

Przeniesienie pracownika nie zawsze automatyczne

dr Szymon Kubiak
Jarosław Karlikowski



Polska spółka, będąca częścią międzynarodowej grupy kapitałowej, przechodziła okres wewnętrznych zmian. Między innymi jeden z departamentów, który dotychczas realizował określone procesy biznesowe, podzielono pomiędzy różne podmioty – dwie nowo założone polskie spółki zależne. Podmioty te mają dalej świadczyć usługi na rzecz spółki matki na podstawie tzw. TSA (*transition service agreement*), tj. wewnątrzgrupowej umowy o świadczenie usług (o stałym lub tymczasowym charakterze). W trakcie przygotowań okazało się, że jedynym „aktywem”, które klient chciałby przenieść do nowo utworzonych spółek, są... pracownicy. Czy takie rozwiązanie jest w ogóle możliwe?

Klientom często zależy na automatycznym przeniesieniu pracowników do nowego podmiotu. Do takiego skutku dochodzi jednak tylko wówczas, gdy zmiana struktury wiąże się z przejściem całości lub części zakładu pracy na innego pracodawcę w rozumieniu artykułu 23¹ Kodeksu pracy. Sprawdzenie, czy faktycznie tak jest, może być wysoce utrudnione, a niewłaściwa ocena sytuacji może skutkować licznymi problemami. Zwłaszcza wtedy, gdy grupa obejmuje złożoną strukturę podmiotów będących pracodawcami, działających w różnych lokalizacjach, a zawarte między nimi umowy skutkują *de facto* świadczeniem pracy na rzecz innej spółki z grupy niż ta, która formalnie jest pracodawcą, i/lub tzw. zatrudnieniem krzyżowym.

Przejście zakładu pracy niezależne od woli stron

W praktyce przejście zakładu pracy (lub jego części) nie musi wiązać się wyłącznie ze sprzedażą przez dotychczasowego pracodawcę przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części (lub inną czynnością wywołującą podobny skutek, np. dzierżawą przedsiębiorstwa). Katalog czynności mogących prowadzić do przejścia zakładu pracy (a zatem takich, które powodują „automatyczne” przejście pracowników) jest znacznie szerszy. W jego zakres nie wchodzi jednak dwustronna umowa pomiędzy dotychczasowym pracodawcą i podmiotem, który chciałby przejąć jego pracowników. Skutek przewidziany w artykule 23¹ k.p. jest bowiem niezależny od ich woli i nie może zostać wywołany złożeniem przez te podmioty zgodnych oświadczeń, których intencją byłoby przeniesienie pracowników. Zgodnie z polskim prawem pracy umowa o pracę wiąże bowiem te strony, które ją zawarły, a jej zmiana (w tym zmiana stron umowy) powinna uwzględniać wolę pracownika.

Ocena, czy w danym przypadku może dojść do „automatycznego” przejścia pracowników, jest utrudniona również z tego względu, że pojęcie przejścia zakładu pracy lub jego części nie zostało zdefiniowane ani w polskim art. 23¹ k.p., ani w jego unijnym „pierwowzorze”, czyli w dyrektywie 2001/23/WE z 12 marca 2001 r. w sprawie zbliżania ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do ochrony praw pracowniczych w przypadku przejścia przedsiębiorstw, zakładów lub części przedsiębiorstw lub zakładów.

Dlatego w takich sprawach trzeba wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności faktyczne zgodnie z testem sformułowanym (po czym uzupełnianym i rozwijanym w szeregu późniejszych orzeczeń) w wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie *Spijkers* z 18 marca 1986 r. (24/85). Trybunał wskazał, że przy ocenie, czy doszło do przejścia zakładu pracy, należy uwzględnić typ przedsiębiorstwa, przejście lub brak przejścia składników majątkowych takich jak budynki i ruchomości, wartość składników niematerialnych w chwili transferu, przejście lub brak przejścia większości

pracowników przez nowego pracodawcę, przejście lub brak przejścia klientów przedsiębiorstwa, a także – a może nawet przede wszystkim – stopień podobieństwa między działalnością prowadzoną przed zbyciem i po zbyciu przedsiębiorstwa oraz czas ewentualnego zawieszenia tej działalności.

Istotna rola przełożonych

W naszej wieloletniej praktyce wielokrotnie mieliśmy do czynienia ze sprawami dotyczącymi działalności w sektorach opartych na sile roboczej, w których sama grupa pracowników może stanowić samodzielną ekonomiczną jednostkę podlegającą przejściu. Z tej perspektywy widzimy, że przy ocenie, czy dana sytuacja może skutkować przejściem zakładu pracy lub jego części, coraz istotniejszą rolę odgrywa ocena zachowania integralności struktur zarządczych i roli dotychczasowych (i nowych) przełożonych.

Zgodnie np. z istotnym w praktyce orzeczeniem TSUE z 29 lipca 2010 r. w sprawie C151/09 przejęta jednostka gospodarcza zachowuje swoją niezależność w rozumieniu art. 6 ust. 1 dyrektywy 2001/23, jeśli uprawnienia przyznane przełożonym tej jednostki w ramach struktur organizacyjnych zbywającego pozostają w przeważającej mierze niezmienione w ramach struktur przejmującego. Chodzi tu o uprawnienia takie jak uprawnienie do organizowania pracy w obrębie jednostki w sposób względnie swobodny i niezależny, w szczególności uprawnienie do wydawania zarządzeń i poleceń, przydzielania pracownikom zadań oraz decydowania o użyciu środków materialnych, bez bezpośredniej ingerencji ze strony innych struktur organizacyjnych pracodawcy.

Zmiana kluczowych przełożonych nie może sama w sobie osłabiać niezależności przejętej jednostki, chyba że nowi przełożeni dysponują uprawnieniami umożliwiającymi im bezpośrednio organizowanie działalności pracowników tej jednostki i przejmowanie w ten sposób od bezpośrednich przełożonych pracowników procesów decyzyjnych wewnątrz tej jednostki.

Ryzyko błędnej oceny

Jeżeli pracodawca błędnie przyjmie, że doszło do „automatycznego” przejścia pracowników do innego podmiotu, może to mieć daleko idące konsekwencje. I nie chodzi tylko o kwestie dotyczące składek na ubezpieczenia społeczne i zaliczek na podatek dochodowy, za które – w przypadku braku przejścia na podstawie artykułu 23¹ k.p. – powinien odpowiadać dotychczasowy pracodawca. Warto pamiętać, że jeśli nowy pracodawca rozwiąże umowę o pracę z „przejętym” pracownikiem, z dużym prawdopodobieństwem zakwestionuje on w sądzie pracy prawidłowość takiego zwolnienia. Jeżeli bowiem pracownik nie został „przejęty” przez nowego pracodawcę, to nie może też zostać przez niego zwolniony, a każde oświadczenie

w tym zakresie będzie mogło zostać podważone przed sądem.

Kłopotliwe i kosztowne przenoszenie „na piechotę”

Co więc może zrobić pracodawca, gdy w danej sytuacji nie może dojść do „automatycznego” przejścia pracowników? W takim przypadku przeniesienie pracowników może nastąpić w wyniku rozwiązania umowy o pracę z dotychczasowym pracodawcą i zawarcia nowej umowy z nowym pracodawcą. Nie jest to jednak rozwiązanie pozbawione wad.

Po pierwsze, wiąże się ono ze znacznym nakładem prac administracyjnych. Dla każdego pracownika należy przygotować dokumenty związane z zakończeniem stosunku pracy (np. porozumienie rozwiązujące, tzw. obiegówkę, świadectwo pracy) oraz dokumenty związane z jej rozpoczęciem (nowa umowa o pracę, informacja o warunkach zatrudnienia, informacja o przetwarzaniu danych osobowych).

Po drugie, jeżeli restrukturyzacja obejmuje większą liczbę pracowników, mogą się spełnić przesłanki powodujące konieczność przeprowadzenia dość uciążliwej procedury zwolnień grupowych. Dotyczy to pracodawców, którzy zatrudniają co najmniej 20 pracowników i w okresie nieprzekraczającym 30 dni złożą oświadczenia o rozwiązaniu umów o pracę 10 pracownikom (jeżeli łącznie zatrudnionych jest mniej niż 100 pracowników), 10% pracowników (jeżeli łącznie zatrudnionych jest od 100 do 299 pracowników) lub 30 pracownikom (jeżeli łącznie zatrudnionych jest 300 lub więcej pracowników). Co ważne, do powyższych limitów wlicza się także pracowników, z którymi w ramach grupowego zwolnienia następuje rozwiązanie stosunków pracy z inicjatywy pracodawcy na mocy porozumienia stron, jeżeli dotyczy to co najmniej pięciu pracowników. Przy zmianie pracodawcy poprzez rozwiązanie starego i nawiązanie nowego stosunku pracy ważne jest więc odpowiednio i bardzo szczegółowe planowanie całego procesu w czasie lub zastosowanie odpowiednich zapisów w zawieranych porozumieniach, tak aby w przypadku kontroli ze strony Państwowej Inspekcji Pracy nie narażać się na zarzut niezastosowania przepisów ustawy o zwolnieniach grupowych.

Po trzecie, oprócz ryzyka związanego z nieprzestrzeganiem procedur związanych ze zwolnieniem grupowym, pojawia się także ryzyko związane z obowiązkiem wypłaty odpraw. Niezależnie od tego, czy pracodawca będzie zobowiązany do przeprowadzenia formalnej procedury zwolnień grupowych, jeżeli zatrudnia on co najmniej 20 pracowników pojawia się ry-

zyko, że będzie musiał wypłacić odprawy, nawet jeśli zawarł porozumienie z odchodzącym pracownikiem. Wysokość odpraw waha się od jednomiesięcznych do trzymiesięcznych wynagrodzeń, w zależności od stażu pracy (pracownik ze stażem pracy poniżej 2 lat uprawniony jest do jednej pensji; staż pracy od 2 do 8 lat uprawnia do odprawy w wysokości dwóch pensji; staż pracy wyższy niż 8 lat uprawnia do otrzymania trzech pensji). Odprawa nie może być jednak wyższa niż 15-krotność minimalnego wynagrodzenia (czyli 39 000 złotych w 2020 r.). Powyższe ryzyko można jednak zminimalizować, stosując odpowiednie postanowienia w zawieranej z pracownikiem umowie o pracę.

Po czwarte należy także pamiętać, że odchodzący pracownicy będą uprawnieni do otrzymania ekwiwalentu za niewykorzystany urlop wypoczynkowy, co w niektórych przypadkach może znacząco podnieść koszt całej operacji. Ekwiwalent za urlop jest świadczeniem traktowanym tak samo jak wynagrodzenie za pracę, co oznacza, że pracownik nie może zrzec się przysługującego mu ekwiwalentu. Dotyczy to także sytuacji, gdy nowy pracodawca zobowiąże się udzielić mu dodatkowego urlopu w wysokości odpowiadającej urlopowi niewykorzystanemu u dotychczasowego pracodawcy.

Wnioski

Przy planowaniu wewnętrznych restrukturyzacji i podziale jednostek biznesowych należy zwrócić uwagę, że przeniesienie pracowników do innego podmiotu nie zawsze zależy wyłącznie od woli pracodawcy. Do „automatycznego” przejścia pracowników dochodzi bowiem na skutek czynności wywołujących przejście zakładu pracy lub jego części. Jeżeli z okoliczności danej sprawy wynika, że po planowanej restrukturyzacji nie zostanie zachowana ciągłość działania i tożsamość zakładu pracy, to do automatycznego przejścia pracowników nie dojdzie. W takim przypadku do przejścia może dojść poprzez rozwiązanie dotychczasowej umowy o pracę i zawarcie nowej, z nowym pracodawcą – może to być jednak rozwiązanie bardziej skomplikowane i kosztowne.

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

Jarosław Karlikowski, radca prawny
praktyka prawa pracy