Andrzej Marian Świątkowski*

SWOBODA PRZEPŁYWU „PRACY": PRACOWNIKÓW CZY ZATRUDNIONYCH WEWNĄTRZ UNII EUROPEJSKIEJ?

WPROWADZENIE

Zamierzeniem autora jest przedstawienie niektórych osobliwości związanych z rozumieniem przez polską judykaturę i doktrynę prawa pracy fundamentalnej wolności przemieszczania się osób wewnątrz Unii Europejskiej. Potencjalny problem prawny wynika z niedostosowania regulacji prawnych zamieszczonych w przepisach polskiego Kodeksu pracy do przepisów prawa europejskiego. W polskim tekście przepisów pierwotnego prawa europejskiego swobodę przemieszczania się zagwarantowano pracownikom, a nie osobom zatrudnionym na ich podstawach prawnych regulowanych przepisami prawa cywilnego. Użyte w tytule niniejszego artykułu określenie „labour" to synonim pojęć: „work", „toil", service". Jest wykorzystywane ono do oznaczenia odpłatnego zatrudnienia (to work for wages) w odróżnieniu od aktywności zawodowej przynoszących zysk (to work for profits)[1]. Można oczekiwać, że Unia Europejska, zdefiniowana w akapicie drugim Karty Praw Podstawowych z 30.03.2010 r.[2] jako „przestrzeń wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości, stawiająca jednostkę ludzką w centrum swych działań", powinna być postrzegana przez prawników specjalizujących się w prawie pracy Unii Europejskiej jako organizacja międzynarodowa gwarantująca powszechną swobodę przepływu osób w granicach administracyjnych państw członkowskich Unii. Tymczasem w polskim piśmiennictwie prawa europejskiego, w szczególności w polskiej literaturze europejskiego prawa pracy, powyższa wolność wyłącznie i jednoznacznie jest identyfikowana tylko ze swobodą przemieszczania się pracowników w obrębie Unii[3]. Tytuł IV Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TfUE) z 30.03.2010 r.[4] zapewnia, podobnie jak inne, wcześniejsze akty wspólnotowego, a następnie unijnego prawa pierwotnego[5], swobodny przepływ osób, usług i kapitału. Oznacza to, iż z powyższego, podstawowego prawa mogą korzystać nie tylko pracownicy, osoby ubiegające się o pracę (art. 45 TfUE, dawny art. 39 TWE), ale także osoby świadczące

---

* prof. dr hab.; Uniwersytet Jagielloński.

1 H.C. Black, Black' Law Dictionary, West Publishing Co., St. Paul, Minn. 1983, s. 452.

2 Dz.Urz. UE C Nr 83, s. 389.

3 L. Mitrus, *Swoboda przemieszczania się pracowników po przystąpieniu Polski do Unii Europejskiej*, Warszawa 2003, s. 15 i nast.; J. Barcz (red.), *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, Warszawa 2011, s. II-1 i nast.; A. Wróbel (red.), *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 854 i nast.

4 Dz.Urz. UE Nr 83, s. 89.

5 Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (TWE), O.J. 2004, No. 90, 864/30; Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską, podpisany w Lizbonie 13.12.2007 r., Dz.Urz. UE Nr 306, s. 1.

usługi na podstawie umów nieregulowanych przepisami prawa pracy (kontraktów cywilnoprawnych) oraz samozatrudnieni, prowadzący jednoosobową działalność gospodarczą. Prawo/wolność przemieszczania się w obrębie Unii Europejskiej przysługuje również przedsiębiorcom zatrudniającym pracowników (art. 56 TfUE, dawny art. 49 TWE). Unia stanowiąca przestrzeń wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości w poszanowaniu praw podstawowych (ust. 1 art. 67 TfUE, dawny art.61 TWE, dawny art. 29 TUE) zapewnia brak kontroli osób na wewnętrznych granicach państw członkowskich (ust. 2 art. 67 TfUE), co oznacza, iż ze swobody przemieszczania się w obrębie Unii mają prawo korzystać obywatele państw członkowskich oraz obywatele państw trzecich posiadających prawo pobytu na terytorium poszczególnych państw członkowskich UE. Przeto fundamentalny charakter swobody przepływu osób obejmuje nie tylko pracowników, lecz również wszystkie osoby fizyczne legalnie zamieszkujące państwa członkowskie Unii. Szeroko pojętą wolność przemieszczania się w ramach wspólnego rynku pierwotne przepisy prawa wspólnotowego, a następnie unijnego, zapożyczyły (i przystosowały do własnych potrzeb) z uregulowań prawnych zastosowanych przez Radę Europy. Traktaty międzynarodowe tej najstarszej organizacji regionalnej, założonej 05.05.1949 r. w Londynie w celu ochrony praw człowieka i podstawowych wolności –Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 4.11.1950 r., Europejska Karta Społeczna (EKS) z 18.10.1961 r. oraz Zrewidowana Europejska Karta Społeczna (ZEKS) z 03.05.1996 r. – służą jednolitemu i wspólnemu poszanowaniu praw człowieka, do których te traktaty międzynarodowe się odwołują. Jednym z tych praw jest uprawnienie pracowników migrujących i ich rodzin do ochrony i pomocy, zagwarantowane art. 19 ust. 1-12 EKS i ZEKS[6].

W polskich tekstach wszystkich wymienionych wyżej traktatów europejskich nie używa się określenia „praca" (labour). Należy jednak podkreślić, że wszyscy ludzie aktywni zawodowo występują w różnych rolach społecznych: pracowników, zatrudnionych, samozatrudnionych, pracodawców/przedsiębiorców. Z tego względu użyte w tytule niniejszego opracowania sformułowanie „free movement of labour" z polskiej perspektywy musi być rozpatrywane nie tylko jako swoboda przepływu pracowników, ale również innych osób zatrudnionych w ramach tzw. „nie-pracowniczych" stosunków prawnych[7]. Praca wykonywana przez te osoby nie jest przez polskiego ustawodawcę zaliczana do kategorii zatrudnienia „pracowniczego", które jest regulowane przepisami polskiego Kodeksu pracy – ustawy z 26.6.1974 r.[8] W art. 2 tego Kodeksu zamieszczono legalną definicję pracownika. „Pracownikiem" w rozumieniu art. 2 k.p. „jest osoba zatrudniona na podstawie umowy o pracę, powołania, wyboru, mianowania lub spółdzielczej umowy o pracę". Prawne zawężenie określenia „pracy" do zatrudnienia wyłącznie w ramach wąsko pojmowanego stosunku pracy, zdefiniowanego w przepisie art.2 k.p., eliminuje z szerokiej kategorii osób czynnych zawodowo „zatrudnionych" oraz „samoza-

[6] A.M. Świątkowski, *Labour Law: Council of Europe*, AH Alphen aan den Rijn 2014, s. 20 i nast., s. 49 i nast.

[7] Na temat specyfiki swobody przepływu przedsiębiorców w celu świadczenia usług na wspólnym rynki unijnym i związanej z tym problematyki gwarancji ochrony prawnej *posted workers* czy *national labour markets* w tzw. „starych" państwach członkowskich Unii zob. A.M. Świątkowski, *Regulating Temporary Work: Protection of the National Labour Market or the Individual Worker?* [w:] *Temporary Agency Work in the European Union and the United States*, "Bulettin of Comparative Labour Relations" 2013, Vol. 82, s. 29 i nast.

[8] Tekst jednolity: Dz.U. z 1998 r., nr 21, poz. 94, ze zm.

trudnionych", zamierzających uczynić użytek z zagwarantowanej w pierwotnych i wtórnych przepisach prawa Unii Europejskiej wolność do swobodnego przemieszczania się w obrębie Unii. Gdyby przyjąć, iż prawo do swobodnego przepływu wewnątrz Unii Europejskiej przysługuje wyłącznie pracownikom oraz osobom ubiegającym się o pracę w ramach stosunku pracy, odsetek legalnych imigrantów uległby drastycznemu zmniejszeniu. Przeważająca większość imigrantów polskich, aktywnych zawodowo na rynkach pracy w Unii Europejskiej, nie jest zatrudniona w ramach stosunków pracy. Nie kwalifikuje się więc do uznania za pracowników w rozumieniu art. 2 k.p. *De lege lata* jednym z ważniejszych problemów zgodnego z prawem Unii Europejskiej swobodnego przepływu pracy (labour) między Polską a pozostałymi państwami członkowskimi Unii Europejskiej jest uznanie przez polski porządek prawny za zgodną z prawem krajowym migrację zarobkową Polaków, świadczących pracę na wspólnym unijnym rynku pracy nie na podstawie umów o pracę, lecz umów cywilnoprawnych. Legalizacja swobodnego przepływu osób wewnątrz Unii Europejskiej wymaga uznania, iż powyższa swoboda przysługuje nie tylko pracownikom, ale także innym osobom świadczącym pracę w ramach zatrudnienia niepracowniczego.

PRACOWNIK W ROZUMIENIU PRZEPISÓW PRAWA PRACY UNII EUROPEJSKIEJ[9]

Do czasu rozszerzenia Unii Trybunał Sprawiedliwości UE (TSUE) uważał, iż z powyższego uprawnienia mają prawo korzystać osoby mające status prawny pracowników w świetle przepisów krajowego prawa pracy, obowiązującego w poszczególnych państwach członkowskich. Pracownikiem w świetle przepisów prawa pracy UE była osoba fizyczna zatrudniona w ramach stosunku pracy regulowanego przepisami prawa pracy państwa członkowskiego UE, z którego migrowała w celu podjęcia zatrudnienia w innym państwie członkowskim UE[10]. Z wyjątkiem tekstu w języku angielskim TfUE oraz TWE, w których zagwarantowano prawo swobodnego przemieszczania się zatrudnionym (*worker*), w tekstach francuskim i polskim powyższe uprawnienie przysługuje pracownikom (*travaillers*). W języku angielskim określenie *worker* w odróżnieniu od terminu *employee* obejmuje swoim zakresem zatrudnionych, którzy nie pozostają w stosunku pracy, ale świadczą osobiście pracę na innych podstawach aniżeli umowa o pracę. Zatem angielskie określenie *worker* obejmuje każdego, kto wykonuje osobiście pracę na rzecz innej osoby lub podmiotu bez względu na podstawę prawną zatrudnienia[11].

Język angielski jako *lingua franca* Unii Europejskiej dał szansę TSUE zmiany stanowiska w sprawie definiowania zakresu podmiotowego art. 45 TfUE i objęcia jego zakresem osób

[9] Zob. A.M. Świątkowski, *Autonomiczna definicja pracownika*, „Monitor Prawa Pracy" 2014, nr 11 (w druku).

[10] Wyroki TSUE z: 14.07.1976 r., C-13/76, Donà v. Mantero [1976] ECR 1333; 5.10.1988 r., C-196/87 Steymann v. Staatsecretaris van Justititie [1988] ECR 1612; 15.12.1995 r., C-415/93 Union Royale Belge de Société de Football Association v. Bosman [1995] ECR I-4921; 20.11.2001 r., C-268/99 Aldona Malgorzata Jany and Others v. Staatsecretaris van Justititie [2001] ECR I-8615.

[11] M. Terry, L. Dickens, *European Employment and Industrial Relations Glossary: United Kingdom, Sweet and Maxwell,* Office of Official Publications of the European Communities, London – Luxembourg – Dublin 1991, s. 221-222, pkt 794.

zatrudnionych, świadczących pracę osobiście, niekwalifikujących się uznania ich za pracowników w świetle krajowych systemów prawa pracy państw członkowskich UE. Jest to istotne *novum*, świadczące o wypracowaniu w judykaturze europejskiego prawa pracy autonomicznej definicji pracownika. W polskim Kodeksie pracy zdefiniowany został wyłącznie termin „pracownik", mimo że w niektórych przepisach tego kodeksu, na przykład w art. 22 § 1^1 k.p., używa się zamiennie sformułowań „praca" oraz „zatrudnienie", a osobiste wykonywanie pracy przez pracownika pod kierownictwem pracodawcy, na jego rzecz oraz ryzyko, jest określane terminem „zatrudnienie". Zamienne używanie pojęć „praca", „zatrudnienie" jest zgodne z wyrażoną w 10 § 1 k.p. swobodą wyboru podstaw zatrudnienia[12].

W krajowych systemach prawa pracy, w których – analogicznie jak w Polsce – obowiązuje rozróżnienie między pracą wykonywaną w ramach stosunku pracy a pracą świadczoną na podstawie umów cywilnoprawnych, ochronna funkcja wymienionych wyżej dyrektyw znajduje zastosowanie wyłącznie do zatrudnienia pracowniczego. W rozumieniu prawa pracy EU pracownikiem jest wyłącznie osoba wykonująca pracę, której krajowe przepisy prawa pracy określonego państwa członkowskiego, w którym praca jest świadczona, przyznały status prawny pracownika. Skrzyżowanie kryteriów wykorzystywanych przez ustawodawców ustanawiających normy prawne w państwach członkowskich UE: miejsce wykonywania pracy z krajowymi przepisami prawa, regulującymi rodzaj stosunku prawnego, w ramach którego wykonywana jest praca oraz określającego zakres i treść uprawnień i obowiązków osób zatrudnionych oraz osób lub podmiotów zatrudniających, leży u podstaw różnicowania statusu prawnego osób zatrudnionych.

Najbardziej powyższe zróżnicowanie jest widoczne w przypadku pracowników oraz osób samozatrudnionych. Pracownicy, jako tradycyjnie „słabsza" strona stosunku pracy, korzystają z ochrony prawnej nieprzysługującej osobom samozatrudnionym. Mimo że jedni i drudzy wymieniają określone umiejętności fachowe na wynagrodzenie, wyłącznie pracownicy korzystają z uprawnień socjalnych i pracowniczych oraz z ochrony trwałości stosunku pracy. Ich status jest bowiem regulowany przepisami prawa pracy, które poza wyjątkami wyraźnie określonymi przez ustawodawcę nie mają zastosowania do osób samozatrudnionych. Klasycznym przykładem ilustrującym powyższą tezę jest art. 303 § 1 k.p., norma prawna zawierająca delegację ustawową dla rządu polskiego do określenia zakresu zastosowania przepisów prawa pracy wobec osób samo-zatrudnionych, wykonujących pracę nakładczą.

Nadal aktualne, wydane 31.12.1975 r. rozporządzenie RM w sprawie uprawnień pracowniczych osób wykonujących pracę nakładczą[13], nie przyznaje statusu pracownika osobie wykonującej pracę nakładczą (wykonawcy). Pracownikami w świetle art. 2 k.p. są wyłącznie osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę, powołania, wyboru, mianowania lub spółdzielczej umowy o pracę. Świadczą one pracę w ramach pracowniczych stosunków pracy, więzi prawnych regulowanych przepisami prawa pracy. Przepisy tego prawa nie zaliczają umowy o pracę nakładczą do żadnej z podstaw prawnych pracowniczego stosunku pracy.

[12] Zob. A.M. Świątkowski, *Prawo wyboru podstawy zatrudnienia*, [w:] A. Kosut (red.), *Księga Jubileuszowa Profesor Teresy Liszcz*, Lublin 2015 (w druku).
[13] Dz.U. z 1976 r., nr 3, poz. 19, ze zm.

Mimo że „wykonawcy" świadczą pracę wyłącznie na rzecz określonego pracodawcy, zwanego „nakładcą", przenoszą na niego nie własne umiejętności, lecz gotowy produkt. Umowa o pracę nakładczą należy do kategorii umów o świadczenie usług, do których zaliczane są również cywilnoprawne umowy zlecenia, o dzieło, agencyjna, których przedmiotem jest praca identyczna albo podobna do tej, jaką wykonują pracownicy pozostający w tzw. zatrudnieniu pracowniczym. W polskim prawie pracy występuje podział na dwa rodzaje zatrudnienia: pracownicze i niepracownicze[14]. To drugie, klasyfikowane jako zatrudnienie cywilnoprawne, jest współcześnie uważane za drugorzędną formę zatrudnienia. Przepisy prawa cywilnego regulujące tę formę zatrudnienia nie gwarantują bowiem ochrony prawnej równej tej, jaką pracownikom zabezpieczają przepisy prawa pracy. Jaka jest jednak różnica w sposobie wykonywania pracy, która decyduje o diametralnie różnym statusie prawnym i socjalnym pracownika oraz zatrudnionego lub samozatrudnionego? Najłatwiejsze jest odróżnienie samozatrudnionego od zatrudnionego. Pierwszy z tych terminów, który w języku polskim jest kalką angielskiego określenia *self-employed*, jest wykorzystywany dla oznaczenia osoby aktywnej zawodowo, parającej się pracą polegającą na świadczeniu usług w ramach prowadzonej na własny rachunek działalności gospodarczej. Charakterystyczną cechą działalności w ramach samozatrudnienia jest wykonywanie pracy na podstawie umów cywilnoprawnych o świadczenie określonych usług.

Taka charakterystyka samozatrudnienia pozwala odróżnić samozatrudnionego od pracownika. Nie pozwala jednak na odróżnienie samozatrudnionego od osoby zatrudnionej na podstawie jednej z umów cywilnoprawnych. Z tego względu w prawie polskim jako dodatkowe kryterium dyferencjacji zatrudnionych wykorzystywany jest fakt występowania samozatrudnionego w charakterze podmiotu zatrudniającego inne osoby mające status prawny pracownika. Jednakże powyższe, dodatkowe kryterium wyróżnienia jednej kategorii osób zawodowo aktywnych, prowadzących działalność gospodarczą przy pomocy pracowników, powoduje zmianę płaszczyzny analizy prawnej. Samozatrudniony, prowadzący działalność gospodarczą (usługową) na własny rachunek, do której zatrudnia pracowników, zmienia status prawny. Z zatrudnionego staje się zatrudniającym. Nie może więc być uwzględniany w rozważaniach prawnych nad zależnościami, w jakich pozostają osoby zawodowo aktywne, do których należą pracownicy, zatrudnieni oraz samozatrudnieni niebędący pracodawcami. Pozostaje natomiast aktualna sprawa statusu prawnego samozatrudnionego, który prowadzi jednoosobową działalność gospodarczą. Najczęstsze przypadki klasyfikowane jako nadużycie prawa dotyczą sytuacji, w której na polecenie przedsiębiorcy występującego w stosunkach pracy w charakterze pracodawcy, osoby dotychczas występujące w roli pracowników rejestrują jednoosobową działalność gospodarczą i zmieniają status prawny na samozatrudnionych. Polskie przepisy prawa nie zawierają natomiast oficjalnej definicji zatrudnionego. W polskiej judykaturze[15] i dok-

[14] Por. A. Musiała, *Zatrudnienie niepracownicze*, Warszawa 2011, s. 99 i nast.; M. Gersdorf, *Prawo zatrudnienia*, Warszawa 2013, s. 75 i nast.; A.M. Świątkowski, *Niepracownicze (cywilnoprawne) stosunki zatrudnienia*, [w:] K.W. Baran (red.), *System prawa pracy*, t. VII, Warszawa 2015 (w druku).

[15] Zob. orzeczenia SN przywoływane przez: A.M. Świątkowski, *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 114 i nast.

trynie[16] jako kryterium wyodrębnienia zatrudnionego od samozatrudnionego stosowano i nadal stosuje się jako najważniejszą cechę podporządkowanie pracownika pracodawcy. Podstawę prawną tej dyferencjacji stanowi przepis art. 22 § 1 k.p. Powyższa norma jest jednak interpretowana w sposób nie do końca odzwierciedlający intencję ustawodawcy. Według znacznie przeważających zapatrywań w orzecznictwie Sądu Najwyższego oraz wywodów prezentowanych w fachowym piśmiennictwie z zakresu indywidualnego prawa pracy, podporządkowanie jest interpretowane przede wszystkim jako powinność pracownika do świadczenia pracy na rzecz i pod kierownictwem pracodawcy. W art. 22 § 1 k.p. eksponuje się głównie uprawnienia władcze pracodawcy, uprawnionego do określenia miejsca i czasu wykonywania pracy.

W rzeczywistości sytuacja prawna w pracowniczym i niepracowniczym stosunku pracy osoby zatrudnionej nie różni się znacznie od pozycji prawnej samozatrudnionego. Zakres i stopień podporządkowania osoby zawodowo aktywnej, uważanej przez ustawodawcę za pracownika, nie odbiega znacznie od sytuacji innej osoby zobowiązanej do wykonania określonej usługi polegającej na świadczeniu pracy. Jest to między innymi spowodowane uwarunkowaniem historycznym, wynikającym z zakwalifikowania w przepisach Kodeksu zobowiązań[17] umów o pracę do umów o świadczenie usług, nadal wykorzystywanych współcześnie do nawiązywania niepracowniczych (cywilnoprawnych) stosunków zatrudnienia. Analizując art. 22 § 1 k.p. należy – moim zdaniem – zwrócić przede wszystkim uwagę na wyraźnie sformułowany w tym przepisie wzajemny obowiązek stron indywidualnego stosunku pracy, klasyfikowanego obecnie jako kategoria zatrudnienia pracowniczego, pracownika – do świadczenia pracy oraz pracodawcy – „do zatrudnienia pracownika za wynagrodzeniem". We współczesnych stosunkach pracy stopniowo odstępuje się od typowej formy zatrudnienia pracowników w pełnym wymiarze czasu pracy, na podstawie umowy o pracę zawartej na czas nieokreślony, w „zamkniętym" zakładzie pracy umożliwiającym pracodawcy sprawowanie bezpośredniego nadzoru nad wykonywaniem poszczególnych czynności, składających się na rodzaj pracy określonej w umowie o pracę. Zapatrywania polskiej judykatury są ustabilizowane w sprawach odnoszących się do określenia podstawowych uprawnień i obowiązków stron indywidualnych stosunków pracy. Nawiązanie stosunku pracy zobowiązuje pracodawcę do dostarczenia pracy umówionej przez strony umowy o pracę oraz do zapłaty wynagrodzenia za wykonaną pracę albo pozostawanie w gotowości do jej świadczenia. Pracownik natomiast jest zobowiązany do sumiennego i starannego wykonywania pracy pod kierownictwem pracodawcy. Niedopełnienie powyższego wzajemnego obowiązku stron indywidualnego stosunku pracy uprawnia pracownika do wystąpienia z roszczeniem o świadczenie (dopuszczenie do pracy, zapłatę wynagrodzenia)[18] albo z powództwem o ustalenie stosunku pracy. Koniecznym warunkiem skutecznego rozpoznania sprawy opartej na art. 189 k.p.c.

[16] M. Gersdorf, *Prawo zatrudnienia*…, s. 41 i nast.
[17] Rozporządzenie Prezydenta RP z 27.10.1933 r., Dz.U. nr 32/33, poz. 598. Tytuł XI „Umowy o świadczenie usług". Dział I. „Umowa o pracę" (art. 441-476).
[18] A.M. Świątkowski, *Kodeks pracy*..., s. 119 i nast.

jest przekonanie sądu przez zainteresowaną osobę, występującą z powyższym żądaniem, iż powództwo o ustalenie stosunku prawnego lub prawa gwarantuje w większym stopniu powodowi ochronę jego praw[19].

W kontynentalnym systemie prawa pracy, także w Polsce, koniecznym warunkiem stworzenia przez judykaturę „autonomicznej" definicji pojęcia prawnego jest wyraźne upoważnienie ustawodawcy. Klasycznym przykładem ilustrującym powyższe stwierdzenie są orzeczenia Sądu Najwyższego, w których wyjaśniono, że art. 8 ust. 2a ustawy z 13.10.1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych[20] rozszerza pojęcie pracownika dla celów ubezpieczeń społecznych poza sferę stosunku pracy[21]. Rozszerzenie zakresu przedmiotowego określenia „pracownik" polega na włączeniu do tego pojęcia zatrudnienia na podstawie umowy zlecenia wykonywanego na rzecz pracodawcy, z którym zatrudniony pozostaje również w stosunku pracy, jak również na podstawie umowy o dzieło zawartej z osobą trzecią, jeżeli w ramach tej umowy wykonuje pracę na rzecz osoby lub podmiotu, z którym łączy ją stosunek pracy. Dla celów ubezpieczeń społecznych wykonywanie pracy na podstawie umów cywilnoprawnych zawartych zarówno z pracodawcą, jak i z osobą trzecią, gdy praca wykonywana jest na rzecz pracodawcy, jest traktowane jako świadczenie pracy w ramach stosunku pracy łączącego jedynie pracownika z pracodawcą[22]. Polski ustawodawca rozszerzył dla celów ubezpieczenia społecznego pojęcie „pracownika" na niektóre przypadki zatrudnienia niepracowniczego (cywilnoprawnego), zmierzał bowiem do ograniczenia korzystania przez pracodawców z umów cywilnoprawnych zawieranych z własnymi pracownikami w celu realizacji identycznych zadań, które są wykonywane w ramach stosunku pracy.

Połączenie zatrudnienia pracowniczego i niepracowniczego między tymi samymi stronami stosunków prawnych regulowanych przepisami prawa pracy oraz prawa cywilnego umożliwia podmiotowi zatrudniającemu, występującemu równocześnie w charakterze pracodawcy oraz zleceniodawcy, uniknięcie obciążeń wynikających z tytułu opłacania składek na ubezpieczenie społeczne oraz przestrzegania ochronnych norm prawa pracy. Pomimo rozszerzenia zakresu określenia „pracownik" pojęcie pracownika w polskim systemie prawa zabezpieczenia społecznego nie pokrywa się z definicją ustawową tego terminu zamieszczoną w art. 2 k.p. W polskim systemie prawa pracy i prawa cywilnego nadal występuje podział osób aktywnych zawodowo, świadczących pracę, na trzy kategorie: pracowników, zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych oraz osób jednoosobowo prowadzących działalność gospodarczą na własny rachunek.

Zakresy pojęć prawnych: „pracownik", „zatrudniony" i „samozatrudniony" krzyżują się. Pracownik zawsze ma status zatrudnionego, który jest podporządkowany władztwu podmiotu zatrudniającego (pracodawcy). Natomiast samozatrudniony (*self-employed*),

[19] Wyrok SN z 10.4.2014 r., II PK 179/13, „Monitor Prawa Pracy" (MoPr) 2014, z. 9, s. 478 i nast.
[20] Tekst jedn.: Dz.U. z 2013 r., poz. 1442, ze zm.
[21] Wyroki SN z: 18.10.2011 r., III UK 22/11,OSNP 2012, nr 21-22/2012, poz. 266; 11.5.2012 r., I UK 5/12, Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych (OSNP) 2013, nr 9-10, poz. 117.
[22] Wyrok SN z 23.05.2014 r., II UK 445/13, MoPr 2014, z. 9, s. 493.

w zależności od tego czy występuje w charakterze zatrudnionego zależnego od podmiotu zatrudniającego, czy osoby zawodowo aktywnej niezależnej od osoby albo podmiotu, na którego rzecz wykonuje usługi, jest klasyfikowany do jednej z dwóch kategorii: zależnego (*dependent*) lub niezależnego (*independent*) samozatrudnionego[23].

Posługując się anglojęzyczną terminologią prawniczą, judykatura TSUE rozszerzyła pojęcie „pracownika". W odróżnieniu od polskiego systemu prawa, w którym decyzja ustawodawcy spowodowała rozszerzenie pojęcia „pracownik" wyłącznie w jednej dziedzinie prawa zabezpieczenia społecznego, w prawie pracy Unii Europejskiej wykładnia judykatury doprowadziła do dychotomicznego podziału prawnych form zatrudnienia na zależne (*dependent*) i niezależne (*independent*). Bez względu na podstawę i ramy prawne pierwszej formy zatrudnienia osoby aktywne zawodowo, wykonujące pracę podporządkowaną, potraktowane zostały jako pracownicy świadczący pracę w ramach stosunku pracy. Stworzenie przez TSUE autonomicznej definicji pracownika polega na zaliczeniu do kręgu oddziaływania europejskiego prawa pracy wszystkich zatrudnionych, pracowników oraz osób jednoosobowo prowadzących działalność gospodarczą (samozatrudnionych) powiązanych stosunkami prawnymi opartymi na wzajemnych zobowiązaniach dotyczących dostarczenia pracy przez podmiot zatrudniający oraz obowiązku jej wykonania przez osobę zatrudnioną. Obecnie TSUE, definiując pracownika, nie kieruje się krajowymi przepisami prawa pracy poszczególnych państw członkowskich Unii Europejskiej, lecz uważa, że bez względu na podstawę prawną zatrudnienia, wymiar czasu pracy, wysokość wynagrodzenia, okres zatrudnienia każda praca świadczona przez osobę fizyczną ma cechy zatrudnienia pracowniczego[24].

Wprowadzony przez judykaturę TSUE dychotomiczny podział osób świadczących pracę na dwie podstawowe kategorie: „zatrudnienia pracowniczego" oraz „zatrudnienia nie-pracowniczego" zobowiązuje do przewartościowania definicji prawnych nadal wykorzystywanych w polskim prawie pracy. Powyższy postulat nie zmierza tak daleko jak przedstawiona ostatnio przez M. Gersdorf propozycja zastąpienia Kodeksu pracy przez kodeks zatrudnienia oraz zmiany nazwy gałęzi prawa regulującego stosunki pracy z „prawa pracy" na „prawo zatrudnienia"[25]. Nawiązuje do zgłoszonych wcześniej propozycji objęcia zakresem regulacji prawa pracy wszystkich kategorii zatrudnienia zależnego bez względu na nazwę, podstawę prawną zawartej umowy i ramy prawne stosunku prawnego opartego na wzajemnych zobowiązaniach i uprawnień stron: osoby wykonującej pracę oraz podmiotu zatrudniającego[26]. Przyszłość prawa pracy jako odrębnej od prawa cywilnego gałęzi prawa w Polsce i w innych państwach członkowskich Unii Europejskiej jest uzależniona od umiejętności dostosowania podstawowych krajowych pojęć prawnych oraz koncepcji zatrudnienia od dostosowania przepisów krajowych do standardów

[23] C. Barnard, *EU Employment Law,* 4th edition, Oxford University Press, Oxford 2012, s. 148.

[24] Wyrok z 4.06.2009 r., Joined Cases C-22/08 and 23/08 Vatsouras v. Arbeitsgemenischaft [2009] ECR I-4585, § 30.

[25] M. Gersdorf, *Prawo zatrudnienia…*, *passim*.

[26] A.M. Świątkowski, *Przedmiot stosunku pracy. Rozważania de lege lata i de lege ferenda*, [w:] L. Florek, Ł. Pisarczyk (red.), *Współczesne problemy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych*, Warszawa 2011, s. 47 i nast.

obowiązujących w Unii[27]. Odstąpienie przez TSUE od poprzedniej definicji pracownika i przyjęcie w to miejsce autonomicznej definicji pracownika, w której mieści się również pojęcie „zależnego samozatrudnionego", świadczy o niedostosowaniu polskich przepisów indywidualnego prawa pracy do współczesnych standardów unijnych. Rozważania prawne zaprezentowane w kolejnej części niniejszego opracowania dowodzą, iż pomiędzy pracą wykonywaną w ramach stosunku pracy a zatrudnieniem niepracowniczym nie ma znacznych różnic, uzasadniających potencjalne narażenie Polaków ubiegających się o zatrudnienie na podstawie umów cywilnoprawnych w innych państwach Unii Europejskiej na ograniczenie fundamentalnej swobody przepływu wewnątrz Unii.

WSPÓLNE WŁAŚCIWOŚCI ZATRUDNIENIA PRACOWNICZEGO I NIEPRACOWNICZEGO[28]

Dobrowolność, osobiste świadczenie pracy w sposób ciągły, podporządkowanie, wykonywanie pracy na rzecz pracodawcy ponoszącego ryzyko związane z zatrudnieniem i odpłatny charakter zatrudnienia zostały przez Sąd Najwyższy uznane za konstytutywne cechy stosunku pracy, odróżniające go od innych stosunków prawnych, w ramach których może być świadczona praca. W uzasadnieniu przywołanego wyroku nie zamieszczono żadnych wywodów na temat wymienionych składników stosunku pracy, decydujących o odróżnieniu tego stosunku prawnego od innych, regulowanych przepisami prawa cywilnego, w ramach których może być również wykonywana praca.

Wszystkie wymienione przez Sąd Najwyższy w tezie pierwszej wyroku wydanego 23.10.2006 r. w sprawie I PK 110/06[29] cechy, stanowiące podstawę więzi prawnej poddanej regulacji prawa pracy, występują również w umowach cywilnoprawnych, na podstawie których może być także świadczona praca. W pierwszej tezie zacytowanego wyroku Sądu Najwyższego w sprawie I PK 110/06 niemal w całości przytoczono klasyczną, podręcznikową definicję pracy poddanej regulacji przepisów indywidualnego prawa pracy.[30] Jedną z charakterystycznych cech tej definicji jest przypisanie przez doktrynę i judykaturę pracodawcy ryzyka wynikającego z nawiązania więzi prawnej regulowanej przepisami prawa pracy. Przyjęło się uważać, że pracodawca ponosi ryzyko osobowe, socjalne, techniczne i gospodarcze. Jest bowiem zobowiązany do zatrudniania pracowników i wypłacania im wynagrodzenia. Powyższym obowiązkom pracodawcy powinny odpowiadać uprawnienia pracowników do domagania się dostarczenia pracy oraz zapłaty za wykonaną pracę lub pozostawanie w gotowości do jej świadczenia. W taki właśnie sposób postrzega ryzyko pracodawcy ustawodawca, który w art. 81 § 1 k.p. przyznaje pracownikom gotowym do wykonywania pracy wynagrodzenie za czas nieświadczenia pracy, jeżeli niedopełnienie

[27] A. Świątkowski, *Przyszłość prawa pracy*, [w:] *Polskie prawo pracy w procesie przemian*, Warszawa – Kraków 1001, s. 9 i nast.; Tenże, *Ponownie o przyszłości prawa pracy*, [w:] Z. Góral, Z. Hajn (red.), *Przyszłość prawa pracy. Księga Jubileuszowa Prof. Michała Seweryńskiego*, Łódź 2015 (w druku).

[28] A.M. Świątkowski, *Niepracownicze (cywilnoprawne) stosunki zatrudnienia*...

[29] „Monitor Prawa Pracy" 2007, nr 1, s. 43-44.

[30] Zob. A.M. Świątkowski, *Polskie prawo pracy*, Warszawa 2014, s. 24 i nast.

przez pracodawcę obowiązku polegającego na dostarczeniu pracy pracownikom spowodowane zostało przeszkodami dotyczącymi pracodawcy.

Sąd Najwyższy w orzeczeniu I PK 110/06 łączy ryzyko pracodawcy z podporządkowaniem pracownika temu pracodawcy, pod którego kierownictwem pracownicy są zobowiązani wykonywać pracę. Stanowisko Sądu Najwyższego można próbować interpretować w taki sposób, że istota pracy wykonywanej na podstawie umowy o pracę w ramach stosunku pracy wymusza na stronach indywidualnego stosunku pracy odrębną postawę. Pracodawca powinien wykazać się inicjatywą i przedsiębiorczością w wyszukiwaniu i organizowaniu pracownikom pracy. Powinien nimi kierować, to znaczy wskazywać, co powinni robić, kiedy i jak powinni świadczyć pracę w sposób zgodny z obowiązującymi w zakładzie pracy standardami sumienności i staranności. Ustawodawca przyznał pracodawcy prawo do dyscyplinowania pracowników postępujących niezgodnie z obowiązującymi u danego pracodawcy przepisami wydanymi w celu zapewnienia prawidłowej organizacji i porządku w procesie pracy. Pracownicy natomiast zostali zobowiązani do pozostawania do dyspozycji pracodawcy oraz do starannego i sumiennego wykonywania wydawanych przez pracodawcę poleceń odnoszących do pracy, jaką – zawierając umowy o pracę – zobowiązali się świadczyć. Zaprezentowany powyżej podział ról w indywidualnych stosunkach pracy dokonany przez ustawodawcę, akceptowany przez judykaturę, rzeczywiście został oparty na koncepcji podporządkowania pracownika pracodawcy.

W świetle przedstawionej koncepcji indywidualnego stosunku pracownik, strona formalnie równa pracodawcy, rysuje się jako podmiot w pełni uzależniony od pracodawcy w godzinach pracy, zobowiązany do stawienia się w miejscu wskazanym i w czasie pracy wyznaczonym przez pracodawcę oraz zobligowany do sumiennego i rzetelnego świadczenia pracy dostarczonej przez pracodawcę. Wszelkie przeszkody niewynikające z niedopełnienia przez pracownika dwóch podstawowych obowiązków: wykazania gotowości do pracy oraz sumiennego i starannego jej wykonywania obciążają pracodawcę. Pracodawca został przez ustawodawcę potraktowany jako podmiot wyłącznie zobowiązany do ponoszenia skutków prawnych i majątkowych niedopełnienia dwóch nałożonych nań przez ustawodawcę podstawowych obowiązków wobec pracowników. Pierwszego – dostarczenia pracy i umożliwienia jej wykonywania oraz drugiego – zapłacenia pracownikowi za wykonaną pracę lub pozostawanie w gotowości do jej świadczenia.

Powyższy idealny model relacji, w jakich powinny pozostawać strony indywidualnych stosunków pracy, został zaburzony przez ustawodawcę. Zgodnie z tym modelem, w którym ryzyko niezawinionego niewykonania obowiązków w należyty sposób przez pracownika ponosi pracodawca, który zaniedbał nałożoną nań przez ustawodawcę powinność sprawowania formalnej kontroli i merytorycznego nadzoru nad pracownikiem w czasie, gdy ten jest obowiązany pozostawać do dyspozycji pracodawcy, został zastąpiony praktyką, według której pracodawca z racji władztwa przyznanego mu przez ustawodawcę nad pracownikami, których zatrudnia, powinien ponosić wszelkie, bezpośrednie i pośrednie, konsekwencje zakłóceń w idealnym, opartym na podporządkowaniu, modelu indywidualnego stosunku pracy. Zasada pełnego ryzyka pracodawcy oznacza nieobciążanie pracowników konsekwen-

cjami zdarzeń całkowicie niezależnych od przedsiębiorcy zatrudniającego pracowników. Po stronie pracownika zasada całkowitego ryzyka pracodawcy powinna być traktowana jako pewnik, iż wszelkie ujemne następstwa odnoszące się do nieosiągnięcia wynagrodzenia uzgodnionego w umowie o pracę przez strony indywidualnego stosunku pracy mogą go obciążyć wyłącznie wtedy, gdy z przyczyn przez niego zawinionych nie dopełnił wymaganej sumienności i staranności przy świadczeniu pracy. W taki właśnie sposób ustawodawca uregulował w przedstawionych wcześniej przepisach działu piątego Kodeksu pracy odpowiedzialność pracownika za szkodę przez niego wyrządzoną w mieniu pracodawcy oraz osób trzecich. Pracodawca w pełni ponosi ryzyko osobowe i socjalne wynikające z niewłaściwego doboru pracownika, jego nieumyślnych uchybień i pomyłek oraz zdarzeń losowych uniemożliwiających mu ograniczone w czasie wykonywanie pracy.

Zasada ekwiwalentności świadczeń w prawie pracy przeczy prawdziwości tezy, że pełną odpowiedzialność z racji ryzyka technicznego i gospodarczego ponosi wyłącznie pracodawca. Niekorzystne dla pracownika, mimo że od niego niezależne, skutki prawne i ekonomiczne niemożności wykonywania pracy zostały przez ustawodawcę rozłożone między stronami indywidualnego stosunku pracy. Pracodawca ma obowiązek wypłacenia pracownikom wynagrodzenia za wykonaną pracę. Za czas pozostawania w gotowości do pracy, kiedy z przyczyn niedotyczących pracodawcy pracownik nie może wykonywać pracy, wynagrodzenie nie przysługuje. Nawet gdy przeszkody w świadczeniu pracy zostały wywołane przyczynami, na które pracodawca ma wpływ, pracownik za pozostawanie w gotowości do świadczenia pracy nie ma zagwarantowanego przeciętnego wynagrodzenia obliczonego według stawek wypłacanych w okresie rozliczeniowym wskazanym przez ustawodawcę, lecz wyłącznie wynagrodzenie wynikające z jego osobistego zaszeregowania określonego stawką godzinową lub miesięczną. W szeroko rozpowszechnionej współcześnie praktyce ustalania przez pracodawców stawek osobistego zaszeregowania na poziomie minimalnego wynagrodzenia oraz wykorzystywania pozostałych składników płacy jako instrumentów motywacyjnych przestój w pracy z powodów, na które pracodawca nie ma wpływu, musi być uznane za zdarzenie, którego ujemne skutki zostaną poniesione przez obydwie strony indywidualnego stosunku pracy, a nie wyłącznie, jak miało wynikać z zasady całkowitego ryzyka pracodawcy, przez przedsiębiorcę.

Umowa o pracę jest uważana za umowę starannego działania, a nie umowę rezultatu. Wynagrodzenie za pracę sumiennie i starannie wykonaną powinno być pracownikowi wypłacane bez względu na wydajność i efekty pracy osiągane przez innych pracowników zatrudnionych przez tego samego pracodawcę. Tymczasem uzależnienie wynagrodzenia pracowników wchodzących w skład załogi przedsiębiorstwa lub zespołów pracowniczych od efektów działalności gospodarczej większych jednostek, których członkami są poszczególni pracownicy, stanowi odstępstwo od określonej w art. 78 § 1 k.p. reguły indywidualizacji wynagrodzenia za pracę, ustalania jego wysokości w taki sposób, aby odpowiadało ono rodzajowi pracy wykonanej przez określonego pracownika, jego kwalifikacjom, jakie są wymagane przy świadczeniu pracy danego rodzaju oraz ilości i jakości pracy wykonanej przez tego pracownika.

Fragment rozważań poświęconych ryzyku pracodawcy, zainspirowany stanowiskiem judykatury, która wiążąc zasadę ryzyka pracodawcy z podporządkowaniem pracownika w procesie pracy kierownictwu pracodawcy, upatruje w odpowiedzialności pracodawcy jednej z głównych cech wyróżniających pracę świadczoną w ramach pracowniczego, nawiązanego na podstawie umowy o pracę stosunku pracy od pracy wykonywanej na podstawie umów cywilnoprawnych w ramach innych stosunków prawnych, należy zakończyć konkluzją, iż obydwie strony indywidualnego stosunku pracy ponoszą, aczkolwiek w różnym stopniu[31], ryzyko techniczne i gospodarcze ograniczenia lub niemożności dostarczenia pracy przez pracodawcę i wynikającą stąd niemożność wykonywania pracy przez pracownika, pozostającego w gotowości do świadczenia pracy. Brak jest więc podstaw do stwierdzenia, że przyjęta w prawie pracy zasada ryzyka pracodawcy jest wyłącznie cechą charakterystyczną pracowniczych stosunków pracy.

W ramach zatrudnienia niepracowniczego ryzyko jest również rozłożone, aczkolwiek w inny sposób niż w stosunku pracy, pomiędzy zleceniodawcą a zleceniobiorcą, zamawiającym a wykonawcą. Osoba wykonująca pracę na podstawie umowy cywilnoprawnej ponosi odpowiedzialność na zasadach określonych przepisami działu II „Skutki niewykonania zobowiązań" Księgi trzeciej „Zobowiązania" Kodeksu cywilnego (art. 471-486)[32]. Przesłanki kontraktowej odpowiedzialności dłużnika za szkodę spowodowaną niewykonaniem lub niewłaściwym wykonaniem zobowiązania obejmują: 1) naruszenie zobowiązania, polegające na niewykonaniu albo niewłaściwym wykonaniu zobowiązania; 2) powstanie szkody; 3) związek przyczynowy między przesłanką pierwszą (niewykonaniem lub niewłaściwym wykonaniem zobowiązania) a drugą (szkodą). W szczególności dłużnik odpowiada za własne zawinione zachowanie, zachowania osób trzecich, którymi posługiwał się przy wykonaniu zobowiązania. Strony umowy cywilnoprawnej mają prawo zawęzić lub rozszerzyć zakres odpowiedzialności kontraktowej dłużnika. W celu obalenia domniemania ustanowionego w art. 471 k.c. dłużnik ma obowiązek udowodnić, iż szkoda powstała w następstwie zdarzeń, za które on nie ponosi odpowiedzialności. W powyższym obowiązku wyraża się istotna różnica między rozkładem ryzyka w stosunkach cywilnoprawnych a stosunkach pracy. Przepis art. 116 k.p. *expressis verbis* zobowiązuje pracodawcę do wykazania okoliczności uzasadniających odpowiedzialność materialną pracownika oraz wysokość powstałej szkody[33]. Druga różnica między reżimem odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez pracownika lub szkodę spowodowaną przez osobę wykonującą pracę w ramach umowy cywilnoprawnej wynika z zakresu odpowiedzialności. Pracownik, który nie jest związany z pracodawcą umową o odpowiedzialności materialnej za powierzone mienie ponosi ograniczoną odpowiedzialność za wyrządzoną szkodę. Odpowiedzialność osoby wykonującej pracę na podstawie umowy o pracę jest pełna. Mieści się w rzeczywistych granicach wyrządzonej szkody (*damnum emergens*) oraz obejmuje korzyści nieuzyskane przez poszkodowanego (*lucrum cessans*). W takim samym zakresie odpowiedzialność ponoszą również pracownicy, którzy umyślnie wyrządzili szkodę. Zgodnie z tezą

[31] Na utrzymującą się dysproporcję udziału pracownika i pracodawcy w ryzyku, jakie towarzyszy stosunkowi pracy zwraca uwagę Ł. Pisarczyk, *Ryzyko pracodawcy,* Wolters Kluwer, Warszawa 2008, s. 355.

[32] Ustawa z 23.4.1964 r., Dz.U. nr 16, poz. 93, ze zm.

[33] Uchwała pełnego składu Izby Pracy i Ubezpieczeń Społecznych SN z 29.12.1975 r., V PZP 13/75, Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna i Pracy (OSNCP) 1976, nr 2, poz. 19.

trzecią przywołanej wcześniej uchwały pełnego składu Izby Pracy i Ubezpieczeń Społecznych SN z 29.12.1975 r. (V PZP 13/75) ilekroć Kodeks pracy przewiduje odpowiedzialność pracownika w pełnej wysokości, rozumie się przez to odpowiedzialność w granicach straty i utraconych korzyści. Ponieważ Kodeks pracy nie określa kryteriów, według których należy ustalić wysokość szkody, za pośrednictwem art. 300 k.p. znajduje zastosowanie w stosunkach pracy art. 363 § 2 k.c., norma nakazująca stosowanie zobiektywizowanych kryteriów przy ustalaniu wysokości odszkodowania. Oznacza to, że wysokość szkody powinna być ustalona według cen detalicznych, a nie hurtowych[34]. Pracownik jest również zobowiązany na żądanie poszkodowanego do zapłaty odsetek od dnia wyrządzenia szkody[35].

System odpowiedzialności pracowników[36] związanych z pracodawcą umową o odpowiedzialności materialnej pracownika za szkody wyrządzone pracodawcy może być określony jedną z kilku umów, które mogą być nawiązywane przez strony stosunków pracy. W literaturze prawniczej umowy te są traktowane jako umowy „towarzyszące stosunkom pracy"[37]. System ten jest bardzo podobny do systemu cywilnoprawnej, kontraktowej odpowiedzialności dłużnika wobec wierzyciela wynikającej z niewykonania lub niewłaściwego wykonania zobowiązania.

W obydwu systemach odpowiedzialności: ograniczonej, regulowanej przepisami Kodeksu pracy, stosowanej wobec pracowników, którzy nie zawarli z pracodawcą umowy o odpowiedzialności za szkodę w mieniu powierzonym, i pełnej, uregulowanej przepisami Kodeksu cywilnego, wina jest uważana za jedyną, wspólną podstawę odpowiedzialności *ex contractu*.

Ze zjawiskiem konwergencji zasad odpowiedzialności za szkody wyrządzone przez osoby wykonujące pracę w ramach porównywanych stosunków prawnych, pracowniczego i cywilnoprawnego, mamy do czynienia w przypadku odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną osobie trzeciej przez pracownika przy wykonywaniu obowiązków pracowniczych. Sformułowany w art. 120 k.p. obowiązek pracodawcy wyłącznego zaspokojenia szkody wyrządzonej przez pracownika odpowiada zobowiązaniom nałożonym na osoby powierzające wykonanie czynności osobie świadczącej pracę w ramach umowy cywilnoprawnej za szkodę spowodowaną przez wykonawcę (art. 429 k.c.). Zaostrzony reżim odpowiedzialności odszkodowawczej za delikt ustanowiony został w art. 430 k.c. W wymienionym przepisie osoba powierzająca na własny rachunek wykonanie czynności innej, poddanej swojemu kierownictwu osobie, ponosi odpowiedzialność za szkodę wynikłą

[34] A.M. Świątkowski, *Kodeks pracy*..., s. 639.
[35] Uchwała 7 SN z 22.09.1970 r., III PZP 18/70, OSNCP 1971, nr 1, poz. 5.
[36] Teza: „Strony cywilnoprawnej umowy o świadczenie usług w ramach swobody umów mogą ukształtować zakres odpowiedzialności usługodawcy przez odesłanie do przepisów Kodeksu pracy o odpowiedzialności materialnej za mienie powierzone z obowiązkiem zwrotu lub do wyliczenia się (art. 124 k.p.)" orzekł Sąd Najwyższy w wyroku z 9.12.1999 r., I PKN 434/99, Orzecznictwo Sądu Najwyższego, Izba Administracyjna, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych (OSNAPiUS) 2001, nr 9, poz. 311. W uzasadnieniu przytoczonego wyroku nie podano merytorycznych argumentów. Sąd Najwyższy ograniczył się do stwierdzenia, iż „nie ma przeszkód prawnych, by w cywilnoprawnych stosunkach zatrudnienia odpowiedzialność zleceniobiorcy została ukształtowana według reguł obowiązujących w stosunku pracy. Jest to nawet uzasadnione funkcjonalnie". Zwracam uwagę na sprzeczność między tezą cytowanego orzeczenia a jego uzasadnieniem w części dotyczącej osoby lub podmiotu, z którym można zawrzeć taką umowę: „usługodawcą" czy „zleceniobiorcą".
[37] A.M. Świątkowski, *Polskie prawo*..., s. 104 i nast.

z winy wykonawcy, zobowiązanego do stosowania się do poleceń zlecającego wykonanie określonej pracy lub zadania.

Wykonywanie pracy na podstawie umowy cywilnoprawnej przez osobę prowadzącą przedsiębiorstwo, czyli – w rozumieniu poprzednio obowiązujących przepisów Kodeksu pracy przed nowelizacją dokonaną ustawą z 02.02.1996 r.[38] – zakład pracy w znaczeniu przedmiotowym, na które to pojęcie składają budynki, urządzenia, surowce oraz narzędzia wykorzystywane w procesie pracy, czyni z osoby świadczącej pracę, także samodzielnie, przedsiębiorcę, do którego ma zastosowanie przepis art. 435 k.c. Przywołana norma ma zastosowanie powszechne, także wtedy, gdy szkoda na osobie lub mieniu została wyrządzona przez zleceniobiorcę zleceniodawcy albo wykonawcę zamawiającemu. Podstawę odpowiedzialności osoby świadczącej pracę na podstawie umowy cywilnoprawnej jest zagrożenie wyrządzenia szkody wynikające z korzystania – w sensie fizycznym, bez względu na tytuł prawny – w procesie świadczenia pracy z prowadzonego przez wykonawcę przedsiębiorstwa lub zakładu wprawianego w ruch za pomocą sił przyrody (pary, gazu, elektryczności, paliw płynnych itp.). Przesłankę odpowiedzialności za wyrządzoną szkodę stanowi ruch przedsiębiorstwa, a nie poszczególne czynności wykonywane przez osobę świadczącą pracę w ramach umowy cywilnoprawnej, szkoda oraz związek przyczynowy między funkcjonowaniem przedsiębiorstwa albo zakładu wprowadzanego w ruch za pomocą sił przyrody. Ryzyko regulowane art. 435 k.c. nie ma charakteru absolutnego. Z przyczyn egzoneracyjnych enumeratywnie wyliczonych w analizowanym przepisie: *vis major*, wyłączna wina poszkodowanego lub osoby trzeciej, odpowiedzialność wykonawcy zostaje wyłączona. O przypadku wyłącznej winy można pisać, gdy winę można przypisać jedynie poszkodowanemu[39]. W razie gdy wina może być przypisana wyłącznie poszkodowanemu lub/i osobie trzeciej, solidarną odpowiedzialność za szkodę ponoszą poszkodowany lub/i osoba trzecia oraz prowadzący przedsiębiorstwo.

Ryzyko jako podstawa prawna odpowiedzialności za wyrządzoną szkodę stronom stosunków prawnych, w ramach których wykonywana jest praca, jest uregulowane w jednolity sposób w przepisach prawa cywilnego, które mają zastosowanie także do stosunków pracy wówczas, gdy szkoda nie została wyrządzona z wyłącznej winy pracownika, osoby świadczącej pracę w ramach jednej z umów prawa cywilnego, prowadzącej przedsiębiorstwo lub zakład wprawiany w ruch za pomocą sił przyrody. Rzecz w tym, że przedmiotem porównania w niniejszym opracowaniu są osoby świadczące pracę w ramach stosunku pracy (pracownicy) oraz zatrudnione na podstawie umów cywilnoprawnych. Te ostatnie, jeżeli zatrudniają pracowników lub korzystają z pomocy innych osób, które zatrudniają w ramach umów cywilnoprawnych, mogą występować – jak pisałem wcześniej – w roli pracodawców albo przedsiębiorców. Przeto akcentując podobieństwa występujące w rozkładzie ryzyka zatrudnionych pracowników i nie-pracowników, nie sposób zachować porównywalnej płaszczyzny porównawczej, albowiem ci pierwsi mogą wyłącznie występować w jednej roli społecznej pracowników, natomiast ci drudzy poza rolą wykonawców realizujących zamówienie lub zleceniobiorców występują również w roli przedsiębiorców, jeżeli do wykonania powierzonej im pracy

[38] Dz.U. nr 24, poz. 110.
[39] W. Warkałło, *Odpowiedzialność odszkodowawcza. Funkcje, rodzaje, granice*, Warszawa 1972, s. 269 i nast.

korzystają z wyodrębnionych środków w sensie organizacyjnym, technicznym, majątkowym i finansowym. Ryzyko jako cecha uznana za charakterystyczną przez judykaturę dla zatrudnienia pracowniczego jest więc co do zasady równie charakterystyczna dla zatrudnienia niepracowniczego. Dokonywanie porównań między ryzykiem, które różne systemy prawa prywatnego: prawo cywilne i prawo pracy przypisują stronom stosunków prawnych, w ramach których świadczona jest praca, ma sens wyłącznie wówczas, gdy porównujemy rozkład ryzyka z perspektywy tej samej strony dwóch różnych stosunków prawnych. W przypadku stosunku pracy jest to pracownik. Natomiast w przypadku stosunku cywilnoprawnego nawiązanego na podstawie jednej z umów cywilnoprawnych, w ramach których praca może być świadczona, punktem odniesienia dla powyższego porównania może być jedynie wykonawca lub zleceniobiorca – a więc zatrudniony, niekorzystający w procesie pracy z pomocy przedsiębiorstwa lub zakładu wprawianego w ruch za pomocą sił przyrody.

STOSUNEK ZATRUDNIENIA PRAWNĄ PODSTAWĄ UNIJNEJ PRZESTRZENI WOLNOŚCI, BEZPIECZEŃSTWA I SPRAWIEDLIWOŚCI

Najświeższa tendencja w aktualnej polskiej doktrynie prawa pracy jest oparta na przekonaniu, iż zatrudnienie regulowane przepisami prawa pracy jest fundamentem sprawiedliwości społecznej. Ponieważ na wprowadzenie w orbitę wpływów prawa pracy osób zatrudnionych, niebędących pracownikami nie wyrażą zgody, ze względu na koszty, pracodawcy, przeto w literaturze prawa pracy zgłoszono propozycję zmiany nazwy gałęzi prawa regulującego indywidualne stosunki pracy i zastąpienie określenia „prawo pracy" terminem „prawo zatrudnienia" oraz terminu „Kodeks pracy", ustawy będącej zbiorem praw i obowiązków stron stosunków pracy, sformułowaniem „Kodeks zatrudnienia"[40].

Włączenie zatrudnienia niepracowniczego do stosunków pracy regulowanych dotychczasowymi przepisami prawa pracy w poważniejszym stopniu nie zmieni struktury zatrudnienia w Polsce, nawet jeżeli uwzględni się krytyczne zarzuty organizacji związkowych, które akcentują, iż odsetek zatrudnionych w naszym kraju na podstawie umowy o dzieło jest najwyższy w Unii Europejskiej. Nadal więc podstawowym przedmiotem regulacji Kodeksu zatrudnienia będzie praca wykonywana w ramach pracowniczych stosunków pracy. Zatrudnienie nie-pracownicze było, jest i będzie jedną z wielu form pracy, z których tylko niektóre mogą być objęte przepisami zobowiązaniowego prawa pracy.

Zatrudnienie cywilnoprawne we współczesnej Polsce to zjawisko marginalne, chociaż może stanowić poważny problem polityczny dla rządzących. W celu wyeliminowania zjawisk niekorzystnych dla budżetu państwa (unikanie obowiązków płacenia danin publicznych z racji zatrudnienia w ramach stosunku pracy) trudno reformować ustalony od kilkudziesięciu lat porządek prawny. Specyfikę regulacji prawnych w Polsce, kraju, w którym po zmianie ustroju obowiązywały przepisy wydane w pierwszym roku dwudziestole-

[40] M. Gersdorf, *Prawo zatrudnienia*…, s. 169 i nast.

cia międzywojennego, wyraża się w obowiązywaniu do dziś Kodeksu pracy uchwalonego w PRL. Tego rodzaju obserwacje dają świadectwo solidnej prawniczej roboty, która przetrwała zmiany ustrojowe[41].

Argumentując na rzecz konieczności przyjęcia przyzwoitej legislacji, czyli uchwalenia Kodeksu zatrudnienia, M. Gersdorf[42] ujawnia, że chodzi jej nie tylko o włączenie w orbitę wpływów prawa pracy, które zostanie przemianowane na prawo zatrudnienia, umów cywilnoprawnych o świadczenie pracy, ale również o osłabienie bezpieczeństwa prawnego i socjalnego pracowników gwarantowanego przepisami aktualnie obowiązującego Kodeksu pracy, który zostanie uchylony. W obecnych realiach powyższe stwierdzenie ma charakter akademicki. Jednakże pewne preludium do zmiany daje się zauważyć na kolejnych stronach cytowanej monografii. Zwracając uwagę na „ostre antagonizmy" w stosunkach pracy, Autorka w pierwszym kolejności uwzględnia dotychczasowy, oparty na konflikcie interesów, model zbiorowych stosunków pracy. Nie uwzględnia wynikającej z przynależności do Unii Europejskiej konieczności prowadzenia dialogu społecznego przez partnerów społecznych[43]. Dotyka ogólniejszych problemów związanych z ochronnymi i organizacyjnymi funkcjami prawa pracy. Poprzestaje na powtórzeniu pytania, czy prawo pracy ma zabezpieczać stabilizację stosunku pracy (pisze o „stałym zatrudnieniu"), czy powinno sprzyjać zatrudnialności. Akcentując różnice interesów między pracownikami zatrudnionymi w starym systemie ochronnym a „parweniuszami" – młodymi pracownikami zatrudnionymi w „atypowych" (a dzisiaj już typowych) formach zatrudnienia zarówno pracowniczego, jak i pozapracowniczego" oraz między pracodawcami zatrudniającymi pracowników w mniej i bardziej korzystnych dla nich formach zatrudnienia, przygotowuje grunt pod podbudowę tezy, że „prawo ludzi pracy powinno być rozszerzone o ten segment dla umów o pracę, który dotyczyłby ochrony socjalnej"[44]. Autorka zdaje sobie sprawę z następstw przedstawionych propozycji. Stara się więc zapewnić czytelników, że jej propozycja zmierza do zmian „bardziej ewolucyjnych"[45]. Zapewnia, że „rewolucyjne zmiany w prawie nie są dobre". Zapomina jednak, że proponuje zmianę nazwy gałęzi prawa, kodeksu, definicji stron stosunku pracy. Ogranicza postulat objęcia prawem zatrudnienia „tylko części problematyki umów cywilnoprawnych, związanej ze statusem socjalnym zatrudnionych". Z powyższego wynika, że Autorka rezygnuje z przyznawania zatrudnionym uprawnień pracowniczych, ogranicza się wyłącznie do uprawnień socjalnych. Biorąc pod uwagę, iż podstawowa część judykatury pod rządem obowiązujących przepisów prawa pracy i zabezpieczenia społecznego dotyczy pozornych umów o pracę, zawieranych bez zamiaru wykonywania pracy w ramach stosunku pracy a wyłącznie w celu nabycia uprawnień do świadczeń z ubezpieczeń społecznych (zasiłków macierzyńskich, chorobowych, emerytur), ustanowiona w art. 22 k.p. konstrukcja

[41] A.M. Świątkowski, *Kontynuacja i zmiana instytucji indywidualnego prawa pracy w Polsce. Studia z zakresu prawa pracy i polityki społecznej*, Kraków 1999/2000, s. 59 i nast.

[42] M. Gersdorf, *Prawo zatrudnienia…*: „Chodzi o rezygnację z niektórych instrumentów ochronnych przyjętych dla stosunku pracy i niejako w zamian za to objęcie pewną ochroną wszystkich żyjących z pracy rąk", s. 175 i nast.

[43] A.M. Świątkowski, *Gwarancje prawne pokoju społecznego w stosunkach pracy*, Warszawa 2013, s. 107 i nast.

[44] M. Gersdorf, *Prawo zatrudnienia…*, s. 177.

[45] Idem, s. 178.

prawna pozwala sądom pracy odróżnić rzeczywiste umowy o pracę od umów zawartych wyłącznie w celu wyłudzenia świadczeń z ubezpieczenia społecznego. Zastąpienie prawa pracy prawem zatrudnienia łączyłoby się z koniecznością osłabienia stosunku pracy postrzeganego jako podstawa sprawiedliwości społecznej.

Włączenie zatrudnienia niepracowniczego w orbitę wpływów prawa pracy, zastąpienie Kodeksu pracy Kodeksem zatrudnienia uspokoiłoby obawy legalistów, którzy mogą się czuć zaniepokojeni korzystaniem z wolności przepływu w ramach Unii Europejskiej nie-pracowników, ale zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych. Brak w polskim prawie pracy prawnej definicji „zatrudnionego", zdefiniowanie w art. 2 k.p. terminu prawnego „pracownik" nie uzasadnia radykalnych propozycji zastąpienia prawa pracy prawem zatrudnienia. W ślad za autonomiczną, wykształconą przez judykaturę TSEU w europejskim prawie pracy definicją pracownika, może podążyć proeuropejsko zorientowania polska judykatura, korzystająca z wystarczającego instrumentu prawnego, jakim jest analizowany w niniejszym opracowaniu art. 22 § 1^1 k.p. Nie ma przeszkód prawnych, aby powyższa norma została wykorzystana – poza wymienionym wyżej rozróżnieniem – dla celów związanych z ochroną państwowego systemu ubezpieczeń społecznych prawdziwych od fałszywych umów cywilnoprawnych, w ramach których wykonywana jest praca zarobkowa – również dla odróżnienia pracowników korzystających z wolności przemieszczania się w obrębie Unii w świetle przepisów dwóch systemów prawa pracy: polskiego (art. 2 k.p.) i europejskiego (art. 45 TfUE, dawny art. 39 TWE).

Bibliografia

Barcz J. (red.), *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, Warszawa 2011.
Barnard C., *EU Employment Law*, Oxford 2012.
Gersdorf M., *Prawo zatrudnienia*, Warszawa 2013.
Mitrus L., *Swoboda przemieszczania się pracowników po przystąpieniu Polski do Unii Europejskiej*, Warszawa 2003.
Musiała A., *Zatrudnienie niepracownicze*, Warszawa 2011.
Pisarczyk Ł., *Ryzyko pracodawcy*, Warszawa 2008.
Świątkowski A., *Przyszłość prawa pracy*, [w:] *Polskie prawo pracy w procesie przemian*, Warszawa – Kraków 1991.
Świątkowski A.M., *Autonomiczna definicja pracownika*, „Monitor Prawa Pracy" 2014, nr 11 (w druku).
Świątkowski A.M., *Gwarancje prawne pokoju społecznego w stosunkach pracy*, Warszawa 2013.
Świątkowski A.M., *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2012.
Świątkowski A.M., *Kontynuacja i zmiana instytucji indywidualnego prawa pracy w Polsce. Studia z zakresu prawa pracy i polityki społecznej*, Kraków 1999/2000.
Świątkowski A.M., *Labour Law: Council of Europe*, AH Alphen aan den Rijn 2014.
Świątkowski A.M., *Niepracownicze (cywilnoprawne) stosunki zatrudnienia*, [w:] K.W. Baran (red.), *System prawa pracy*, t. VII, Warszawa 2015 (w druku).
Świątkowski A.M., *Polskie prawo pracy*, Warszawa 2014.
Świątkowski A.M., *Ponownie o przyszłości prawa pracy*, [w:] Z. Góral, Z. Hajn (red.), *Przyszłość prawa pracy. Księga Jubileuszowa Prof. Michała Seweryńskiego*, Łódź 2015 (w druku).

Świątkowski A.M., *Prawo wyboru podstawy zatrudnienia*, [w:] A. Kosut (red.), *Księga Jubileuszowa Profesor Teresy Liszcz*, Lublin 2015 (w druku).
Świątkowski A.M., *Regulating Temporary Work: Protection of the National Labour Market or the Individual Worker?*, [w:] *Temporary Agency Work in the European Union and the United States*, "Bulettin of Comparative Labour Relations" 2013, Vol. 82.
Warkałło W., *Odpowiedzialność odszkodowawcza. Funkcje, rodzaje, granice*, Warszawa 1972.
Wróbel A. (red.), *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, Warszawa 2013.

Streszczenie: Autor przedstawia prawne dysproporcje między przepisami Kodeksu pracy (art. 2 i 22) i Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (art. 45, dawny art. 39 TWE). Tytuł VII Traktatu gwarantuje swobodę przepływu wewnątrz Unii Europejskiej osób, usług i kapitału, natomiast art. 45 TfUE wymienia wyłącznie pracowników w ramach szeroko pojętej kategorii osób aktywnych zawodowo w państwach członkowskich UE. Podstawową tezą sformułowaną w artykule jest objęcie zakresem swobody przemieszczania się osób zatrudnionych na podstawie cywilnoprawnych umów o świadczenie usług, formalnie niemających w świetle przepisów polskiego prawa pracy statusu prawnego pracowników. Zamierzeniem autora jest prewencyjne uniemożliwienie możliwości ograniczenia swobody przemieszczania się wewnątrz Unii Europejskiej osób zawodowo aktywnych, pozostających w zatrudnieniu nie-pracowniczym (cywilnoprawnym). Z tego względu autor proponuje w tekstach właściwych przepisów prawa (polskich i unijnych) zastąpienie terminu „pracownik" określeniem „zatrudniony", obejmującym osoby świadczące pracę na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego.

Słowa kluczowe: swoboda przemieszczania się, pracownicy, zatrudnieni, praca, Kodeks pracy, Kodeks cywilny, umowy o wykonywanie pracy

FREE MOVEMENT OF "WORK"WITHIN EUROPEAN UNION?

Summary: Author is presenting legal discrepancies between provisions of Polish Labour Code (art.2 and 22) and Treaty for Functioning of the EU (art.45, former art. 39). Title VII of UE Treaty guarantees freedom of movement of individuals, services and capital but art.45 of the above mentioned Treaty lists only employees among broader category of professionally active population of EU Member States which ought to enjoy freedom of movement. Therefore, an article published is inspired by the risk which might be created by a national ultra legalistic method of argumentation according to which only individuals defined by the national legislator as an employees may enjoy freedom of movement within EU. In order to prevent such possibility an Author proposes to substitute in both legal texts (Labour Code and Treaty) an official definition of an employee by the broader legal term of "labour" which covers also an individuals employed on legal grounds regulated by the Civil Code.

Key words: freedom of movement, employees, labour, Labour Code, Civil Code, contracts