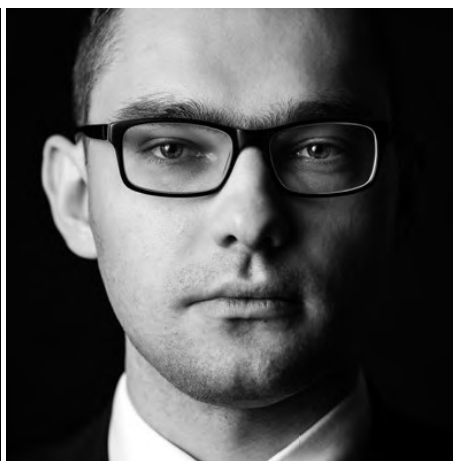


Pozorny outsourcing pracowniczy

Podmioty optymalizujące swoją działalność często rezygnują z zatrudniania części pracowników na rzecz outsourcingu usług. Czasem jednak w tym celu przenoszą swoich pracowników na podstawie art. 23¹ k.p. do outsourcера, najczęściej nie przenosząc przy tym żadnych składników majątkowych. Głównym gospodarczym motywem takiego działania są oszczędności na składkach na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne. Jednak w ocenie sądów rozstrzygających sprawy w podobnych okolicznościach faktycznych, często na wniosek organów skarbowych bądź Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, jest to pozorne przejście zakładu pracy i w konsekwencji art. 23¹ k.p. nie ma zastosowania. Co to oznacza dla pierwotnego pracodawcy?



dr Szymon Kubiak



Kamil Jabłoński

Z perspektywy kształtującego się orzecznictwa modelowym przykładem pozornego przejścia zakładu pracy jest sytuacja, gdy pracodawca zawiera umowę o przeniesienie swoich pracowników w trybie art. 23¹ k.p. do firmy outsourcingowej, która staje się nowym pracodawcą na takich samych warunkach pracy i płacy jak u poprzedniego pracodawcy. Istotne jest również to, że przedmiotem umowy nie jest przeniesienie jakichkolwiek składników materialnych lub niematerialnych przedsiębiorstwa. Na podstawie takiej umowy firma outsourcingowa zobowiązuje się świadczyć na rzecz poprzedniego pracodawcy takie usługi, jakie dotychczas świadczyli przeniesieni pracownicy. Umowa przeważnie stanowi również, że czynności będą wykonywane przez konkretnych pracowników, którzy w praktyce są byłymi pracownikami poprzedniego pracodawcy.

W praktyce prawie nic się więc nie zmienia. Tacy „wykonawcy”, świadcząc usługi, mają obowiązek stosować się do wewnętrznych regulaminów i przepisów porządkowych, w tym w zakresie organizacji pracy, BHP, ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, ochrony danych osobowych czy systemów IT. Zdarza się też, że poprzedni pracodawca nieodpłatnie udostępnia również mienie, za pomocą którego usługi mają być świadczone. Często rolę takich podmiotów outsourcingowych pełnią agencje pracy tymczasowej, posiadające uprawnienia do prowadzenia działalności regulowanej.

Sąd rozstrzygający taką sprawę musi ocenić, czy to, co podlega przeniesieniu, w ogóle stanowi zakład pracy lub jego część w rozumieniu art. 23¹ k.p. Biorąc pod uwagę okoliczności faktyczne, podstawowe pytanie brzmi, czy taki zakład pracy mogą tworzyć sami pracownicy, jeśli wraz z ich przejściem nie przechodzi nic innego, w szczególności składniki majątkowe.

Dyrektywa 2001/23/WE, która stanowi źródło implementacji do Kodeksu pracy przepisów o przejściu zakładu pracy, posługuje się szerszym niż zakład pracy terminem „jednostka gospodarcza”. Zgodnie z dyrektywą przejście następuje wtedy, kiedy przejmowana jest jednostka gospodarcza, która zachowuje swoją tożsamość, oznaczającą zorganizowane połączenie zasobów, którego celem jest prowadzenie działalności gospodarczej, bez względu na to, czy jest to działalność podstawowa czy pomocnicza. Biorąc pod uwagę unijne pochodzenie przepisów krajowych dotyczących przejścia zakładu pracy, przy ich wykładni zasadne jest odwołanie się do orzecznictwa unijnego w tym zakresie.

Orzecznictwo unijne

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) wielokrotnie zajmował się kwestią, czy przekazanie zadań (funkcji) przedsiębiorstwa innemu przedsiębiorstwu stanowi przejście zakładu pracy. Pierwotnie przyjmowano, że sama działalność stanowiąca samodzielną funkcję (zadanie) może być zrównana z zakładem lub częścią, zatem przeniesienie samych zadań może być uznane za przejście zakładu pracy. Ten pogląd został jednak dość radykalnie zrewido-

wany w późniejszym czasie i ostatecznie przyjęto, że pojęcie jednostki podlegającej przejściu odnosi się do zorganizowanej grupy osób i środków ułatwiających wykonywanie działalności gospodarczej, zmierzającej do osiągnięcia określonego celu.

Przy ocenie jednostki gospodarczej należy wziąć również pod uwagę, jaki charakter ma działalność tej jednostki: czy jest to działalność oparta na składnikach materialnych, czy też głównym „aktywem” są jednak ludzie. W tym pierwszym przypadku decydujące jest przejście zasobów materialnych, zaś w drugiej sytuacji przyjęto, że zespół pracowników, który prowadzi trwale wspólną działalność, może tworzyć jednostkę gospodarczą. Krystalizacja tych poglądów nastąpiła w słynnym już orzeczeniu *Spijkers*. Zawiera ono katalog okoliczności, które należy wziąć pod uwagę przy ocenie, czy w danym stanie faktycznym rzeczywiście doszło do przejścia części zakładu pracy.

Orzecznictwo krajowe

Polskie sądy równie często mierzą się z problemem pozornego przejścia zakładu pracy – szczególnie ostatnio. Dotychczasowe orzecznictwo Sądu Najwyższego aprobuje aktualne podejście prezentowane przez TSUE.

Sąd Najwyższy (SN) w wyroku z 27 stycznia 2016 r. (I PK 21/15) ocenił stan faktyczny, w którym dwie spółki ustnie umówiły się, że dojdzie między nimi do przejścia pracowników. Spółka przejmująca miała świadczyć na rzecz drugiej spółki przede wszystkim zadania kadrowo-płacowe. Natychmiast po przejściu pracowników oddelegowała te osoby do obsługi spółki, z której przejęła pracowników. Innymi słowy, ci sami pracownicy w tym samym miejscu wykonywali tę samą pracę dla tego samego podmiotu, a zmienił się jedynie formalny pracodawca, który wypłacał wynagrodzenia. Zabieg ten miał na celu jedynie oszczędności wynikające ze zmniejszenia składek na ubezpieczenie społeczne.

SN w uzasadnieniu omawianego orzeczenia podjął także trudną próbę zdefiniowania outsourcingu. Określił go jako przedsięwzięcie polegające na wydzieleniu ze struktury organizacyjnej przedsiębiorstwa macierzystego realizowanych przez nie funkcji i przekazanie ich do realizacji innym podmiotom gospodarczym. Podstawową różnicą między outsourcingiem pracowniczym a zatrudnieniem pracowników własnych lub świadczeniem pracy przez pracowników tymczasowych jest brak bezpośredniego i stałego podporządkowania wykonawców w stosunku do podmiotu, u którego takie usługi lub praca są wykonywane.

Ostatecznie SN uznał, że w tej sprawie nie doszło do przejścia zakładu pracy lub jego części.

Podobnie SN wypowiedział się w wyroku z 8 lutego 2017 r. (I PK 72/16). W tej sprawie musiał ocenić, czy przejście jedynie samych pracowników, bez przejścia zadań i mają-

transfer
pracodawcy
lub jego części

połączenie
zasobów

zachowanie
tożsamości

ludzie
jako aktywa

outsourcing

Spijkers

WARDYŃSKI I WSPÓLNICY

ku, w danym stanie faktycznym stanowiło przejście zakładu pracy, czy też było właśnie tylko outsourcingiem pozornym. Sprawa dotyczyła sytuacji, w której szwalnia (osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą), w trybie art. 23¹ k.p., przekazała wszystkich swoich pracowników spółce z o.o. Spółka ta natomiast zobowiązała się do świadczenia obsługi szwalni poprzez oddelegowanych pracowników (tych samych, którzy zostali „przekazani”). Co więcej, pracownicy ci mieli pracować na sprzęcie stanowiącym własność szwalni.

SN w tej sprawie także uznał, że nie doszło do przekazania zakładu pracy, a jedynie do pozornego outsourcingu pracowniczego. W uzasadnieniu orzeczenia SN wprost wskazał, że kluczowe jest przekazanie zakładu pracy rozumianego także jako zorganizowana część obejmująca również składniki majątkowe, nigdy zaś samych pracowników. Zwrócił przy tym uwagę na charakter działalności szwalni, która nie może funkcjonować bez specjalistycznego sprzętu – nie jest więc biznesem, którego głównym „aktywem” są ludzie.

Skutki pozorności przejścia zakładu pracy

Uznanie przez sąd, że przejście zakładu pracy było pozorne, a zatem w ogóle do niego nie doszło, wiąże się z określonymi, niejednokrotnie bardzo dotkliwymi konsekwencjami. Przede wszystkim umowa między podmiotami, która

stanowiła podstawę transferu części zakładu pracy, jest nieważna. Nie dochodzi zatem do rzeczywistej zmiany pracodawcy. W takiej sytuacji Zakład Ubezpieczeń Społecznych wyda decyzję ustalającą, że dotychczasowy pracodawca jest płatnikiem składek, i obciąży go nieopłaconymi składkami. Oznacza to, że nie zostanie zrealizowany najczęstszy cel przekazywania pracowników „na zewnątrz” – czyli oszczędności na składkach.

Podsumowanie

Rynek usług outsourcingowych dynamicznie rośnie i ta tendencja prawdopodobnie będzie się utrzymywać. Rozsądne korzystanie z tego typu rozwiązań może przynieść pracodawcom wymierne oszczędności. Należy jednak ostrożnie podchodzić do planowania zmian opartych na art. 23¹ k.p., żeby nie wpaść w pułapkę pozorności przejścia zakładu pracy – zwłaszcza jeśli stroną przejmującą jest agencja pracy tymczasowej. Na pewno pomocne w tym zakresie będzie orzecznictwo sądów krajowych i europejskich oraz analiza ryzyka, która powinna wykazać, czy koszty w przypadku niekorzystnego orzeczenia sądu nie przerosną (pozornych) korzyści.

dr Szymon Kubiak, radca prawny, LL.M. (Harvard), współautor w praktyce prawa pracy

Kamil Jabłoński, radca prawny, praktyka prawa pracy

