in fact, the solutions in use were incompatible with the regulations of the Code, which, according to the advocates of the doctrine, was the result of the development of three distinct configurations of employment law. The legal provisions of the Lithuanian Labour Code were considered to be part of the first, while the internal practices of workplaces, often differing from the regulations of the Code and characterized by the development of new rules and solutions, were recognized as the second. In turn, the third of these configurations consisted of rules and solutions created by judges, relying on civil law regulations and norms while adjudicating on employment law cases (Davulis, 2017b, p. 9). The fact that a considerable part of the provisions of the Lithuanian Labour Code was not applied, as well as the lack of legal provisions compatible with contemporary socio-economic conditions were stressed as further reasons for the reform. In addition, the need to increase the competitiveness and efficiency of the employment situation required the introduction of new employment laws, a decrease in administrative encumbrances and bureaucracy, the increase of flexibility and safety at work, as well as combating negative phenomena in the working environment, connected mostly with the performance of undeclared and illegal work, were highlighted.

A significant stimulus to the reforms was the need to redefine the long-standing social guarantees in Lithuania (though extremely inadequate) to the current economic realities of the country. Due to the ineffectiveness of informative-consultative procedure and social dialogue (a result of the crisis in negotiations and collective agreements) the scope of the necessary changes also included labour law (Davulis, 2017a, p. 244).

The reform of Lithuanian employment law was preceded by scientific research — commenced in 2014 on the initiative of the Ministry of Social Security and Labour of the Republic of Lithuania. It was incorporated into the project called "Social Model" (Modelis, 2015). As a result of this research, particular legal solutions were introduced as part of the prepared drafts of normative acts. In 2015 the government of the Republic of Lithuania directed the drafts to the Seimas². The scope of the changes and the new legal solutions proposed encountered substantial resistance and protests from trade unions, thereby increasing the negative social reception of the drafted solutions and influencing the consultative process of the project within the Tripartite

Commission. This had significant consequences in relation to the future of the draft of the Labour Code. On 21 June 2016 the new Labour Code was enacted by the Seimas of the Republic of Lithuania thanks to the majority of votes of the ruling coalition. The President of the Republic of Lithuania, however, vetoed the Bill³, claiming that it increased social division, led to greater emigration, and decreased the level of social security. (Davulis, 2017a, p. 245–246). Although the presidential veto was rejected by the Parliament in September 2016⁴, the coming into force of the Labour Code was considerably delayed due to the political turbulence. It should be highlighted that the social partners of the legislative process within the Tripartite Commission had an impact on the shape of the solutions adopted. This Tripartite Commission constituted a new quality within the scope of the development of employment law regulations and was recognized as a decisive step towards the development of social dialogue. Finally, after further amendments, the Lithuanian Labour Code was adopted on 1 July 2017 (Davulis, 2017b, p. 11–12).

The new Labour Code is comprised of 260 articles and its internal systematics is based on the fundamental division into general and detailed parts — with the latter including regulations related to individual and collective employment law and resolution of employment disputes. The sweeping changes of the new Labour Code results in the creation of the ability to apply the norms and provisions of the Code in relation to broader groups of people in work, not just to people employed on the basis of employment contracts (Davulis, 2017a, p. 247). In order to prevent the overuse of the application of norms and rules characteristic of civil law regulations, provisions which prohibit or severely limit such practices to only those cases indicated in the Act were incorporated into the Code. Consequently, it was stipulated that the civil law agreements which were entered into within employment frameworks will now be assessed from the perspective of employment law (Davulis, 2017a, p. 248).

The above-mentioned amendments to the legal provisions were brought about by the need to make the employment regulations more flexible in order to adjust employment conditions to the current socio-economic circumstances. The achievement of this would not be possible, however, if the basis for performing work was not adequately regulated. Thus, the changes related to the types of employment contracts — intended to create more employment opportunities while taking into account the flexicurity model, which is the necessary level of security in employment — deserves special attention.

Types of employment contracts

Article 66 of the Lithuanian Labour Code enumerates eight types of employment contracts: indefinite (permanent) employment contracts, fixed-term employment contracts, temporary employment contracts,

seasonal employment contracts, project completion contracts, job sharing contracts, multi-employer contracts and, finally, apprenticeship contracts. It deserves to be highlighted that in the new Labour Code a part-time employment contract, additional work contract and distant work contract are not qualified as distinct types of contracts. Currently, the parties involved have the possibility to agree on the above-mentioned types of performing work as one of the conditions of performing work under a selected type of contract. It should also be noted that under art. 6 of the Lithuanian Labour Code — which includes transitional provisions — the provisions for fixed-term employment contracts and for indefinite employment contracts in force since 1 July 2017 are applied to contracts entered into before the new Labour Code came into force⁵.

The list of contract types stipulated in the above-mentioned provision is finite. Interestingly, the Lithuanian legislator ultimately abandoned the introduction of a so called 'contract for the unspecified scope of work', which, *de facto*, introduces no obligation to provide work at the employer's request. It is also called a zero-hour contract because its basic assumption is the possibility to be employed without prior agreement on the number of working hours. As a consequence, work is paid only for the actual work completed. The arguments — which occurred at the first stage of the discussion — for leaving these contracts in the new Labour Code, were supported by the fact that such provisions are in force in Great Britain, where there was evidence regarding their impact on the increase of employment. Later, this was disproved after revealing the disadvantages and negative effects on a worker's position: the low standard of the job, income and social security and on the labour market: the danger of circumventing the provisions of the law, resulting in the spread of the so-called grey zones of employment (Zasciurinskas, 2016).

In this study, firstly, the radically changed provisions concerning fixed-term employment contracts will be analysed⁶. Secondly, attention will be directed towards the last four contract types mentioned that constitute the new codified basis for performing work.

A fixed-term employment contract

Under the new Labour Code a new and important amendment to the paradigm of fixed-term employment contracts was made. The ban on entering into a fixed-term employment contract for work which has a permanent character was revoked and the possibility to make exceptions for collective labour agreements in this respect was excluded (Davulis, 2018, p. 266). The requirement of objective reasons as a necessary condition for concluding fixed-term employment contract was not introduced. Accordingly, it was highlighted in the literature that the abovementioned changes are one of the basic amendments to the Lithuanian employment law⁷ which gave the parties involved far greater freedom to enter into fixed-term employment contracts (Davulis,

2018, p. 263). It was supported by the arguments applied in the judicial workings of the Supreme Court of the Republic of Lithuania. Here, special attention is directed to the existing differentiation between work which has either a temporary or permanent character as a factor determining the choice of a particular type of employment contract. In relation to the above-mentioned criterion, the Supreme Court held that work does not have a permanent character if its necessity or performance is in any way, even an indirect one, connected with a term. Moreover, in the view of this court, a temporary increase in the need for work should constitute objectively justified circumstances for entering into a fixed-term employment contract for a specified period or for the time of completion of particular work⁸. It was highlighted at the same time that the circumstances justifying entering into fixed-term employment contracts are objective only when they are known to the all parties at the time of entering into the said contract and not later⁹.

In accordance with the definition of the Code, fixed-term employment contracts, and contracts for the time of completion of particular work fall into the category of definite period employment contracts¹⁰. The method in which the final term is specified was regulated in a detailed way. It may be stipulated as a calendar date, days, weeks, months or years and as the completion of work, as a result of the occurrence of particular events (circumstances), as a result of substantial change or when particular circumstances cease to exist. The last examples mentioned refer to the cases of liquidation or bankruptcy of an employer. Importantly, since 1 July 2017, entering into a fixed-term employment contract is also permissible in the case of work referred to as work of a permanent character for which employment contracts for an indefinite period are typically entered into. Such a far-reaching departure from the previous regulation prohibiting a similar practice was limited by the criterion of quantity. Fixed-term employment contracts cannot exceed 20% of all contracts entered into by an employer. The obligation to maintain the above-mentioned proportion is binding throughout the entire period of hiring employees by the employer and results in the need to constantly monitor the situation in the workplace¹¹. The situations when a fixed-term employment contract becomes an indefinite employment contract were clearly specified. It takes place *ex lege* as a consequence of the fact that the circumstances justifying the stipulation of the period for which the employment contract was entered into ceased to exist¹².

Significant amendments were made in relation to the maximum period for which fixed-term employment contracts may be entered into under the new Labour Code. Pursuant to Art. 68 of the Lithuanian Labour Code, this period amounts to two years instead of the 5 years previously stated and it applies both to not only one contract, but also to subsequent fixed-term contracts entered into with the same employee on condition that

the character of the work does not change¹³. In turn, the extended five-year period will be applied to cases when fixed-term contracts are entered into in order to perform particular work or tasks. It is also applied *inter alia* to people appointed to a position or selected for collegial bodies, teachers, as well as in other cases justified by the public interest. Nevertheless, in these cases, entering into such contracts, as well as extending them, is stipulated in separate Acts.

Furthermore, the term employment contracts entered into consecutively refers only to those contracts between which the break does not exceed two months. Prior to this an agreement entered into within one month from the termination of the previous fixed-term contract was treated as a subsequent contract. The above-mentioned limitations do not apply to employment contracts for replacement workers.

The legal consequences of exceeding these periods and time limits have a twofold impact. If the parties stipulate a longer term for the contract than that permissible, or if it is extended to more than the maximum period, the employment contract *ex lege* becomes an indefinite employment contract. This also applies in cases where the above-mentioned period is exceeded as a result of fixed-term employment contracts being entered into consecutively. In addition, the periods between the above-mentioned contracts will be treated as employment periods without the entitlement to remuneration.

It is worth highlighting that apart from the increased flexibility from entering into fixed-term employment contracts, the legislator implemented solutions which strengthen the position of employees. These resolutions include the obligation of the employer to notify of the termination of the contract, severance pay, as well as a higher premium to the state fund for employees in the form of unemployment insurance. The above-mentioned guarantees are applied, however, on certain conditions. These mainly refer to the length of service within the workplace. In the case of employment under a fixed-term employment contract for a period of not less than one year, the employer is obliged to notify the employee of the date of the contract's expiry (in writing) five working days before its end. The time limit for contracts lasting at least three years is extended to 10 working days. The consequences of any breach of the duty to notify were also stipulated. If the duty is not fulfilled, the employer must pay the employee compensation amounting to one day's remuneration for each day that this limit was exceeded, but not exceeding five or ten days. Another obligation on an employer linked to the guarantees for employees is the provision of severance pay for termination of a fixed-term employment contract. It applies, however, only to those contracts with a duration of more than two years. When they are rescinded, severance payment equals the amount of a monthly remuneration of the employee¹⁴.

As a rule, the termination of a fixed-term employment contract takes place on the expiration date of the

contract. If, however, the duration of the employment relationship is longer than the above-mentioned expiration date by one working day, it becomes legally subject to transformation into an indefinite employment contract. Here, the legislator renounced the condition which existed in the previously binding regulations, which meant that none of the parties could demand the rescission of the contract before the expiration date of the said employment contract.

Under Lithuanian regulation, if an employer intends to terminate a fixed-term employment contract, it has to apply the general employment regulations. The literature also states that, having in mind the basic principles of employment law as well as the objectives of legal regulation, an unjustified termination of a fixed-term employment contract before its expiration date should be deemed contrary to the interest of the employee (Maciulaitis, 2013, p. 146–147).

Contract for the completion of a project (contract for project work)

Both their temporary character and the particular result (project, work) which is supposed to be achieved by an employee working within the time framework indicated by the employee (on his or her own in or outside the workplace) are characteristic features of this type of contract. It is worth noting that the reason for the distinguishing of the contract in question as a separate type of contract was the need to exclude the application of those principles related to fixed-term contracts¹⁶. At the same time the application of such contracts should take place in cases where work is done within the framework of projects, co-financed by the UE, as well as when there is a need to entrust an employee who is already employed with additional work: e.g. preparing an audit, market assessment, software, architectural project, etc. (Davulis, 2018, p. 300). Therefore, the specific conditions of the project constitute the conditions for applying this type of contract. Furthermore, the legal provisions oblige an employer to provide their employees with the materials or devices necessary to enable the said employee to complete the project. As a consequence, the contract in question is remarkably similar to a civil law contract. *Nota bene*, in the Lithuanian Civil Code the civil law regulation related to contracts for a specific task was not revoked. In order to stress the fundamental divergences between these contracts particular features of employment must occur for the contract in question to be entered into. These features were specified as follows. It may be entered into with a newly-employed person, as a result of a temporary change in the type of employment contract, or by means of an additional agreement between the parties to the employment relationship. What is interesting in the last case is that the contract for project work would occur alongside a contract of a different type previously entered into. This may lead to the occurrence of confusion, both of a formal nature as

well as related to the division of responsibilities on the part of the employee (Macernyte-Panomarioviene, 2005, p. 10).

In relation to the application of the type of employment contract discussed above, some limitations were also introduced. They include maximum periods for which contracts may be entered into as well as agreed conditions of work for the completion of a project. A two-year term refers to a contract entered into with a newly-employed person and to the temporary agreement between the parties for project work who, at the same time, have an employment agreement of a different type. In turn, the five-year period refers to cases of a temporary change of employment contract type with a person previously employed¹⁷.

Since employees decide independently on the time necessary to complete work, the specificity of employment under the said employment contract type is based on the requirement to agree on the average weekly working time norm, also including minimum rest norms and maximum working time. *Nota bene*, on the basis of the new regulation of the Code the maximum working time amounts to 60 hours over 7 consecutive days and 12 hours a day. Apart from the protection with regard to working time limitations, the legislator also regulates those issues connected with health and safety, as well as remuneration for work. Remuneration for the completion of a task is specified by the parties to the contract. In this respect, the legislator provides the parties with ample opportunities — with the reservation that the remuneration for working hours cannot be lower than the minimum hourly rate, specified under art. 90 par. 1 of the Lithuanian Labour Code and must be paid at least once a month.

Summing up, contracts for project work are characterised by the greater freedom of the parties to the employment relationship in specifying both the working conditions and remuneration. Despite this type of agreement being of a temporary character, general provisions stipulating the maximum duration periods of fixed-term employment contracts are not applied here. Moreover, the legislator excluded the application of the provisions which regulate the *ex lege* transformation of the fixed-term contract into an indefinite contract, as well as the provisions imposing the obligation to notify of the expiration date of the contract in writing and the obligation to provide severance payment in connection with the termination of said contract. Thus, what do not apply in the case of contracts for project work are the binding requirements when fixed-term employment contracts are terminated.

Job sharing contracts

This type of work essentially amounts to the division of a job usually entailing full-time employment for one between two people, with the reservation that the time devoted to performing work is stipulated by the employees and not by the employer¹⁸. As I. Macernyte-

-Panomarioviene remarked, such a contract constitutes an example of the greatest flexibility within the scope of the organization of work, because it may be combined with flexible and reduced working time. With regard to the full-time job requirements it gives the possibility to continue work by two employees interested in a shortened working time schedule. It is stressed that under this type of contract the interests of both employees and their employer were combined. From the point of view of the employer, it facilitates the organization of work in the workplace, as it encourages the people employed under this contract to perform efficiently at work (because of the division of time appropriately and conveniently for them) and also in the search for a person to replace them should the need arise. In addition, employees are obliged to organize their work and potential replacements in such a way which ensures the completion of the work agreed on with the employer. In turn, from the point of view of employees, the contract in question enables them to adjust their working hours and workload to their particular capacities to perform such work. (Davulis, 2018, p. 304–305). Despite the considerable freedom in the time framework when working under this contract, the maximum working time norms must also be preserved (60 hours within a period of 7 days and 12 hours per day) as must the minimum rest norms. At the request of an employer, he or she must be notified of the daily, monthly or over a longer period division of labour following the principles and in a manner set out under the contract. It is essential, however, that any agreements between employees and the changes applied must not lead to disruptions and irregularities in the performance of the work agreed.

The stipulation of the type of contract, information on one's employee-partner and a weekly working time norm are among the obligatory elements of this type of employment contract. If it has not been stipulated otherwise in the contract, it is assumed that the working time norm is identical for both employees. As in the previously described types of employment contract, the ways in which employment contracts are entered into have been specified. They include entering into a new contract as well as a temporary change of the type of contract previously entered into. The employer is obliged to consider an employee's request to change the type of employment contract. Importantly, any refusal of a request from an employee who is raising a child under the age of 7 to alter their contract type may only be taken for organisational or technical reasons. Moreover, the right of such an employee to return to the previous type of contract is guaranteed upon written notification to the employer at least two weeks before the date of the planned change, unless the employer agrees to waive this term.

Since the objective of such a contract is to employ two people in the same job concurrently, particular attention should be paid to the consequences of any, temporary, non-performance of the job by one of the

employees, as well as the effects of the termination of the employment contract with either of them. In relation to what has been said above, it is essential that, unless it has been agreed otherwise, any temporary inability to perform work or a holiday of one of the employees should remain without influence on the working time and organisation of the work of the other employee. In such a case, the employer is entitled to organise a temporary replacement for the absent employee. Such a situation may, however, lead to dissatisfaction and inconvenience for the other person employed, who will be obliged to cooperate with the person employed to replace the absent employee.

Separate principles for terminating this type of employment contract had to be determined due to the fact that two people are employed in one role, as the situation of the people in employment is reliant on their partner's situation. Should the contract with either employee be terminated, in principle, the other is still bound by the contract for a further month. This is a so called 'time to search for a new partner'. The legislator does not specify, however, who should find the replacement employee, which means that the above-mentioned search may be conducted by both parties to the employment relationship. In addition, a fundamental question arises, what happens if the candidate chosen by the employer is not accepted by the incumbent employee sharing the job. The answer seems to be obvious — this should lead to the termination of the contract. On the other hand, if during the period mentioned above another person is not employed; the employer is bound by the obligation to preserve a certain procedure, according to which, the employee remaining in employment should be offered full-time employment. The decision of the employee in this matter will have a decisive influence on the future of the employment relationship. If the employee rejects the offer, the employer will be able to terminate the contract with a three-day period of notice. In this case the employer is obliged to pay the employee severance pay equal to half of his monthly remuneration. In addition, in the case of the termination of the job-sharing contract due to the reasons mentioned above, there are no obstacles against the parties entering into a separate part-time employment contract. The above procedure of terminating the contract is subject to certain limitations, i.e. it may not be applied to a person raising a child under the age of 7. The legislator requires that such a person remain in part time employment.

Multi-employer contracts (employee sharing)

This type of employment contract was introduced in answer to the challenges resulting from globalisation and the development of technology, requiring changes within the scope of the organisation of work and the introduction of atypical forms of employment. The

objective of this form of employment contract is the creation of the possibilities to perform work for the benefit of many different entities who have both entitlements and obligations applicable to employers and thus are named as employers by the legislator. Work may be performed concurrently for several employers within the general working time norm or following an agreed working time division, always taking into consideration the maximum norms permitted. Thus, different employers may take advantage of one employee's work simultaneously (Davulis, 2018, p. 309). In cases where working hours are divided between several employers, the contract stipulates that employees should be notified 5 days in advance of individual working time norms and the working time schedule. Both working time and schedule may not breach the provisions on both the maximum working time norms and minimum rest periods which were discussed previously.

According to I. Macernyte-Panomarioviene, the type of the employment contract discussed provides answers to the issues related to the effective use of employment and the performance of work by employees. The contract in question creates opportunities not only to maintain jobs in the case when redundancies are being considered, but also to preserve full remuneration should there be a reduced need for work and a corresponding decrease in working time¹⁹. Such contracts, therefore, will be opportunities for those employees employed part time by one employer, as well as those whose working hours were reduced due to temporary difficulties in the workplace. What may contribute to the spread of this form of employment is the specificity of certain types of work and the associated professions which require the performance of work for the benefit of several employers (e.g. ambulance dispatchers, accountants, or legal services). They may be especially useful for entities acting within the framework of a group of enterprises. At the same time, cooperation with entities acting outside one group of enterprises seems to be a fundamental problem as there are no regulations related to the functioning of so called 'employment platforms'. In other words, it also concerns the lack a database of those entities interested in hiring such employees on the basis of such a contract, as well as of a similar employee database.

The type of contracts discussed protects the interest of the employer in a particular way, reducing encumbrances such as labour costs, especially with regard to the obligation to pay social insurance premiums. As a result of the amendment to the Insurance Act²⁰, since 1 January 2018 there has been the obligation to pay premiums calculated according to the minimum wage regardless of the working hours for which an employee is employed (Davulis, 2018, p. 266). For example, employing some one on a part-time basis, despite lower remuneration (which is half of the minimum wage in typical cases), causes the increase of the premiums paid by employers. Whereas when entering into this type of contract, the costs are divided between the employers who are party to one employment contract.

Another positive aspect of this type of contract is that, despite performing work for the benefit of several employers, both formalism and bureaucracy are reduced by assigning those duties connected with the organisation of work (including those connected with the stipulation of working hours and payment of remuneration) to one of the employing entities. Thus, a characteristic feature of this contract is that the employing parties appoint an entity who is allotted a special role in the employment relationship. It becomes apparent when establishing the working time schedule and timetable, payment of social insurance premiums and discharging other duties of a public law nature. The responsible employer also represents all employers should there be any disputes with employees or an initiative to terminate the employment contract is suggested by one of them. The other employers are obliged to reimburse the responsible employer for their expenses on the basis of the principles established in a separate contract and according to the working time (hours) which the employee performs for each of their benefit. In addition, employers participate in covering any severance payment in connection with the termination of employment, as well as accepting the rights and perform duties of employers (provided for under the Code) in both scope and proportionally with regard to employee's working time. A multi-stakeholder structure on the part of employers gives rise to the application of collective liability. As a consequence of this, an employee may demand the application of principles resulting from the employment relationship and pursue claims connected with it against each employer.

The specificity of employment contracts with several employers justifies the existence of 'separateness' when they are terminated. Each employer who is a party to the contract has the right to take the initiative to terminate or to amend the contract with the employee. This should be submitted to the so called responsible employer. Any decision with respect to the request submitted has to be taken by all employers unanimously, as the termination of the contract in question — the cessation of the employment relationship — has an effect on each of them. The legislator does not stipulate what the consequences of a lack of unanimity would be. Presumably, having in mind the ratio legis of such a norm, the contract will not be terminated, although the employers should adopt a solution which will be acceptable for all of them. On the other hand, an employee's right to terminate the employment contract in point is subject to general employment regulations. Employees must submit their request to terminate the contract to the responsible employer.

Apprenticeship contract (vocational training contract)

The basis for regulating and distinguishing this particular employment contract was the difficult situation for young

people (frequently having no experience and professional qualifications and facing a problem finding appropriate employment) on the employment market. This form of contract is designed to give them the opportunity to gain competences and professional qualifications in a variety of sectors of the economy. Not only does it prepare young people for professional life, but also enables more mature workers whose professional competences are often outdated, and, thus, insufficient (even the elderly) to retrain and gain new professional skills. A characteristic feature of apprenticeship contracts is that the professional development takes place directly in the workplace. In addition, there is the possibility to enter into the above-mentioned contract jointly — with the theoretical training contract or without it²¹. Both contracts have a temporary character.

An apprenticeship contract without a training contract may be entered into for a maximum of 6 months. It is the obligation of the employer to appoint a supervisor to oversee the process of attaining professional qualifications, as well as setting up the programme of training, which is incorporated into the content of the employment contract. Its amendment is possible only upon the written agreement of all parties. The legislator introduced limitations on the renewal of apprenticeship contracts as well as on the overall number of such contracts. A subsequent apprenticeship contract with the same employee may be entered into only after three years from the expiry of the previous one. Any violation of the above-mentioned condition will result in its transformation into an indefinite contract. Apprenticeship contracts may constitute a maximum of 10% of all contracts entered into by an employer. It is interesting, however, that, although employee's remuneration is stipulated according to general employment regulations, the parties may allocate as much as 20% of this remuneration to cover the employer's necessary expenses related to the organisation of the employee's professional training. General employment regulations are applied when terminating an apprenticeship contract concluded without a contract of theoretical training. The provisions setting forth the length of the notice period constitute an exception. In relation to the employee, the notice period amounts to 5 days, and if the contract is terminated by the employer to 10 working days.

If an apprenticeship contract is combined with a training contract, the length of the contract is provided for in separate Acts. In such cases a training contract forms an integral part of an apprenticeship contract. Then, an additional obligation on the employer is to ensure the opportunity to undergo theoretical training. In the content of the agreement, it should be stipulated what time needs to be devoted to obtaining professional qualifications as well as the time for theoretical training, with the proviso that the total working time, comprising working time and training time, may not exceed 48 hours a week. The above-mentioned regulation concerning working hours is not applied to the employment of

minors. In such a case, the provisions related to the employment of minors are applied. With this type of apprenticeship contract it is also important that the remuneration is paid for the actual working hours and cannot be lower than the minimum monthly wage or the minimum hourly rate. The time devoted to theoretical training in the workplace counts towards the actual working hours only if it amounts to at least 20% of the actual working hours. Furthermore, any theoretical training outside the workplace may not exceed 30% of the time for which the apprenticeship contract was concluded, and does not count towards the working hours, nor does it entitle one to remuneration. This particular contract expires upon termination of the theoretical training — provided for in a separate Act. It may be terminated, however, before this time. Then a 5-day notice period is applied for both parties. After completing the theoretical training the person gaining professional competences receives an applicable certificate.

Final comments

With regard to the aims of the Lithuanian employment law reform, it needs to be highlighted that the new employment contract types essentially amount to making the employment law provisions far more flexible. At the same time, it is clear that the main danger connected with the introduction of the new contract types is visible in two dimensions: mentality (mental maps) and practical use. On the one hand, employers may find it hard to adapt to the changes introduced and on the other, some provisions and legal regulations may give rise to interpretative difficulties, which also affects their practical application. With this in mind, several remarks of a general nature must be made in relation to the contract types discussed.

Despite the fact that in the light of the new legal regulation the possibilities of entering into fixed-term employment contracts have broadly increased, a considerable decrease in the number of such agreements is forecast. This is due to the improvement of protection, guarantees for temporarily-hired employees, as well as by the imposition of new obligations on employers to notify employees of contract termination and payment of severance when dismissing employees.

Multi-stakeholder contracts, where there may be several entities on both sides of the employer/employee divide, attract particular attention. Because of the above-mentioned features, and thus a requirement of gaining agreement between multiple entities, conflicts of interest between the parties to the employment relationship may increase. As far as the job-sharing contract is concerned, what should be highlighted is the far-reaching possibility for employees to take decisions independently on their working hours. At the same time, the consequences of resignation from a job, as well as temporary non-performance of work by one of the employees attract

attention owing to the legislator's proposals concerning the possibility of assigning a different person to the job. The dangers which may result from this seem to be obvious, while it is stressed that the principle of agreement and cooperation reflects the essence of this contract and should have a decisive impact both when one of the employees selects a co-worker and when an employer designates an employee. As far as this problem is concerned, employees need to cooperate, having in mind not only the convenient division of work, but also their employer's interests. In turn, when it comes to multi-employer contracts, they address the current challenges of the globalisation era, with its associated technical and technological progress. Although employers' interests are brought to the forefront here, it may not be overlooked that the contract gives the possibility of full time as well as flexible employment on the part of an employee. Issues which raise some concerns are the stipulation on working hours, including the framework of cooperation and division of entitlements, as well as the responsibilities of employers when part of a multi-stakeholder party to the contract with an employee.

Creating a separate contract for project work deserves a positive assessment. Even though it shows essential similarities to the civil law contract, it constitutes a separate employment contract type and ensures the necessary protection for employees within the scope of working hours, remuneration, as well as health and safety.

The last of the new contract types, an apprenticeship contract, fits in with the discussion as it expands employee's employment opportunities. It is essential that although it is typically addressed to young people, opportunities to obtain new qualifications by more mature people were also created. It is also creditable that the gaining of these qualifications takes place directly at the workplace. What deserves attention here are the consequences of breaching the conditions of entering into the above-mentioned agreement, resulting in its transformation into an indefinite contract. This establishes an additional framework for the protection of the employee's interests.

¹ Lietuvos Respublikos darbo kodekso patvirtinimo, isigaliojimo ir įgyvendinimo įstatymas. TAR. 2016, Nr. 23709, LLC.

² TAR, 2015-06-13, Nr. 9229.

³ TAR, 2016-07-05, Nr. 18832.?

⁴ TAR, 2016-09-19, Nr. 23709.

⁵ Highlighted by I. Macernyte-Panomarioviene.

⁶ The remarks related to fixed-term employment contracts, based on previous legal regulations are presented by I. Macernyte-Panomarioviene (2015).

⁷ Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2009 m. lapkričio 10 d. nutarti civilineje byloje M.P. v. Panevežio miesto savivaldybės administracija. Nr. 3K-3-494/2009.

⁸ Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Civiliniu bylų skyriaus teiseju kolegijos 2006 m. sausio 30 d. nutartis, priimta civilineje byloje

J.B. v. Panevežio moksleivių namai, bylos Nr. 3K-3-74/2006; 2009 m. lapkričio 10 d. nutartis, priimta civilinėje byloje M.P. v. Panevežio miesto savivaldybės administracija, bylos Nr. 3K-3-494/2009).

⁹ Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2014-12-23 R.V. v. restrukturizuojama UAB "Statva" byla NR.3K-3-572/2014.

¹⁰ Art. 67 p. 1 of LLC.

¹¹ <https://www.delfi.lt/verslas/verslas/kokias-galimybes-statybu-sektoriui-atvers-naujasis-darbo-kodeksas.d?id=72461438>.

¹² Highlighted by I. Macernyte-Panomarioviene.

¹³ Highlighted by I. Macernyte-Panomarioviene.

¹⁴ Art. 69, p. 3 and 4 of LLC.

¹⁵ Highlighted by I. Macernyte-Panomarioviene.

¹⁶ Highlighted by I. Macernyte-Panomarioviene.

¹⁷ Art. 89 of LLC.

¹⁸ Art. 95-95 of LLC.

¹⁹ Contract regulated in Art. 96-99 of LLC.

²⁰ Lietuvos Respublikos valstybinio socialinio draudimo įstatymo Nr. I-1336 2, 3, 8, 10, 11, 12, 13, 19, 25, 35 ir 40 straipsniu pakeitimo pakeitimo įstatymas. TAR, 2017-12-13, Nr. 20047.

²¹ Art. 81 of LLC.

Bibliography

Davulis, T. (2017a). *Lietuvos teise, 1918–2018 m.: šimtmečio patirtis ir perspektyvos*. Vilnius: Mykolas Romeris universitetas.

Davulis, T. (2017b). Darbo teisės rekodifikavimas Lietuvoje 2016–2017 m. Teisė, (104).

Davulis, T. (2017c). *Main Features of the Lithuanian Labour Law Reform 2016*. In: T. Davulis, (ed.) *Labour Law Reforms in Eastern and Western Europe*. Brussels: Peter Lang.

Davulis, T. (2018). *Lietuvos Respublikos darbo kodekso komentaras*. Vilnius: VI Registrų centras.

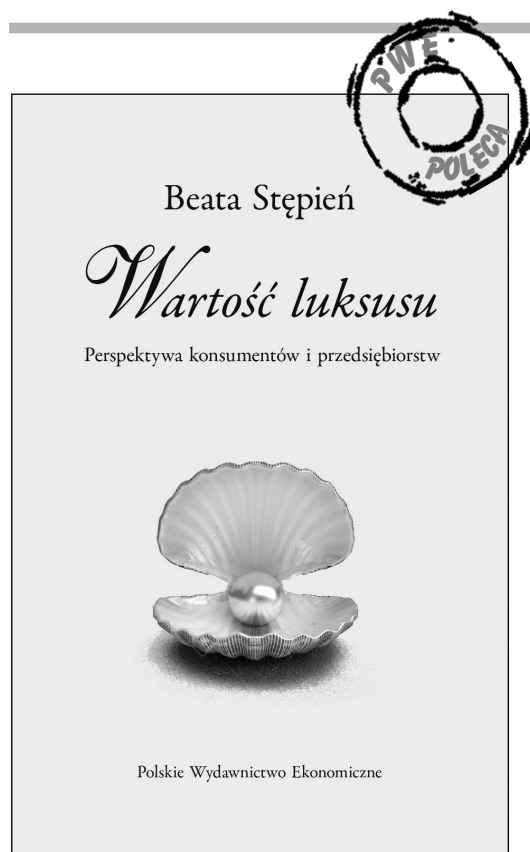
Macernyte-Panomarioviene, I. (2005). Darbo sutarties rūšių išskyrimas ir jų nustatymas, *Jurisprudencija*, 74(66), <https://www3.mruni.eu/ojs/jurisprudence/article/view/2982/2783>.

Macernyte-Panomarioviene, I. (2015). Legality of conclusion of fixed-term employment contract in Lithuania. *Jurisprudencija*, 22(1).

Maciulaitis, V. (2013). Darbo santykių nutraukimas darbdavio iniciatyva nesant darbuotojo kaltes lankstumo ir saugumo aspektu. *Daktaro disertacija: socialiniai mokslai (01S) teise*, V.: MRU.

Modelis. (2015). *Darbo santykių Lietuvos socialinio modelio, apimančio užimtumo didinimą, darbo santykių reglamentavimo tobulinimą ir socialinio draudimo tvarumą, sukurimas*, <http://www.socmodelis.lt/wp-content/uploads/Modelis.pdf>.

Zasiurinskas, M. (2016). *LITEXIT. Nulinės darbo sutartys — nulinė gyvenimo kokybė*, <https://www.delfi.lt/news/ringas/politics/m-zasiurinskas-litexit-nulines-darbo-sutartys-nuline-gyvenimo-kokybe.d?id=71854982>.



Globalna fala demokratyzacji luksusu i dynamicznie rosnące grupy aspirujących konsumentów z szybko rozwijających się gospodarek skłaniają do pytań:

- jak luksus postrzegany jest współcześnie, co obecnie stanowi o jego wartości?
- jakie cechy luksusu konsumenci z nowych rynków ceną najwyższą i dlaczego?
- jak zmienia się globalny biznes związany z luksusem i dokąd zmierza?

Książka *Wartość luksusu. Perspektywa konsumentów i przedsiębiorstw* jest próbą odpowiedzi na te pytania. Ukazano w niej, jak konsumenci postrzegają i hierarchizują poszczególne składniki wartości dóbr uważanych za zbędne, a których sprzedaż od dekad dynamicznie rośnie. Opisano zawłości pojmowania luksusu i rozwoju rynku dóbr luksusowych przez pryzmat stopniowych odstępstw od reguł, którym hołdowano przez wieki. W monografii podjęto też próbę empirycznego zbadania, jak postrzegają dobra luksusowe konsumenci na wschodzących rynkach luksusu (z Polski, Turcji, Arabii Saudyjskiej, Indii i Portugalii) i jakie czynniki różnicują to postrzeganie w kategoriach wartości, które symbolizują w porównaniu z konsumentami z tzw. starej kolebki luksusu. Wykazano, że to segmenty konsumentów skonstruowane na podstawie kryteriów psychograficznych najtrafniej przedstawiają zróżnicowane podejście do oceny wartości luksusu w skali międzynarodowej.

księgarnia internetowa: www.pwe.com.pl

Status „niezależnego” usługodawcy a trójpodmiotowy model świadczenia usług w *gig economy* — cz. 2

The status of 'independent contractor' in the light of three-party model of providing services in the *gig economy* — part 2

mgr Gabriela Gospodarek

Uniwersytet Warszawski, Wydział Prawa i Administracji
doktorantka w Katedrze Prawa Pracy i Polityki Społecznej

ORCID: 0000-0001-9048-443

Streszczenie W pierwszej części artykułu, opublikowanej w numerze 2/2019 PiZS, scharakteryzowano oraz przedstawiono najważniejsze trendy opisujące zatrudnienie w sektorze gospodarki „na żądanie”. Część druga ma na celu ukazanie tendencji polegającej na stałym wzroście postępowań sądowych z zakresu *gig economy*, tak istotnych z perspektywy prawa pracy oraz sposobu podejścia sądów do przedstawionych tam zagadnień prawnych. Autorka szczegółowo analizuje dwa najważniejsze i najbardziej komentowane postępowania sądowe przeciwko pionierowi w sektorze *gig economy*, przedsiębiorstwu Uber, które dotyczyły błędnej klasyfikacji osób zaangażowanych w ten rodzaj zatrudnienia. Wymienia również szereg innych postępowań sądowych dotyczących tego zagadnienia, ukazując specyfikę prawidłowego rozgraniczenia statusu prawnego osoby samozatrudnionej (niezależnego usługodawcy) od standardowego pracownika.

Słowa kluczowe: niezależny usługodawca, błędna klasyfikacja, *gig economy*, Uber, ukryte zatrudnienie, niestandardowe formy zatrudnienia, platforma internetowa, aplikacja, gospodarka na żądanie, spory sądowe.

Summary In the first part of this article, published in the issue 2/2019 PiZS, the Author characterized and presented the overriding trends related to employment in the "on-demand" economy sector. The second part aims to show the tendency of a constant growth in court proceedings concerning *gig economy* sector, that are of great importance from the labour law perspective and also the courts's approach in solving legal issues outlined there. The Author gives detailed overview of two most important and most disputed court cases from the *gig economy* sector related to misclassification of people engaged in this form of employment, against Uber. The Author mentions also a number of other legal proceedings deliberating on this problem, reflecting the peculiarities of correct distinction of the legal status of independent contractor in comparison to classic employee.

Keywords: independent contractor, misclassification, *gig economy*, Uber, disguised employment relationships, nonstandard employment, platform, app, on-demand economy, legal proceedings.

Aslam, Farrar i inni v. Uber

W niniejszej sprawie powództwo zostało wniesione przez dwóch kierowców: J. Farrara oraz Y. Aslama, którzy podnosili, że nie są osobami samozatrudnionymi (*independent contractor*), a zatrudnionymi (*worker*) przez przedsiębiorstwo Uber. W związku z powyższym uważali, że powinni zostać objęci krajowymi przepisami dotyczącymi wynagrodzeń (zwłaszcza w zakresie płacy minimalnej) oraz mają prawo do płatnego urlopu i zasiłku chorobowego. Sprawa została rozstrzygnięta wieloetapowo. Zanim jednak zostanie przedstawiona analiza zapadłych w sprawie orzeczeń, należy poczynić kilka uwag wstępnych dotyczących specyfiki klasyfikacji osób zatrudnionych w Wielkiej Brytanii.

Tradycyjnie brytyjskie prawo pracy wyróżniało trzy kategorie osób pracujących: 1) osoba samozatrudniona (*independent contractor*), pracownik tymczasowy (agencyjny) oraz klasyczny pracownik (*employee*). Swoiste *novum* stanowi wprowadzona w późnych latach 90. XX w. konstrukcja „zatrudnionego” (*worker*) (Nyombi, 2015), która jest próbą stworzenia kategorii pośredniej między pracownikiem a samozatrudnionym (Davidov, 2005). „Zatrudnienie”, choć nie korzystają z pełnego wachlarza praw należnych pracownikom, to jednak obejmują ich przepisy dotyczące czasu pracy i minimalnego wynagrodzenia (Williams i in., 2014). Dlatego też znajdują się w korzystniejszej sytuacji prawnej niż osoba samozatrudniona, która jest całkowicie wyłączona spod reżimu prawa pracy. Nie

dziwi więc fakt, że do takiej zmiany swojej klasyfikacji prawnej dążyli powodowie przed brytyjskim sądem pracy.

Wyrok Trybunału Zatrudnienia (wyrok Mr Y. Aslam, Mr J. Farrar and Others v. Uber 2202551/2015 z 28 października 2016 r., dalej: Aslam, Farrar i inni v. Uber). Powodowie wnieśli skargę w oparciu o trzy akty prawne: 1) ustawę o prawach pracowniczych z 1996 r. (Employment Rights Act 1996 — ERA), 2) ustawę o krajowej płacy minimalnej z 1998 r. (National Minimum Wage Act 1998 — NMWA), 3) rozporządzenie o czasie pracy z 1998 r. (Working Time Regulations 1998 — WTR). Podnoszono, że ich zarobki często sytuowały się poniżej płacy minimalnej, skarżono się na pozbawienie ich prawa do płatnego urlopu oraz na brak ochrony przed dyskryminacją z uwagi na bycie tzw. *whistleblowerem*. Trybunał Zatrudnienia stanął przed koniecznością odpowiedzi na pytanie, czy kierowcy Ubera są osobami „zatrudnionymi” (*worker*) na gruncie prawa krajowego, a jeśli tak — to jak w takim kontekście należy rozumieć pojęcie *pracy* i *czasu pracy* dla celów NMWA oraz WTR.

Trybunał rozpoczął swoje rozważania od dokładnego przeanalizowania postanowień umownych istniejących pomiędzy: 1) przedsiębiorstwem Uber a klientami (pasażerami), 2) przedsiębiorstwem Uber a kierowcami, 3) klientami (pasażerami) a kierowcami. Pod uwagę brano stosunki binarne istniejące pomiędzy trzema (a jak się później okazało — czterema) stronami.

Zgodnie z postanowieniami umowy zawartej pomiędzy Uberem a Pasażerem (*Rider Terms*), Uber przedstawił siebie jako pośrednika między pasażerem a Dostawcą Transportu (czyli kierowcą). Podkreślono, że akceptacja roli Ubera jako pośrednika prowadzi do zawarcia umowy o świadczenie usług transportowych pomiędzy pasażerem a kierowcą. Doprowadzono więc do sytuacji, w której zawarcie umowy między dwoma stronami (Uber-pasażer), prowadzi do automatycznego zawarcia umowy pomiędzy kolejnymi dwoma stronami (pasażer-kierowca). Dodano również, że Uber samoistnie nie świadczy usług transportowych i nie jest Dostawcą Transportu (kierowcą). Usługa transportowa odbywa się na podstawie Umowy Przewozu, a Uber jedynie akceptuje rezerwacje (żądania przejazdu) jako pośrednik działający na rzecz Dostawcy Transportu (kierowcy), ale sam nie jest stroną umowy. Już na tym etapie badania postanowień umownych nasuwa się wniosek, że przedsiębiorstwo Uber posiadało duży wpływ na ukształtowanie stosunku umownego, którego nawet nie było stroną.

Przechodząc do obowiązujących od lipca 2013 r. Warunków Partnerskich pomiędzy Uberem a Kierowcą (*Partner Terms*), ich analizę rozpoczęto od przytoczenia najważniejszych definicji. Tak oto *Klienta* zdefiniowano jako osobę, która została zarejestrowana w systemie i korzysta z Aplikacji oraz związanych z nią usług; *Kierowcę* jako osobę, która jest pracownikiem lub współnikiem biznesowym Partnera i która dokonuje czynności przewozu samochodowego, a której istotne dane są przekazywane Uberowi; *Partnera* jako osobę ponoszącą wyłączną odpowiedzialność za czynności przewozu samochodowego.

W konsekwencji warunki te usankcjonowały współistnienie czterech podmiotów: 1) Ubera, 2) Klienta, 3) Partnera oraz 4) Kierowcy. Należy podkreślić, że rzadko zdarzało się, aby Partner był przedsiębiorcą, który zatrudnia kierowców. W przeważającej liczbie przypadków Partner i Kierowca to ta sama osoba.

W myśl dalszych postanowień zastrzeżono, że Uber oferuje jedynie narzędzie (Aplikację na telefon), by skomunikować klientów poszukujących usługi transportowej z kierowcami, którzy mogą ją zapewnić. Uber nie zapewnia i nie zmierza do zapewnienia transportu ani bycia postrzeganym jako przewoźnik. Dlatego też Uber nie ponosi żadnej odpowiedzialności za usługi transportowe świadczone przez Kierowcę lub Partnera. Dodatkowo Partner i/lub Kierowca zostali zobowiązani do zabezpieczenia Ubera przed jakąkolwiek potencjalną skargą lub roszczeniami związanymi ze szkodą poniesioną przez jakąkolwiek osobę trzecią, w tym przez Klienta albo Kierowcę, podniesionymi z tytułu świadczonej usługi transportowej.

Z perspektywy prawnopracowniczej na uwagę zasługuje postanowienie umowne, które głosi, iż Uber nie sprawuje i nie zamierza sprawować kontroli nad Kierowcą, a żadne z postanowień zawartej umowy nie powinno kreować stosunku pracy między Uberem a Partnerem i/lub Kierowcą czy uznawać któregośkolwiek z nich za agenta Ubera. Wskazano, że tam gdzie na podstawie obowiązującego reżimu prawnego Kierowca lub Partner zostaliby uznani za agenta, pracownika lub przedstawiciela Ubera, Partner podejmie kroki i zabezpieczy Ubera przed roszczeniami kierowanymi na podstawie domniemyanych stosunków pracowniczych lub agencyjnych.

Następnie Trybunał Zatrudnienia analizował wydane przez Ubera w październiku 2015 r. Nowe Warunki (*New Terms*), które zastąpiły Warunki Partnerskie. Uczyniono to bez wcześniejszej konsultacji; warunki zostały zakomunikowane kierowcom za pośrednictwem Aplikacji, a ci musieli je zaakceptować, by móc dalej świadczyć usługi (Aslam, Farrar i inni v. Uber, § 36). Chociaż terminologia została poddana znaczącej zmianie: *Partner* stał się *Klientem*, *Klient* stał się *Użytkownikiem*, to większość treści Warunków Partnerskich została przekopiowana do Nowych Warunków. Klientowi zakomunikowano, że aby mieć dostęp do Aplikacji, każdy Kierowca musi uzyskać od Użytkowników średnią ocenę, która przekracza minimalny próg dopuszczalnej oceny ustalony przez Ubera, dla danego terytorium. Gdy średnia ocena Kierowcy spadnie poniżej wymaganego minimum, Uber poinformuje Klienta i może przydzielić temu Kierowcy odpowiedni termin na podniesienie oceny. Jeśli Kierowca nie poprawi swojej średniej oceny w wyznaczonym czasie, Uber zachowuje prawo do dezaktywowania dostępu Kierowcy do Aplikacji i usług Ubera. Od Klienta wymaga się dopilnowania, aby w czasie gdy Kierowca nie zamierza świadczyć usług transportu, wylogował się z Aplikacji.

Jeżeli natomiast chodzi o najważniejsze postanowienia Aneksu (*Driver Addendum*), to już na wstępie zaznaczono, że Aneks konstituuje umowę prawną pomiędzy niezależną firmą w dziedzinie świadczenia usług transporto-

wych (Firma Transportowa) a dostawcą usług transportowych (Kierowca). Kierowca pozostaje w kontraktowym lub pracowniczym stosunku z Firmą Transportową w celu wykonywania transportowych usług pasażerskich na rzecz Firmy Transportowej. Firma Transportowa i Uber oddzielnie zawarły „Umowę o świadczenie usług”. Porządkując, Aneks wprowadził warunki, które w większości odzwierciedlają te zawarte w Nowych Warunkach. Warto jednak zauważyć, że na potrzeby Aneksu Klient stał się *Firmą Transportową*, a także uważniej dobrano słowa, określając relacje Ubera z Kierowcą. Wskazano, że Uber i jego filie nie są i nie powinny być uważane za uprawnione do kierowania i kontrolowania Kierowcy w ogólności czy podczas wykonywania usług transportowych, zwłaszcza: a) kiedy i jak długo Kierowca używa Aplikacji; b) czy kierowca zignoruje lub anuluje uprzednio zaakceptowane żądanie przejazdu. Pomimo tego podkreślono, że kierowca może zostać dezaktywowany lub ograniczony w dostępie do Aplikacji w sytuacji pogwałcenia postanowień „Aneksu” lub na wypadek złamania „Umowy o świadczenie usług” przez Firmę Transportową lub na wypadek dyskredytowania Ubera lub jego filii przez Kierowcę lub Firmę Transportową lub na wypadek działania lub zaniechania Kierowcy lub Firmy Transportowej, szkodliwego dla marki, reputacji lub działalności Ubera lub jego filii.

Bardzo ważna dla Ubera była kwestia osobistego wykonywania usług. Na podstawie Warunków Partnerskich, Nowych Warunków oraz Aneksu dostęp do Aplikacji był i jest osobisty dla Partnera/Klienta i (jeśli to nie ta sama osoba) Kierowcy. Prawo do używania Aplikacji było i jest nieprzenoszalne. Kierowcy nie są uprawnieni do dzielenia kont. Nie może być mowy o jakimkolwiek substytucie.

Głównym świadkiem strony pozwanej była J. Bertram (ówczesna dyrektor regionalna Ubera na Wielką Brytanię, Irlandię, Szwecję, Danię, Norwegię i Finlandię). Trybunał Zatrudnienia wskazał, że chociaż świadek starała się ostrożnie dobierać słowa, to w materiałach promocyjnych i korespondencji wypowiadała się w imieniu Ubera używając języka, który stał w całkowitej sprzeczności z tym, co starała się wykazać przed sądem. Używała sformułowań typu: „kierowcy Ubera”, „nasi kierowcy”, „Uberzy”, „samochody Ubera”, „Uber ma coraz więcej pasażerów”. J. Bertram zeznała przed sądem, że Uber wyposaża kierowców w „szanse biznesowe”, jednakże w piśmie do Komitetu Kontroli Transportu (*GLA Transport Scrutiny Committee*) Uber szczylił się „zapewnianiem możliwości pracy” i potencjalnym generowaniem „dziesiątek tysięcy miejsc pracy w Wielkiej Brytanii” (Aslam, Farrar i in. v. Uber, § 68). Z innych językowych niuansów, w piśmie z 3 października 2014 r. do Komitetu Kontroli Transportu, J. Bertram w imieniu Ubera napisała: „Kierowcy Ubera działają w warunkach zlecenia. Otrzymują 80% prowizji za każdą wykonaną podróż”. Przed sądem J. Bertram twierdziła, że to błąd typograficzny (Aslam, Farrar i in. v. Uber, § 69).

Po prezentacji faktów sąd przeszedł do badania podstawy prawnej. Definicja (rdzeń) osoby zatrudnionej (*worker*) znajduje się w s. 230 ERA, zgodnie z którą „za-

trudniony” oznacza osobę, która zawarła lub pracowała na podstawie: a) umowy o pracę; b) każdej innej umowy, gdzie w sposób wyraźny lub dorozumiany, ustnie lub na piśmie, jednostka zobowiązuje się albo wykonuje osobiście jakąkolwiek pracę lub świadczy usługę na rzecz drugiej strony umowy, która nie jest na mocy tej umowy klientem profesji czy klientem przedsiębiorstwa prowadzonego przez tę jednostkę (kontrakt z podpunktu b) będzie dalej określany jako *umowa o zatrudnienie* lub *umowa z podpunktu b*). Jednakowe definicje zawarto w NMWA [s. 54(3)] oraz WTR [Reg. 2(1)]. Następnie rozważania kontynuowano w oparciu o bogate orzecznictwo. Poczynając od sprawy *Byrne Brothers* wskazano, że „celem regulacji z podpunktu b) jest stworzenie »pośredniej klasy« chronionej osoby zatrudnionej, która z jednej strony nie jest formalnie pracownikiem, ale z drugiej strony nie może być w węższym znaczeniu uważana za osobę prowadzącą działalność gospodarczą” (wyrok *Byrne Brothers (Formwork) Ltd v. Baird & others*, [2001] ICR 667). Chodzi bowiem o „rozszerzenie ochrony na osoby zatrudnione (*worker*), które są faktycznie i ekonomicznie w takiej samej pozycji jak pracownicy. Dlatego istota zamierzonego rozróżnienia musi znajdować się z jednej strony pomiędzy osobami zatrudnionymi, których poziom zależności jest w zasadzie taki sam jak pracowników, a z drugiej strony między niezależnymi usługodawcami (*independent contractor*), którzy są na tyle samodzielni i niezależni, by troszczyć się o siebie” (wyrok *Byrne Brothers*). Należy więc oceniać **stopień kontroli** sprawowanej przez domniemanego pracodawcę, stopień wyłączności, czas trwania stosunku, metodę płatności, rodzaj narzędzi dostarczany przez domniemanego zatrudnionego, poziom i rodzaj ponoszonego ryzyka. Podstawowy skutek *umowy z podpunktu b)* to obniżenie poprzeczki dla przypadków, które z jakichś przyczyn nie zasłużyły na ochronę należną pracownikom, aby mimo wszystko zostały nią objęte w jakimś stopniu. W dalszej kolejności przywołano orzeczenie w sprawie *Autoclenz* (wyrok *Autoclenz Ltd v. Belcher and others*, [2011] ICR 1157 SC), gdzie Sąd Najwyższy podtrzymał decyzję sądu I instancji, iż powód, który odprowadzał samochody na parking (boy), był mimo wyraźnego brzmienia warunków umowy zatrudniony przez pozwaną spółkę jako „osoba zatrudniona” (*worker*). Sąd I instancji orzekł, że zapisane warunki nie odzwierciedlały prawdziwej natury zawartej umowy, skoro m.in. powód musiał wykonywać określone usługi pod kierunkiem spółki i był obowiązany do wykonywania zleceń czynności osobiście (mimo istnienia klauzuli o zastępstwie). Bowiem „(...) pytanie w każdej sprawie brzmi [...] jak wyglądało prawdziwe porozumienie pomiędzy stronami (wyrok *Autoclenz*). Na koniec przywołano sprawę *Kalwak* (wyrok *Consisten Group Ltd v. Kalwak*, [2007] IRLR 560), by podkreślić, że to zastępy prawników tak konstruują postanowienia umowne, by ukryć prawdziwą treść stosunku łączącego strony.

Pełnomocnik strony pozwanej również powołał się przed sądem pracy na stosowne orzecznictwo, które miało naświetlić całą sytuację na korzyść Ubera. Przede wszystkim powołał się na wyrok w sprawie *Cheng Yuen*

(wyrok *Cheng Yuen v. Royal Hongkong Golf Club*, [1998] ICR 131 PC). Powód w tej sprawie pracował jako osoba nosząca torbę z kijami golfowymi za indywidualnymi członkami pozwanego klubu golfowego. Klub przydzielił mu strój, szafkę oraz numer identyfikacyjny. Nie miał obowiązku stawiania się w gotowości do pracy ani gwarancji, że każdego dnia będzie miał pracę do wykonania. Wynagrodzenie za każdy dzień pracy było wypłacane przez klub, który następnie dostawał zwrot tego, co zapłacił, od indywidualnego gracza, za którym noszono kije. Przed sądem powód domagał się ustalenia, że jest pracownikiem klubu. Sąd orzekający w ostatniej instancji wskazał, iż błędem było pierwotne założenie przez sąd I instancji istnienia umowy pomiędzy klubem a Panem Cheng, zastanawiając się tylko, czy był to *contract of service* (pracownik), czy *contract for the provision of services* (niezależny usługodawca), podczas gdy porozumienie pomiędzy Panem Cheng a klubem nie wyszło poza ramy licencji udzielonej mu przez klub. Brakowało bowiem istnienia wzajemnego zobowiązania między powodem a klubem, iż zostanie on zatrudniony przez klub, a zatem że za wykonaną pracę otrzyma wynagrodzenie. W rzeczywistości powód spełniał oczekiwania gracza klubu i to gracz płacił mu za wykonaną usługę. Pełnomocnik pozwanych powołał się również na sprawę *Stringfellow Restaurants* (wyrok *Stringfellow Restaurants Ltd v. Quashie*, [2013] IRLR 99 CA). Powódka w sprawie była tancerką, która występowała w nocnym klubie. Płaciła klubowi opłatę za każdy wieczór występów, jednak rzeczywistą zapłatę otrzymywała od gości klubu, z którymi negocjowała swoje stawki. Kiedy klub zakończył z nią współpracę, wystąpiła z pozwem o bezprawne zwolnienie. Sąd pracy I instancji orzekł, że między stronami nie zawarto umowy o pracę; sprawa trafiła przed Sąd Najwyższy, który zważył, że klub nie zatrudnił tancerki do tańczenia, a to raczej tancerka płaciła klubowi za możliwość występowania przed gośćmi. Sąd przyznał, że związanie tancerki z klubem było bardziej złożone niż osoby noszącej kije z klubem golfowym (odwołanie do sprawy *Cheng*), jednak fakt, że tancerka ponosiła ryzyko ekonomiczne, był mocnym argumentem przeciw temu, iż rzeczony kontrakt był umową o pracę. Pełnomocnik Ubera powołał się również na sprawę *Amber Cars* (wyrok *Mingeley v. Pennockandanother t/a Amber Cars*, [2004] ICR 727 CA), gdzie powód miał swój własny samochód i płacił pozwanemu operatorowi mini taksówek 75 funtów tygodniowo za dostęp do radia i systemu komputerowego, który przydzielał zlecenia do floty kierowców. Na podstawie tego porozumienia z pozwanym, musiał on nosić uniform i nie mógł pracować dla żadnego innego operatora. Z drugiej strony nie był obowiązany do pracy w ściśle określonych godzinach i nie musiał wyrobić żadnych godzin, sam też pobierał wszystkie należne opłaty za przejazd od klientów. Gdy wniósł skargę z tytułu dyskryminacji ze względu na rasę, spotkał się z kontrargumentem, że nie był zatrudniony przez pozwanego, aby mógł podlegać ustawie o stosunkach rasowych (*Race Relations Act 1976*), jako że nie musiał „osobiście świadczyć pracy”. Sąd I instancji podtrzymał ten argument, a apelacje okazały się nieskutecz-

ne. Stwierdzono, że powód mógł pracować lub nie, zgodnie ze swoim upodobaniem. Jego głównym obowiązkiem było płacenie 75 funtów na rzecz *Amber Cars* tygodniowo i dopiero gdy chciał pracować, musiał przestrzegać wymogów zawartego między stronami porozumienia. Jednakże brak w umowie postanowienia o obowiązku świadczenia pracy przeczył istnieniu stosunku pracy.

Przechodząc do głównych argumentów, strona powodowa podnosiła, że pisemne warunki pomiędzy Uberem a kierowcami powinny być czytane sceptycznie, ponieważ nie odzwierciedlają w sposób właściwy łączącego strony stosunku, dlatego też kierowców należy uznać za „osoby zatrudnione” (*worker*) z s. 230(3)(b) ERA. Ich czas pracy rozpoczynał się z chwilą, gdy wychodzili z domu, a kończył — gdy do domu wracali. Z kolei strona pozwana twierdziła, że warunki ukształtowane przez Ubera są ważne i uczciwie odzwierciedlają istotę stosunku z kierowcami, natomiast czas pracy jest ograniczony tylko do okresów gdy kierowca przewozi pasażera.

Trybunał Zatrudnienia w swoich rozważaniach odniósł się do argumentów obu stron. Sąd zaakceptował, że kierowcy (przynajmniej w Wielkiej Brytanii) nie byli obowiązani do włączenia Aplikacji i do zalogowania się (nie ma zakazu tzw. uśpionych kierowców). Jednak zdaniem sądu każdy kierowca, który: a) ma włączoną Aplikację, b) znajduje się w obrębie terytorium, gdzie jest upoważniony pracować, c) jest zdolny i chętny do przyjmowania zleceń — jest (jak długo te warunki pozostają spełnione łącznie) osobą zatrudnioną (*worker*) przez Ubera. Zdaniem sądu, Uber, używając w swoich dokumentach przekreślonego słownictwa (nazywając kierowcę — klientem), tworząc całkiem nowe sformułowania językowe (przyjmowanie na pokład jako zatrudnienie, dezaktywacja konta jako zwolnienie), stworzył fikcję prawną. Tego rodzaju terminologia zmusiłaby do uznania, że jeśli Uber był stroną jakiegokolwiek umowy o świadczenie przez kierowcę usług transportowych, to jest to umowa tego rodzaju, że Uber jest klientem „Klienta”. Poza tym sąd nie zaakceptował stwierdzenia jakoby Uber nie prowadził usług transportowych, ponieważ sprzeciwia się temu zwykle, zdroworozsądkowe rozumowanie. Cytując sąd: „Mniemanie, że Uber w Londynie jest mozaiką 30 000 małych przedsiębiorstw połączonych wspólną platformą, jest w naszym pojęciu lekko śmieszne” (Aslam, Farrar i in. v. Uber, § 90). Podczas gdy próbowano dowieść, iż między kierowcą i Uberem nie istnieje żadna umowa o świadczenie usług, to zarówno Warunki Partnerskie, jak i Nowe Warunki wymagały od kierowcy zgody, że taka umowa o usługi istniała, ale między kierowcą a pasażerem. Czyli jest tak, że kierowca zawiera wiążące porozumienie z osobą, której tożsamości nawet nie zna (i nigdy nie pozna), która nie zna i nie pozna jego tożsamości, by odbyć podróż do celu, którego nie zna, dopóki pasażer nie wsiądzie do samochodu, drogą wyznaczoną przez osobę spoza umowy (Uber), od której nie może odstąpić (przynajmniej nie bez ryzyka), za opłatą, która jest ustalona i pobierana przez kogoś, kto nie jest stroną umowy (Uber). Sąd nie mógł przystać na takie rozumowanie. Trybunał orzekł, że Uber prowadzi przedsiębiorstwo transportowe,

a kierowcy stanowią wykwalifikowaną siłę roboczą, poprzez którą Uber świadczy te usługi i na tym zarabia. Sąd swoją ocenę oparł na następujących faktach i rozważaniach: 1) Uber zachowuje całkowitą dyskrecję w akceptowaniu i odrzucaniu rezerwacji przejazdu, 2) Uber rekrutuje i przeprowadza wywiad z kierowcami, 3) Uber pozostaje w posiadaniu kluczowych informacji (nazwisko pasażera, dane kontaktowe i cel podróży), 4) Uber wymaga od kierowców akceptowania zleceń i/lub nieodwoływania ich, co egzekwuje poprzez wylogowanie kierowców nieprzestrzegających tego wymogu, 5) Uber wyznacza trasę jazdy, od której kierowca odstępkuje na własne ryzyko, 6) Uber określa opłatę za przejazd, a kierowca nie może umówić się z pasażerem na wyższą stawkę (swoboda ustalenia niższej stawki jest oczywiście nieistotna), 7) Uber nakłada liczne obowiązki na kierowców (określa dopuszczalne marki pojazdów), instruuje kierowców, jak powinni wykonywać swoją pracę i na wiele sposobów kontroluje kierowców co do wykonywania swoich obowiązków, 8) Uber poddaje kierowców systemowi ocen, który urasta do rangi systemu dyscypliny proceduralnej (tzw. *rating*), 9) Uber bierze na siebie ryzyko strat, a gdyby kierowcy rzeczywiście prowadzili biznes na własny rachunek, to ryzyko spadłoby na nich, 10) Uber zajmuje się skargami pasażerów, włączając w to skargi na kierowców, 11) Uber zachowuje prawo do jednostronnej zmiany postanowień umownych. Biorąc to wszystko pod uwagę sąd stwierdził, że kierowcy spełnili przesłanki z s. 230(3)(b) ERA, czyli wpisali się w definicję osoby zatrudnionej (*worker*). Skoro umowa z pasażerem była fikcją (nie istniała), to stwierdzenie o istnieniu więzi umownej z Uberem było nieuniknione. Kierowcy nie reklamowali swoich usług szerokiej skali odbiorów na świecie, a raczej byli rekrutowani przez Ubera do pracy, jako konieczny składnik jego działalności. Na koniec Trybunał Zatrudnienia dodał, że żadnego z poczynionych rozważań nie należy rozumieć jako wątpliwanie, że pozwany mógł wymyślić biznes bez angażowania się w zatrudnienie kierowców. Po prostu model, który wybrano, nie spełnił tego celu (Aslam, Farrar i in. v. Uber, § 97). Pojawiło się również pytanie o identyfikację podmiotu zatrudniającego kierowców w niniejszej sprawie: UBV — spółka holenderska z siedzibą w Amsterdamie (spółka-matka) czy ULL — brytyjska spółka, która od maja 2012 r. miała licencję operacyjną na Londyn (spółka-córka). Pełnomocnik Ubera twierdził, że nawet gdyby kierowcy pozostawali w relacji prawnej z podpunktu b) s. 230(3)ERA, to byłaby to relacja z UBV. Kierowcy nie zawierali bowiem jakiegokolwiek porozumienia z ULL, która jest filią istniejącą tylko po to, by spełnić wymogi regulacyjne dotyczące uzyskania licencji operacyjnej w Londynie. Sąd odrzucił ten wniosek, uznając za podmiot zatrudniający ULL. Ostatnia z rozważanych kwestii dotyczyła czasu pracy. Sąd był zdania, że kierowca „pracuje” na podstawie umowy o zatrudnienie z podpunktu b), kiedy ma włączoną Aplikację, na terytorium objętym przez licencję, będąc gotowym i dyspozycyjnym do przyjmowania zleceń. Pełnomocnik strony pozwanej twierdził, że kierowca mógłby zostać hipotetycznie uznany za zatrudnionego (*worker*) tylko wtedy, gdy przewozi

pasażerów. Sąd nie zaakceptował tego wniosku, ponieważ w jego mniemaniu to myliłoby usługę, której pasażer oczekuje, z pracą, której Uber wymaga od kierowców w celu wyświadczenia tej usługi. Kluczowe dla działalności Ubera jest dysponowanie „pulą” kierowców, którzy przewożą pasażerów, oraz tych, których można wezwać gdy rośnie popyt na usługę. Bycie „dostępnym” jest węzłowym elementem samej usługi, którą kierowca świadczy Uberowi, bowiem: „Służą i ci, którzy tylko stoją i czekają” (Aslam, Farrar i in. v. Uber, § 100). Od niniejszego wyroku strona pozwana wniosła apelację.

Wyrok Apelacyjnego Trybunału Zatrudnienia (wyrok Mr Y. Aslam, Mr J. Farrar and Others v. Uber: UKEAT/0056/17/DA z 10 listopada 2017 r., dalej: Aslam, Farrar i in. v. Uber — apelacja). Uber w swojej apelacji zarzucił sądowi I instancji, iż ten zlekceważył pisemne warunki dokumentów będących dowodami w sprawie, twierdząc, że nie istniała żadna umowa o świadczenie usług transportowych pomiędzy kierowcami a ULL. Umowę zawarto między kierowcami a UBV i dotyczyła ona głównie dostępu do Aplikacji i związanej z tym prowizji; umowa ta przewidywała również istnienie bezpośredniego stosunku umownego między kierowcami a pasażerami. Podniesiono, że stosunek ten, ze względu na wymogi regulacyjne, musiał być wspomagany przez oddział UBV, czyli ULL. Dlatego też ULL pełnił jedynie rolę agenta kierowców, w tym sensie, że był operatorem posiadającym licencję na przewozy osobowe na terenie Londynu, zarządzał rezerwacjami przejazdów, zajmował się skargami i mieniem utraconym (Aslam, Farrar i in. v. Uber — apelacja, § 80). W konsekwencji sąd I instancji błędnie wyinterpretował istnienie stosunku typu zatrudniający-zatrudniony między ULL a kierowcami, opierając się na przesłankach z wymogów regulacyjnych.

Sąd apelacyjny odrzucił te zarzuty i podtrzymał wyrok sądu I instancji, który jego zdaniem dokonał słusznych subsumpcji i właściwie ocenił charakter stosunku łączącego strony sporu. Najważniejszym zagadnieniem apelacji było ustalenie, czy istniała jakakolwiek umowa pomiędzy ULL i kierowcami, a jeżeli tak — to jakiego rodzaju była to umowa: czy był to kontrakt, na podstawie którego kierowcy świadczyli usługi na rzecz ULL, czy też to ULL świadczył usługę (jako agent) na rzecz kierowców (Aslam, Farrar i in. v. Uber — apelacja, § 91). Sąd apelacyjny potwierdził, że w braku istnienia bezpośredniej pisemnej umowy pomiędzy kierowcami a ULL, przy istnieniu jedynie ogólnych warunków, które rzekomo odzwierciedlały prawdziwy stosunek łączący strony — należy wyinterpretować łączącą strony relację na podstawie wszystkich okoliczności sprawy (za: *Autoclenz*). Sąd apelacyjny wytłumaczył, iż nie neguje się możliwości istnienia umowy agencyjnej między kierowcą prowadzącym jednoosobową działalność gospodarczą a przykładową firmą transportową; po prostu nie można było przystać na istnienie tego typu umowy w niniejszej sprawie (z uwagi na to, że kierowca nie miał możliwości rozwijania swojego biznesu oraz ustalania swoich warunków działania) (Aslam, Farrar i in. v. Uber — apelacja, § 107). W rzeczywistości kie-

rowcy stanowią integralną część działalności Ubera i są dostarczycielami jego flagowego produktu (Aslam, Farrar i in. v. Uber — apelacja, § 110). Dlatego też sąd apelacyjny stanowczo odrzucił pogląd jakoby kierowca był niezależnym usługodawcą, który wchodzi w bezpośredni stosunek umowny z każdym nowym pasażerem. Sprzeciwia się temu **zakres kontroli** sprawowanej przez Ubera, która znacznie przewyższa wspomniane wcześniej wymogi regulacyjne oraz założenia umowy agencyjnej, zmierzając w kierunku istnienia stosunku pracy (Aslam, Farrar i in. v. Uber — apelacja, § 113). Apelacyjny Trybunał Zatrudnienia zwrócił uwagę, że chociaż ULL jako operator licencji ma obowiązek pozyskiwania danych od pasażerów, to żadna regulacja nie powstrzymuje ULL przed udostępnianiem tych danych kierowcom, czy mniej dotkliwie — podawania przez kierowców swoich danych pasażerom. Tak samo żaden wymóg regulacyjny nie obowiązywał Ubera do ostrzegania kierowców, że powinni wyrobić przynajmniej 80% przejazdów, aby zachować swoje konto; do wprowadzenia 5-gwiazdkowego systemu ocen kierowców (*rating*); do automatycznego wylogowywania kierowców, którzy odrzucili trzy zlecenia przejazdu pod rząd (Aslam, Farrar i in. v. Uber — apelacja, § 27–28, 113). Były i są to komponenty kontroli w postaci zarządzania algorytmicznego, wprowadzone przez Ubera z własnej inicjatywy (Rosenblat, Stark, 2016). Strona pozwana twierdziła też, że kierowcy nie mieli w żadnym czasie obowiązku świadczenia pracy. Sąd apelacyjny uznał to twierdzenie, ale tylko w sytuacji, gdy kierowca nie był zalogowany do Aplikacji; wraz z momentem zalogowania taki obowiązek powstawał (wyinterpretowano go z obowiązku wyrobienia 80% zleconych przejazdów). Kompletna analiza wszystkich cech łączącego strony stosunku przeważała na rzecz klasyfikacji kierowców jako zatrudnionych, a nie niezależnych usługodawców. Swoim wyrokiem Apelacyjny Trybunał Zatrudnienia potwierdził, że w sprawach prawnopracowniczych sąd pracy jest w stanie zajrzeć pod powierzchnię każdej dobrze skonstruowanej umowy, każdego dobrze przemyślanego modelu biznesowego, by odszyfrować rzeczywisty charakter łączącego strony stosunku.

Wyrok Sądu Apelacyjnego (Izba Cywilna) (wyrok Mr Y. Aslam, Mr J. Farrar and Others v. Uber, A2/2017/3467, z 19 grudnia 2018 r., dalej: Aslam, Farrar i in. v. Uber — II apelacja). Apelacja pozwanego opierała się na tych samych zarzutach, dlatego nie ma potrzeby ich ponownego przedstawiania. Przechodząc do analizy Sądu Apelacyjnego należy wskazać, że w rozważaniach przywołano zapadły miesiąc wcześniej wyrok w sprawie *Addison Lee* (wyrok *Addison Lee Ltd v. Lange* [2018] UKEAT/0037/18/BA). W sprawie tej powodowie byli kierowcami pracującymi dla przedsiębiorstwa Addison Lee, zajmującego się prywatnym przewozem osób. Kierowcy nie byli obowiązani do posiadania własnych samochodów, a poruszali się wypożyczonymi pojazdami (w przeciwieństwie do kierowców Ubera obowiązanych do „dostarczenia” własnego samochodu). Przedsiębiorstwo wyposażało ich w przenośny komputer XDA (podobnie jak kierowców Ubera wyposażano w Aplikację na tele-

fon). Założenie było takie, że kiedy kierowca był gotowy do pracy, logował się do systemu, a system lokalizował komputer i pojazd. Każdy kierowca zawierał umowę z pozwanym, która jasno określała, że wszyscy kierowcy przedsiębiorstwa Addison Lee są niezależnymi usługodawcami i żadne z postanowień umownych nie czyni z nich pracowników, zatrudnionych, agentów lub wspólników pozwanego przedsiębiorstwa (Aslam, Farrar i in. v. Uber — II apelacja, § 59–60). Pisemne warunki umów wskazywały m.in., że: 1) to kierowcy wybierali dni i przedziały godzin, w których świadczyli usługi przewozu, 2) zalogowany kierowca był uważany za dostępnego i gotowego do świadczenia usług, 3) kierowca nie miał obowiązku świadczenia pracy w ogóle, 4) przedsiębiorstwo nie miało obowiązku dostarczenia (zagwarantowania) pracy kierowcom. Na podstawie tych warunków sądy obu instancji zgodnie orzekły, że kierowcy byli osobami zatrudnionymi (*worker*) przez przedsiębiorstwo Addison Lee, a nie — jak utrzymywano — niezależnymi usługodawcami (Aslam, Farrar i in. v. Uber — II apelacja, § 62). Polegając na autorytecie wyroku w sprawie *Autoclenz*, sądy zignorowały postanowienia niektórych warunków umownych, ponieważ nie odzwierciedlały one rzeczywistego charakteru łączącego strony stosunku prawnego. Mimo braku całkowitej zbieżności stanu faktycznego ze sprawą *Addison Lee* z londyńską sprawą Ubera, Sąd Apelacyjny postanowił się na niej oprzeć, głównie z uwagi na potwierdzenie dopuszczalności pomijania przez sądy fikcyjnych postanowień umownych. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, sądy niższych instancji były nie tylko uprawnione, ale przede wszystkim miały rację w uznaniu kierowców Ubera za zatrudnionych przez ULL na podstawie umowy o zatrudnienie z podpunktu b) (Aslam, Farrar i in. v. Uber — II apelacja, § 68). Rzeczywisty stosunek prawny łączący strony musi być zdeterminowany po zbadaniu wszystkich okoliczności, których pisemna umowa jest jedynie częścią. Taka potrzeba pojawia się zwłaszcza przy wprowadzaniu do umów licznych klauzul, które mają na celu wyłączenie ochrony statutowej, która w przeciwnym razie miałaby zastosowanie. Przy określaniu, czy dana osoba wchodzi w zakres definicji umowy o zatrudnienie z podpunktu b), fakt podpisania przez nią innej umowy (cywilnoprawnej) traci na znaczeniu, zwłaszcza jeśli warunki takiej umowy są standardowe i nie podlegają negocjacji. Dla Sądu Apelacyjnego od samego początku jasne było to, że nie istniała żadna umowa między kierowcą a pasażerem. Zamawiając usługę przejazdu pasażer czynił to za pośrednictwem ULL. Tak więc na poziomie przyjmowania i akceptacji zlecenia umowa istniała między pasażerem a ULL. Nowe zlecenie było komunikowane kierowcy przez ULL i akceptowane poprzez odpowiedź zwrotną do Ubera. Umowa istniała tylko między kierowcą i ULL, a wynikała z oczekiwania, że kierowca zaakceptuje zlecenie, odbierze pasażera i dowiezie do jego destynacji. Oczywiście, na poczet rozważań teoretycznych, nie było żadnej przeszkody, aby jednocześnie współistniały dwie umowy: jedna między ULL i kierowcą oraz druga między kierowcą a pasażerem. Jednak żadna z nich nie mogłaby być pojmowana jako umowa, na pod-

stawie której ULL jest klientem kierowcy. Dodatkowo, zdaniem Sądu Apelacyjnego, argumenty strony pozwanej umniejszające znaczenie ustawodawstwa regulacyjnego dotyczącego transportu i związanych z tym licencji, jako podstawa do wyinterpretowania stosunku zatrudnienia między ULL a kierowcami, były błędne. Reżim regulacyjny jeszcze bardziej wzmacniał prawidłowość wniosków sądów niższych instancji, że to kierowcy świadczyli usługi dla Ubera, nie odwrotnie (Aslam, Farrar i in. v. Uber — II apelacja, § 87). Zdaniem Sądu Apelacyjnego, sformułowania użyte w warunkach umownych między UBV a kierowcami (zarówno wersja z 2013 r., jak i z 2015 r.) cechuje wysoki poziom fikcji. Pominięcie ULL w obu wersjach warunków umownych jest tym bardziej frapujące, że to ULL sprawuje wysoki poziom kontroli nad kierowcami. Nie da się inaczej wytłumaczyć takiej roli ULL jak poprzez wskazanie na istnienie bezpośredniego stosunku umownego między ULL a każdym z kierowców (Aslam, Farrar i in. v. Uber — II apelacja, § 91). Sąd Apelacyjny całkowicie poparł tezę sądów niższych instancji, że nie jest rozsądne twierdzenie jakoby to Uber „pracował” dla kierowców. Uber prowadzi przedsiębiorstwo transportowe, a kierowcy stanowią jego wykwalifikowaną siłę roboczą, za pomocą której przedsiębiorstwo świadczy swoje usługi i osiąga dochody. Nie było żadnych podstaw, aby twierdzić, że umowę zawarto między kierowcą a UBV. W końcowej części swych rozważań Sąd Apelacyjny pochylił się również nad kwestią czasu pracy kierowców. Popierając dotychczasowe konkluzje sądów niższych instancji, Sąd Apelacyjny dodał, że sam fakt konieczności zaakceptowania przez kierowców co najmniej 80% zleceń przejazdu (w przeciwnym razie kierowca naraża się na sankcję wylogowania) potwierdza tezę, że kierowcy oczekujący na nowe zlecenie pozostają w gotowości i dyspozycji do świadczenia pracy dla ULL (Aslam, Farrar i in. v. Uber — II apelacja, § 104). Tylko w sytuacji, gdyby kierowca był jednocześnie zalogowany do kilku aplikacji i pozostawał w takiej samej zależności oczekiwania względem kilku konkurencyjnych jednostek, kwestią dowodową byłoby ustalenie, że w danym momencie kierowca nie pozostawał akurat w dyspozycji Ubera. Siłą rzeczy Sąd Apelacyjny całkowicie zgodził się z ustaleniami sądu I instancji. Do wyroku zgłoszono zdanie odrębne. Strona pozwana otrzymała pozwolenie na złożenie odwołania do Sądu Najwyższego, co zamierza uczynić.

O'Connor v. Uber Technologies, Inc. (wyrok z 11 marca 2015 r., nr C-13-3826 EMC)

Informacje wstępne. Szczególne emocje budziło postępowanie sądowe przeciwko przedsiębiorstwu Uber zainicjowane w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej. Błędna klasyfikacja na rynku pracy w USA to olbrzymi i wieloletni problem; ponadto poszczególne uprawnienia pracownicze i środki ochrony są zawarte w licznych aktach prawnych, a inna ustawa to z reguły inny test klasyfikacyjny (określający, czy dana osoba jest pracownikiem

czy też niezależnym usługodawcą). W konsekwencji ta sama osoba może zostać uznana za pracownika z pewnych powodów i dla innych celów, a niezależnym usługodawcą z innych przyczyn¹. Przepisy prawne odmiennie definiują pojęcie „pracownika” oraz „niezależnego usługodawcy” na gruncie różnych ustaw. Dlatego też, w celu określenia statusu osoby zatrudnionej, opracowano tzw. testy klasyfikacyjne. Z uwagi na objętość artykułu pomijam opis poszczególnych testów klasyfikacyjnych, skupiając się jedynie na tych, które zostały zastosowane w omówionych rozstrzygnięciach sądowych.

Ustalenia faktyczne. Sprawa *O'Connor v. Uber* ma swój początek w sierpniu 2013 r., kiedy to kalifornijscy kierowcy Ubera postanowili zakwestionować przypisany im status niezależnego usługodawcy. Początkowo sprawa przybrała pomyślny dla kierowców bieg, bowiem sąd obwodowy Kalifornii Północnej (I instancja) oddalił wniosek Ubera o wydanie orzeczenia w trybie uproszczonym, pośrednio stwierdzając, że kierowcy mogliby zostać uznani za pracowników (*employee*) Ubera.

Jeśli chodzi o ustalenia faktyczne poczynione w sprawie amerykańskiej, to pokrywają się one z modelem funkcjonowania przedsiębiorstwa Uber w ogólności. Umowa wyraźnie stanowi, że stosunek pomiędzy Uberem a osobą świadczącą usługi transportowe ma charakter niezależnie kontraktujących stron (*Addendum* pkt 7; *Service Agreement* pkt 9). W omawianym sporze Uber stanowczo nazywał siebie „przedsiębiorstwem technologicznym”, odcinając się od określenia „przedsiębiorstwo transportowe”, argumentując, że nie jest właścicielem samochodów, a już na pewno nie zatrudnia kierowców. Z kolei kierowcy argumentowali, że przedsiębiorstwo nazywało siebie „Serwisem samochodowym na żądanie”, chlubiąc się sloganem: „Uber — Prywatny Kierowca Każdego” (slogan ten został zarejestrowany przez Ubera jako znak towarowy). Uber stanowczo twierdził, że kierowcy nie są jego pracownikami, tylko niezależnymi usługodawcami, a zatem nie są uprawnieni do ochrony na podstawie kalifornijskiego kodeksu pracy. Poza tym Uber utrzymywał, że sprawuje minimalną kontrolę nad tym, w jaki sposób kierowcy faktycznie świadczą usługi transportowe. Kierowcy sami decydowali o swoich godzinach pracy i ustalali harmonogramy, dodatkowo używali swoich własnych pojazdów i podlegali bezpośredniemu nadzorowi w niewielkim stopniu. Powodowie stanowczo kwestionowali te poglądy twierdząc, że Uber sprawuje znaczną kontrolę i nadzór zarówno nad metodami, jak i środkami świadczenia usług transportowych przez ich kierowców oraz że zgodnie z obowiązującym prawem są pracownikami.

Kalifornijski test zatrudnienia. Badanie, czy powodowie byli pracownikami, czy niezależnymi usługodawcami na gruncie prawa Kalifornii przebiega dwuetapowo. Gdy tylko powód dostarczy dowodów na to, że świadczył usługi dla domniemanego pracodawcy, dowodzi *prima facie* istnienia stosunku pracodawca–pracownik. Wtedy ciężar dowodu przechodzi na domniemanego pracodawcę, który musi z kolei udowodnić, że domniemany pracownik był niezależnym usługodawcą (wyrok *Narayan v. EGL*,

Inc., 616 F. 3d 895, 9th Cir. 2010). W celu rozstrzygnięcia sporu wykorzystuje się test wywodzący się z orzeczenia Sądu Najwyższego w sprawie *Borello* (wyrok *S.G. Borello & Sons, Inc. v. Dep't of Indus. Relations*, 48 Cal. 3d, 341, 1989), gdzie wyliczono wskaźniki istnienia stosunku zatrudnienia. Test *Borello* stanowi odmianę „testu kontroli”, ponieważ najważniejszym czynnikiem jest pytanie o prawo domniemanego pracodawcy **do kontrolowania** szczegółów wykonywanej pracy. W literaturze podkreśla się, że test jest unikalny — oparty na dwupoziomowej strukturze — najpierw uwzględnia tradycyjny test kontroli *common law*, by następnie rozważyć inne wskaźniki (Ross, 2015). Rzeczne prawo do kontroli nie musi się rozpościerać na każdy możliwy detal wykonywanej pracy. Raczej istotne jest pytanie, czy jednostka zachowuje „całą niezbędną kontrolę” nad wykonywaną pracą (wyrok *Borello*). Amerykański Sąd Najwyższy podkreślał wielokrotnie, że nie chodzi o to, ile kontroli osoba zatrudniająca *sprawuje*, ale ile tego prawa do kontroli w swoim ręku *zachowuje* (wyrok *Ayala v. Antelope Valley Newspapers Inc.*, 59 Cal. 4th, 2014). Oceniając zakres tej kontroli Sąd Najwyższy podkreślił, że prawo pracodawcy do „niczym nieograniczonego rozwiązywania łączącego strony stosunku, bez uzasadnionej przyczyny” stanowi „mocny dowód na istnienie stosunku pracy” (wyrok *Borello*). Inne orzeczenia idą nawet o krok dalej i podnoszą, że prawo do niczym nieograniczonego zakończenia łączącego strony stosunku jest najważniejszym faktorem dla zdeterminowania istnienia stosunku pracy (wyrok *Narayan*). Ten aspekt jest bardzo istotny dla sprawy Ubera. Oczywiście podkreśla się, że prawo domniemanego pracodawcy do kontrolowania szczegółów wykonywanej pracy nie jest jedynym istotnym czynnikiem, bowiem „test kontroli” nie może być stosowany „sztywno i w izolacji” (wyrok *Borello*). Dlatego też przyjęto szereg „drugorzędnych wskazówek”, które mają znaczenie przy odróżnianiu pracownika od niezależnego usługodawcy. Dotychczasowy dorobek orzecznictwa wskazuje, że test *Borello* jest dość elastyczny i niestały, a wynik sprawy zależy głównie od wagi zastosowanych czynników oraz od ich szczególnej kombinacji.

Rozważania sądu obwodowego. Uber twierdził, że domniemanie istnienia stosunku pracy nie zachodzi, skoro firma udostępnia jedynie oprogramowanie, to kierowcy są po prostu jej klientami. W ten sposób przedsiębiorstwo kreowało siebie na technologicznego pośrednika między potencjalnym pasażerem i potencjalnym kierowcą. Sąd nie zaakceptował tego argumentu, i to z licznych względów. Zdaniem sądu postulowany zakres działalności był przesadnie wąski; samookreślenie się Ubera jako zwykłej „firmy technologicznej” koncentrowało się wyłącznie na mechanice jego platformy (korzystanie z Aplikacji internetowej na telefonie), a nie na istocie tego, czym rzeczywiście zajmuje się Uber (umożliwianie klientom rezerwowania i otrzymywania przejazdów). Istotnie niewiele firm (o ile takie istnieją) może powiedzieć, że nie jest przedsiębiorstwem technologicznym, jeśli uwaga oceniającego skupiłaby się wyłącznie na tym, jak tworzą i dystrybuują

swoje produkty. Jeżeli jednak uwaga koncentruje się na istocie tego, co firma w rzeczywistości robi (sprzedaje przejazdy, kosiarki do trawy lub cukier), jasne jest, że Uber jest z pewnością firmą transportową, aczkolwiek technologicznie wyrafinowaną. Co więcej, oczywiste jest, że kierowcy świadczą usługi na rzecz Ubera, ponieważ Uber nie mógłby być zdolnym do funkcjonowania podmiotem gospodarczym bez swoich kierowców. Przedsiębiorstwo nie tylko zajmuje się technologią, ale odgórnie ustala opłaty obciążające pasażerów, zabrania kierowcom uzgadniania z pasażerami rezerwacji przyszłych przejazdów poza Aplikacją, selekcjonuje przyszłych kierowców (sprawdzanie przeszłości osoby, egzamin ze znajomości miasta, kontrola pojazdu i wywiad osobisty), kończy współpracę z kierowcami, którzy nie spełniają przyjętego standardu (nie osiągają dostatecznego ratingu). Mając powyższe argumenty na uwadze sąd obwodowy zauważył, że choć jego konkluzja mogłaby się oprzeć na czysto logicznym wnioskowaniu i na wskazaniach zdrowego rozsądku, to orzecznictwo czyni klarownie przejrzystym, że kierowcy są zatrudnieni przez Ubera. Jako przykład przywołano wyrok w sprawie *Yellow Cab Cooperative* (wyrok *Yellow Cab Coop. Inc. v. Worker's Comp. Appeals Bd.*, 226 Cal. App. 3d 1288, 1991). W sprawie tej kierowcy płacili firmie Yellow Cab opłatę stałą za korzystanie z taksówki i radiodbiornika. Istotne jest jednak to, że Yellow Cab (w przeciwieństwie do Ubera) nie otrzymywało żadnej prowizji od kwot zarobionych przez kierowcę, a mimo to sąd stwierdził, iż rzeczywista działalność przedsiębiorstwa polegała na obsłudze floty taksówek przeznaczonych do publicznego przewozu. Kierowcy, jako aktywne narzędzia tego przedsiębiorstwa, świadczyli nieodzowną „usługę” dla Yellow Cab; firma nie mogłaby bez nich przetrwać, tak samo jak bez sprawnych taksówek. Uzasadnienie orzeczenia *Yellow Cab* znajduje jeszcze silniejsze zastosowanie w sprawie Ubera. W przeciwieństwie do firmy Yellow Cab, która pobierała od taksówkarzy stałą opłatę, Uber tylko wtedy otrzymywał swoją opłatę, gdy kierowca pomyślnie dowiózł klienta na miejsce docelowe. Tak samo jak taksówkarze Yellow Cab, kierowcy Ubera zapewniają niezbędny serwis i Uber nie mógłby bez nich przetrwać, podobnie jak bez sprawnie działającej Aplikacji na telefon. Lub też, używając bardziej kolokwialnego słownictwa, Uber nie mógłby być *Prywatnym Kierowcą Każdego* bez swoich kierowców. W związku z powyższym kalifornijski sąd obwodowy uznał, że kierowcy świadczą usługę na rzecz Ubera, a więc są domniemanymi pracownikami. W ten sposób przerzucono ciężar dowodu na Ubera, a zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą pytanie klasyfikacyjne typu „pracownik czy niezależny usługodawca” powinno zostać przedłożone ławie przysięgłych (wyrok *Burlingham v. Gray*, 22 Cal. 2d 87, 1943). Jedynie w sytuacji, gdy dowody są niekwestionowane i można na ich podstawie wyprowadzić tylko jeden racjonalny wniosek, na rzeczne pytanie mógłby odpowiedzieć sąd obwodowy (wyrok *Borello*). Dyskusyjna okazała się bowiem kwestia tego, czy Uber mógł jednostronnie i bez ograniczeń

dezaktywować konta kierowców. Uber utrzymywał, że był jedynie upoważniony do rozwiązywania swoich stosunków z kierowcami za wypowiedzeniem lub z powodu istotnego naruszenia kontraktu przez kierowcę. Powodowie stanowczo zaprzeczali, przywołując następujący zapis kontraktu: „Uber zachowuje prawo, w każdym czasie i wedle własnego uznania do odbierania, zabrania, zawieszania, ograniczania lub w jakikolwiek inny sposób zawężania dostępu Kierowcy do Aplikacji”. A więc w zakresie, w jakim ta istotna z punktu widzenia testu „pracownik czy niezależny usługodawca” kwestia pozostawała nierozwiązana, nie mogło być mowy o wydaniu orzeczenia w trybie uproszczonym. Kwestie sporne budził też **poziom sprawowanej kontroli**. Zdaniem Ubera nie mogło być mowy o żadnej kontroli, ponieważ kierowcy pracowali tak mało lub tak dużo jak chcieli. Podczas gdy Uber utrzymywał, że kierowcy nie muszą akceptować zleceń przejazdu, nawet jeśli pozostają zalogowani do Aplikacji, to powodowie dostarczyli mocnego przeciwdowodu w postaci tzw. Podręcznika Kierowcy, gdzie można przeczytać, co następuje: „Oczekujemy od kierowców zalogowanych do Aplikacji przyjmowania wszystkich zgłoszeń” i dalej: „Żądanie przejazdu, które nie zostało zaakceptowane, jest uważane za odrzucone, a my będziemy sprawdzać wszystkich kierowców, którzy odrzucają przejazdy” (*Handbook*, pkt 1). Równie gorąco dyskutowano na temat tego, czy Uber miał prawo do znacznego kontrolowania „sposobu i środków” wykonywania przejazdów przez kierowców. Powodowie powołali się na liczne dokumenty, które napisano w stylu charakterystycznym dla rozkazu (ewentualnie polecenia), które instruowały kierowców w następujący sposób: „upewnij się, że jesteś ubrany profesjonalnie, upewnij się, że radio jest wyłączone lub nastawione na łagodny jazz lub stację NPR, otwórz drzwi swojemu klientowi” (*Onboarding Script*, pkt 3–6). Uber twierdził, że były to jedynie sugestie, a nie polecenia charakterystyczne dla stosunku pracy. Przedłożone dowody wskazywały jednak, że kierowcy ponosili negatywne konsekwencje wynikające z nieprzestrzegania tych sugestii. Poza tym, kierowcy byli stale monitorowani, a system oceniania kierowców przez pasażerów w skali od 1 do 5 gwiazdek był wykorzystywany do dyscyplinowania kierowców (umowa jasno przewidywała, że Uber mógł zakończyć współpracę z każdym kierowcą, którego ocena spadła poniżej wymaganego minimum — *Addendum*, pkt 9). Zdaniem sądu tak wszechstronne monitorowanie kierowców mogłoby przeważać na korzyść stwierdzenia, że kierowcy są pracownikami przedsiębiorstwa Uber na podstawie prawa stanu Kalifornia. Niemniej jednak Uber wskazywał i przywiązywał dużą wagę do tego, że nie miał wpływu na czas pracy kierowców. To istotna kwestia, bo mogłaby przeważać za stwierdzeniem statusu niezależnego usługodawcy. Jednakże w orzecznictwie podkreśla się, że swoboda w wyborze dni i godzin pracy sama w sobie nie wyklucza ustalenia istnienia stosunku pracy. Liczy się bowiem to, jaki poziom kontroli sprawuje się nad konkretną osobą w momencie, gdy ta stawia się do pracy

(wyrok *Air Couriers*). Ponieważ w odczuciu sądu obwodowego wiele istotnych dla „podstawowego” testu *Borrello* faktów pozostawało spornymi, sąd nie miał obowiązków szczegółowego badania licznych czynników „wtórných” testu. Jednak w mniemaniu sądu obwodowego racjonalna ława przysięgłych uznałaby raczej, że wiele czynników „wtórných” przemawia za istnieniem stosunku pracy pomiędzy Uberem a kierowcami. Dokonując analizy zgromadzonego materiału dowodowego, sąd obwodowy nie mógł przychylić się do wniosku Ubera o wydanie wyroku w trybie uproszczonym, ponieważ nie można było jednoznacznie określić, że kierowcy są niezależnymi usługodawcami.

Dalszy bieg niniejszej sprawy był następujący. W grudniu 2015 r. sprawa została zakwalifikowana jako powództwo grupowe — na podstawie tej decyzji mogli do niej przystąpić kierowcy, którzy zawarli umowę z Uberem bezpośrednio i we własnym imieniu (nie przez firmy pośredniczące) w Kalifornii, poczynając od roku 2009. Przewidywano, że do sprawy przyłączy się nawet 400 tys. kierowców (Cherry, 2016). Następnie wydano postanowienie o skierowaniu sprawy do rozpatrzenia na rozprawie. Termin wyznaczono na 20 czerwca 2016 r., jednak postępowanie zawieszono w oczekiwaniu na decyzję sądu co do proponowanej ugody. Na jej podstawie Uber miał między innymi stracić prawo do samoczynnego dezaktywowania kont kierowców. Sędzia federalny nie przystał jednak na zaproponowaną przez strony ugodę, opiewającą na 100 milionów USD. Sędzia E. Chen stwierdził, że mimo zmian w swojej polityce, które Uber był gotowy wprowadzić, proponowana ugoda była „nieuczciwa, nieadekwatna, nierozsądna”. Sędzia stwierdził, że kwota ustalona przez strony była niczym „znaczny rabat” w porównaniu do kwoty odszkodowania, której można by dochodzić (powodowie skalkulowali kwotę potencjalnego odszkodowania na ponad 850 milionów USD). W międzyczasie toczyła się równoległa sprawa, również przeciwko przedsiębiorstwu Uber, dotycząca ważności klauzul arbitrażowych wprowadzonych we wszystkich umowach z kierowcami. W sprawie *Mohamed v. Uber Technologies Inc.* (z 7 września 2016 r. nr 15–16178) Sąd I instancji orzekł, że rzeczne klauzule są nieważne, natomiast sąd apelacyjny potwierdził ważność i skuteczność zastosowanych klauzul arbitrażowych. Oznaczało to, że tylko kierowcy, którzy skorzystali z opcji *opt-out* w stosunku do klauzul arbitrażowych, mogli wystąpić przeciwko Uberowi na drogę sądową. W atmosferze licznych pozwów zbiorowych przeciwko przedsiębiorstwu Uber przełomowe znaczenie miał wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Epic Systems Corp. v. Lewis, Ernst & Young LLP v. Morris, and National Labor Relations Board v. Murphy Oil USA, Inc.*, z 21 maja 2018 r., dotyczący klauzul arbitrażowych w umowach o pracę. Dopuszczalność tych klauzul w amerykańskich umowach o pracę potwierdzono na początku lat 90. XX w. Jednak tym, co budziło wątpliwości pod względem prawnym, a było coraz częstsza praktyką, to legalność wprowadzania do klauzul arbitrażowych postanowień, które dotyczyły zrzeczenia się prawa do udziału w postępowaniu

niach grupowych. W kontrowersyjnym rozstrzygnięciu amerykański Sąd Najwyższy dopuścił stosowanie obligatoryjnych klauzul arbitrażowych zawierających postanowienie o zrzeczeniu się prawa do występowania przeciw pracodawcy z pozwem zbiorowym jako integralną część umowy o pracę. Spodziewano się, że wyrok ten będzie miał poważne implikacje dla sprawy Ubera i tak też się stało — we wrześniu 2018 r. sąd apelacyjny wydał orzeczenie w sprawie *O'Connor v. Uber*. Kierowcy argumentowali, że wyroki w sprawach *Mohamed v. Uber* oraz *Epic Systems Corp. v. Lewis* nie mają żadnego znaczenia, ponieważ powodowie ze sprawy *O'Connor v. Uber* skorzystali z *opt-out* w imieniu całej grupy kierowców zaangażowanych w pozew zbiorowy. Sąd II instancji nie zaakceptował tego argumentu, potwierdził ważność i skuteczność klauzul arbitrażowych (które zawierały postanowienie dotyczące zrzeczenia się udziału w postępowaniach grupowych), a w konsekwencji odebrał niniejszej sprawie status postępowania grupowego. Oznacza to, że znakomita część zainteresowanych kierowców może dochodzić ustalenia swoich uprawnień tylko w drodze indywidualnego arbitrażu. Ostatecznie, choć uprawnionych do kontynuowania sporu sądowego z Uberem pozostało ok. 14 tys. kierowców (skorzystali z *opt-out*), to sprawa zakończyła się polubownie, poprzez zawarcie w połowie marca 2019 r. ugody opiewającej na 20 milionów USD. W ten oto sposób zakończono trwający prawie 6 lat spór, bez udzielenia odpowiedzi na kluczowe pytanie klasyfikacyjne.

Podsumowanie

Wciąż aktualne pozostaje więc pytanie, czy dotychczasowe definicje „pracodawcy”, „pracownika” oraz „stosunku pracy” przystają do dynamicznie zmieniającego się rynku pracy. Jest to zagadnienie kluczowe, zwłaszcza w atmosferze mnożących się postępowani sądowych z zakresu prawa pracy dotyczących statusu prawnego osób zaangażowanych w *gig economy*. Do najważniejszych należą m.in. postępowania: przeciwko przedsiębiorstwu Grubhub (wyrok w sprawie *Lawson v. Grubhub* z 8 lutego 2018 r. nr 15-cv-05128-JSC), przeciwko przedsiębiorstwu Lyft (wyrok w sprawie *Cotter v. Lyft* z 11 marca 2015 r., nr 13-cv-04065-VC), przeciwko przedsiębiorstwu Doordash (wyrok w sprawie *Edwards v. Doordash* z 18 października 2017 r. nr H-16-2255), przeciwko przedsiębiorstwu Pimlico (wyrok w sprawie *Pimlico Plumbers Ltd v. Smith* z 13 czerwca 2018 r., nr UKSC 29), przeciwko przedsiębiorstwu Postmates (wyrok w sprawie *Vega v. Postmates Inc.* z 21 czerwca 2018 r. nr 525233), przeciwko przedsiębiorstwu Citysprint (wyrok w sprawie *Dewhurst v. Citysprint* z 5 stycznia 2017 r. nr ET/220512/2016), przeciwko przedsiębiorstwu Foodora (wyrok w sprawie *Klooger v. Foodora Australia Pty Ltd* z 16 listopada 2018 r. nr FWC 6836) i wiele innych. Ponieważ *gig economy* to nie tylko problem Ubera (choć jest to przykład najbardziej prominentny),

a zakres usług dostępnych „na żądanie” za pośrednictwem aplikacji i platform internetowych wciąż wzrasta, tym większe znaczenie ma promowanie dyskursu mającego na celu wypracowanie optymalnych rozwiązań prawnych. Waga zagadnienia przybiera na znaczeniu, tym bardziej że sposobów, modeli, form świadczenia pracy za pośrednictwem platform i aplikacji internetowych jest tak wiele, że znalezienie jednego i ogólnego rozwiązania prawnego jest bardzo utrudnione, a wręcz niemożliwe.

¹ Wyroki: *Seattle Opera v. NLRB*, 292 F. 3d 757, D. C. Cir. 2002 — osoba została uznana za pracownika na gruncie NLRA, chociaż zarabiała poniżej średniej krajowej i nie składano zeznania podatkowego właściwego dla statusu pracownika; *Hopkins v. Cornerstone Am*, 545 F. 3d 338, 347, 5th Cir. 2008 — otwarcie stwierdzono, że nie jest to niezgodne z prawem, aby zostać uznanym za pracownika w ramach FLSA, a niezależnym usługodawcą na podstawie innych ustaw; *City Cab Co. of Orlando*, 285 N. L. R. B. 1191, (1987) — oceny klasyfikacyjne dokonane przez inne agencje rządowe nie są rozstrzygające, ale powinny być badane przez Krajową Radę ds. Stosunków Pracy (NLRB).

Bibliografia

- Cherry, M. A. (2016). Gig Economy: Settlements Leave Labor Issues Unsettled. Saint Louis University School of Law. *Legal Studies Research Paper Series*, (9). <https://doi.org/10.2139/ssrn.2776213>
- Davidov, G. (2005). Who is a Worker? *Industrial Law Journal*, 34, http://www.academia.edu/17924962/Who_is_a_Worker, <https://doi.org/10.1093/ilj/34.1.57>
- Nyombi, Ch. (2015). A response to the challenges posed by the binary divide between employee and self-employed. *International Journal of Law and Management*, 57, <http://www.emeraldinsight.com/doi/abs/10.1108/IJLMA-03-2013-0012?journalCode=ijlma>, <https://doi.org/10.1108/IJLMA-03-2013-0012>
- Osborne, H. (2016). Uber loses right to classify UK drivers as self-employed. *The Guardian* z 28 października 2016, <https://www.theguardian.com/technology/2016/oct/28/uber-uk-tribunal-self-employed-status>
- Rosenblat, A. Stark, L. (2016). Algorithmic Labor and Information Asymmetries: A Case Study of Uber's Drivers. *International Journal Of Communication*, 10(27).
- Ross, H. (2015). Ridesharing's House Of Cards: O'Connor v. Uber Technologies, Inc. and the viability of Uber's Labor Model in Washington. *Washington Law Review*, 90(3).
- Williams D. i in. (2014). *A Guide to UK Employment Law 2014. Over 15 years' experience of one thing. Rapid change.* Kemp Little http://www.kemplittle.com/cms/document/Guide_to_UK_Employment_Law.pdf

Nowe ramy prawne stosowania przez pracodawcę monitoringu wizyjnego w zakładzie pracy

New legal framework for usage of video surveillance by an employer at the work place

dr Michał Miłosz

Uniwersytet Gdański, Wydział Prawa i Administracji,
Katedra Postępowania Administracyjnego i Sądowoadministracyjnego
ORCID: 0000-0001-5633-9941
e-mail: m.milosz@prawo.ug.edu.pl

dr Justyna Świątek-Rudoman

Uniwersytet Gdański, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Pracy
ORCID: 0000-0001-8752-1279
e-mail: jrudoman@prawo.ug.edu.pl

Streszczenie Wraz z rozpoczęciem bezpośredniego obowiązywania ogólnego rozporządzenia o ochronie danych osobowych (RODO) i wejściem w życie 25 maja 2018 r. zmian w kodeksie pracy istotnym zmianom uległy ramy prawne stosowania monitoringu wizyjnego przez pracodawców w zakładzie pracy. Nowe przepisy określają m.in. cele, dla jakich może zostać wprowadzony monitoring przez pracodawcę, obszar, który może zostać objęty monitoringiem, okres przechowywania zarejestrowanych danych, zasady wprowadzenia monitoringu przez pracodawcę oraz ciążące na pracodawcy obowiązki informacyjne związane z wprowadzeniem monitoringu. Autorzy analizują i oceniają nowe uregulowania prawne stosowania monitoringu wizyjnego przez pracodawcę.

Słowa kluczowe: monitoring wizyjny, prywatność pracownika, jawność przetwarzania danych pracownika.

Summary With the application of the Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) and in consequence the entry into force of the amendments to the Labor Code on 25 May 2018, the legal framework for the usage of video surveillance by employers at the work place has changed considerably. The new regulations define, among others, purposes in which the video surveillance can be implemented by the employer; an area that can be monitored; the period of storage of recorded data; rules and information duties for the entering of the video surveillance imposed on the employer. The authors present and discuss the new legal framework for the usage of video surveillance by an employer at the work place.

Keywords: video surveillance/monitoring, the right to privacy in the workplace, transparency of employee data processing.

JEL: K31

Wprowadzenie

Ramy prawne stosowania monitoringu wizyjnego przez pracodawców uległy istotnym zmianom począwszy od 25 maja 2018 r. Od tej daty obowiązuje bezpośrednio we wszystkich państwach członkowskich UE, w tym w Polsce, rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE)

2016/679 z 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (Dz. Urz. UE L 119 z 4.05.2016, s. 1, dalej: ogólne rozporządzenie o ochronie danych lub RODO). W tym dniu weszła też w życie usta-

wa z 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych (DzU poz. 1000), która zastąpiła wcześniejszą ustawę o ochronie danych osobowych z 1997 r. Nowa ustawa o ochronie danych osobowych służy przede wszystkim zapewnieniu stosowania ogólnego rozporządzenia o ochronie danych. Na mocy art. 111 ustawy ustawodawca wprowadził do kodeksu pracy przepisy normujące stosowanie przez pracodawców monitoringu — wizyjnego (art. 22² k.p.) oraz poczty elektronicznej (art. 22³ k.p.)¹. W myśl art. 22² § 1 k.p. monitoring wizyjny stanowi szczególną formę nadzoru nad terenem zakładu pracy lub terenem wokół zakładu pracy w postaci środków technicznych umożliwiających rejestrację obrazu. Przywołany art. 22² k.p. wprost dopuszcza możliwość wprowadzenia monitoringu wizyjnego przez pracodawcę i określa szczególne zasady na jakich może być wykorzystywany. Przedmiotem dalszych rozważań są nowe ramy prawne stosowania monitoringu wizyjnego przez pracodawcę. Uregulowania te mają zastosowanie zarówno do systemów monitoringu instalowanych po 25 maja 2018 r. jak i funkcjonujących już wcześniej.

W przypadku stosowania monitoringu wizyjnego w zakładzie pracy mamy do czynienia z przetwarzaniem danych osobowych. Danymi osobowymi są bowiem wszelkie informacje o zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osobie fizycznej². Informacje stanowiące dane osobowe mogą być przedstawione w różny sposób, także za pomocą obrazów, w tym również w postaci zapisu wideo. Nagrania z monitoringu mogą w szczególności zawierać informacje w postaci wizerunku twarzy osób fizycznych oraz sposobu ich zachowania. Jeżeli możliwa jest identyfikacja osób objętych nagraniem monitoringu, informacje takie stanowią dane osobowe. Nie powinno budzić wątpliwości, że sytuacja taka ma miejsce w przypadku monitoringu wizyjnego prowadzonego przez pracodawcę, gdyż wizerunek pracowników stanowi informację o osobach zidentyfikowanych. W praktyce monitoring wizyjny w zakładzie pracy może obejmować i inne możliwe do zidentyfikowania osoby, takie jak klienci czy kontrahenci pracodawcy. Przetwarzanie powyższych danych osobowych podlega ogólnym rygorom RODO.

Przesłanki legitymizujące przetwarzanie danych osobowych z monitoringu wizyjnego

Pracodawca jest administratorem danych w rozumieniu przepisów ogólnego rozporządzenia o ochronie danych w przypadkach, w których samodzielnie (lub wspólnie z innym podmiotem) decyduje o zastosowaniu monitoringu, ustala cel (cele) dla którego ma on być wykorzystywany i sposoby przetwarzania danych osobowych z monitoringu — w szczególności decyduje o obszarze objętym monitoringiem. Przykładowo pracodawca nie będzie administratorem w stosunku do danych z systemu monitoringu zainstalowanego przez właściciela budynku biurowego, w którym pracodawca najmuje część powierzchni biurowych, choć w pewnych przypadkach

może wchodzić w rachubę współadministrowanie takimi danymi.

Pracodawca, pełniąc funkcję administratora danych, musi przestrzegać zasad przetwarzania danych osobowych określonych w RODO i przepisach szczególnych. Przede wszystkim każde przetwarzanie danych przez pracodawcę musi się opierać na określonej przesłance legalizującej. Przesłanki te zostały unormowane odrębnie dla danych zwykłych i szczególnych odpowiednio w art. 6 i 9 RODO. Przetwarzanie danych osobowych w związku z funkcjonowaniem monitoringu wizyjnego ma z reguły swoją podstawę w art. 6 ust. 1 lit. c lub lit. f RODO. Pierwsza z przywołanych przesłanek ma zastosowanie wówczas, gdy przetwarzanie jest niezbędne do wypełnienia obowiązku prawnego ciążącego na administratorze. Zasadniczo sytuacja taka będzie zachodziła, gdy przepis prawa wprost nakłada na dany podmiot obowiązek stosowania monitoringu wizyjnego lub gdy przepis prawa nakłada obowiązek, dla wypełnienia którego konieczne jest stosowanie monitoringu. Podstawę przetwarzania danych z monitoringu wizyjnego może także stanowić tzw. klauzula usprawiedliwionego interesu, którą konstytuuje art. 6 ust. 1 lit. f RODO³. Zgodnie z tym przepisem przetwarzanie danych osobowych jest dopuszczalne, jeśli jest to niezbędne do celów wynikających z prawnie uzasadnionych interesów realizowanych przez administratora (lub przez stronę trzecią), z wyjątkiem sytuacji, w których nadrzędny charakter wobec tych interesów mają podstawowe prawa i wolności osoby, której dane dotyczą, a wymagające ochrony danych osobowych. Przy czym, na co w kontekście przetwarzania danych w miejscu pracy zwracała uwagę Grupa Robocza Art. 29⁴: „prawnie uzasadniony interes sam w sobie nie wystarcza jednak, aby przetwarzanie było nadrzędne wobec praw i wolności pracowników. Niezależnie od podstawy prawnej takiego przetwarzania przed jego rozpoczęciem należy przeprowadzić analizę proporcjonalności, aby ustalić, czy przetwarzanie jest konieczne do osiągnięcia prawnie uzasadnionego celu, oraz rozważyć środki, jakie należy wdrożyć, aby zapewnić ograniczenie naruszeń praw do życia prywatnego i tajemnicy komunikacji do minimum”⁵. Przeprowadzenie takiej analizy konieczne jest zatem przed wprowadzeniem monitoringu wizyjnego przez pracodawcę dla celów określonych w art. 22² § 1 k.p.

Natomiast podstawą do wprowadzenia monitoringu wizyjnego przez pracodawcę nie jest indywidualna zgoda pracowników (tak też Sokół, 2017, s. 169.). Warunkiem skuteczności udzielenia zgody na przetwarzanie danych osobowych jest między innymi dobrowolność jej wyrażenia. Zgoda nie może być uznana za dobrowolną, jeżeli osoba jej udzielająca nie ma rzeczywistego i wolnego wyboru. Dlatego też w motywie 43 preambuły RODO zaznacza się, że aby zapewnić dobrowolność „zgoda nie powinna stanowić ważnej podstawy prawnej przetwarzania danych osobowych w szczególnej sytuacji, w której istnieje wyraźny brak równowagi między osobą, której dane dotyczą, a administratorem”. Taki stan bra-

ku równowagi istnieje właśnie w relacji pracodawca-pracownik⁶. W konsekwencji, mając na względzie funkcję ochronną prawa pracy, za bezzasadne należy uznać występowanie przez pracodawcę o udzielenie zgody przez pracowników na przetwarzanie ich danych przez system monitoringu wizyjnego.

Potencjalnie, w pewnych przypadkach, przetwarzanie danych osobowych w związku z funkcjonowaniem monitoringu wizyjnego będzie musiało się opierać na przesłance legalizującej przetwarzanie danych szczególnych przewidzianych w art. 9 ust. 2 RODO. Przetwarzanie wizerunku twarzy, jako danych biometrycznych, jest objęte zakazem wynikającym z art. 9 ust. 1 RODO, jeśli dane z monitoringu będą przetwarzane specjalnymi metodami technicznymi umożliwiającymi jednoznaczną identyfikację nagrywanych osób lub potwierdzenie ich tożsamości. Sytuacja taka ma miejsce, gdy administrator stosuje specjalne technologie w postaci różnego typu algorytmów i mechanizmów automatycznego analizowania obrazów w celu przyporządkowania wizerunków twarzy do konkretnych osób (niezależnie od celów, dla których taka identyfikacja jest prowadzona). Natomiast powyższy przypadek nie zachodzi, gdy nagrania są wykorzystywane w razie zaistnienia określonych zdarzeń i poddawane analizie tylko w sytuacji ich zaistnienia oraz w stosownym zakresie. Należy przyjąć, że co do zasady pracodawca nie może instalować systemów monitoringu wykorzystujących technologie umożliwiające identyfikację obserwowanych osób. Tylko w zupełnie wyjątkowych sytuacjach przetwarzanie danych biometrycznych w celach określonych w art. 22² § 1 k.p. mogłoby znaleźć uzasadnienie w art. 9 ust. 2 RODO. Należy podkreślić, że obecnie kodeks pracy nie zawiera szczególnych rozwiązań dotyczących wykorzystywania danych biometrycznych pracowników przez pracodawcę, jednak rządowy projekt ustawy o zmianie niektórych ustaw w związku z zapewnieniem stosowania rozporządzenia 2016/679 przewiduje wprowadzenie takich szczególnych uregulowań⁷.

Kodeks pracy jako szczególna regulacja przetwarzania danych osobowych z monitoringu wizyjnego przez pracodawcę

W art. 22² § 1 k.p. określono cele, dla jakich może zostać wprowadzony monitoring przez pracodawcę, obszar, który może zostać objęty monitoringiem, okres przechowywania zarejestrowanych danych, sposób uregulowania stosowania monitoringu w aktach prawa wewnętrznego w danym zakładzie pracy, zasady informowania pracowników o monitoringu, a także relacje między przepisami kodeksowymi a obowiązkami informacyjnymi wynikającymi z art. 12 i 13 RODO. Mając na względzie specyfikę przetwarzania danych osobowych w kontekście zatrudniania, europejski prawodawca dopuścił w art. 88 RODO możliwości wprowadzenia przez państwa członkowskie szczegółowych przepisów szczególnych dotyczących przetwarzania w związku z zatrudnia-

niem, mających zapewnić ochronę praw i wolności pracowników. W myśl tego przepisu przedmiotowe regulacje mogą być zawarte nie tylko w krajowych przepisach prawa powszechnie obowiązującego, lecz także w porozumieniach zbiorowych. Takie szczególne przepisy muszą obejmować odpowiednie i szczegółowe środki zapewniające osobie, której dane dotyczą, poszanowanie jej godności, prawnie uzasadnionych interesów i praw podstawowych, między innymi pod względem przejrzystości przetwarzania oraz systemów monitorujących w miejscu pracy (szerzej zob. Nerka, 2018, s. 618 i n.; Sokół, 2017, s. 161 i n.).

W doktrynie podkreśla się, że „Monitoring w miejscu pracy może [...] prowadzić do naruszenia godności, prywatności lub innych dóbr osobistych pracownika. Kwestia ta wiąże się m.in. z niezapewnieniem przez pracodawcę transparentności w zakresie podejmowanych czynności kontrolnych” (Kuba, 2018b, s. 1095). Dlatego też nowo wprowadzone uregulowania dotyczące monitoringu wizyjnego mają przede wszystkim na celu zapewnienie przejrzystości przetwarzania danych osobowych w związku z funkcjonowaniem monitoringu oraz ochronę godności i innych dóbr osobistych pracownika poprzez określenie zasad jego wykorzystywania. W tym zakresie niezwykle ważna jest jedna z podstawowych zasad prawa pracy, która znajduje odzwierciedlenie w art. 11¹ k.p. Przepis ten gwarantuje prawo pracownika do poszanowania godności i innych dóbr osobistych. W kontekście funkcjonowania monitoringu wizyjnego w rachubę wchodzi przede wszystkim ochrona prywatności pracownika w miejscu i czasie pracy. Konieczność ochrony tego prawa była wielokrotnie podkreślana w orzeczeniach Europejskiego Trybunału Praw Człowieka⁸, przy czym, jak zwraca się uwagę w literaturze z dziedziny prawa pracy, zakres pojęcia prawa do prywatności może być pojmowany bardzo różnie (Wujczyk, 2012, s. 399). Podkreślenia wymaga jednak, że poszanowanie tego prawa w relacjach pracowniczych ma niebagatelne znaczenie, gdyż prywatność jest ważna nie tylko dla zachowania zdrowia psychicznego pracownika, ale także dla zachowania komfortu pracy, który sprzyja prawidłowemu wykonywaniu obowiązków i rozwojowi zawodowemu pracownika.

Cele wprowadzenia monitoringu wizyjnego oraz ograniczenia w jego stosowaniu

W myśl ogólnej zasady ograniczenia celu, wyrażonej w art. 5 ust. 1 lit. b RODO dane osobowe muszą być zawsze zbierane w konkretnych, wyraźnych i prawnie uzasadnionych celach i, co do zasady, nie mogą być przetwarzane dalej w sposób niezgodny z tymi celami. Polski ustawodawca w art. 22² § 1 k.p. wskazał zatem cztery odrębne cele, w jakich dopuszczalne jest stosowanie przez pracodawcę monitoringu wizyjnego. Zgodnie z tym przepisem pracodawca może wprowadzić szczególny nadzór nad terenem zakładu pracy lub terenem wokół zakładu pracy w postaci środków technicznych umożliwiających

rejestrację obrazu, jeżeli jest to niezbędne: po pierwsze — dla zapewnienia bezpieczeństwa pracowników, po drugie — dla ochrony mienia, po trzecie — do kontroli produkcji, po czwarte — do zachowania w tajemnicy informacji, których ujawnienie mogłoby narazić pracodawcę na szkodę. Pracodawca jest zobowiązany do wskazania, w jakich celach stosuje monitoring wizyjny, co znajduje swój wyraz m.in. w spoczywających na nim obowiązkach informacyjnych oraz obowiązku określenia celów przetwarzania danych w rejestrze czynności przetwarzania. Należy też podkreślić, że nie w każdym przypadku nadzór wizualny stosowany przez pracodawcę będzie służył wszystkim czterem celom wyodrębnionym w art. 22² § 1 k.p.

W kontekście powyższych celów trzeba wskazać, że powodem wprowadzenia monitoringu na gruncie art. 22² § 1 k.p. może być wyłącznie zapewnienie bezpieczeństwa pracowników, a już nie bezpieczeństwo innych osób. Należy zgodzić się ze stanowiskiem, że względy słuszności przemawiają za objęciem zakresem tej przesłanki także ochrony osób trzecich przebywających na terenie zakładu pracy lub wokół niego (Kuba, 2018a, pkt 4.3). Ograniczenie takie wydaje się tym bardziej nieuzasadnione, że z kolei mienie, którego ochrona może uzasadniać stosowanie monitoringu wizyjnego, nie musi stanowić własności pracodawcy, wprowadzenie monitoringu może także uzasadniać ochrona mienia samych pracowników oraz innych podmiotów, np. klientów czy kontrahentów.

Prowadzenie monitoringu w celu kontroli produkcji ma służyć pracodawcy przede wszystkim identyfikowaniu występujących nieprawidłowości w procesach produkcyjnych i produktach oraz umożliwiać mu podjęcie odpowiednich działań naprawczych i zapobiegawczych.

Ustawodawca nie określa w kodeksie pracy ochronie jakich kategorii informacji może służyć monitoring wizyjny, w szczególności nie jest konieczne, aby te informacje zawierały dane osobowe. Jedynym wymogiem jest, by ujawnienie tych informacji podmiotom trzecim mogło potencjalnie spowodować wyrządzenie szkody dla pracodawcy. Wydaje się, że *ratio legis* takiego celu stosowania monitoringu była ochrona tzw. tajemnicy pracodawcy, którą pracownik jest obowiązany chronić zgodnie z art. 100 § 2 pkt 4 k.p.

Sformułowany w art. 22² § 1 k.p. katalog dozwolonych celów do stosowania monitoringu wizyjnego wobec pracowników ma charakter zamknięty, co oznacza, że pracodawca nie może wykorzystywać monitoringu w innych celach niż te określone w ustawie (zob. art. 5 ust. 1 lit. b RODO, a także art. 22² § 3 k.p.). W szczególności monitoring wizyjny nie może stanowić środka kontroli wykonywania pracy przez pracownika⁹, przy zastrzeżeniu, że nie wyłącza to możliwości zastosowania monitoringu do kontroli produkcji, co jest celem dozwolonym przez ustawodawcę. A zatem monitoring wizyjny nie może być stosowany do oceny jakości, efektywności i wydajności pracowników. To oznacza, że monitoring nie może służyć np. do analizowania sposobu wykonywania zadań, długości

przerw w pracy poszczególnych pracowników albo ich zachowania wobec klientów.

Z ogólnej zasady minimalizacji danych (art. 5 ust. 1 lit. c RODO) wynika, że dane osobowe muszą być adekwatne, stosowne oraz ograniczone do tego, co niezbędne dla celów, dla których są przetwarzane. Dodatkowo w przypadku przetwarzania danych osobowych na podstawie klauzuli usprawiedliwionego interesu pracodawca musi wważyć z jednej strony swój interes związany z wykorzystywaniem monitoringu, z drugiej zaś interesy lub podstawowe prawa oraz wolności osób objętych monitoringiem i przetwarzać dane jedynie, jeżeli ten pierwszy interes ma charakter nadrzędny. W konsekwencji wprowadzenie monitoringu musi być poprzedzone analizą niezbędności zastosowania takiego rozwiązania dla osiągnięcia zamierzonych celów, przy czym pracodawca ograniczony jest w tym zakresie do czterech celów określonych w art. 22² § 1 k.p.

Ze względu na inwazyjność nadzoru wizyjnego jako formy przetwarzania danych osobowych monitoring może być zastosowany, jeśli zamierzonych celów nie można osiągnąć innymi efektywnymi metodami niewymagającymi przetwarzania danych osobowych lub w mniejszym stopniu ingerującymi w prawo jednostki do prywatności i ochrony danych osobowych. Pracodawca musi również ocenić, czy obszar, na jakim ma być wprowadzony monitoring wizyjny, oraz parametry stosowanego systemu monitoringu (np. pole kamer, ciągły charakter monitoringu, wysoka rozdzielczość nagrań umożliwiające odczyt monitorów komputerowych) są adekwatne do osiągnięcia zamierzonych celów i w konsekwencji ograniczyć obszar monitorowania oraz parametry systemu do niezbędnego zakresu.

Przepisy kodeksowe wskazują, że monitoring może funkcjonować na terenie zakładu pracy oraz na terenie wokół zakładu pracy. Wynika z tego, że monitoringiem potencjalnie mogą być objęte także miejsca, w których nie jest wykonywana praca. Zakres obszaru objętego monitoringiem musi być jednak funkcjonalnie powiązany z obranymi celami jego wprowadzenia. Stąd też ustalając zasięg monitoringu należy wziąć pod uwagę m.in. funkcje pomieszczeń, ryzyko wystąpienia zagrożeń w poszczególnych miejscach, a także wpływ na sferę prywatności (to ostatnie w szczególności dotyczy możliwości objęcia zasięgiem kamer pracowników czy ekranów komputerowych).

Ustawodawca określił pewne miejsca, które co do zasady nie mogą być objęte monitoringiem. Zakaz ten dotyczy pomieszczeń sanitarnych, szatni, stołówek, palarni, czy pomieszczeń udostępnianych zakładowej organizacji związkowej (art. 22² § 2 k.p.). Takie ograniczenie obszaru monitorowanego zasadniczo realizuje zasadę ochrony godności i dóbr osobistych pracownika.

Pewne problemy interpretacyjne mogą się wiązać z użytymi w art. 22² § 2 k.p. terminami. W szczególności nie jest precyzyjne pojęcie „stołówki”, słowo to zgodnie z definicją zawartą w Słowniku języka polskiego oznacza: „zakład żywienia zbiorowego przy instytu-

cji; też: salę jadalną takiego zakładu” (www.sjp.pl). Tak rozumiane stołówki występują jedynie u dużych pracodawców, rodzi to wątpliwość, czy ustawodawca chciał, posługując się tym pojęciem, wąsko określić zakaz monitoringu. Ustawodawca mógł się posłużyć terminem „jadalnia”, który jest zdefiniowany w rozporządzeniu Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z 26 września 1997 r. w sprawie ogólnych przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy (DzU nr 129, poz. 844), co stanowiłoby jasną wskazówkę interpretacyjną. Przy czym wynikający z przepisów rozporządzenia obowiązek zapewnienia pracownikom pomieszczenia do spożywania posiłków — jadalni — ma ograniczony charakter. Wydaje się zatem zasadne dokonywanie szerokiej wykładni pojęcia „stołówki” użytego w art. 22² § 2 k.p., w wyniku której zakresem tego pojęcia obejmiemy zarówno jadalnie w rozumieniu przepisów powyższego rozporządzenia, jak i jakiegokolwiek inne pomieszczenia dedykowane do spożywania posiłków własnych pracowników, które z różnych przyczyn nie wchodzi w zakres pojęcia jadalni zdefiniowanego w tym rozporządzeniu.

Podkreślenia wymaga, że pomieszczenia wyłączone z monitoringu, w drodze wyjątku wynikającego z art. 22² § 2 k.p., mogą być objęte obserwacją, gdy zastosowanie w nich monitoringu jest niezbędne do realizacji celów, jakim monitoring ma służyć, i jeśli jednocześnie stosowanie monitoringu w tych miejscach nie naruszy godności i innych dóbr osobistych pracownika oraz zasady wolności i niezależności związków zawodowych. Jako przykład takiej sytuacji można wskazać zainstalowanie monitoringu w szatni, „w której osoby pozostawiają jedynie nakrycie wierzchnie (nie przebijają się w inne stroje), a przypadki kradzieży uzasadniają wprowadzenie monitoringu dla zapewnienia ochrony mienia” (Fajgielski, 2018, s. 893). Komentowany przepis *in fine* wskazuje, że w celu ochrony godności i innych dóbr osobistych pracowników należy stosować techniki umożliwiające rozpoznanie przebywających w tych pomieszczeniach osób, np. w postaci oprogramowania automatycznie zamazującego twarze obserwowanych osób. W pewnych sytuacjach zapewnienie proporcjonalności działań związanych z monitoringiem w pomieszczeniach zakazanych może oznaczać działanie monitoringu jedynie przez określony czas lub znaczne zawężenie pola kamery.

W doktrynie wskazuje się, że zakaz stosowania monitoringu w pomieszczeniach udostępnianych zakładowej organizacji związkowej wypływa z zasady wolności i niezależności związków zawodowych (Jaśkowski, Maniewska, 2018, pkt 2.4). Zgodnie z projektem ustawy o zmianie niektórych ustaw w związku z zapewnieniem stosowania RODO z 10 października 2018 r.¹⁰ proponuje się doprecyzowanie art. 22² § 2 zd. 1 k.p. poprzez rozszerzenie kompetencji przedstawicielstwa pracowników w zakresie możliwości zastosowania monitoringu wizyjnego w pomieszczeniach sanitarnych. W przypadku, gdy pracodawca chciałby zainstalować taki monitoring, ze względu na podkreślenie konieczności ochrony prywatności

pracowników w tych miejscach będzie musiał dodatkowo (poza przesłankami wskazanymi w art. 22² § 2 zd. pierwsze k.p.) uzyskać uprzednią zgodę zakładowej organizacji związkowej, a w sytuacji gdy takowa nie działa w zakładzie pracy — uprzednią zgodę przedstawicieli pracowników w trybie przyjętym u danego pracodawcy. Wprowadzenie takiego trybu w opinii projektodawcy ma umożliwić pracodawcy przekonanie przedstawicieli pracowników o stosowaniu monitoringu w takich miejscach jedynie w przypadku, gdy rzeczywiście zachodzi taka potrzeba¹¹. Ponadto w projekcie ustawy proponuje się wprowadzenie po art. 22² k.p. § 1¹, który wprowadzi bezwzględny zakaz monitorowania pomieszczeń udostępnianych zakładowej organizacji związkowej (pomieszczeń tych nie będzie obejmował tym samym wyjątek przewidziany w 22² § 2 k.p.).

Poprzez zdefiniowanie monitoringu wizyjnego jako formy nadzoru w postaci środków technicznych umożliwiających rejestrację obrazu (art. 22² § 1 *in fine* k.p.) ustawodawca wykluczył *de iure* możliwość rejestrowania przez systemy monitoringu wizyjnego oprócz obrazu także fonii. Niemniej jednak podstawę prawną stosowania form monitoringu obejmujących nagrywanie dźwięku mogą stanowić przepisy szczególne, a także potencjalnie art. 22³ § 4 k.p. W myśl tego ostatniego przepisu pracodawca może stosować inne formy monitoringu niż monitoring poczty elektronicznej, jeśli ich zastosowanie jest konieczne do realizacji celów określonych w art. 22³ § 1 k.p., tj. jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia organizacji pracy umożliwiającej pełne wykorzystanie czasu pracy oraz właściwego użytkowania udostępnionych pracownikowi narzędzi pracy. Należy podkreślić, że monitoring, o którym mowa w art. 22³ § 4 k.p., to odrębna w stosunku do monitoringu wizyjnego forma nadzoru, różne są też przesłanki zastosowania takiej formy nadzoru.

Okres przechowywania nagrań z monitoringu wizyjnego

Zgodnie z ogólną zasadą czasowego ograniczenia przechowywania danych, wynikającą z art. 5 ust. 1 lit. e RODO, dane osobowe mogą być przechowywane w formie umożliwiającej identyfikację osoby, której dane dotyczą, przez okres nie dłuższy niż jest to niezbędne do celów, w jakich dane te są przetwarzane. Polski ustawodawca zdecydował się na doprecyzowanie okresu, przez który pracodawca może przechowywać nagrania z monitoringu wizyjnego. Co do zasady, nagrania obrazów z monitoringu wizyjnego mogą być przechowywane przez okres nieprzekraczający 3 miesięcy od dnia nagrania (art. 22² § 3 k.p.), przy czym każdy pracodawca musi określić czas, przez który będzie je przechowywał. Konieczność określenia tego okresu przez pracodawcę wiąże się z obowiązkiem uregulowania zastosowania monitoringu w treści specyficznych źródeł prawa pracy i obowiązkami informacyjnymi związanymi z gromadzeniem danych osobowych. Nagrań z monitoringu nie można przechowywać przez

dłuższy okres, z wyjątkiem przypadków, w których nagrania będą stanowiły dowód w postępowaniu lub pracodawca powziął wiadomość, że mogą one stanowić dowód w postępowaniu (zob. art. 22² § 4 k.p.). Wówczas wskazany okres przechowywania ulega przedłużeniu do czasu prawomocnego zakończenia postępowania. W art. 22² § 4 k.p. ustawodawca nie doprecyzował, jakich konkretnie postępowań dotyczy ten wyjątek, poza zastrzeżeniem, że muszą to być postępowania prowadzone na podstawie prawa. W rachubę wchodzi zatem różne rodzaje postępowań, m.in. karne, wykroczeniowe, cywilne, administracyjne, dyscyplinarne. Po upływie okresu przetwarzania ustalonego przez pracodawcę (nie dłuższego niż 3 miesiące) lub po upływie okresu, o którym mowa w art. 22² § 4 k.p., nagrania z monitoringu podlegają zniszczeniu, chyba że przepisy odrębne przewidują obowiązek ich dłuższego przechowywania (art. 22² § 5 k.p.). Pracodawca nie ma podstaw do przedłużenia okresu przechowywania nagrań bez szczególnej podstawy prawnej. Dlatego też w pewnych sytuacjach pracodawca będzie musiał rozważyć sposób funkcjonowania monitoringu. Przykładowo w przypadkach, w których monitoring jest wykorzystywany w celu zapewnienia kontroli produkcji, a nagrania z monitoringu mogą być przydatne przez okres dłuższy niż ustawowy maksymalny okres przechowywania nagrań, chociażby w związku z realizacją reklamacji lub gwarancji, pracodawca albo powinien stosować monitoring, który nie obejmuje swym zasięgiem pracujących pracowników (np. kamery umieszczone bezpośrednio nad linią produkcyjną), albo stosować techniki anonimizacji nagrań, tak aby przechowywane dane nie zawierały danych osobowych.

Jawność przetwarzania danych oraz obowiązki informacyjne pracodawcy wobec pracowników i osób trzecich

Dla zabezpieczenia godności i podstawowych praw pracowników niezwykle istotną kwestią jest jawność i przejrzystość przetwarzania danych przez pracodawcę. Wyrazem tego jest wymóg odpowiedniego uregulowania funkcjonowania monitoringu w danym zakładzie pracy oraz obowiązki informacyjne ciążyące w tym względzie na pracodawcy.

Przepisy kodeksu pracy przewidują przede wszystkim, że szczegółowe cele, zakres oraz sposób zastosowania monitoringu wizyjnego ustalany jest w układzie zbiorowym pracy lub w regulaminie pracy, a w sytuacji gdy pracodawca nie jest obowiązany do ustalenia regulaminu pracy i nie jest objęty układem zbiorowym — uregulowanie powyższych kwestii następuje w drodze obwieszczenia. W opinii 2/2017 Grupy Roboczej Art. 29 zalecono włączenie w proces opracowywania wewnętrznych zasad i polityk dotyczących monitoringu reprezentatywnej grupy pracowników¹². Podkreślenie w tym zakresie udziału przedstawicieli załogi zasługuje na aprobatę. W akcie wprowadzającym tę formę nadzoru pracodawcy powinny być wskazane przede wszystkim cele, dla

jakich monitoring wizyjny będzie stosowany, oraz określenie obszaru nim objętego, w tym czy monitoring funkcjonuje jedynie w budynkach stanowiących zakład pracy, czy też i teren wokół zakładu pracy. W zależności od okoliczności niekiedy konieczne będzie doprecyzowanie, w jakich budynkach lub na jakich obszarach zostanie zastosowany monitoring. Jego zakres może być określany także w sposób negatywny przez wskazanie obszarów na terenie zakładu pracy, których monitoring nie obejmuje. W szczególności dotyczy to pomieszczeń, których co do zasady monitoring nie może obejmować, jeśli dane rodzaje pomieszczeń występują u pracodawcy. Należy przyjąć, że w przypadkach, w których obszary stosowania monitoringu wizyjnego są zróżnicowane pod względem kryterium celu stosowania nadzoru wizyjnego, trzeba uściślić, których obszarów dotyczą poszczególne cele. Odnosi się to zwłaszcza do systemów monitoringu stosowanych dla zapewnienia kontroli produkcji. W ramach opisu sposobów zastosowania monitoringu wizyjnego należy ustalić okres, w jakim będą przechowywane nagrania wizji. Tam, gdzie ma to zastosowanie, powinna zostać podana informacja, że monitoring nie działa w systemie ciągłym.

Samo uregulowanie stosowania monitoringu wizyjnego w specyficznym źródle prawa pracy czy też w obwieszczeniu nie zwalnia pracodawcy z obowiązku o charakterze informacyjnym, polegającym na udostępnieniu pracownikom wiadomości o wprowadzeniu monitoringu, w sposób przyjęty u danego pracodawcy, nie później niż 2 tygodnie przed jego uruchomieniem¹³. Forma przekazania informacji może być różna i zależna od praktyki stosowanej u danego pracodawcy. Przykładowo informacja taka może zostać przekazana na służbowy adres poczty elektronicznej, może zostać zamieszczona na internetowym portalu służącym pracownikom czy też wywieszona na tablicy ogłoszeń. W przypadku osób zatrudnianych już po dacie uruchomienia monitoringu u danego pracodawcy, pracodawca przed dopuszczeniem takiego pracownika do pracy ma obowiązek przekazać mu na piśmie informacje o celach, zakresie oraz sposobie przetwarzania danych z monitoringu zawartych w układzie zbiorowym lub regulaminie pracy albo w obwieszczeniu (art. 22² § 8 k.p.). A zatem w odniesieniu do nowo zatrudnianych pracowników nie jest wystarczające wskazanie im miejsca, w którym mogą zapoznać się z informacjami dotyczącymi zasad funkcjonowania monitoringu.

Ponadto pracodawca jest zobowiązany oznaczyć monitorowane pomieszczenia i teren w sposób widoczny i czytelny, za pomocą odpowiednich znaków lub ogłoszeń dźwiękowych. Obowiązek ten wynika z treści art. 22² § 9 k.p. Oznaczenia takie powinny zostać umieszczone nie później niż jeden dzień przed uruchomieniem monitoringu wizyjnego. W praktyce oznaczenie może sprowadzić się do umieszczenia znaku graficznego z symbolem kamery lub innym jednoznacznie wskazującym na stosowanie monitoringu i/lub napisu takiego jak np. „Obiekt monitorowany”, „Pomieszczenie monitorowane”. Z kolei ogłoszenie dźwiękowe o monitoringu nie

powinno mieć charakteru abstrakcyjnego, lecz odpowiednią informację musi przekazywać słownie. Trudno jednak wskazać, w jakich przypadkach ogłoszenia dźwiękowe będą stosowane w praktyce zamiast lub wraz z odpowiednimi znakami graficznymi czy pisanymi. Bardziej złożona sytuacja ma miejsce, gdy oznaczenie obszaru monitorowanego ma jednocześnie stanowić informację dla osób trzecich przekazywaną na podstawie art. 13 RODO, o czym będzie mowa niżej. Należy jeszcze dodać, że przy prawidłowym oznaczeniu obszaru objętego monitoringiem wizyjnym same urządzenia służące do jego prowadzenia nie muszą być widoczne dla osób objętych ich zasięgiem. Taka sytuacja może się wiązać ze specyfiką umiejscowienia kamer lub samą ich konstrukcją, nie zawsze bowiem sam kształt urządzenia będzie wskazywał na jego funkcję. Czym innym jest natomiast prowadzenie monitoringu utajonego, polegającego na montowaniu ukrytych kamer, i następnie ich niejawne funkcjonowanie. Kwestia legalności niejawnego monitoringu w miejscu pracy, zastosowanego bez uprzedniego poinformowania pracowników, była ostatnio przedmiotem wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 9 stycznia 2018 r. w sprawie *López Ribalda i inni przeciwko Hiszpanii*. W sprawie tej pracodawca instalował kamery kontrolne zarówno widoczne, jak i ukryte w celu kontroli pracy kasjerów, natomiast pracownicy zostali poinformowani jedynie o kamerach widocznych. Trybunał zbadał, czy państwo w zakresie swoich pozytywnych zobowiązań wynikających z art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności zachowało sprawiedliwą równowagę pomiędzy prawem pracownika do poszanowania jego życia prywatnego oraz interesem pracodawcy w postaci ochrony jego praw majątkowych związanych z funkcjami organizacyjnymi, a także interesem publicznym w postaci prawidłowego sprawowania wymiaru sprawiedliwości. Trybunał uznał, że działania pracodawcy naruszyły prawo skarżących do poszanowania ich życia prywatnego z art. 8 Konwencji, a zatem równowaga ta nie została zachowana.

Działania informacyjne określone w kodeksie pracy nie zwalniają pracodawcy z realizacji obowiązków wynikających z art. 12 i 13 RODO, o czym wyraźnie stanowi art. 22² § 8 k.p. (tak też Kuba, 2018a, pkt 8; Nerka, 2018, s. 621; inaczej Fajgielski, 2018, s. 894). Artykuł 13 RODO normuje obowiązek informacyjny związany z czynnością zbierania danych osobowych bezpośrednio od osoby, której dane dotyczą, czyli w przypadkach, w których źródłem danych jest sama osoba, której te dane dotyczą (zob. Miłosz, 2017, s. 55 i n.). W sytuacji nadzoru wizualnego osoba nim objęta jest źródłem danych w sposób bierny w tym sensie, że dostarcza ich przez samo przebywanie w obszarze objętym monitoringiem. W kontekście funkcjonowania monitoringu w zakładzie pracy należy zauważyć, że stosowne informacje nie powinny być przekazywane jedynie pracownikom, lecz również i osobom trzecim, które mogą być objęte zasięgiem monitoringu. Kategorie informacji, które administrator danych jest zobowiązany przekazać podmiotom danych

w związku z gromadzeniem danych (tak jak ma to miejsce w przypadku monitoringu), określa art. 13 RODO. Zgodnie z tym przepisem administrator zobowiązany jest podać między innymi: dane identyfikacyjne i kontaktowe administratora; cele i podstawę prawną przetwarzania danych osobowych; okres, przez który dane osobowe będą przechowywane, lub kryteria ustalania tego okresu (w przypadku monitoringu prowadzonego przez pracodawcę maksymalną długość tego okresu określają przepisy kodeksu pracy); informacje o odbiorcach danych osobowych lub o kategoriach odbiorców. W praktyce poza upoważnionymi pracownikami dane z monitoringu mogą być udostępniane podmiotom, którym pracodawca powierzył przetwarzanie danych, takim jak firma ochroniarska, czy też podmiotom uprawnionym przepisami prawa lub takim, które wykażą uzasadnioną potrzebę dostępu do nagrań.

Należy zauważyć, że standardy, stanowiące konkretyzację ogólnej zasady przejrzystości przetwarzania danych (ustanowioną w art. 5 ust. 1 lit. a RODO), określone w art. 12 RODO, wymagają m.in. aby administrator udzielając informacji, o których mowa w art. 13 RODO, podejmował odpowiednie środki w celu przekazania informacji w zwięzłej, przejrzystej, zrozumiałej i łatwo dostępnej formie, a także jasnym i prostym językiem. Wymaga to starannego i przemyślanego podejścia do kwestii wykonywania obowiązków informacyjnych (zob. Miłosz, 2017, s. 58–59). Należy zauważyć, że część informacji, których przekazania wymaga art. 13 RODO, będą wynikać z regulacji monitoringu zawartej najczęściej w regulaminie pracy ewentualnie w układzie zbiorowym lub stosownym obwieszczeniu. W przypadku wprowadzania nadzoru wizyjnego przez pracodawcę informacje, których podanie jest wymagane przez art. 13 RODO, należy przekazać pracownikom wraz z informacją o wprowadzeniu monitoringu, której podanie przewiduje art. 22² § 7 k.p. Warto zauważyć, że informacje związane z funkcjonowaniem monitoringu nie są jedynymi informacjami przekazywanymi pracownikom na podstawie art. 13 RODO. Niewykluczone jest zatem opracowanie zbiorczej informacji o przetwarzaniu danych pracowników, stanowiącej na przykład element polityki ochrony danych osobowych i udostępnianej na stałe pracownikom, chociażby poprzez zamieszczenie w intranecie.

Nieco inaczej kształtuje się problem przekazywania informacji wymaganej na gruncie art. 13 RODO osobom trzecim, które mogą znaleźć się w zasięgu monitoringu wizyjnego. Możliwych jest tu kilka rozwiązań. Przede wszystkim poza informacją o funkcjonowaniu monitoringu (przekazywaną piktogramem lub słownie) na tablicach informacyjnych należy zamieścić oznaczenie administratora danych i wskazanie miejsca, gdzie dostępna jest pełna, wymagana prawem informacja o przetwarzaniu danych osobowych. Konstrukcja przepisów stanowiących podstawę prawną obowiązku informacyjnego administratora nie wyklucza takiego złożonego sposobu przekazywania informacji. Przekazywanie wymaganych prawem informacji może zatem następować warstwowo, przy za-

strzeżeniu, że będzie dokonywane w sposób przejrzysty, spełniający wymogi wynikające z art. 12 RODO, tak aby osoby poruszające się po obszarze objętym monitoringiem miały świadomość, że znajdują się w jego zasięgu. W przypadku warstwowego przekazywania informacji pełna jej treść może być zamieszczona na stronie internetowej w zakładce poświęconej polityce prywatności i/lub udostępniana w miejscu takim jak sekretariat, recepcja czy portiernia. Innym rozwiązaniem jest podanie całej informacji wymaganej przepisami RODO na tablicach umieszczanych przy wejściach na obszar objęty monitoringiem wizyjnym. Każdorazowo tablica informująca o stosowaniu monitoringu powinna zostać umieszczona w sposób widoczny z miejsca, w którym wkracza się na obszar monitorowany. Wielkość tablicy musi być dostosowana do miejsca, w którym jest zamontowana, tak aby była czytelna i zauważalna.

Na koniec należy podkreślić, że w związku z funkcjonowaniem monitoringu wizyjnego na pracodawcy jako administratorze danych spoczywają i inne obowiązki wynikające z RODO. W szczególności pracodawca jako administrator danych powinien wdrożyć odpowiednie środki techniczne i organizacyjne mające zapewnić, aby przetwarzanie odbywało się zgodnie z prawem, w tym aby zapewnić bezpieczeństwo przetwarzania danych osobowych. Administrator musi prowadzić również stosowną dokumentację przetwarzania danych osobowych, m.in. powinien uwzględnić przetwarzanie danych rejestrowanych poprzez monitoring wizyjny w rejestrze czynności przetwarzania, a także upoważnić określonych pracowników do przetwarzania danych z monitoringu. Na podmiocie, który wykorzystuje monitoring wizyjny, może w pewnych przypadkach spoczywać obowiązek przeprowadzenia oceny skutków planowanych operacji przetwarzania dla ochrony danych osobowych, o której mowa w art. 35 RODO. W przypadkach, w których pracodawca powierza przetwarzanie danych z monitoringu innemu podmiotowi, powinien zawrzeć z nim umowę powierzenia przetwarzania danych (wymóg taki wynika z art. 28 ust. 3 RODO). W szczególności sytuacja taka będzie miała miejsce, gdy nagrania z monitoringu dostępne są podmiotowi świadczącemu dla pracodawcy usługi ochrony osób i mienia. Konieczność zawarcia takiej umowy może też zachodzić, gdy pracodawca powierza samo przechowywanie nagrań z monitoringu podmiotowi trzeciemu.

Podsumowanie

Uregulowanie w kodeksie pracy zagadnień dotyczących monitoringu odzwierciedla tendencję do zakreszenia granic kontroli pracownika i dopuszczalności ingerowania w sferę prywatności w miejscu i czasie pracy. Nowe unormowania mają niewątpliwie realizować zasadę ochrony godności oraz innych dóbr osobistych pracownika wyrażoną w art. 11¹ k.p. W kontekście ochrony danych osobowych wprowadzenie w kodeksie pracy szczegółowych zasad stosowania monitoringu wizyjnego, jak

również innych rodzajów monitoringu, powinno skutkować większą transparentnością przetwarzania danych pracowników, a zwłaszcza służyć zwiększeniu świadomości pracowników co do celów i zakresu przetwarzania danych z monitoringu. Istotne jest zachowanie równowagi między uzasadnioną potrzebą kontroli pracownika a jego prawem do prywatności. W tym kontekście należy zwrócić uwagę, że projektowane są już kolejne zmiany w kodeksie pracy w zakresie ograniczenia monitoringu wizyjnego w miejscach szczególnie zasługujących na prywatność. Podkreślenia wymaga także to, że po zainstalowaniu monitoringu wizyjnego praktyka jego wykorzystywania oraz zmiany okoliczności faktycznych mogą spowodować konieczność modyfikacji jego zakresu lub też jego całkowite wycofanie. Stąd dla zachowania zgodności z prawem procesów przetwarzania danych osobowych wskazane jest przeprowadzanie przez pracodawcę okresowej analizy zasadności stosowania nadzoru wizyjnego na terenie zakładu pracy. Takie działania mają niewątpliwie sprzyjać ograniczaniu ingerencji w sferę prywatności pracownika w miejscu pracy do niezbędnego minimum.

¹ Przepisy te mają w określonym zakresie odpowiednie zastosowanie także do innych form monitoringu pracowników stosowanych przez pracodawcę.

² Zgodnie z definicją zawartą w art. 4 pkt 1 RODO danymi osobowymi są „wszelkie informacje o zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osobie fizycznej” (osobie, której dane dotyczą).

³ Przesłanka ta jednak nie ma zastosowania do przetwarzania, którego dokonują organy publiczne w ramach realizacji zadań publicznych.

⁴ Grupa Robocza Art. 29 została powołana i funkcjonowała na podstawie art. 29 dyrektywy 95/46 WE. Była ona niezależnym europejskim organem doradczym w zakresie ochrony danych osobowych i prywatności.

⁵ Opinia 2/2017 Grupy Roboczej Art. 29 na temat przetwarzania danych w miejscu pracy, WP 249, z 8 czerwca 2017 r., s. 4, http://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=610140

⁶ Por. wyrok NSA z 1 grudnia 2009 r., I OSK 249/09 oraz wyrok NSA z 6 września 2011 r., I OSK 1476/10. Por. też opinia 2/2017 Grupy Roboczej Art. 29 na temat przetwarzania danych w miejscu pracy, s. 3.

⁷ Zob. projektowany art. 22^{1b} k.p. w rządowym projekcie ustawy o zmianie niektórych ustaw w związku z zapewnieniem stosowania rozporządzenia 2016/679, druk 3050, <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/agent.xsp?symbol=RPL&Id=RM-10-168-18> (dostęp 30.11.2018).

⁸ Zob. m.in. decyzja ETPCz z 5 października 2010 r. w sprawie Köpke przeciwko Niemcom, skarga nr 420/07; wyrok ETPCz z 28 listopada 2017 r. w sprawie Antović i Mirković przeciwko Czarnogórze, skarga nr 70838/13; wyrok ETPCz z 9 stycznia 2018 r., w sprawie López Ribalda i inni przeciwko Hiszpanii, skarga nr 1874/13.

⁹ Wyraźny zakaz stosowania monitoringu wizyjnego w tym celu formułował pierwotny tekst projektu ustawy — Przepisy wprowadzające ustawę o ochronie danych osobowych z 12 września 2017 r., projekt ten został wpisany do wykazu prac legislacyjnych Rady Ministrów pod numerem UC100, zob.: <http://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12302951/katalog/12457700#12457700>

¹⁰ Rządowy projekt ustawy o zmianie niektórych ustaw w związku z zapewnieniem stosowania rozporządzenia 2016/679, druk 3050, <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/agent.xsp?symbol=RPL&Id=RM-10-168-18> (dostęp 30.11.2018).

¹¹ Uzasadnienie rządowego projektu o zmianie niektórych ustaw w związku z zapewnieniem stosowania rozporządzenia 2016/679, s. 26.

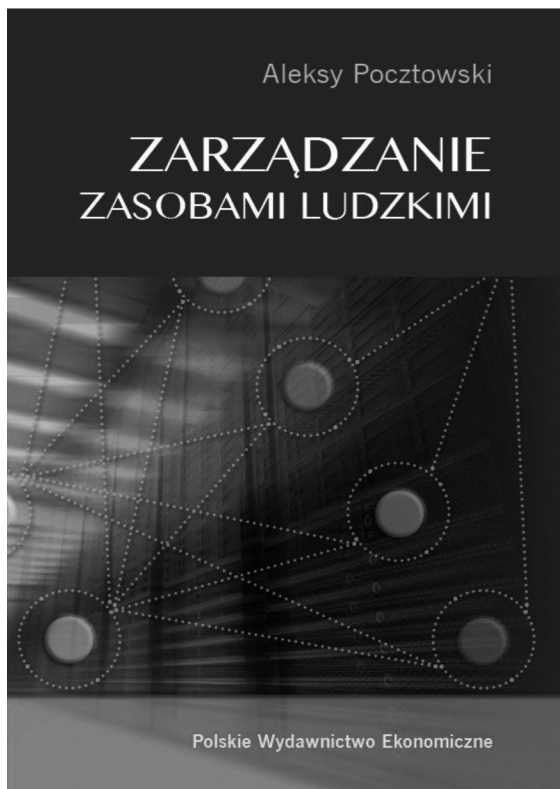
¹² Opinia 2/2017 Grupy Roboczej Art. 29 na temat przetwarzania danych w miejscu pracy, s. 27–28.

¹³ Ze względu na to, że wymóg ten nie był możliwy do spełnienia w przypadku pracodawców, którzy wprowadzili system monitoringu przed wejściem w życie przepisów k.p. regulujących kwestię monitoringu wizyjnego, przyjmuje się, że tacy pracodawcy powinni dopełnić obowiązek informacyjny niezwłocznie — Fajgielski, 2018, s. 894.

Bibliografia

- Fajgielski, P. (2018). *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*. Warszawa.
- Jaśkowski, K., Maniewska, E. (2018). Komentarz do art. 22². W: K. Jaśkowski, E. Maniewska, *Komentarz aktualizowany do Kodeksu pracy*. LEX (30.11.2018).
- Kuba, M. (2018a). Komentarz do art. 22². W: K. W. Baran (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*. LEX (30.11.2018).
- Kuba, M. (2018b). Komentarz do art. 88. W: E. Bielak-Jomaa, D. Lubasz (red.), *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz*. Warszawa.
- Miłosz, M. (2017). Obowiązki informacyjne administratora związane ze zbieraniem danych osobowych w ogólnym rozporządzeniu o ochronie danych osobowych. W: H. Wolska (red.), *Ochrona danych osobowych. Przegląd Naukowy Disputatio*, XXIV(2).
- Nerka, A. (2018). Komentarz do art. 88. W: M. Sakowska-Baryła (red.), *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz*. Warszawa.
- Sokół, J. (2017). Postulat wprowadzenia do porządków prawnych państw członkowskich szczególnych zasad ochrony danych osobowych kadrowych. W: M. Kawecki, T. Osieja (red.), *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych. Wybrane zagadnienia*. Warszawa.
- Wujczyk, M. (2012). *Prawo pracownika do ochrony prywatności*. Warszawa.

PWE 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 wyzwanie 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 powyżej 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 zarządzania.

księgarnia internetowa: www.pwe.com.pl

Okresy odpoczynku a naruszenie dóbr osobistych pracownika

Rest periods and infringement of employee's personal interests

dr hab. Piotr Prusinowski

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie, Wydział Prawa i Administracji

ORCID: 0000-0002-5805-9908

e-mail: piotr.prusinowski@uwm.edu.pl

Streszczenie Naruszenie dobowego lub tygodniowego okresu odpoczynku postrzegane jest jako uchybienie dobrom osobistym. Problem w tym, że gwarancje z art. 132 i 133 k.p. nie zostały skutecznie zabezpieczone. Odpowiedzialność karna (za wykroczenie) nie jest efektywna. Wobec konieczności wykazania szkody nieskuteczna okazuje się również odpowiedzialność deliktowa lub kontraktowa. W rezultacie, najprościej egzekwować przekroczenie normatywnych okresów odpoczynku przez odwołanie się do art. 24 § 1 k.c. w związku z art. 448 k.c. Zadośćuczynienie za naruszenie dóbr osobistych warunkowane jest jednak funkcją kompensacyjną, a ta nie daje się pogodzić z potrzebą sankcjonowania naruszenia okresów odpoczynku. Na tym tle w orzecznictwie może dochodzić do nieprawidłowości.

Słowa kluczowe: okres odpoczynku, urlop wypoczynkowy, zadośćuczynienie, pracownik, dobro osobiste.

Summary Violation of a daily or weekly rest period is perceived as a breach of personal interests. The problem is that the guarantees provided for in Articles 132 and 133 of the Labour Code have not been properly secured. Criminal liability (for an offence) is not effective. Since it is necessary to show the damage, tort or contractual liability also prove to be ineffective. As a consequence, the simplest way to enforce the exceedance of normative rest periods is to refer to Article 24 § 1 of the Civil Code in connection with Article 448 of the Civil Code. Compensation for the infringement of personal interests, however, is conditioned by the compensatory function, which is incompatible with the need to sanction the infringement of rest periods. Such a background may give rise to irregularities in the case-law.

Keywords: rest period, annual leave, compensation, employee, personal interests.

JEL: K31

Wprowadzenie

Przepisy kodeksu pracy rozróżniają urlop wypoczynkowy i okres odpoczynku. Wspólne jest to, że zarówno urlop jak i odpoczynek mają być „nieprzerwane”. Właściwość ta obrazuje cel obu konstrukcji prawnych. Chodzi o zregenerowanie sił pracownika, a tym samym uchronienie jego organizmu od ujemnych skutków pracy. Różnica między „wypoczynkiem” a „odpoczynkiem” polega na aspekcie sekwencyjnym. Organizm pracownika potrzebuje krótkotrwałych, ale częstych odpoczynków, a niezależnie dłuższego, jednak sporadycznego wypoczynku. Oba działania realizują tę samą funkcję, jednak urlop wypoczynkowy jest zwolnieniem z obowiązku świadczenia pracy, a przy odpoczynku chodzi o zapewnienie czasu wolnego od obowiązków pracowniczych. Wspólna jest konieczność realizacji wypoczynku i odpoczynku w naturze, co nie oznacza, że reguły rządzące dystrybucją obu praw są tożsame. Wzorzec gwarantujący pracownikowi w każdej dobie przynajmniej 11 godzin nieprzerwanego odpoczynku, a w każdym tygodniu 35 godzin czasu wolnego może zostać niezreali-

zowany w przypadku akcji ratowniczej i awarii. O ile przypadki te są akceptowalne, o tyle problematyczne jest zwolnienie z rygorów „odpoczynkowych” pracowników zarządzających zakładem pracy w imieniu pracodawcy. Konstatacja ta staje się zrozumiała, jeśli weźmie się pod uwagę skutki odstępstwa. Pracodawca zastrzegł, że nieprzydzielenie w dobie 11 godzin odpoczynku skutkuje koniecznością udzielenia w okresie rozliczeniowym „równoważnego okresu odpoczynku”. Kompensowanie minimalnego odpoczynku w skali okresu rozliczeniowego można zaakceptować gdy jest incydentalne, staje się jednak dyskusyjne, jeśli ma generalnie dotyczyć danej grupy zatrudnionych. Nie można przy tym pominąć, że zastąpienie to dotyczy tylko okresu dobowego, odpoczynek tygodniowy może zostać skrócony z 35 do 24 godzin bez żadnej rekompensaty. Zabieg ten ma zastosowanie nie tylko wobec pracowników zarządzających, ale też względem wszystkich zatrudnionych, którzy „przechodzą na inną zmianę”.

Nieco inaczej wygląda sytuacja w przypadku niezrealizowania urlopu wypoczynkowego w naturze. Wprawdzie przesunięcie terminu urlopu (art. 164 § 2 k.p.) i odwołanie

z urlopu (art. 167 § 1 k.p.) obejmuje każdego pracownika, a przesłanki je warunkujące nie są rygorystyczne i uciążliwe dla pracodawcy, to jednak nie następuje przepadek prawa do urlopu. Uprawnienie to nawet w razie ustania stosunku pracy przemienia się w ekwiwalent (art. 171 § 1 k.p.). Konwersja tego rodzaju nie została przewidziana dla prawa do odpoczynku. Różnicę tę można uzasadniać charakterem obu praw. Urlop wypoczynkowy jest rodzajem odpłatnego zwolnienia z obowiązku pracy. Zatem jego niezapewnienie nie dezaktualizuje obowiązku zapłaty (ekwiwalentu). Czas odpoczynku nie został w ten sposób powiązany ze świadczeniem pracy, nie jest bowiem usprawiedliwioną nieobecnością, ale stanowi ustawowe przeciwstawienie uprawnieniom władczym pracodawcy. Pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy w czasie wyznaczonym przez pracodawcę (art. 22 § 1 k.p.). Absorbowanie pracą jest jednak limitowane. Rolą art. 132 i 133 k.p. jest więc wyznaczenie okresu wyjętego spod kierownictwa pracodawcy. Gwarancja ta nie znajduje odpowiednika w obowiązku zapłaty (inaczej niż w przypadku prawa do urlopu). Odmienność ta nie wyjaśnia jednak nieefektywnej ochronny okresów odpoczynku. Interesujące jest to, że zgodnie z art. 281 pkt 5 k.p. każde naruszenie przepisów „o odpoczynku” aktualizuje odpowiedzialność za wykroczenie, natomiast w przypadku urlopu wypoczynkowego tylko jego nieudzielenie lub obniżenie jego wymiaru jest sankcjonowane (art. 282 § 1 pkt 2 k.p.). Oznacza to, że nie odpowiada karnie pracodawca, który wadliwie odwołuje z urlopu albo przesuwając jego termin. Można sądzić, że zwiększona ochrona „wykroczeniowa” ma równoważyć brak ekwiwalentności pieniężnej prawa do odpoczynku. Trudno jednak oprzeć się wrażeniu, że wnioskowanie to nie stanowi odzwierciedlenia zamiaru ustawodawcy. W tych okolicznościach aktualne pozostaje pytanie, czy odpowiedzialność karnoprawna jako jedyna ma stać na straży realizacji okresów odpoczynku.

Ukształtowanie stanowiska Sądu Najwyższego

Milczenie ustawodawcy nie zawsze przerywa dociekania nad jego wolą. Wprowadzenie zakazu zatrudniania z przekroczeniem okresów odpoczynku z art. 132 § 1 k.p. i art. 133 § 1 k.p. samoistnie nie wyeliminuje sytuacji patologicznych. Oddziaływanie odstrasza i dyscyplinujące odpowiedzialność z art. 281 pkt 5 k.p. ma ograniczony charakter. W tych okolicznościach realne i powszechne przestrzeganie „okresów odpoczynku” jest zagrożone. Prawnospołeczne uwarunkowania stają się nieraz powodem uruchomienia „aktywizmu sędziowskiego”. Nie inaczej było w przypadku okresów odpoczynku.

Pierwsza wypowiedź Sądu Najwyższego w tym względzie miała charakter lakoniczny, a zarazem nowatorski. Stwierdzono bowiem, że naruszenie normatywnego limitu odpoczynku aktualizuje po stronie pracodawcy obowiązek udzielenia pracownikowi równoważnego okresu odpoczynku, względnie, jeśli jest to niemożliwe, zwłaszcza po ustaniu stosunku pracy, wypłaty stosowanego ekwiwalentu pieniężnego (wyrok SN z 23 czerwca 2005 r.,

II PK 265/04, OSNP 2006/5-6/76). Sąd Najwyższy dostrzegł, po pierwsze, potrzebę równoważenia odpoczynku w każdym przypadku, a po drugie, że brak rekompensaty w naturze zamienia się w obowiązek zapłaty. W literaturze przedmiotu judykant ten został przyjęty pozytywnie, mimo trudności w znalezieniu podstawy prawnej statuującej prawo do ekwiwalentu. Wskazano, że możliwe jest *per analogiam* wykorzystanie wzorca z art. 151⁵ § 3 k.p. Pracownikowi przysługiwałoby zatem za każdą godzinę przekroczenia wynagrodzenie wynikające z osobistego zaszeregowania (Samol, 2005, s. 137) albo dodatek za pracę w godzinach nadliczbowych (Jaśkowski, Maniewska, 2006, s. 456). Wypowiedziano też stanowisko przeciwne (Driczinski, 2006, s. 36). Skupia ono uwagę na tekście normatywnym (Lewandowski, 2008). Przepisy art. 132 § 2 i 3 k.p. limitują dopuszczalność równoważenia okresów odpoczynku w skali rozliczeniowej, a to oznacza, że wyjątku tego nie można rozszerzać. Stanowisko to odwołuje się do sugestywnego przykładu. Polega on na dostrzeżeniu, że przekroczenie limitu odpoczynku może jednocześnie stanowić pracę w godzinach nadliczbowych. W takim wypadku należałoby konsekwentnie uznać, że zatrudniony zyskuje prawo do podwójnej zapłaty lub czasu wolnego. Kumulacja tego rodzaju jest jednak problematyczna.

W tym miejscu potrzebne jest krótkie podsumowanie. Przywołany judykant z jednej strony wychodził naprzeciw potrzebie zapewnienia szerszej sankcji za naruszenie przepisów o okresach odpoczynku (założono w nim, że odpowiedzialność za wykroczenie z art. 281 pkt 5 k.p. nie jest efektywna), z drugiej jednak kreowane w nim roszczenia nie znajdują odzwierciedlenia w obowiązującym stanie prawnym. Wskazane zależności stanowiły punkt odniesienia dla uchwały siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 13 marca 2008 r., I PZP 11/07 (OSNP 2008/17–18/247). Wprawdzie odrzucono w niej możliwość rozliczania naruszeń okresu odpoczynku dodatkiem jak za pracę w godzinach nadliczbowych (co sugerowało postanowienie SN z 4 grudnia 2007 r., I PZP 8/07, LEX nr 356825), wskazano jednak inne implikacje. Sąd Najwyższy uznał, że przekroczenie okresu odpoczynku stanowi naruszenie obowiązków ze stosunku pracy, a zatem w razie wystąpienia szkody pracownik może wystąpić z roszczeniem odszkodowawczym na podstawie art. 471 k.c. w związku z art. 300 k.p. Niezależnie od tego zachowanie pracodawcy polegające na nieprzestrzeganiu okresów odpoczynku jest czynem niedozwolonym w rozumieniu art. 415 k.c. Pracownik może również uznać, że doszło do naruszenia jego dóbr osobistych. Podstawą prawną do żądania zadośćuczynienia lub zapłaty odpowiedniej sumy pieniężnej na cel społeczny jest w tym wypadku art. 11¹ k.p. w związku z art. 23 i 24 § 1 k.p. W ocenie Sądu Najwyższego prawo do nieprzerwanego odpoczynku stanowi element prawa do ochrony zdrowia pracownika, czyli mieści się w katalogu dóbr osobistych człowieka, obejmujący między innymi zdrowie (zapatrywanie to zostało powtórzone w uchwale SN z 3 czerwca 2008 r., I PZP 10/07, OSNP 2008/23–24/342).

Z wypowiedzi tej wynika, że prawo do odpoczynku nie jest „wymienialne” na pieniądze. Można je wprawdzie zrekompensować „równoważnym okresem odpoczynku”,

jednak pod warunkiem, że zostanie on udzielony w czasie umożliwiającym regenerację sił pracownika. W ocenie Sądu Najwyższego tylko niespóźnione wyrównanie stanowi zabezpieczenie przed roszczeniami odszkodowawczymi pracownika (w tym także z tytułu naruszenia dóbr osobistych). Sąd Najwyższy przesądził również, że rozliczenie odbywa się na skutek jednostronnej decyzji pracodawcy, a czas wolny ma charakter nieodpłatny.

Przedstawiona wypowiedź uporządkowała sytuację prawną w zakresie realizacji odpoczynku. Interesujące jest przekierowanie uwagi na naruszenie dóbr osobistych. Przed rozwinieniem tego wątku należy jednak wskazać, że poza przypadkiem z art. 132 § 3 k.p. przepisy nie sankcjonują uprawnienia do równoważnego okresu odpoczynku. W oparciu o to spostrzeżenie można twierdzić, że Sąd Najwyższy wykreował nieznana systemowi normę prawną. Sprawa zaczyna się gmatwać, jeśli weźmie się pod uwagę, że odpowiedzialności deliktowej nie może znieść zachowanie niemające umocowania prawnego. Udzielenie pracownikowi czasu odpoczynku w innym terminie nie rzutuje zatem na obowiązek naprawienia szkody z art. 415 k.c. Analogiczne stanowisko trzeba zająć przy odpowiedzialności z art. 471 k.c. W tym zakresie stanowisko Sądu Najwyższego nie jest trafne. Rozliczenie odpoczynku w naturze, w adekwatnym terminie, będzie natomiast miało znaczenie dla dóbr osobistych pracownika. Rekompensata sprawi, że nie dojdzie do ich naruszenia.

W późniejszym orzecznictwie Sąd Najwyższy doprecyzowywał swoje stanowisko. W wyroku z 23 lipca 2009 r. (II PK 26/09, LEX nr 533037) uściślono, że równoważny czas wolny należy się pracownikowi tylko wówczas, gdy zostanie przyznany do końca okresu rozliczeniowego. Po tym terminie sanowanie nieudzielonych okresów odpoczynku nie jest możliwe (wyrok SN z 25 maja 2010 r., I PK 192/09, LEX nr 585693), a pracownik może dochodzić odszkodowania lub zadośćuczynienia. Wskazana cenzura czasowa wprawdzie znajduje odzwierciedlenie w art. 132 § 3 k.p., to jednak w niektórych wypadkach jest nie do przyjęcia. Okres rozliczeniowy (który w zależności od systemu czasu pracy może trwać nawet do 12 miesięcy) nijak się ma względem potrzeby odpoczynku. Naruszenie art. 132 i art. 133 k.p. może mieć miejsce również pod koniec okresu rozliczeniowego, co uniemożliwi rozliczenie. Uzasadniony jest zatem pogląd, że okres odpoczynku powinien być wyrównany niezwłocznie, w najbliższym możliwym terminie (Stefański, 2013, s. 27), a nie w sekwencji okresów rozliczeniowych.

Mimo wspomnianych zastrzeżeń, należy z uznaniem odnotować, że orzecznictwo Sądu Najwyższego konsekwentnie sprzeciwia się udzielaniu pracownikom skumulowanego okresu wolnego w zamian za nieudzielenie czasu odpoczynku. Praktyka ta bowiem nie współgra z celem art. 132 i 133 k.p. (wyroki SN z 11 sierpnia 2009 r., III PK 21/09, LEX nr 560861 i z 10 marca 2010 r., II PK 266/09, LEX nr 602245). W tym zakresie orzecznictwo pozostaje w sporze z przedstawicielami doktryny (Sobczyk, 2010, s. 271–272; Kubot 2007, s. 21–24; 2008, s. 19), którzy poza przypadkiem z art. 132 § 2 i 3 k.p. kontestują możliwość udzielania pracownikowi równoważnego okresu odpoczynku.

Nie doszło też do wypracowania innych skutecznych podstaw prawnych roszczeń pracownika. W wyroku

z 3 września 2009 r. (III PK 33/09, OSNP 2011/9–10/120) Sąd Najwyższy wykluczył dochodzenie przez pracownika ekwiwalentu pieniężnego za nieudzielenie odpoczynku z art. 132 i art. 133 k.p. na podstawie stosowanych odpowiednio przepisów o ekwiwalencie za urlop wypoczynkowy (art. 171 § 1 k.p.). Stanowisko to zasadza się na przekonaniu, że powinność pracodawcy może zostać zrealizowana tylko w naturze, a jej zastąpienie świadczeniem pieniężnym jest niedopuszczalne (wyrok SN z 8 października 2009 r., II PK 110/09, LEX nr 558295).

Naruszenie dóbr osobistych

Reasumując, konkluzje wykładni operatywnej można uznać za stonowane. Mimo początkowych prób wprowadzenia odpłatności za nieudzielenie okresów odpoczynku, ostatecznie Sąd Najwyższy nie wyszedł poza przesłanie płynące z prawa stanowionego. Inspirujące jest jednak połączenie realizacji okresów odpoczynku z konstrukcją dobra osobistego. Mimo iż zabieg ten wydatnie wzmacnia przestrzeganie art. 132 i 133 k.p., to jednak zestawienie to pozostaje problematyczne. Dyskusyjny bowiem pozostaje rodzaj chronionego dobra. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że prawo do odpoczynku można utożsamiać z prawem do prywatności (Wujczyk, 2012, s. 284–285) i godności (Szewczyk, 2018, s. 234). Stanowisko to jest wywodzone z podziału na czas pozostawania przez pracownika w dyspozycji pracodawcy i czas wolny (prywatny). Granice między tymi stanami wyznaczają przepisy prawne o właściwościach gwarancyjnych, powszechnych i bezwzględnie obowiązujących (Liszczy, 2007, s. 13). Wychodząc z tego punktu widzenia staje się jasne, że ustawowe okresy odpoczynku stoją na straży sfery prywatności, a ich nierespektowanie godzi w prawo do prywatności. Możliwe jest też postrzeganie zachowania pracodawcy jako godzącego w zdrowie pracownika. W tym wypadku prawo do odpoczynku stanowi element prawa do ochrony zdrowia (Stefański, 2013, s. 44). Również w orzecznictwie Sądu Najwyższego nie doszło do jednoznacznego wyekspozowania dobra osobistego naruszanego przez uchybienie okresom odpoczynku. Wskazuje się na zdrowie (wyrok SN z 18 marca 2015 r., I PK 191/14, LEX nr 1712805), o czym ma zaświadczać *ratio legis* przepisów o odpoczynku. Zagwarantowany czas wolny służy regeneracji sił pracownika w okresach dobowych i tygodniowych. Zatem angażowanie pracownika ponad minimalny standard odpoczynku z założenia odbija się na jego zdrowiu. W orzecznictwie zastanawiano się, czy zachowanie pracodawcy wbrew art. 132 § 1 k.p. i art. 133 § 1 k.p. nie godzi w inne wartości. Dopuszczono pogląd, że przepisy te chronią prawo do bezpiecznych i higienicznych warunków pracy oraz prawo do odpoczynku (wyroki SN z 18 sierpnia 2010 r., II PK 228/09, LEX nr 599822 i z 21 czerwca 2011 r., III PK 96/10, OSNP 2012/15–16/189; tak też Jankowiak, 2011, s. 623). Zapatrywanie to jest rozsądne, szczególnie jeśli się założy, że prawo do odpoczynku można wywieść z obowiązku publiczno-prawnego (tak Kulig, 2015, s. 15–16). W piśmiennictwie prawa pracy można też spotkać wypowiedzi wiążące okresy odpoczynku z funkcją ochronną życia rodzinnego pracownika (Rycak, 2017, s. 316).

Analizując przywołane wypowiedzi można dojść do wniosku, że o wyróżnieniu danej wartości (dobra) decyduje punkt odniesienia. Jeśli jest nim osoba fizyczna, to można mówić o jej prywatności, godności czy życiu rodzinnym. Natomiast gdy w osobie tej widzimy przede wszystkim pracownika, to wówczas na pierwszym planie pojawi się jego zdrowie, regeneracja sił, odpoczynek, a przede wszystkim prawo do bezpiecznych warunków pracy. Spojrzenia te mogą mieć wpływ na wysokość zadośćuczynienia. Naruszenie dobra *stricto* „osobistego” może skłaniać sąd do bardziej radykalnej interwencji niż w przypadku uchybienia (przede wszystkim zagrożenia) wartościom „pracowniczym”. Zadośćuczynienie nie służy bowiem karaniu pracodawcy za nieprzestrzeganie przepisów ochronnych.

W praktyce orzeczniczej zrodził się problem dopuszczalności zrzeczenia się przez pracownika prawa do odpoczynku zagwarantowanego w art. 132 § 1 k.p. i art. 133 § 1 k.p. Dylemat ten rozstrzygnięto negatywnie (wyrok SN z 3 lutego 2011 r., III PK 32/10, LEX nr 1375430), choć dyskusyjne jest uznanie, że zakaz można wywodzić *per analogiam* z art. 152 § 2 k.p. (za takim rozwiązaniem opowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z 10 marca 2011 r., III PK 50/10, LEX nr 901624). Zważywszy na odrębności konstrukcyjne okresów odpoczynku i urlopu wypoczynkowego, a także odmienne właściwości tych praw, sięganie po argument *a simili* wydaje się dyskusyjne. W równym stopniu można się posłużyć wzorcem *a contrario* i twierdzić, że ustawodawca mógł w art. 132 i 133 k.p. zawrzeć odpowiednik regulacji z art. 152 § 2 k.p. Należy do tego dodać, że omawiany brak nie stanowi luki konstrukcyjnej, a zakaz zrzekania się prawa do wypoczynku jest uzasadniony tylko pierwiastkiem aksjologicznym. Bezskuteczność zrzeczenia się praw do odpoczynku można natomiast wywodzić z właściwości norm prawnych. Przepisy art. 132 § 1 k.p. i art. 133 § 1 k.p. wyznaczają standard minimalny, który nie został poddany czynnościom dyspozycyjnym stron. Oznacza to, że porozumienie ograniczające dyspozycję tych przepisów podlega mechanizmowi korygującemu z art. 18 § 2 k.p.

Zadośćuczynienie za doznaną krzywdę

Sąd Najwyższy nie wyróżnia jako wiodącej odpowiedzialności za naruszenie dóbr osobistych. Mimo to jest oczywiste, że reżim kontraktowy i deliktowy nie zapewniają pracownikowi efektywnej ochrony. Wymagają bowiem wskazania, a przede wszystkim udowodnienia, szkody majątkowej, która będzie pozostawała w związku przyczynowym z bezprawnym działaniem pracodawcy. Zadośćuczynienie za naruszenie dóbr osobistych nie jest warunkowane czynnikiem odszkodowawczym. Przepis art. 24 § 1 k.c. stanowi, że poza żądaniami restytucyjnymi i zapobiegawczymi osoba, której dobra osobiste zostały zagrożone (niekoniecznie naruszone), może na zasadach przewidzianych w kodeksie cywilnym żądać zadośćuczynienia. Następuje zatem przekierowanie do art. 448 k.c., który stanowi, że naruszenie (czyli nie wystarczy samo zagrożenie) dóbr osobistych upoważnia sąd do zasądzenia „odpowiedniej sumy tytułem zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę (lub „odpowiedniej sumy pieniężnej na

wskazany przez pokrzywdzonego cel społeczny”). Powszechnie przyjmuje się, że przesłankami tych roszczeń jest bezprawność zachowania sprawcy, a także jego zawińnię (umyślne lub nieumyślne).

Roszczenia z art. 448 k.c. nie mają charakteru subsydiarnego. Przysługują samodzielnie obok innych środków ochrony. Znaczy to tyle, że pracownik nie ma obowiązku korzystania z innych roszczeń. Między innymi z tego powodu żądania odszkodowawcze z art. 471 k.c. oraz art. 415 k.c. względem zadośćuczynienia z art. 448 k.c. nie są alternatywne w rozumieniu art. 477¹ k.p.c. (wyrok SN z 3 września 2009 r., III PK 33/09, OSNP 2011/9–10/120). W rezultacie sąd nie ma możliwości przyznania pracownikowi zadośćuczynienia, jeśli z żądania pozwu i jego opisu nie wynika, że dochodził właśnie tej należności (wyrok SN z 19 stycznia 2016 r., I PK 16/15, LEX nr 2020485). Świadczenie to natomiast ma charakter kompensacyjny. Właściwość ta wypełnia je, a w każdym razie dominuje. Oznacza to, że nie należy dopatrywać się w tym świadczeniu celu polegającego na ukaraniu lub zdyscyplinowaniu pracodawcy.

Była już mowa o tym, że akceptowanie przez pracownika naruszenia art. 132 i 133 k.p. nie wyłącza bezprawności, jak również winy pracodawcy. Nie oznacza to jednak, że postawa tego rodzaju nie wpływa na wysokość zadośćuczynienia. Miarą zadośćuczynienia jest kompensacja krzywdy, a zatem przy określeniu „odpowiedniej sumy” decydujące znaczenie będą miały czynniki związane z osobą pracownika, a nie jego pracą. Dlatego wysokość otrzymywanego wynagrodzenia nie ma wpływu na wielkość zadośćuczynienia. Wola pracownika realizowania obowiązków z pogwałceniem ustawowych okresów odpoczynku, a także korzyści z tego wynikające ograniczają jednak rozmiar krzywdy. Czynniki te konkurują z długością stanu naruszenia, jak również z indywidualnym uszczerbkiem występującym w życiu rodzinnym i osobistym pracownika. Można postawić tezę, że trudny do uchwycenia uszczerbek niemajątkowy zachodzący w dobach osobistych pracownika modelowany jest jednostkowym podejściem zatrudnionego do gradacji konkurencyjnych dóbr. Przedkładanie pracy i profitów z niej płynących nad odpoczynkiem, czy szerzej prawem do czasu wolnego, rzutuje na rozmiar krzywdy wynikającej z bezprawnego naruszenia przez pracodawcę art. 132 § 1 k.p. i art. 133 § 1 k.p. Oznacza to, że choć ustawowo ukształtowany odpoczynek wyznacza linię demarkacyjną bezprawności zachowania pracodawcy, to jednak subiektywne podejście pracownika do tej wartości stanowi problem rozmiaru doznanej krzywdy. W rezultacie wysokość zadośćuczynienia profilowana jest przeżyciami psychicznymi pracownika. Poza sferą subiektywną (wyznaczaną przez jednostkowe podejście) znaczenie ma również aspekt obiektywny. Wiąże się on z nasileniem korzyści, które praca przyniosła zatrudnionemu. Można postawić tezę, że ten ostatni element będzie miał znaczenie tylko wówczas, gdy pracownik przejawiał przynajmniej neutralną postawę względem organizacji pracy wkraczającej w sferę zagwarantowanego ustawowo odpoczynku. W przeciwnym razie (przy braku akceptacji) trudno twierdzić, że odniesione korzyści z pracy niwelują krzyw-

dę. Pojęcie to bowiem nie jest kalibrowane przez wymiar majątkowy, ale dookreślają je elementy niedające się wymierzyć materialnie. O ile mają na nie wpływ elementy związane z osobą pracownika, o tyle obojętny przy tej ocenie pozostaje stan majątkowy zatrudnionego. Zadośćuczynienie nie jest też miarkowane wysokością stopy życiowej społeczeństwa. Znaczenie ma rodzaj i rozmiar krzywdy (wyrok SA w Białymstoku z 18 lutego 2014 r., III APa 3/14, LEX nr 1451550).

Z przeprowadzonych rozważań wynika, że rodzaj rozstrzygnięcia jest ściśle uzależniony od oceny zespołu okoliczności warunkujących daną sprawę. Sąd powinien orzekać mając na uwadze obraz płynący z „wiązek” indywidualnych uwarunkowań. Oznacza to, że trudno jest wyprowadzić wskazania szczególne. Można jedynie głosić ogólne dyrektywy postępowania. W ramach tych ostatnich konieczne wydaje się skupienie uwagi na odczuciach pracownika. Charakterystyczny jest tu przykład „dyżurów aresztowych”. Z art. 151⁵ § 2 k.p. da się wyinterpretować, że prawem z art. 132 i 133 k.p. objęty został również dyżur domowy. Zatem niedogodność związana z „chodzeniem z telefonem”, niemożność oddalania się od siedziby pracodawcy ani dokonywania żadnych czynności mogących utrudnić lub wyłączyć niezwłoczne stawiennictwo w zakładzie pracy nie mogą zostać zrównoważone stosunkowo rzadkimi wezwaniami do świadczenia pracy. Wbrew stanowisku zaprezentowanemu przez Sąd Apelacyjny w Łodzi w wyroku z 18 kwietnia 2016 r. (III APa 3/16, LEX nr 2087886) usprawiedliwienie tego rodzaju może się przełożyć na wysokość zadośćuczynienia, nie powinno zaś wykluczać bezprawności, a tym samym świadczenia co do zasady.

Uwagi końcowe

Przeprowadzone rozważania upoważniają do postawienia tezy, że skojarzenie dóbr osobistych i okresów odpoczynku wydaje się kontrowersyjne. Nie chodzi o to, że czynniki te nie wchodzą ze sobą w relację (czas wolny dla każdego jest przecież cenioną wartością), problematyczne pozostaje jednak uczynienie z zadośćuczynienia podstawowego gwaranta realizacji odpoczynku w granicach ustawowych. Charakter roszczenia nie przystaje do tej funkcji. Mimo to decydujące znaczenie mają przesłanki zadośćuczynienia. Dochodzenie odszkodowania z art. 415 k.p. albo z art. 471 k.p. nie gwarantuje tak wysokiej skuteczności jak w przypadku żądania zasądzenia zadośćuczynienia. Zależność ta z jednej strony inspirowa do poszukiwania coraz to nowych dóbr osobistych, które pracodawca może naruszyć, z drugiej zaś prowadzi u pracowników do rozczarowania. Wynika ono zarówno z niskich wartości zasądzanych zadośćuczynień, jak i dostrzegalnej przez zatrudnionych nieproduktywnej ochrony ich czasu wolnego. O ile „polityka orzecznicza” w zakresie wysokości zadośćuczynienia da się wytłumaczyć celem kompensacyjnym świadczenia, o tyle niezrozumiałe pozostaje wprowadzenie doniosłej gwarancji (okresów odpoczynku) bez zapewnienia skutecznych środków jej przestrzegania. Można wręcz zadać pytanie, czy praktyka ta nie jest zamierzo-

na i koresponduje z potrzebą promowania elastyczności w działaniach przedsiębiorstw. Bez względu na odpowiedź oczywiste jest, że brak realnych i efektywnych sankcji stanowi „zaproszenie” do nierespektowania norm gwarancyjnych. Zwalczanie tego efektu za pomocą nieadekwatnego wzorca normatywnego nie przyczynia się do utrwalania szacunku dla prawa, może też prowadzić do nadużyć. Wystarczy w tym miejscu zasygnalizować, że art. 132 i 133 k.p. zostały ukształtowane linearnie (precyzyjnie oddzielono zachowanie pożądane i niedopuszczalne). Model ten nie został wpisany w odpowiedzialność za naruszenie dóbr osobistych. Ocena, czy dane dobro zostało naruszone, jest dokonywana przy uwzględnieniu natężenia i czasu trwania zachowania bezprawnego. Probiez weryfikujący jest zatem labilny i trudny do jednoznacznego wyznaczenia. Oznacza to, że jednostkowe niezachowanie odpoczynku dobowego rzadko skutkuje naruszeniem czy też zagrożeniem takich dóbr jak zdrowie, godność, prawo do prywatności czy odpoczynku. Dopiero zintensyfikowanie naruszeń znajduje odzwierciedlenie w sferze dóbr osobistych. Analizując orzecznictwo można dojść do przekonania, że zależność ta nie zawsze jest dostrzegalna. Zdarza się, że odpowiedzialność z art. 24 § 1 k.c. w związku z art. 448 k.c. służy sankcjonowaniu przekroczenia standardu z art. 132 i 133 k.p. Funkcja ta nie występuje w zadośćuczynieniu, a to oznacza, że w tym wypadku zasądzenie na rzecz pracownika, choć chroni jego prawa, to jednak jest prawnie wątpliwe.

Bibliografia

- Driczinski, S. (2006). Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 23 czerwca 2005 r. (II PK 265/04) w sprawie zaliczania poszczególnych okresów podróży służbowej do czasu pracy. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, (7).
- Jankowiak, J. (2011). Glosa do wyroku SN z dnia 18 sierpnia 2010 r., II PK 228/09. *Orzecznictwo Sądów Polskich*, (9).
- Jaśkowski, K. Maniewska, E. (2006). *Kodeks pracy. Komentarz*. Kraków.
- Kubot, Z. (2007). Dni wolne od pracy za dyżury medyczne. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, (11).
- Kubot, Z. (2008). Specyfika dyżurów medycznych. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, (1).
- Kulig, K. (2015). Prawo pracownika do odpoczynku dobowego. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, (2).
- Lewandowski, H. (2008). Dyżur medyczny — uwagi na kanwie wyroku Sądu Najwyższego z 6 czerwca 2002 r., I PK 263/05. *Monitor Prawa Pracy*, (1).
- Liszczy, T. (2007). Ochrona prywatności pracownika w relacjach z pracodawcą. *Monitor Prawa Pracy*, (1).
- Rycak, M. (2017). Czas pracy a ochrona życia rodzinnego pracowników. W: M. Szablowska-Juchniewicz, B. Rutkowska, A. Napiórkowska (red.), *Tendencje rozwojowe indywidualnego i zbiorowego prawa pracy. Księga Jubileuszowa Profesora Grzegorza Goździewicza*. Toruń.
- Sobczyk, A. (2010). Glosa do uchwały SN z dnia 3 czerwca 2008 r. *Orzecznictwo Sądów Polskich*, (4).
- Samol, S. (2005). Glosa do wyroku SN z dnia 23 czerwca 2005 r., II PK 265/04. *Orzecznictwo Sądów Polskich*, (11).
- Stefański, K. (2006). Okresy odpoczynku w kodeksie pracy. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, (1).
- Stefański, K. (2013). *Czas pracy*. Warszawa.
- Szewczyk, H. (2018). Klauzula opt-out a ochrona życia i zdrowia pracowników wykonujących zawody medyczne. W: T. Kuczyński, A. Jabłoński (red.), *Prawo pracy i prawo zabezpieczenia społecznego. Teraźniejszość i przyszłość. Księga Jubileuszowa Profesora Zdzisława Kubota*. Warszawa.
- Wujczyk, M. (2012). *Prawo pracownika do ochrony prywatności*. Warszawa.

Przeciwdziałanie nadużyciom w zatrudnieniu tymczasowym

Prevention of the abuses in temporary employment

dr Anna Piszczek

Uniwersytet Łódzki, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Pracy

ORCID:0000-0001-9967-6796

e-mail: apiszczek@wpia.uni.lodz.pl

Streszczenie Autorka dokonuje analizy i oceny części regulacji odnoszących się do zatrudnienia tymczasowego, a mianowicie ograniczenia czasu zatrudnienia tymczasowego oraz kwestii związanych ze świadczeniem pracy tymczasowej na podstawie umowy prawa cywilnego. Zdaniem autorki rozwiązania wprowadzone nowelizacją przepisów ustawy o zatrudnianiu pracowników tymczasowych, która weszła w życie 1 czerwca 2017 r., dają nadzieję na wyeliminowanie zjawiska pozostawiania danej osoby w długotrwałym zatrudnieniu tymczasowym, jednak nie wszystkie zasługują na aprobatę.

Słowa kluczowe: zatrudnienie tymczasowe, odpowiedzialność agencji pracy tymczasowej i pracodawcy użytkownika, ochrona wykonawców pracy tymczasowej.

Summary This study paper analyses the regulations applicable to the temporary employment - limiting the time of temporary employment and issues related to the provision of temporary work under a civil law contract. The article embraces the amendment to the Temporary Workers Employment Act, which took effect on 1 June, 2017. According to the author, the solutions adopted by the legislator give hope to eliminate the phenomenon of staying in long-term temporary employment, however, not all deserve approval.

Keywords: temporary employment, responsibility of the temporary work agency, responsibility of the user undertaking, temporary workers protection.

JEL: K31

Wprowadzenie

W doktrynie prawa pracy od wielu lat dostrzegano problem nadużyć w zatrudnieniu tymczasowym. Z krytyką spotykało się zawieranie umów o pracę z pracownikami tymczasowymi przez różne agencje pracy tymczasowej na rzecz tego samego pracodawcy użytkownika, a także kierowanie do wykonywania pracy tymczasowej na podstawie umów prawa cywilnego. Nowelizacja ustawy z 9 lipca 2003 r. o zatrudnianiu pracowników tymczasowych (DzU z 2018 r. poz. 594, dalej: u.z.p.t.) dokonana ustawą z 7 kwietnia 2017 r. o zmianie ustawy o zatrudnianiu pracowników tymczasowych oraz niektórych innych ustaw (DzU poz. 962), wprowadziła m.in. cały wachlarz rozwiązań służących zachowaniu faktycznej tymczasowości zatrudnienia oraz jego pracowniczej podstawy. Doniosłość wprowadzonych od 1 czerwca 2017 r. zmian jest znaczna — dotknęły one 1,2 mln osób będących pracownikami tymczasowymi, 18,6 tys. pracodawców użytkowników¹ oraz 4728 agencje pracy tymczasowej². Zasadne jest w związku z tym dokonanie bliższej analizy i oceny wprowadzonych rozwiązań.

Faktyczna tymczasowość zatrudnienia

Ustawodawca obok obowiązującego uprzednio maksymalnego limitu kierowania pracownika tymczasowego przez agencję do wykonywania pracy tymczasowej na rzecz danego pracodawcy użytkownika zdecydował się również na wprowadzenie limitu korzystania przez pracodawcę użytkownika z pracy tego samego pracownika tymczasowego. Długość tego limitu nie została natomiast zmieniona — wynosi on nadal 18 miesięcy w okresie obejmującym 36 kolejnych miesięcy, a 36 miesięcy w przypadku skierowania do wykonywania w sposób ciągły pracy tymczasowej obejmującej zadania, których wykonanie należy do obowiązków nieobecnego pracownika zatrudnionego przez danego pracodawcę użytkownika.

Przepis art. 20 u.z.p.t. w brzmieniu sprzed nowelizacji ograniczenie czasu zatrudnienia tymczasowego odnosił jedynie do relacji między konkretną agencją pracy tymczasowej, konkretnym pracownikiem tymczasowym i konkretnym pracodawcą użytkownikiem (Sobczyk, 2011, s. 157). Dopuszczalne było zatem zatrudnianie pracownika tymczasowego na kolejne 18 miesięcy przez różne

agencji pracy tymczasowej na rzecz tego samego pracodawcy użytkownika, z czego powszechnie korzystano. Znane były także praktyki polegające na tworzeniu przez jeden podmiot kilku agencji pracy tymczasowej jedynie w celu kierowania tego samego pracownika tymczasowego, przez różne agencje pracy tymczasowej, do tego samego pracodawcy użytkownika³. W doktrynie wskazywano, że taka wykładnia art. 20 u.z.p.t. była sprzeczna z celem zawartego w nim obostrzenia, jakim jest promowanie stałego zatrudnienia (Rotkiewicz, 2010, s. 29).

Wprowadzone w drodze ostatniej nowelizacji rozwiązanie stanowi w pewnym zakresie powrót do pierwotnego brzmienia art. 20 u.z.p.t. Przepis ten stanowił wówczas, iż w okresie obejmującym 36 kolejnych miesięcy łączny okres wykonywania pracy tymczasowej przez pracownika tymczasowego na rzecz jednego pracodawcy użytkownika nie mógł przekroczyć 12 miesięcy, a 36 miesięcy w sytuacji wykonywania w sposób ciągły zadań, których wykonanie należy do obowiązków nieobecnego pracownika zatrudnionego przez pracodawcę użytkownika. Choć wydaje się, że wykładnia literalna i celowościowa przepisu w sposób jednoznaczny wskazywała wówczas na ustawowe ograniczenie czasu zatrudnienia tymczasowego u konkretnego pracodawcy użytkownika (Sobczyk, 2005, s. 99), Departament Prawny Ministerstwa Gospodarki i Pracy wyraził odmienny pogląd zajmując stanowisko, iż dopuszczalne było zatrudnianie pracownika tymczasowego u tego samego pracodawcy użytkownika przez kolejne 12-miesięczne ciągle okresy pod warunkiem zmiany agencji pracy tymczasowej (Sobczyk, 2011, s. 156). Na gruncie obecnie obowiązującego przepisu taka interpretacja nie jest już możliwa. Co więcej, powyższymi limitami objęto również osoby świadczące pracę tymczasową na podstawie umów cywilnoprawnych (art. 20 ust. 1, 3, 5 i 6 w związku z art. 25a u.z.p.t.) (o czym szerzej w dalszej części artykułu) oraz osoby, które świadczą pracę tymczasową zarówno w oparciu o podstawę pracowniczą, jak i cywilnoprawną (art. 20 ust. 2, 4, 7 i 8 u.z.p.t.).

Należy zauważyć, że nadal dopuszczalne jest korzystanie przez pracodawcę użytkownika z usług agencji przez okres dłuższy niż wskazany w ustawie — po zakończeniu świadczenia pracy przez jedną osobę możliwe jest kontynuowanie procesu wykonywania pracy przez kolejnego pracownika tymczasowego. Ponieważ zatrudnienie tymczasowe często pojawia się przy wykonywaniu prostych prac, nie można wykluczyć, że pracodawcy użytkownicy niezainteresowani powierzeniem pracy konkretnej osobie będą korzystać z powyższej możliwości. Tym samym wprowadzone przez ustawodawcę rozwiązanie niekoniecznie wpłynie znacząco na ograniczenie zatrudnienia tymczasowego i promowanie zatrudnienia typowego. Umowy o pracę tymczasową ciągle bowiem są postrzegane jako bardziej elastyczny i mniej obciążający finansowo model zatrudnienia i pracodawcy stojąc przed wyborem zatrudnienia konkretnego pracownika na stałe bądź korzystania nadal z zatrudnienia tymczasowego, łączącego się ze zmianą osoby świadczącej pracę, prawdopodobnie wybiorą to drugie rozwiązanie.

Na marginesie rozważań należy zwrócić uwagę na jeszcze jeden przepis. Ustawodawca zdecydował się objąć niektóre ciężarne pracownice tymczasowe regulacją art. 177 § 3 k.p., powodującą przedłużenie umowy o pracę zawartej na czas określony do dnia porodu (art. 13 ust. 3 i 3b u.z.p.t.). W konsekwencji konieczne było poczynienie zastrzeżenia o niestosowaniu w takiej sytuacji maksymalnego limitu kierowania pracownika tymczasowego przez agencję do wykonywania pracy tymczasowej na rzecz jednego pracodawcy użytkownika oraz korzystania przez pracodawcę użytkownika z pracy tego samego pracownika tymczasowego. Zastanawiające jest jednak dlaczego w dotyczącym tej kwestii przepisie art. 20 ust. 9 u.z.p.t. pominięto odwołanie do ust. 2, 4 i 7 tego przepisu. W konsekwencji w sytuacji „mieszanej”, gdy zatrudnienie na podstawie umowy (umów) o pracę jest poprzedzone wykonywaniem pracy tymczasowej na podstawie umowy (umów) prawa cywilnego, przedłużenie umowy o pracę do dnia porodu może doprowadzić do naruszenia ustawy o zatrudnianiu pracowników tymczasowych. Inaczej niż w sytuacji wykonywania pracy tymczasowej wyłącznie na podstawie pracowniczej znajdują w tym przypadku zastosowanie ust. 2, 4 i 7 art. 20 u.z.p.t. przewidujące maksymalny 18- i 36-miesięczny okres wykonywania pracy tymczasowej.

Wprowadzenie przez ustawodawcę takiego rozróżnienia jest niezrozumiałe, wydaje się być ono wynikiem niedopatrzeń i powinno zostać usunięte w drodze nowelizacji tego przepisu. W obowiązującym stanie prawnym nie chcąc naruszyć przepisu art. 20 ust. 4 i 7 u.z.p.t. pracodawca użytkownik może zrezygnować z wykonywania pracy przez pracownika tymczasowego przed upływem maksymalnego okresu w trybie art. 18 ust. 2 u.z.p.t. Rezygnacja ta nie ma wpływu na byt umowy łączącej pracownika tymczasowego z agencją. Agencja pracy tymczasowej byłaby zatem w takiej sytuacji obowiązana do wypłaty pracownikowi wynagrodzenia za gotowość do wykonywania pracy, określonego w art. 81 k.p. (Makowski, 2006, s. 124; Drzewiecka, 2004, s. 47–48; Łapiński, 2009, s. 25; Rotkiewicz, 2010, s. 57). Wydaje się, że zastosowanie może tu ponadto znaleźć art. 81 § 3 k.p., tj. w oparciu o szeroko pojęty przestój agencja pracy tymczasowej może powierzyć pracownikowi tymczasowemu inną odpowiednią pracę w sytuacji wcześniejszej rezygnacji przez pracodawcę użytkownika ze świadczenia pracy tymczasowej. Musi to być jednak praca odpowiadająca wskazanym w ustawie przesłankom i świadczona na rzecz innego pracodawcy użytkownika. W myśl art. 4 u.z.p.t. pracodawca nie może być bowiem pracodawcą użytkownikiem w stosunku do pracowników pozostających z nim w stosunku pracy (Piszczyk, 2016, s. 193–194).

Środki wspierające faktyczną tymczasowość zatrudnienia

Podstawową regulację sprzyjającą zachowaniu faktycznej tymczasowości zatrudnienia zawiera przepis art. 11a u.z.p.t. zobowiązujący agencję pracy tymczasowej do

ustalenia łącznego okresu pracy dotychczas wykonywanej na rzecz danego pracodawcy użytkownika przez osobę, której ma być powierzone wykonywanie pracy tymczasowej. Przepis ten nie precyzuje terminu takich ustaleń, jednak użyty zwrot „w celu zawarcia umowy” sugeruje, iż mają one poprzedzać dokonanie tej czynności. Zsumowaniu ma podlegać okres wykonywania pracy tymczasowej zarówno na podstawie umowy o pracę, jak i umowy prawa cywilnego, co stanowi konsekwencję aktualnego brzmienia art. 20 u.z.p.t. Z art. 11b u.z.p.t. wynika, że niezbędnych informacji w tym zakresie agencji pracy tymczasowej udziela osoba, której ma być powierzone wykonywanie pracy tymczasowej, przedkładając świadectwa pracy i inne dokumenty potwierdzające okresy wykonywania pracy tymczasowej na rzecz danego pracodawcy użytkownika na podstawie umowy o pracę, a w przypadku wykonywania pracy tymczasowej na podstawie umowy prawa cywilnego — pisemne oświadczenie lub zaświadczenia. Świadectwa pracy i zaświadczenia są wydawane przez agencję pracy tymczasowej. W myśl art. 18a ust. 1a oraz art. 25a u.z.p.t. zawierają one informacje o okresie wykonywania pracy tymczasowej na rzecz danego pracodawcy użytkownika.

Sąsiedztwo art. 11a i 11b u.z.p.t. zdaje się wskazywać, że agencja pracy tymczasowej czerpie informacje o łącznym okresie pracy na rzecz danego pracodawcy użytkownika przez osobę, której ma być powierzona praca tymczasowa, z przedstawionych przez nią dokumentów i oświadczeń. Ustawodawca obciążył co prawda pracodawcę użytkownika obowiązkiem prowadzenia ewidencji osób wykonujących pracę tymczasową (art. 14a u.z.p.t.), ale nie zobowiązał go do przekazania stosownych informacji agencji pracy tymczasowej na etapie poprzedzającym zatrudnienie i skierowanie do pracy danej osoby. Regulacja ta nie jest prawidłowa. Można bowiem wyobrazić sobie sytuację, gdy kandydat do pracy nie przedstawi agencji stosownych dokumentów (umyślnie — chcąc uzyskać zatrudnienie albo nieumyślnie — z przeoczenia), co w konsekwencji może doprowadzić do naruszenia przez agencję i pracodawcę użytkownika art. 20 u.z.p.t.

Druga grupa środków wspierających faktyczną tymczasowość zatrudnienia to przepisy kreujące odpowiedzialność wykroczeniową agencji pracy tymczasowej i pracodawcy użytkownika. W myśl art. 27a u.z.p.t., kto będąc agencją pracy tymczasowej kieruje pracownika tymczasowego do wykonywania pracy (1) tymczasowej na rzecz jednego pracodawcy użytkownika przez okres przekraczający łącznie 18 miesięcy w okresie obejmującym 36 kolejnych miesięcy, (2) tymczasowej na rzecz jednego pracodawcy użytkownika przez okres przekraczający 36 miesięcy, jeżeli pracownik tymczasowy wykonuje w sposób ciągły pracę tymczasową obejmującą zadania, których wykonanie należy do obowiązków nieobecnego pracownika zatrudnionego przez danego pracodawcę użytkownika — podlega karze grzywny od 1000 do 30 000 zł. Tej samej karze podlega, zgodnie z art. 27b ust. 2 u.z.p.t., kto będąc pracodawcą użytkownikiem lub działając w jego imieniu

(1) korzysta z pracy tymczasowej tego samego pracownika tymczasowego przez okres przekraczający łącznie 18 miesięcy w okresie obejmującym 36 kolejnych miesięcy oraz (2) korzysta z pracy tymczasowej przez okres przekraczający 36 miesięcy, jeżeli pracownik tymczasowy wykonuje w sposób ciągły pracę tymczasową obejmującą zadania, których wykonanie należy do obowiązków nieobecnego pracownika zatrudnionego przez tego pracodawcę użytkownika.

Należy zauważyć, że przepisy te są ze sobą skorelowane, a odpowiedzialność agencji (osoby działającej w jej imieniu) i pracodawcy użytkownika (osoby działającej w jego imieniu) stanowią lustrzane odbicie. Wątpliwe jest jednak czy odpowiedzialności wykroczeniowej będzie podlegać osoba działająca w imieniu agencji pracy tymczasowej, która skieruje pracownika tymczasowego do wykonywania pracy tymczasowej na rzecz danego pracodawcy użytkownika przez okres krótszy niż 18(36) miesięcy, ale w sytuacji, gdy pracownik ten świadczył już na rzecz tego pracodawcy użytkownika pracę tymczasową, tyle że za pośrednictwem innej agencji, i łączny okres skierowania przekracza 18(36) miesięcy. Przepis art. 27a u.z.p.t. posługuje się zwrotem „kieruje (...) do wykonywania pracy tymczasowej (...) przez okres przekraczający łącznie 18 miesięcy” oraz „kieruje (...) do wykonywania pracy tymczasowej (...) przez okres przekraczający 36 miesięcy”. Wprowadzone kryterium czasu odnosi się, moim zdaniem, do czynności dokonywanej przez jedną agencję. W opisaney wyżej sytuacji odpowiedzialność wykroczeniową poniesie zatem wyłącznie pracodawca użytkownik.

Zastanawia wyłączenie spod odpowiedzialności wykroczeniowej naruszenia ustawowych limitów kierowania do pracy tymczasowej w sytuacji, gdy dotyczy ono osób wykonujących pracę tymczasową na podstawie umów cywilnoprawnych. Wynika to wyraźnie z art. 27a i 27b u.z.p.t., w których jest mowa o „pracowniku tymczasowym”, oraz z art. 25a ust. 1 u.z.p.t., który wskazując na odpowiednie stosowanie do osób skierowanych do wykonywania pracy tymczasowej na podstawie umowy prawa cywilnego szeregu przepisów ustawy, nie wymienia art. 27a i 27b.

Wykonywanie pracy tymczasowej na podstawie umów prawa cywilnego

Przed nowelizacją świadczenie pracy tymczasowej na podstawie umów cywilnoprawnych regulował art. 26 u.z.p.t. odnoszący się w ust. 1 do młodocianych, a w ust. 2 wskazujący na odpowiednie stosowanie niektórych przepisów ustawy do osób skierowanych do pracy tymczasowej na podstawie umowy prawa cywilnego. Na gruncie tych przepisów w piśmiennictwie pojawiły się dwie koncepcje. Według pierwszej z nich umowa cywilnoprawna mogła łączyć z agencją pracy tymczasowej wyłącznie osoby w wieku od 16 do 18 lat będące uczniami (Makowski, 2003, s. 29; 2007, s. 27–28; Strusińska-Zukowska, 2003, s. 5; Garbacik, 2004, s. 13). Zgodnie z przeciwnym i dominującym

jącym poglądem mogła być ona podstawą świadczenia pracy tymczasowej szerokiego grona wykonawców pracy, jeżeli nie wykazywała cech charakterystycznych dla stosunku pracy, o których mowa w art. 22 § 1 k.p. (m.in. Mrozowska, 2004, s. 16; Małysz, 2007, s. 5; Rotkiewicz, 2010, s. 125). W praktyce stosowania prawa przyjęto drugą koncepcję, a umowy cywilnoprawne były zawierane przy zatrudnieniu tymczasowym na szeroką skalę, niejednokrotnie w sytuacji, gdy podstawą skierowania powinna być umowa o pracę. Przepis art. 26 ust. 2 u.z.p.t. wskazywał, że do osób wykonujących pracę tymczasową na podstawie umów prawa cywilnego stosowało się odpowiednio wyłącznie: art. 8 u.z.p.t. (prace, które nie mogą być powierzane pracownikowi tymczasowemu), art. 9 ust. 1 u.z.p.t. (informacje o warunkach pracy służące zawarciu umowy o pracę z pracownikiem tymczasowym) i art. 23 u.z.p.t. (współpraca pracodawcy użytkownika z działającą u niego zakładową organizacją związkową w zakresie korzystania z pracy tymczasowej). Poza zakresem odesłania znajdował się mający największe znaczenie art. 20 u.z.p.t., określający maksymalny limit kierowania przez agencję do wykonywania pracy tymczasowej na rzecz danego pracodawcy użytkownika.

Obecnie możliwość świadczenia pracy tymczasowej na podstawie umów cywilnoprawnych przewiduje art. 7 ust. 2 u.z.p.t., w myśl którego agencja pracy tymczasowej może, na podstawie umowy prawa cywilnego, kierować osoby niebędące pracownikami takiej agencji do wykonywania pracy tymczasowej. Sformułowania „osoby niebędące pracownikami agencji” nie należy moim zdaniem interpretować w oderwaniu od art. 1 u.z.p.t. W przeciwnym wypadku można dojść do błędnego wniosku, że ustawodawca nie dopuszcza możliwości świadczenia przez daną osobę pracy tymczasowej jednocześnie na rzecz dwóch pracodawców użytkowników, gdy z agencją w jednym przypadku łączyłaby go umowa o pracę, a w drugim umowa cywilnoprawna. Taka osoba będąc pracownikiem tymczasowym byłaby bowiem jednocześnie pracownikiem agencji (por. Paluszkiwicz, 2017, s. 23).

W piśmiennictwie słusznie zwraca się uwagę na niefortunną redakcję art. 7 ust. 2 u.z.p.t. Przepis ten nie wskazuje jednoznacznie, iż umowa cywilnoprawna może stanowić podstawę zatrudnienia osób świadczących pracę tymczasową. Punkt ciężkości, inaczej niż w ust. 1 tego przepisu, położony jest bowiem nie na „zatrudnianie przez agencję” ale „kierowanie do pracy przez agencję” (Paluszkiwicz, 2017, s. 23). Wyraźnie o wykonywaniu pracy tymczasowej na podstawie umowy prawa cywilnego traktuje z kolei art. 11a, 11b, 14a, art. 20 ust. 4 i art. 25a ust. 3 u.z.p.t. Powyższą rozbieżność terminologiczną należy moim zdaniem tłumaczyć w ten sposób, że ustawodawca zamiennie posługuje się pojęciami „zatrudnianie” i „kierowanie do pracy” w przypadku agencji pracy tymczasowej, czego przejawem może być np. art. 20 u.z.p.t., gdzie sformułowanie „skierowanie do pracy” pojawia się zarówno odnośnie do wykonywania pracy tymczasowej na

podstawie umowy o pracę, jak i na podstawie prawa cywilnego.

Katalog przepisów ustawy stosowanych odpowiednio do osób skierowanych do wykonywania pracy tymczasowej na podstawie umowy prawa cywilnego, wskazany w dodanym art. 25a ust. 1 u.z.p.t., wzbogacił się o art. 12 u.z.p.t. (niedozwolone zastrzeżenie umowne o niezatrudnieniu przez pracodawcę użytkownika po okresie wykonywania pracy tymczasowej) oraz art. 20 ust. 1, 3, 5 i 6 u.z.p.t. (maksymalny okres kierowania do wykonywania pracy tymczasowej i korzystania z takiej pracy przez konkretnego pracodawcę użytkownika). Oprócz powyższego ustawa zawiera szereg przepisów, w których wprost wskazuje się na ich stosowanie do pracy tymczasowej świadczonej w oparciu o umowę cywilnoprawną — omówione już wyżej art. 11a (ustalenie przez agencję łącznego okresu wykonywania pracy tymczasowej), art. 11b (złożenie pisemnego oświadczenia albo przedłożenie zaświadczenia potwierdzającego okresy pracy tymczasowej), art. 14a (prowadzenie ewidencji osób wykonujących pracę tymczasową), art. 20 ust. 2, 4, 7 i 8 (łączne limity wykonywania pracy tymczasowej na podstawie umowy o pracę i umowy prawa cywilnego) oraz art. 25a ust. 2 i 3 u.z.p.t. (wydawanie zaświadczeń potwierdzających okresy wykonywania pracy tymczasowej).

Wzbogacenie ustawy o zatrudnianiu pracowników tymczasowych w powyższe przepisy wpisuje się w dostrzeżaną w ostatnich latach strategię polskiego ustawodawcy polegającą na rozszerzaniu uprawnień dotychczas właściwych dla stosunku pracy na umowy cywilnoprawne. Wydaje się, że ma ona służyć ograniczeniu zjawiska nadużywania umów cywilnoprawnych do zatrudnienia pracowniczego, bowiem zrównanie niektórych uprawnień i doprowadzenie do zmniejszenia różnic w kosztach pracy może powodować, iż chęć obchodzenia prawa pracy będzie mniejsza. Największe znaczenie ma oczywiście regulacja przewidująca objęcie limitami zatrudnienia tymczasowego (18- i 36-miesięcznym) osób świadczących pracę tymczasową na podstawie umów cywilnoprawnych (art. 20 ust. 1, 3, 5 i 6 w związku z art. 25a u.z.p.t.) oraz osób, które świadczą pracę tymczasową zarówno w oparciu o podstawę pracowniczą, jak i cywilnoprawną (art. 20 ust. 2, 4, 7 i 8 u.z.p.t.). W tym ostatnim przypadku nie przekonuje sama redakcja wskazanych przepisów. Zręczniejszym z legislacyjnego punktu widzenia byłoby zastąpienie rozproszonej w czterech ustępach art. 20 regulacji jednym ustępem dodanym do art. 25a u.z.p.t. po obecnym ust. 1. Obecny art. 20 ust. 2, 4, 7 i 8 u.z.p.t. dotyczący „sytuacji mieszanej” wyprzedza regulację odnoszącą się do skierowania do wykonywania pracy tymczasowej na podstawie umów prawa cywilnego, co nie wydaje się prawidłowe. Dodatkowo ustawodawca w art. 20 ust. 2, 4 i 7 u.z.p.t. posługuje się pojęciem umowy o pracę i umowy prawa cywilnego w liczbie pojedynczej, choć przecież możliwa jest sytuacja, gdy w okresie 18 czy 36 miesięcy dana osoba jest kierowana do wykonywania

pracy tymczasowej na podstawie kilku umów o pracę i kilku umów cywilnoprawnych. Nie wydaje się, by intencją ustawodawcy było wyłączenie takiej sytuacji spod limitów przewidzianych w art. 20 u.z.p.t.

Podsumowanie

Wydaje się, że nowelizacja ustawy z 9 lipca 2003 r. o zatrudnianiu pracowników tymczasowych w zakresie wskazanym w niniejszym artykule odpowiada potrzebom pracowników tymczasowych i osób świadczących pracę tymczasową na podstawie umów prawa cywilnego. Daje ona nadzieję na wyeliminowanie zjawiska pozostawiania danej osoby w długotrwałym zatrudnieniu tymczasowym. Jednak nie wszystkie rozwiązania przyjęte przez ustawodawcę przekonują, jak np. ustalanie przez agencję łącznego okresu pracy na rzecz danego pracodawcy użytkownika jedynie w oparciu o przedstawione przez kandydata do pracy dokumenty, zaświadczenia i oświadczenia. Należy dostrzec pewne braki regulacji, czego przykładem może być wyłączenie spod odpowiedzialności wykroczeniowej naruszenia ustawowych limitów kierowania do pracy tymczasowej w sytuacji, gdy dotyczy ono osób wykonujących pracę tymczasową na podstawie umów cywilnoprawnych. Wreszcie nie można przejść obojętnie wobec wątpliwej redakcji niektórych przepisów, jak np. dotyczącego „situacji mieszanej” art. 20 ust. 2, 4, 7 i 8 u.z.p.t.

¹ Dane według stanu na 2016 r., <http://kadry.infor.pl/wiadomosci/763949,Nowe-obowiazki-agencji-pracy-tymczasowej-i-pracodawcow-od-1-czerwca-2017-roku.html> (dostęp: 09.08.2018).

² Według danych zawartych w Krajowym rejestrze agencji zatrudnienia, <http://stor.praca.gov.pl> (dostęp: 9.08.2018).

³ Uzasadnienie projektu pkt II 7, <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=1274> (dostęp: 09.08.2018).

Bibliografia

- Drzewiecka, E. (2004). Agencje pracy tymczasowej — trójstronny charakter zatrudnienia. *Monitor Prawa Pracy*, (2).
- Garbacik, A. (2004). Zatrudnienie pracowników tymczasowych. *Polityka Społeczna*, (1).
- Łapiński, K. (2009). *Umowa o pracę na czas określony z pracownikiem tymczasowym*. Warszawa: Biblioteka Monitora Prawa Pracy.
- Makowski, D. (2003). Zatrudnianie pracowników tymczasowych. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, (12).
- Makowski, D. (2006). *Praca tymczasowa jako nietypowa forma zatrudnienia*. Warszawa: Difin.
- Makowski, D. (2007). Prawne aspekty zatrudnienia tymczasowego. W: M. Dobrowolska (red.), *Być albo nie być czasownikiem*. Katowice: „Śląsk” Wydawnictwo Naukowe.
- Mrozowska, M. (2004). Pracownicy tymczasowi — od zgłoszenia do zatrudnienia. *Prawo Pracy*, (7–8).
- Małyś, F. (2007). Zatrudnianie pracowników tymczasowych. *Prawo Pracy*, (5).
- Paluszkiewicz, M. (2017). Zatrudnienie tymczasowe po nowelizacji. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, (11).
- Piszczyk, A. (2016). *Odrębności podporządkowania pracownika w nietypowych umownych stosunkach pracy*. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego.
- Rotkiewicz, M. (2010). *Zatrudnianie pracowników tymczasowych*. Warszawa: C.H. Beck.
- Sobczyk, A. (2005). *Ustawa o zatrudnianiu pracowników tymczasowych. Komentarz*. Zakamycze.
- Sobczyk, A. (2011). Konstytucyjne dylematy zatrudnienia tymczasowego. W: A. Sobczyk (red.), *Z problematyki zatrudnienia tymczasowego*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Strusińska-Żukowska, J. (2003). Pracownicy tymczasowi — zasady zatrudniania. *Prawo Pracy*, (12).



www.pwe.com.pl

Każda organizacja funkcjonująca w globalnej gospodarce jest zmuszona nieustannie podejmować wyzwania dotyczące m.in. wdrożeń nowych produktów i procesów, aby móc utrzymać się w konkurencyjnym i ciągle zmieniającym się otoczeniu. Powszechną praktyką staje się więc powoływanie w przedsiębiorstwach jednostek organizacyjnych zarówno planujących, organizujących, jak i nadzorujących realizowane przedsięwzięcia.

Do zadań biura zarządzania projektami (Project Management Office – PMO) należą: wspieranie i realizowanie planów strategicznych przedsiębiorstwa; utrzymanie kapitału intelektualnego; planowanie i nadzór nad wykorzystaniem zasobów; koordynacja i centralizacja podległych projektów; zarządzanie środowiskiem projektowym, w tym planowanie, standaryzacja i synchronizacja, szkolenia, kontrola; doskonalenie praktyk i rezultatów zarządzania projektami; likwidacja lub łagodzenie problemów; raportowanie projektów do wyższego szczebla zarządzania.

Biuro zarządzania projektami (PMO) to publikacja wypełniająca dotychczasową lukę na polskim rynku wydawniczym. Autor przedstawia aktualny stan wiedzy i najnowsze wyniki badań w zakresie PMO. Znakomitą uzupełnieniem podjętej tematyki są zagadnienia portfela projektów, zarządzania wiedzą projektową oraz dojrzałości biur zarządzania projektami.

Z orzecnictwa Sądu Najwyższego

Molestowanie seksualne w miejscu pracy

Sexual harassment in the workplace

Streszczenie Autorka referuje szeroko jeden z najnowszych wyroków Sądu Najwyższego (wyrok z 7 listopada 2018 r., II PK 229/17), w którym Sąd Najwyższy po raz pierwszy obszernie odniósł się do zagadnienia molestowania seksualnego w miejscu pracy.

Słowa kluczowe: dyskryminacja w zatrudnieniu, molestowanie seksualne.

Summary The author refers broadly to one of the latest Supreme Court verdicts (judgment of 7 November 2018, II PK 229/17), in which for the first time the Supreme Court referred extensively to the issue of sexual harassment in the workplace.

Keywords: discrimination in employment, sexual harassment.

Jak dotąd, w orzecnictwie Sądu Najwyższego nie była obecna szersza refleksja dotycząca zagadnienia molestowania seksualnego w miejscu pracy. Już tylko to uprawnia do szczegółowego przedstawienia judykatu Sądu Najwyższego (wyrok z 7 listopada 2018 r., II PK 229/17), który jako pierwszy szeroko odnosi się do tej problematyki, jakże ważnej zarówno z punktu widzenia wartości społecznych, jak i z punktu widzenia praktyki.

Powódka w pozwie domagała się zasądzenia od pozwanego pracodawcy E.H. Spółki Akcyjnej w S. na swoją rzecz kwoty 20 000 zł tytułem odszkodowania za naruszenie zasady równego traktowania przez dopuszczenie do jej molestowania seksualnego przez pracownika pozwanego M.K.

Sąd pierwszej instancji oddalił powództwo, a sąd odwoławczy — apelację powódki.

W sprawie ustalono, że M.K. w dniu 28 marca 2009 r. wysłał do powódki następujące wiadomości tekstowe za pośrednictwem telefonu komórkowego: o godzinie 01:06:55 — „Jak mogłaś mnie tak zostawić”, „Straszna jesteś”, o godzinie 01:17:51 — „Dlaczego mnie nie zawołasz, chciałem cię tylko pocałować... okrutnie... tylko pocałować... tylko... przytulić...”, o godzinie 01:23:09 — „Why?”, o godzinie 07:42:15 — „20 minut to go pomóc ci się ubrać”. Następnie w dniu 29 marca 2009 r. o godzinie 15:14:11 napisał do niej: „ja mam ten idealny plan... ty masz ten idealny stan”. Kolejnego SMS-a wysłał 1 kwietnia 2009 r. o godzinie 21:34:33 o treści: „nie zrozumiesz nigdy bo nie jesteś facetem! uwielbiam cię! Szanuję”. 2 kwietnia 2009 r. o godzinie 13:21:17 napisał: „mimo wszystko b. mam na ciebie ochotę!”, a o godzinie 14:20:45: „Poleżymy razem na łóżeczku”. 7 kwietnia 2009 r. o godzinie 16:56:31 wysłał do powódki kolejnego SMS-a o treści: „Wiedziałem, że na dobre słowo nie ma co liczyć”. Wiadomości te zostały spisane przez notariusza, który w protokole podał także, że oprócz SMS-ów, które zostały przez niego spisane z pamięci telefonu, znajdowały się również inne SMS-y, przy czym stawiająca nie żądała ujęcia ich treści w protokole. Większość opisanych wyżej wiadomości tekstowych była wysyłana

w czasie, kiedy powódka i M.K. byli w delegacji. Były one wysyłane po zakończonej wspólnej zabawie. Tego wieczora tańczyli razem. M.K. umieścił również na tablicy korkowej wiszącej przy biurku powódki notatkę o treści: „dla tej co usta ma piękne choć język wywali czasem” i podpisał go „Boski K.”. Powódka czasami go tak przezywała: Boski K. Sama zwracała się do niego w formie żartobliwej słowami: „niski człowieku o kaprawych oczkach”.

Sądy ustaliły też, że powódka nie skarżyła się na nieprawidłowe zachowanie M.K. Potrafiła jasno powiedzieć, czego chce i czego sobie nie życzy. Współpracownicy nie zauważyli żadnych niewłaściwych zachowań wobec niej ze strony M.K. Uważali, że powódkę łączy z nim bardzo dobre relacje, widać było, że bardzo się lubili. Nie zauważyli, aby obawiała się z nim przebywać sam na sam. W biurze pracowało około 10 osób. Ilość mężczyzn i kobiet była podobna. Mężczyźni nie byli faworyzowani. W biurze była dobra atmosfera. M.K. nikogo specjalnie nie wyróżniał, potrafił powiedzieć, kiedy ktoś zrobił coś nie tak. Czasem miał również zarzuty do powódki, miały one jednak charakter służbowy. Powódka źle je odbierała. Powódkę łączyły z M.K. relacje przyjacielskie, zrodziła się między nimi więź emocjonalna. W tamtym czasie jego opuściła żona, a powódka była po rozwodzie i to ich zbliżyło. Spotkali się na rolkach. Przełożony czuł, że była nim zainteresowana i to mu imponowało. Pozwalali sobie na czułości. Te relacje zakończyły się w kwietniu 2009 r. i od tego momentu łączyła ich tylko koleżeńska więź. M.K. w maju-czerwcu 2009 r. zaczął spotykać się z inną partnerką i z tego związku w 2010 r. urodziło się dziecko. Powódka była postrzegana jako osoba sympatyczna, ale jednocześnie bardzo wrażliwa. Miała duże wahania nastroju, była emocjonalna. M.K. nie zachowywał się niewłaściwie w stosunku do innych koleżanek, był osobą otwartą, wesołą. W wiadomości e-mail z 12 maja 2010 r. napisał do powódki: „Dziękuję za udział w spotkaniu i jednocześnie gratuluję profesjonalnej postawy i zaangażowania, otrzymałem same pozytywne sygnały po spotkaniu, to była do-

bra robota. Można powiedzieć, że chrzest bojowy w ciężkich warunkach masz za sobą”. Powódka odpowiedziała mu: „Takie słowa uznania powodują, że chce się wstać rano do pracy;) dzięki;)”. M.K. odpisał, że był miło zaskoczony — „dałaś radę!!! i to w dobrym stylu!”. Kiedy zaś w listopadzie 2010 r. poprosił powódkę za pośrednictwem poczty elektronicznej, aby została opiekunem programu i zajęła się stażystą, odpowiedziała mu: „ok;) Mam nadzieję, że będzie przystojny”. W odpowiedzi otrzymała wiadomość o treści: „©”. 30 listopada 2010 r. powódka napisała do M.K.: „zlikwidowałam szkodę! Wreszcie. Z T.”. Odpowiedział jej: „Brawo © pierwsze koty za płoty... ©”. Powódka wówczas napisała: „Najgorsze były te wszystkie techniczne niespójności. Czekania na Atenę... teraz już powinno być lepiej” i uzyskała odpowiedź: „Oki © powodzenia”. We wrześniu 2010 r. przełożony chwalił powódkę za przygotowanie prezentacji i dobór zdjęć. Pochwalił ją również za efekt.

Praca powódki wiązała się z wyjazdami dwudniowymi lub kilkudniowymi w ciągu miesiąca. Powódce zdarzało się także wyjeżdżać z M.K. Nie zgłaszała żadnych uwag w tym zakresie swojej przełożonej. Powódka nie przeszła w pozwanej spółce żadnego szkolenia z zakresu mobbingu czy molestowania. W wiadomości e-mail z 8 września 2010 r. zwróciła się do swojej przełożonej z prośbą o spotkanie, która tego samego dnia zgodziła się na takie spotkanie i podkreśliła, że zależy jej na dobrej atmosferze w pracy. Następnego dnia powódka poinformowała ją, że do spotkania doszło i że ma nadzieję, iż wiele nieporozumień zostało wyjaśnionych.

W sprawie ustalono również, że 14 sierpnia 2009 r. biuro zarządu w wiadomości e-mail poinformowało wszystkich w grupie E.H. o ogłoszeniu Kodeksu postępowania pracowników Grupy E.H. oraz reguł przeciwdziałania nadużyciom. Wskazano w nim jednocześnie, że w razie wątpliwości interpretacyjnych pomocą mają służyć Panowie G.B. — dyrektor Biura Zarządu, G.C. — Dyrektor Biura Kontroli Wewnętrznej oraz inne osoby wskazane w tych dokumentach jako doradcy odnośnie do właściwego postępowania w określonych sytuacjach biznesowych. W punkcie 3 Kodeksu postępowania dla pracowników grupy E.H. zawarto zakaz dyskryminacji. Podano, że spółka oczekuje od wszystkich pracowników poszanowania godności osobistej, prywatności i prawa do odrębności osobistej każdego człowieka. Nie toleruje żadnych przejawów dyskryminacji, molestowania seksualnego, prześladowania, czy obraźliwego zachowania. Podobnie nie toleruje żadnych przejawów zastraszania, przemocy ani groźby stosowania przemocy.

28 lutego 2011 r. z powódką została rozwiązana umowa o pracę w drodze porozumienia stron.

Powódka już po ustaniu zatrudnienia u pozwanej poinformowała pozwaną, że była molestowana przez M.K. Pozwana uznała jednak, że na tym etapie właściwą do rozstrzygnięcia sporu powinna być droga sądowa.

Sąd Najwyższy zważył, że ustawodawca legalną definicję molestowania seksualnego zamieścił w art. 18^{3a} § 6 k.p. i uznał je za przejaw dyskryminacji ze względu na płeć. Zgodnie z tym przepisem, molestowaniem seksualnym jest każde niepożądane zachowanie o charakterze seksualnym lub odnoszące się do płci pracownika, którego

celem lub skutkiem jest naruszenie godności pracownika, w szczególności stworzenie wobec niego zastraszającej, wrogiej, poniżającej, upokarzającej lub uwłaczającej atmosfery. Na zachowanie to mogą składać się fizyczne, werbalne lub pozawerbalne elementy.

Według Sądu Najwyższego analiza art. 18^{3a} § 6 k.p. prowadzi do wniosku, że nie musi wystąpić kontakt fizyczny z ofiarą molestowania seksualnego, aby zachowanie sprawcy można było zakwalifikować jako molestowanie seksualne. Molestowanie to może bowiem przybrać formę słowną i obejmować wyłącznie elementy werbalne (np. komentarze czy uwagi odnoszące się do sfery seksualnej). Mogą to być również zachowania o charakterze pozawerbalnym, niezwiązane jednakże z kontaktem fizycznym z ciałem molestowanego (np. pokazywanie obrazów o podtekście seksualnym, eksponowanie przedmiotów o tematyce seksualnej, sugestywne spojrzenia). W ocenie Sądu Najwyższego, w piśmiennictwie dotyczącym tego problemu (por. Góral, 2017) trafnie wskazuje się, że jako zachowania o podłożu seksualnym traktuje się w świetle różnych definicji krajowych m.in.: „obraźliwe flirtowanie”, „czynienie propozycji, domaganie się korzyści seksualnych albo proszenie o nie”, „wywoływanie presji o charakterze seksualnym”, „czynienie sugestywnych uwag i sprośnych aluzji”, „obraźliwe komentowanie wyglądu lub ubioru”, „opowiadanie dowcipów o tematyce seksualnej”, „szantaż seksualny”. Podnosi się również, że kryterium, które ma zasadnicze znaczenie dla oceny, czy zachowanie o podłożu seksualnym ma charakter molestowania seksualnego, jest okoliczność, że zachowanie to ma być przez pracownika niepożądane. Stąd też decydujące znaczenie ma ustalenie, czy pracownik nie chciał określonego typu zachowań ze strony innego pracownika, pracodawcy bądź osoby trzeciej. Powinien zatem dać temu wyraz w sytuacji, gdy takie zachowanie dotyczy jego osoby i nie jest przez niego pożądanym. Sprzeciw powinien być złożony w taki sposób, aby sprawca mógł się zorientować, że jego zachowanie jest niepożądane przez pracownika. Samo bowiem złożenie propozycji o podtekście seksualnym (czy podobnego typu zachowanie) nie musi być poddyktowane zamiarem poniżenia pracownika czy też przymuszenia go do udziału w określonych czynnościach (może być natomiast ocenione negatywnie z perspektywy kultury danej organizacji i funkcjonujących w jej ramach standardów). Jeśli jednak takie zachowanie sprawcy spotka się z brakiem akceptacji pracownika, a mimo to jest ono kontynuowane, będzie to stanowić podstawę do stwierdzenia, że pracownik został poddany molestowaniu seksualnemu. Ustawodawca nie określa formy, w jakiej pracownik miałby wyrazić swój sprzeciw. Można zatem przyjąć, że może to być dowolna postać zachowania pracownika wskazująca na to, że nie życzy on sobie być odbiorcą konkretnych zachowań. W pewnych okolicznościach wyrażenie wprost takiego sprzeciwu może być problematyczne, szczególnie wówczas, gdy sprawcą jest przełożony pracownika czy inna osoba reprezentująca pracodawcę. Przeciętny pracownik nie jest zwykle zainteresowany konfliktowaniem się z pracodawcą i może w związku z tym się obawiać o ewentualne konsekwencje wyrażenia

nia sprzeciwu wobec postawy przełożonego (lub innej osoby działającej w imieniu pracodawcy). Ustalenie, czy zachowanie sprawcy było przez pracownika niepożądane, powinno być zatem dokonane na podstawie całokształtu okoliczności. Formą sprzeciwu może być, przykładowo, unikanie kontaktów ze sprawcą. Molestowanie seksualne to zachowanie, które jest przez pracownika odbierane jako natarczywe, a zatem nie jest ono przez niego odwzajemniane. Taka więc postawa pracownika, która polega na nieodwzajemnianiu zachowań sprawcy, powinna być dla tego ostatniego sygnałem, że pracownik nie życzy sobie takich zachowań i należy ich zaprzestać.

Sąd Najwyższy nie zgodził się z Sądem drugiej instancji w odniesieniu do ogólnej tezy, że „propozycje seksualne, które nie materializują się w czynnościach seksualnych ze względu na brak zgody adresata propozycji, bezsprzecznie mogą być poczytywane jako element aprobowanego flirtu”. *Ad casum* Sąd Najwyższy podzielił natomiast stanowisko Sądu Okręgowego, że brak urzeczywistnienia propozycji wysuwanych przez M.K., wbrew odmiennym sugestiom skarżącej, nie świadczył o tym, że treści w nich zawarte były przez skarżącą niepożądane, co należy rozumieć w ten sposób, że sama tylko treść SMS-ów nie była wystarczająca do przyjęcia tezy, zgodnie z którą skarżąca nie aprobowała propozycji wynikających z owych SMS-ów i sprzeciwiała się im. Równocześnie sąd okręgowy podkreślił bowiem, że „obie te kwestie podlegać muszą rozdziałowi”, ponieważ „tego rodzaju wiadomości bezsprzecznie mogą być poczytywane jako element aprobowanego przez powódkę flirtu”. Dokonał zatem w pełni uprawnionej z punktu widzenia zasad doświadczenia życiowego oceny zawartości SMS-ów, które same w sobie były przecież tylko — mającą niewątpliwie seksualny podtekst, ale jednostronną — deklaracją, natomiast nie wynikało z nich, że skarżąca wyraża dezaprobatę wobec zawartości tych SMS-ów, a w szczególności że sprzeciwia się w jakikolwiek sposób poczynionym w nich propozycjom i nie życzy ich sobie, uznając je za niepożądane. Nie można także zapominać o tym, że wspomniane SMS-y zostały wysłane do skarżącej w czasie, w którym, jak wynikało także z ustaleń sądu drugiej instancji, skarżąca pozostawała z M.K. w bliskich relacjach, także pozasłużbowych (spotkania we dwoje poza godzinami pracy, łączące ich przyjacielskie relacje, czy nawet zrodzona pomiędzy nimi więź emocjonalna).

Sąd Najwyższy wyjaśnił również, że podstawową regulację dotyczącą rozkładu ciężaru dowodu w sprawach o roszczenia wywodzone z naruszenia zakazu dyskryminacji zawiera art. 18^{3b} § 1 *in fine* k.p. W orzecznictwie Sądu Najwyższego na tle wykładni tego przepisu przyjmuje się zaś jednolicie, że w sprawach sądowych o odszkodowanie z tytułu dyskryminacji w zatrudnieniu pracownik powinien przedstawić przed sądem fakty, z których można wyprowadzić domniemanie bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji, a wówczas na pracodawcę przechodzi ciężar dowodu, że przy różnicowaniu sytuacji pracowników kierował się obiektywnymi przesłankami (por. m.in. wyroki Sądu Najwyższego: z 24 maja 2005 r., II PK 33/05, LEX nr 184961; z 9 czerwca 2006 r., III PK 30/06, OSNP 2007/11–12/160 z glosą L. Mitrusa, OSP 2008/7–8/82; z 20 lipca 2017 r., I PK 216/16, LEX nr 2389574).

Rola art. 18^{3b} § 1 k.p. polega na określeniu sytuacji procesowej pracodawcy i dyskryminowanego pracownika w razie wytoczenia przez tego ostatniego powództwa o odszkodowanie z tytułu naruszenia zasady niedyskryminacji w zatrudnieniu. Wskazuje on, kiedy sąd powinien uznać, że mamy do czynienia z dyskryminacją. W tego rodzaju sporach pracownik, jako powód, powinien jedynie wskazać fakty, które uprawdopodobniają wystąpienie dyskryminacji, i kryterium, które mogło stanowić podstawę bezzasadnego zróżnicowania sytuacji pracowników, a pracodawca, jako pozwany, powinien udowodnić, że kierował się obiektywnymi względami. Inaczej mówiąc, na pracodawcy ciąży powinność wykazania, że odmienne potraktowanie pracownika nie było arbitralne, ale wynikało z powodów obiektywnych (np. uwzględniono staż pracy, kwalifikacje lub umiejętności pracownika, nakład pracy). Sąd Najwyższy zauważył, że oczekiwanie wskazania przez pracownika przyczyny nierównego traktowania służy przede wszystkim określeniu granic postępowania dowodowego i przygotowaniu stosownej obrony przez pracodawcę. Udowodnienie zaś przez pracodawcę obiektywnych kryteriów zróżnicowania sytuacji pracowników uwalnia go od zarzutu dyskryminacji, niezależnie od tego, jakie jej kryterium było przedmiotem zarzutu. W art. 18^{3b} § 1 *in fine* k.p. wyrażone jest domniemanie, że jeżeli pracodawca nie udowodni, iż kierował się obiektywnymi powodami, to różnicowanie pracowników przez pracodawcę z przyczyn określonych w art. 18^{3a} § 1 k.p. będzie uważane za naruszenie zasady równego traktowania w zatrudnieniu. W stosunku do art. 6 k.c. w związku z art. 300 k.p. jest to przeniesienie ciężaru dowodu na pracodawcę — w celu realizacji zasady ochrony praw pracownika.

Jednak omawiany przepis, nakładając na pracodawcę obowiązek udowodnienia, że naruszając zasadę równego traktowania w zatrudnieniu kierował się obiektywnymi powodami, w przypadku molestowania seksualnego, którego ze względu na jego oczywistą bezprawność w żadnym razie nie mogą uzasadniać jakiejkolwiek obiektywne powody, musi zostać uzupełniony regulacją art. 14 ust. 3 ustawy z 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania (DzU z 2016 r. poz. 1219), w myśl której w przypadku uprawdopodobnienia naruszenia zasady równego traktowania to podmiot, któremu zarzucono naruszenie tej zasady, jest obowiązany wykazać, że nie dopuścił się jej naruszenia. Podobnie jak w przypadku relacji pracodawca–pracownik uregulowanej w kodeksie pracy (w powołanym wyżej art. 18^{3b} § 1 *in fine* k.p.), również według art. 14 ustawy z 3 grudnia 2010 r. na osobie, wobec której naruszono zakaz dyskryminacji, spoczywa jednak obowiązek uprawdopodobnienia faktu nierównego traktowania.

Sąd Najwyższy przypomniał, iż instytucja uprawdopodobnienia nie ma swojej definicji legalnej, jednak piśmiennictwo wyjaśnia jej znaczenie. Uprawdopodobnienie to uargumentowanie, uzasadnienie zgłoszonego wniosku, które sprawia, że sędzia jest co najmniej przekonany albo nawet pewny prawdopodobieństwa twierdzenia o określonym fakcie. Jest to rezultat postępowania mającego na celu poznanie rzeczywistości, a przy tym rezultat otrzymany

z pominięciem szczegółowych przepisów o postępowaniu dowodowym. Uprawdopodobnienie jest surogatem dowodu w znaczeniu ścisłym. Stanowi on wyjątek od zasady, że fakty mające istotne znaczenie dla sprawy wymagają udowodnienia. Wyjątek ten działa na korzyść strony powołującej się na określone fakty, natomiast dla przeciwnika procesowego uprawdopodobnienie jest wysoce niekorzystne. Strona przeciwna (w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy pozwany pracodawca) musi włożyć znacznie więcej wysiłku w obalenie głoszonego przez pracownika twierdzenia, trudniej jest bowiem przekreślić jego prawdopodobieństwo niż pewność. W ostatnim przypadku wystarczyłoby samo wykazanie, że istnieje jakkolwiek wątpliwość o rzeczywistym bądź nawet tylko potencjalnym charakterze. W przypadku uprawdopodobnienia pracodawca musi natomiast wykazać, że negacja twierdzenia pracownika jest lepiej uzasadniona, co przysparza znacznie więcej problemów. Uprawdopodobnienie należy traktować jako ograniczenie zasady prawdy materialnej, gdyż sąd może mieć jeszcze pewne wątpliwości co do prawdziwości danego twierdzenia. Z instytucją uprawdopodobnienia wiąże się ułatwienie dowodowe w postaci możliwości wykorzystania źródeł informacji innych niż środki dowodowe określone w kodeksie postępowania cywilnego. Środkami uprawdopodobnienia mogą być oświadczenia osób trzecich składane na piśmie, wiadomości uzyskiwane ustnie, np. przesłuchanie świadków o charakterze nieformalnym, dokonane bez odebrania od nich przyrzeczenia co do mówienia prawdy (por. Iżykowski, 1980, s. 74–78; Siedlecki, Świeboda, 2004, s. 227; Golat, 2000, s. 24). W wyroku z 13 lipca 1966 r., II CZ 74/66 (OSPika 1966/3/68) Sąd Najwyższy zastrzegł jednak, że takie ułatwienia nie mogą spowodować, że ustalenia dokonane w wyżej opisanym trybie będą przyjmowane bezkrytycznie, także bowiem procedury uprawdopodobnienia pozbawione formalizmu objęte są działaniem zasady prawdy obiektywnej. Uprawdopodobnienie naruszenia zasady równego traktowania w zatrudnieniu tym różni się więc od udowodnienia (wykazania) tej okoliczności, że jest możliwe do przyjęcia w przypadku stwierdzenia wysokiego prawdopodobieństwa (a nie pewności) zaistnienia przypadku dyskryminacji, jeśli weźmie się pod uwagę np. spójność wersji zdarzeń zaprezentowanej przez pracownika.

Zdaniem Sądu Najwyższego, *ad casum* skarżąca, ujawniając treść SMS-ów wysłanych do niej przez M.K., zdołała nie tylko uprawdopodobnić, ale nawet wykazać, że po stronie nadawcy tych SMS-ów doszło do zachowań o charakterze seksualnym, jednakże poza własnymi twierdzeniami, ujawnionymi zresztą dopiero po rozwiązaniu umowy o pracę z pozwaną, nie uprawdopodobniła równocześnie w żaden sposób tego, że owe zachowania były przez nią niepożądane w rozumieniu art. 18^{3a} § 6 k.p. W sprawie pozwana przejęła ciężar dowodu w tym zakresie i zdołała za pomocą zaoferowanych przez siebie dowodów wykazać, że skarżąca nie wyraziła w jakiegokolwiek formie sprzeciwu wobec działań M.K., co dawało podstawę do uznania, że przesłanka zachowań „niepożądanych” przez ich adresata nie została spełniona. Sąd Najwyższy uznał więc, że w postępowaniu poprzedzającym wydanie zaskarżonego orzeczenia nie doszło do naruszenia art. 18^{3b}

§ 1 *in fine* k.p. oraz art. 14 ustawy z 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania.

Sąd Najwyższy uznał za niezasadny również kasacyjny zarzut naruszenia art. 94 pkt 2b k.p. przez jego niezastosowanie. Zgodnie z tym przepisem pracodawca jest obowiązany przeciwdziałać dyskryminacji w zatrudnieniu, w szczególności ze względu na płeć, wiek, niepełnosprawność, rasę, religię, narodowość, przekonania polityczne, przynależność związkową, pochodzenie etniczne, wyznanie, orientację seksualną, a także ze względu na zatrudnienie na czas określony lub nieokreślony albo w pełnym lub w niepełnym wymiarze czasu pracy. W piśmiennictwie przyjmuje się, że regulacja ta jest ściśle związana z art. 11³ k.p. (statuującym zasadę zakazu dyskryminacji). Porównanie art. 94 pkt 2b k.p. z art. 11³ k.p. i art. 18^{3a–3e} k.p. prowadzi przy tym do wniosku, że obowiązkiem pracodawcy jest nie tylko powstrzymywanie się od dyskryminowania pracowników i nakaz ich równego traktowania, ale także obowiązek przeciwdziałania dyskryminacji w zatrudnieniu, a więc dyskryminacji jednych pracowników przez innych. Pracodawca odpowiada zatem także za praktyki dyskryminacyjne jego pracowników (w tym molestowanie), jeżeli im nie przeciwdziałał. Przepis ten nie przewiduje jednak żadnych szczególnych sankcji za naruszenie określonego w nim obowiązku. Nie będzie miał wprost zastosowania art. 18^{3d} k.p., gdyż dotyczy on odszkodowania za naruszenie przez pracodawcę zasady równego traktowania. Jest jednak wskazówką do ustalenia zakresu odpowiedzialności pracodawcy na zasadach art. 471 k.c. w związku z art. 300 k.p. za niewykonanie obowiązku przeciwdziałania dyskryminacji.

Ad casum Sąd drugiej instancji potwierdził, że pozwana nie podjęła działań antydyskryminacyjnych. Nie oznacza to jednak jej odpowiedzialności odszkodowawczej, skoro zostało ustalone, że w okolicznościach niniejszej sprawy nie doszło do zdefiniowanego w art. 18^{3a} § 6 k.p. molestowania seksualnego. Dopiero ustalenie, że w relacjach pomiędzy pracownikami doszło do takich zachowań dyskryminujących, stanowiłoby podstawę do oceny, czy pozwana powinna odpowiadać za te zachowania wobec niewywiązania się z obowiązku przeciwdziałania dyskryminacji. Przesłankę takiej odpowiedzialności zawsze stanowi bowiem wcześniejsze ustalenie wystąpienia zachowań o charakterze dyskryminacyjnym.

dr Eliza Maniewska
Biuro Studiów i Analiz
Sądu Najwyższego

Bibliografia

- Golat, R. (2000). Uprawdopodobnienie w procesie cywilnym. *Gazeta Prawna*, (80).
- Góral, Z. (2017). *Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu pracowniczym*. WKP.
- Iżykowski, M. (1980). Charakterystyka prawna uprawdopodobnienia w postępowaniu cywilnym. *Nowe Prawo*, (3).
- Siedlecki, W. Świeboda, Z. (2004). *Postępowanie cywilne, Zarys wykładu*. Warszawa.

Zdaniem Państwowej Inspekcji Pracy

Umowa na okres próbny

Pracownik był zatrudniony u pracodawcy na stanowisku magazyniera w okresie od 01.10.2012 do 31.12.2015. Pierwszą umową zawartą z pracownikiem była umowa o pracę na okres próbny (3 miesiące), po której zawarto umowę na czas nieokreślony. Obecnie pracownik chciałby ponownie podjąć pracę u pracodawcy na tym samym stanowisku pracy. Czy pracodawca może ponownie zatrudnić pracownika na okres próbny, czy też od razu powinien zawrzeć z pracownikiem umowę na czas nieokreślony?

Umowę o pracę na okres próbny, nieprzekraczający 3 miesięcy, zawiera się dla sprawdzenia kwalifikacji pracownika i możliwości jego zatrudnienia w celu wykonywania określonego rodzaju pracy. Umowa na okres próbny ma na celu zweryfikowanie, czy pracownik posiada odpowiednie umiejętności potrzebne do wykonywania pracy na danym stanowisku pracy. Służy ona z jednej strony pracodawcy, który przed podjęciem decyzji o zatrudnieniu pracownika na dłuższy czas może sprawdzić, jak pracownik wywiązuje się ze swoich obowiązków, z drugiej strony umożliwia pracownikowi poznanie specyfiki danego rodzaju pracy i podjęcie decyzji co do ewentualnego kontynuowania zatrudnienia. Z reguły jest to pierwsza umowa o pracę zawierana z pracownikiem, poprzedzająca zatrudnienie na podstawie umowy na czas określony lub nieokreślony.

Umowa na okres próbny ma sprawdzać przygotowanie pracownika do wykonywania pracy określonego rodzaju. Cechą charakterystyczną umowy na okres próbny jest jej „usługowy” charakter wobec pozostałych umów. Bezpośrednim celem tej umowy nie jest bowiem osiągnięcie gospodarczego celu zatrudnienia w sposób właściwy dla każdej z umów wymienionych w art. 25 § 1 k.p., ale „wypróbowanie” pracownika przed nawiązaniem właściwego zatrudnienia, tzn. sprawdzenie jego przydatności na zajmowanym stanowisku i zapewnienie niekłopotliwego (automatycznego) rozwiązania umowy w razie niepomyślnego wyniku próby. Dlatego umowa na okres próbny, jeżeli strony decydują się na jej zawarcie, z reguły poprzedza umowę innego rodzaju, którą nawiązuje się w razie pomyślnego wyniku próby (wyrok Sądu Najwyższego z 4 września 2013 r., II PK 358/12, OSNP 2014/5/70).

Z uwagi na krótki czas obowiązywania umowy na okres próbny ustawodawca przewidział odpowiednio krótkie okresy jej wypowiedzenia.

Zgodnie z art. 34 k.p. okres wypowiedzenia umowy o pracę zawartej na okres próbny wynosi:

- 1) 3 dni robocze, jeżeli okres próbny nie przekracza 2 tygodni;
- 2) 1 tydzień, jeżeli okres próbny jest dłuższy niż 2 tygodnie;
- 3) 2 tygodnie, jeżeli okres próbny wynosi 3 miesiące.

W wyroku z 16 grudnia 2014 r., I PK 125/14 (OSNP 2016/7/82), Sąd Najwyższy orzekł, że zawarcie przez strony umowy na okres próbny oznacza, że pracodawca i pra-

cownik zdecydowali, iż chcą poznać warunki wykonywania określonej pracy, a także wzajemne prawa i obowiązki z tym związane. Wypowiedzenie umowy o pracę na okres próbny natychmiast po jej zawarciu, bez możliwości podjęcia pracy zaoferowanej tą umową, jest nadużyciem prawa do rozwiązania w tym trybie umowy zawartej na okres próbny, tak z uwagi na sprzeczność z jego społeczno-gospodarczym przeznaczeniem, którym z pewnością nie jest rozwiązanie umowy, której wykonywanie pracodawca uniemożliwił pracownikowi, jak i zasadami współżycia społecznego.

O ile w doktrynie i orzecznictwie dopuszczano zawarcie między tymi samymi stronami kolejnej umowy o pracę na okres próbny na innym stanowisku pracy (przy pracach różnych rodzajów), o tyle wątpliwości budziła możliwość ponownego zatrudnienia pracownika na okres próbny w przypadku podjęcia pracy na tym samym stanowisku pracy.

Kwestia ta została jednoznacznie rozstrzygnięta ustawą z 25 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy — Kodeks pracy oraz niektórych innych ustaw (DzU poz. 1220), która weszła w życie 22 lutego 2016 r. Zgodnie z art. 25 § 3 k.p. ponowne zawarcie umowy o pracę na okres próbny z tym samym pracownikiem jest możliwe:

- 1) jeżeli pracownik ma być zatrudniony w celu wykonywania innego rodzaju pracy;
- 2) po upływie co najmniej 3 lat od dnia rozwiązania lub wygaśnięcia poprzedniej umowy o pracę, jeżeli pracownik ma być zatrudniony w celu wykonywania tego samego rodzaju pracy; w tym przypadku dopuszczalne jest jednokrotne ponowne zawarcie umowy na okres próbny.

W ten sposób ustawodawca uregulował zasady zawierania z pracownikiem kolejnych umów na okres próbny, przyjmując w tym zakresie dwa możliwe rozwiązania, w zależności od tego, czy pracownik ma być zatrudniony przy innej, czy też przy tej samej pracy.

W pierwszym przypadku nie muszą być spełnione żadne dodatkowe warunki, aby pracodawca mógł zawrzeć z pracownikiem kolejną umowę o pracę na okres próbny, jeżeli pracownik ma zostać zatrudniony w celu wykonywania innego rodzaju pracy. W drugim przypadku, a więc gdy pracownik ma być zatrudniony w celu wykonywania tego samego rodzaju pracy, ponowne zatrudnienie na okres próbny jest możliwe, o ile spełnione zostaną łącznie dodatkowe przesłanki określone w art. 25 § 3 k.p. Pierwszą z tych przesłanek jest upływ określonego czasu, licząc od dnia rozwiązania lub wygaśnięcia poprzedniej umowy o pracę. Przerwa między rozwiązaniem i ponownym nawiązaniem stosunku pracy musi wynieść co najmniej 3 lata. Po drugie, w takiej sytuacji pracodawca może tylko jeden raz ponownie zawrzeć umowę na okres próbny. Jeżeli więc pracownik ma świadczyć tę samą pracę, to pracodawca może tylko dwukrotnie zawrzeć z nim umowę na okres próbny.

Katarzyna Pietruszyńska

Departament Prawny
Głównego Inspektoratu Pracy

Nowe przepisy

Przegląd Dzienników Ustaw z 2019 r. od poz. 412 do poz. 592

Prawo pracy

Ustawa z 22 lutego 2019 r. o zmianie ustawy o cudzoziemcach oraz niektórych innych ustaw (poz. 577)

Ustawa ma na celu wdrożenie do prawa polskiego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/901 z 11 maja 2016 r. w sprawie warunków wjazdu i pobytu obywateli państw trzecich w celu prowadzenia badań naukowych, odbycia studiów, szkoleń, udziału w wolontariacie, programach wymiany młodzieży szkolnej lub projektach edukacyjnych oraz podjęcia pracy w charakterze au pair (wersja przekształcona) (Dz. Urz. UE L 132 z 2016 r. s. 21).

Poza ustawą z 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach (DzU z 2018 r. poz. 2094 ze zm.) nowela zmienia m.in. ustawę z 28 listopada 2003 r. o świadczeniach rodzinnych (DzU z 2018 r. poz. 2220 ze zm.), ustawę z 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (DzU z 2018 r. poz. 1265 ze zm.) czy ustawę z 11 lutego 2016 r. o pomocy państwa w wychowywaniu dzieci (DzU z 2018 r. poz. 2134 ze zm.).

Ustawa weszła w życie 27 kwietnia 2019 r., z tym że w przypadku licznych przepisów przewidziano inny termin wejścia ich w życie.

Rozporządzenie Ministra Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej z 1 marca 2019 r. w sprawie dofinansowania z budżetu państwa składek członkowskich wnoszonych przez wchodzące w skład Rady Dialogu Społecznego reprezentatywne organizacje związkowe do międzynarodowych organizacji związkowych (poz. 455)

Rozporządzenie zostało wydane na podstawie art. 11¹ ust. 5 ustawy z 23 maja 1991 r. o związkach zawodowych (DzU z 2019 r. poz. 263). Określa tryb składania wniosków o dofinansowanie z budżetu państwa w formie dotacji celowej składek członkowskich wnoszonych do międzynarodowych organizacji związkowych, które reprezentują interesy osób wykonujących pracę zarobkową wobec instytucji Unii Europejskiej przez organizacje związkowe reprezentatywne w rozumieniu ustawy z 24 lipca 2015 r. o Radzie Dialogu Społecznego i innych instytucjach dialogu społecznego (DzU z 2018 r. poz. 2232), wchodzących w skład Rady Dialogu Społecznego, a także wzór wniosku o dotację oraz dokumenty, jakie należy dołączyć do tego wniosku.

Rozporządzenie weszło w życie 9 marca 2019 r.

Rozporządzenie Ministra Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej z 1 marca 2019 r. w sprawie dofinansowania z budżetu państwa składek członkowskich wnoszonych przez wchodzące w skład Rady Dialogu Społecznego reprezentatywne organizacje

pracodawców do międzynarodowych organizacji pracodawców (poz. 456)

Rozporządzenie zostało wydane na podstawie art. 2¹ ust. 5 ustawy z 23 maja 1991 r. o organizacjach pracodawców (DzU z 2015 r. poz. 1608). Rozporządzenie określa tryb składania wniosków o dofinansowanie z budżetu państwa w formie dotacji celowej składek członkowskich wnoszonych do międzynarodowych organizacji pracodawców reprezentujących interesy pracodawców wobec instytucji Unii Europejskiej przez organizacje pracodawców reprezentatywne w rozumieniu ustawy z 24 lipca 2005 r. o Radzie Dialogu Społecznego i innych instytucjach dialogu społecznego (DzU z 2018 r. poz. 2232), wchodzące w skład Rady Dialogu Społecznego.

Rozporządzenie weszło w życie 9 marca 2019 r.

Rozporządzenie Ministra Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej z 7 marca 2019 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie warunków wynagradzania za pracę i przyznawania innych świadczeń związanych z pracą dla pracowników zatrudnionych w państwowych jednostkach budżetowych resortu spraw wewnętrznych i administracji (poz. 493)

Rozporządzenie zostało wydane na podstawie art. 77³ § 1 ustawy z 26 czerwca 1974 r. — Kodeks pracy (DzU z 2018 r. poz. 917 ze zm.). Zmienia załącznik nr 1 do rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z 30 kwietnia 2008 r. w sprawie warunków wynagradzania za pracę i przyznawania innych świadczeń związanych z pracą dla pracowników zatrudnionych w państwowych jednostkach budżetowych resortu spraw wewnętrznych i administracji (DzU z 2014 r. poz. 1056 ze zm.).

Rozporządzenie weszło w życie 29 marca 2019 r., z tym że miesięczne stawki wynagrodzenia zasadniczego określone w załączniku do rozporządzenia z 7 marca 2019 r. mają zastosowanie do wynagrodzeń należnych od 1 stycznia 2019 r.

Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 1 marca 2019 r. w sprawie delegowania prokuratorów do Prokuratury Krajowej lub Ministerstwa Sprawiedliwości oraz Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury, a także świadczeń przysługujących prokuratorom delegowanym poza stałe miejsce pełnienia służby (poz. 509)

Rozporządzenie zostało wydane na podstawie art. 112 ustawy z 28 stycznia 2016 r. — Prawo o prokuraturze (DzU z 2017 r. poz. 1767 ze zm.). Określa: tryb delegowania prokuratorów do Ministerstwa Sprawiedliwości, Prokuratury Krajowej oraz Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury; tryb i sposób realizacji prawa do nieodpłatnego zakwaterowania i zwrotu kosztów zamieszkania w miejscu delegowania, w tym maksy-

malną wysokość zwrotu kosztów faktycznie poniesionych oraz wysokość miesięcznego ryczału; tryb i sposób realizacji świadczeń, o których mowa w art. 109 § 1 pkt 2–6 ustawy z 28 stycznia 2016 r. — Prawo o prokuraturze.

Rozporządzenie weszło w życie 2 kwietnia 2019 r.

Rozporządzenie Ministra Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej z 15 marca 2019 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie warunków wynagradzania za pracę i przyznawania innych świadczeń związanych z pracą dla pracowników zatrudnionych w Centrum Unijnych Projektów Transportowych (poz. 530)

Rozporządzenie zostało wydane na podstawie art. 77³ § 1 ustawy z 26 czerwca 1974 r. — Kodeks pracy (DzU z 2018 r. poz. 917, ze zm.). Zmienia rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej z 29 kwietnia 2008 r. w sprawie warunków wynagradzania za pracę i przyznawania innych świadczeń związanych z pracą dla pracowników zatrudnionych w Centrum Unijnych Projektów Transportowych (DzU poz. 478 ze zm.), w tym załącznik nr 1 do tego rozporządzenia.

Rozporządzenie weszło w życie 1 kwietnia 2019 r., z tym że miesięczne stawki wynagrodzenia zasadniczego określone w załączniku do rozporządzenia z 15 marca 2019 r. mają zastosowanie do wynagrodzeń należnych od 1 stycznia 2019 r.

Rozporządzenie Ministra Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej z 7 marca 2019 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie warunków wynagradzania za pracę i przyznawania innych świadczeń związanych z pracą dla pracowników zatrudnionych w niektórych państwowych jednostkach budżetowych działających w ochronie zdrowia (poz. 532)

Rozporządzenie zostało wydane na podstawie art. 77³ § 1 ustawy z 26 czerwca 1974 r. — Kodeks pracy (DzU z 2018 r. poz. 917 ze zm.). Zmienia załącznik nr 1 do rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z 30 kwietnia 2008 r. w sprawie warunków wynagradzania za pracę i przyznawania innych świadczeń związanych z pracą dla pracowników zatrudnionych w niektórych państwowych jednostkach budżetowych działających w ochronie zdrowia (DzU z 2018 r. poz. 2241).

Rozporządzenie weszło w życie 5 kwietnia 2019 r., z tym że miesięczne stawki wynagrodzenia zasadniczego określone w załączniku do rozporządzenia z 7 marca 2019 r. stosuje się do wynagrodzeń należnych od 1 stycznia 2019 r.

Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z 25 marca 2019 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie określenia wzorów formularzy oświadczeń o prowadzeniu działalności gospodarczej i o stanie majątkowym (poz. 571)

Rozporządzenie zostało wydane na podstawie art. 11 ustawy z 21 sierpnia 1997 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne (DzU z 2017 r. poz. 1393 ze zm.). Zmienia pkt 3 § 1 rozporządzenia w celu objęcia zakresem regulacji nowej grupy osób wymienionych w art. 2 pkt 6d ustawy o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne, tj. członków zarządu Narodowego Banku Polskiego oraz pracowników Narodowego Banku Polskiego zajmujących stanowiska dyrektora oddziału okręgowego, dyrektora departamentu (komórki równorzędnej) i ich zastępców oraz osób zajmujących stanowiska równorzędne pod względem płacowym ze stanowiskiem dyrektora departamentu i jego zastępcy.

Rozporządzenie weszło w życie 27 marca 2019 r.

Obwieszczenie Marszałka Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z 22 lutego 2019 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu ustawy o ograniczeniu handlu w niedziele i święta oraz w niektóre inne dni (poz. 466)

Obwieszczenie Ministra Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej z 8 lutego 2019 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej w sprawie warunków wynagradzania za pracę i przyznawania innych świadczeń związanych z pracą dla pracowników niebędących nauczycielami, zatrudnionych w szkołach i placówkach oświatowych prowadzonych przez organy administracji rządowej oraz w niektórych innych jednostkach organizacyjnych (poz. 418)

Obwieszczenie Ministra Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej z 8 lutego 2019 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej w sprawie warunków wynagradzania za pracę i przyznawania innych świadczeń związanych z pracą dla pracowników zatrudnionych w niektórych jednostkach organizacyjnych resortu sprawiedliwości (poz. 420)

Zabezpieczenie społeczne

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 6 marca 2019 r. sygn. akt P 20/16 (poz. 539)

Wyrokiem z 6 marca 2019 r., P 20/16, na skutek rozpoznania pytania prawnego Sądu Okręgowego w Szczecinie, Trybunał Konstytucyjny orzekł, że art. 25 ust. 1b ustawy z 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych, w brzmieniu obowiązującym do 30 września 2017 r., w zakresie w jakim dotyczy urodzonych w 1953 r. kobiet, które przed 1 stycznia 2013 r. nabyły prawo do emerytury na podstawie art. 46 tej ustawy, za niezgodny z art. 2 Konstytucji. W pozostałym zakresie Trybunał umorzył postępowanie.