

# Czy każdy outsourcing jest nielegalny

Nie musi dojść do naruszenia prawa przy przekazaniu części pracowników do **agencji pracy tymczasowej**, która nie działa w tej samej branży



**Agata Mierwa**  
senior associate  
z kancelarii  
Domański  
Zakrzewski  
Palinka

Na rynku pojawiły się przypadki przejmowania pracowników przez podmioty, które w ramach działalności świadczą m.in. usługi agencji zatrudnienia od dotychczasowego pracodawcy w trybie art. 23<sup>1</sup> ustawy z 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (t.j. Dz.U. z 1998 r. nr 21, poz. 94 ze zm.; dalej: k.p.). W ten sposób postąpiła m.in. TVP, która przekazała ok. 400 pracowników agencji pracy tymczasowej. Minister pracy zwrócił uwagę, że taki mechanizm może budzić wątpliwości. Poniżej przedstawiamy analizę prawną tego zjawiska. Aby jej dokonać, w pierwszej kolejności należy zbadać zasady przejścia zakładu pracy przez nowego pracodawcę, które wynikają z kodeksu pracy.

## Bez lustrzanego odbicia

Outsourcing, czyli wydzielenie ze struktury organizacyjnej firmy niektórych realizowanych przez nią samodzielnie funkcji i przekazanie ich do wykonania innemu podmiotowi jest jednym z typowych przykładów przejścia (części) zakładu pracy przy zastosowaniu art. 23<sup>1</sup> k.p. Takie stanowisko jest ugruntowane w orzecznictwie.

W kontekście outsourcingu istotna dla istnienia przejścia będzie kategoria zadań, które są przekazywane nowemu pracodawcy, co oznacza, że pojęcie części zakładu pracy (placówki zatrudnienia) trzeba relatywizować do zadań wykonywanych przez daną grupę pracowników, a nie jedynie do elementów środowiska pracy o charakterze materialnym (majątku, pomieszczeń). Tak wynika z wyroku SN z 1 lipca 1999 r., sygn. akt I PKN 133/99, LEX nr 41583. Może się bowiem okazać, że dla zaistnienia skutku określonego w art. 23<sup>1</sup> k.p.

nie będzie bezwzględnie konieczne przejęcie przez nowy podmiot wraz z zadaniami także składników materialnych (wyrok SN z 7 lutego 2006 r., sygn. akt I PK 212/06, LEX nr 360061; wcześniej takie stanowisko zajmował Trybunał Sprawiedliwości UE, m.in. w wyroku z 14 kwietnia 1994 r. w sprawie Christel Schmidt (sygn. akt C-392/92, ECR 1994/4/I-01311). Ma to miejsce w sytuacji, gdy dana działalność jest oparta głównie na sile roboczej (wyrok SN z 17 maja 2012 r., sygn. akt I PK 180/11, LEX nr 1219492).

Co więcej, nie jest nawet wymagana kontynuacja przez nowy podmiot przejętej działalności w tym samym niezmiennym zakresie (na zasadzie lustrzanego odbicia). Sąd Najwyższy, kierując się interesem pracowników, dopuszcza bowiem możliwość modyfikacji w tym zakresie, stwierdzając, że „o pojęciu części zakładu pracy, podobnie jak o pojęciu zakładu pracy według art. 23<sup>1</sup> k.p., decydują te elementy – materialne lub niematerialne – które stwarzają możliwość wykonywania pracy przez zatrudnionych pracowników, a zatem powodują, że stanowi on placówkę zatrudnienia, i które, w przypadku ich przejścia przez inny podmiot (innego pracodawcę), umożliwiają dalsze prowadzenie dotychczasowej lub podobnej działalności i w związku z tym kontynuację pracy pracowników związanych z tą częścią zakładu” (wyrok SN z 29 listopada 2005 r., sygn. akt II PK 391/04, LEX nr 195770).

## Faktyczne przejęcie

Warto zwrócić również uwagę, że art. 23<sup>1</sup> k.p. nie zawiera żadnego katalogu czynności prawnych, stanowiących podstawę do jego zastosowania. Stwierdzenie to ma swoją doniosłość także w przypadku outsourcingu. W szczególności nie musi on polegać na nabyciu przedsiębiorstwa lub jego części i nie zależy od rodzaju czynności prawnej, na podstawie której następuje.

Decydujące będzie zawsze „ustalenie, że nowy podmiot przejął w faktyczne władanie część zadania lub zadań, stanowiących placówkę zatrudnienia, a więc w zakresie pozwalającym na wykonywanie obowiązków pracowniczych” (wyrok SN z 15 września 2006 r., sygn. akt I PK 75/06, LEX nr 218687).

W praktyce częstą podstawą do outsourcingu jest zawarcie pomiędzy dwoma podmiotami (przedsiębiorcami) umowy cywilnoprawnej o świadczenie konkretnych usług, np. księgowych, informatycznych czy prawnych, z zastrzeżeniem, że zakres zadań, jakie mogą być przekazane do wykonania przez inny podmiot, jest nieograniczony kodeksowo. Jedynym ograniczeniem może tu być specyfika tychże zadań.

Tak szeroka interpretacja podstaw faktycznych skutkujących przejściem zakładu pracy na nowego pracodawcę ma na celu zapewnienie pracownikom jak największej ochrony, czyli umożliwienie im kontynuacji zatrudnienia na niezmiennych warunkach. Oczywiście jest, że w konkretnych przypadkach taka zmiana (przejście na nowego pracodawcę) nie zawsze musi oznaczać zmianę sytuacji pracownika na lepszą. Sąd Najwyższy uznał jednak słusznie, że to, iż w danym przypadku dla danego pracownika szeroki kierunek wykładni, zaprezentowany powyżej, może okazać się mniej korzystny, nie stanowi żadnego argumentu za zmianą tej wykładni na bardziej restryktywną, ta w ostatecznym rozrachunku gorzej służyłaby bowiem pracownikom (wyrok SN z 1 lipca 1999 r., sygn. akt I PKN 133/99, OSNP 2000/18/687).

## Prawidłowa konstrukcja

Wydaje się, że ta ostatnia uwaga znajduje zastosowanie w przypadku częstego w praktyce outsourcingu przez pracodawców niektórych zadań na pod-

mioty specjalizujące się właśnie w świadczeniu usług outsourcingu jako takiego (w przeciwieństwie do sytuacji, gdy pracodawca outsource zadania na podmiot który ma już doświadczenie w świadczeniu konkretnych usług). Podmioty takie często są równocześnie zarejestrowane jako agencje zatrudnienia (w tym świadczące usługi pracy tymczasowej).

W konsekwencji budzić to wątpliwości co do poprawności zastosowania mechanizmu z art. 23<sup>1</sup> k.p., powstaje bowiem obawa, iż gwarancje z art. 23<sup>1</sup> k.p. nie zostaną w takich okolicznościach zachowane. W praktyce jednak najczęściej również w takim przypadku outsourcing konstruowany jest prawidłowo, tj. pomiędzy dotychczasowym pracodawcą a nowym podmiotem zawierana jest umowa cywilnoprawna o świadczenie przez ten nowy podmiot konkretnych usług, co ostatecznie będzie możliwe przy wykorzystaniu umiejętności i know-how pracowników objętych przejściem.

Dodatkowo, w zależności od charakteru outsourcingowanych czynności (tj. czy ich wykonanie bardziej zależy od czynnika ludzkiego, czy od zaplecza materialnego), może być również zawarta umowa mająca na celu zapewnienie przejścia władztwa nad składnikami materialnymi, np. sprzętem niezbędnym do świadczenia outsourcingowanych usług.

Co ważne, ani kodeks pracy, ani orzecznictwo SN dotyczące art. 23<sup>1</sup> k.p. nie stawiają wymogu, aby podmiot przejmujący pracowników dysponował już doświadczeniem w zakresie świadczenia przejmowanych usług lub aby zakres usług objęty był przedmiotem jego działalności wynikającym z umowy spółki. Tym samym outsourcing danej części zadań na podmiot dotychczas tego typu zadań niewykonyjący samo w sobie nie będzie świadczyło o nieprawidłowym zastosowaniu mechanizmu outsourcingu w kontekście art. 23<sup>1</sup> k.p.

## • Działanie w granicach prawa

Przejście zakładu pracy z art. 23<sup>1</sup> k.p. jest prawidłowe, nawet wtedy gdy nowy podmiot:

- nie przejmuje wraz z zadaniami składników materialnych przejmowanego przedsiębiorstwa
- nie kontynuuje przejętej działalności w tym samym niezmiennym zakresie

### Uwaga! Przy przejściu firmy:

- musi nastąpić przejęcie w faktyczne władanie części zadania lub zadań stanowiących formę zatrudnienia
- dodatkowo konkretne usługi powinny być świadczone przy wykorzystaniu umiejętności i know-how pracowników objętych przejściem

## • Uwaga! Pracownicy nie mogą podnieść zarzutu nadużycia prawa

SN jasno stwierdził, że przejście pracowników nie może być oceniane z punktu widzenia nadużycia prawa (art. 8 k.p.), ponieważ konstrukcja ta może być używana jedynie do oceny czynności prawnych pomiędzy stronami danego stosunku pracy, tymczasem do przejścia do innego pracodawcy dochodzi w sposób automatyczny, z mocy prawa (wyrok SN z 22 września 1999 r., sygn. akt I PKN 264/99, LEX nr 44924).

## • Gdy przejście zakładu pracy jest sprzeczne z prawem

Pracownik może złożyć powództwo o ustalenie (dalszego) istnienia stosunku pracy pomiędzy nim a dotychczasowym pracodawcą.

Istnieje jednak ryzyko, że takie powództwo zostanie oddalone, chyba że zaistniałe okoliczności faktyczne przekonają o utrzymaniu władztwa nad pracownikiem przez dotychczasowego pracodawcę.

Powództwo ma także szanse powodzenia, gdyby ustalono, że celem outsourcingu do agencji była zmiana podstawy zatrudnienia przenoszonych pracowników z umów o pracę na umowy o pracę tymczasową (także cywilnoprawne).