

UNIVERSITY OF BIALYSTOK  
FACULTY OF LAW

BIALYSTOK LEGAL STUDIES

BIAŁOSTOCKIE STUDIA  
PRAWNICZE



BIALYSTOK LEGAL STUDIES

BIAŁOSTOCKIE STUDIA  
PRAWNICZE



VOLUME 26 nr 2

**Editor-in-Chief of the Publisher Wydawnictwo Temida 2:** Eugeniusz Ruśkowski

**Chair of the Advisory Board of the Publisher Wydawnictwo Temida 2:** Rafał Dowgier

**Advisory Board:**

**Representatives of the University of Białystok:** Stanisław Bożyk, Leonard Etel, Ewa M. Guzik-Makaruk, Dariusz Kijowski, Cezary Kulesza, Agnieszka Malarewicz-Jakubów, Maciej Perkowski, Eugeniusz Ruśkowski, Joanna Sieńczyło-Chlabcz, Mieczysława Zdanowicz.

**Representatives of other Polish Universities:** Marek Bojarski (University of Law in Wrocław), Dorota Malec (Jagiellonian University in Kraków), Tomasz Nieborak (Adam Mickiewicz University in Poznań), Maciej Szpunar (University of Silesia in Katowice; Advocate General at the Court of Justice of the European Union), Stanisław Waltoś (University of Information, Technology and Management in Rzeszów), Zbigniew Witkowski (Nicolaus Copernicus University in Toruń).

**Representatives of Foreign Universities and Institutions:** Lilia Abramczyk (Janek Kupała State University in Grodno, Belarus), Vladimir Babčák (University of Kosice, Slovakia), Renata Almeida da Costa (University of La Salle, Brazil), Jose Luis Iriarte Angél (University of Navarra, Spain), Andrew S. Horsfall (Syracuse University, USA), Marina Karasjewa (University of Voronezh, Russia), Jolanta Kren Kostkiewicz (University of Bern, Switzerland), Martin Krygier (University of New South Wales, Australia), Anthony Minnaar (University of South Africa, South Africa), Antonello Miranda (University of Palermo, Italy), Petr Mrkvka (University of Masaryk, Czech Republic), Marcel Alexander Niggli (University of Fribourg, Switzerland), Andrej A. Novikov (State University of St. Petersburg, Russia), Lehte Roots (Tallinn University of Technology, Estonia), Jerzy Sarnecki (University of Stockholm, Sweden), Rick Sarre (University of South Australia, Australia), Kevin Saunders (Michigan State University, USA), Bernd Schünemann (University of Munich, Germany), Elena Chernikova (Russian Academy of National Economy and Public Administration, Russia).

**Editors:**

**Editor-in-Chief:** Elżbieta Kuźelewska

**Editorial Secretary:** Ewa Lotko, Paweł Czaplicki

**Other Editors:** Christopher Kulander, Tanel Kerikmäe, Andrzej Sakowicz, Urszula K. Zawadzka-Pąk, Bruna Żuber

© Copyright by Author(s) under the Creative Commons CC BY NC ND 4.0 license

No part of this work may be reproduced and distributed in any form or by any means (electronic, mechanical), including photocopying – without the written permission of the Publisher.

The original version of the journal is a print one.

ISSN 1689–7404

e-ISSN 2719–9452

**Volume Theme Editors:** Aneta Giedrewicz-Niewińska, Jana Komendová

Language Editors: Urszula Andrejewicz, Claire Taylor Jay

Statistical Editor: Ewa Glińska

Graphic and Typographic Development: Joanna Ziarko, Jerzy Banasiuk

Cover Design: Bogusława Guenther

Publisher: Faculty of Law, University of Białystok; Temida 2

All volumes can be purchased from Wydawnictwo Temida 2. Address: ul. A. Mickiewicza 1, 15-213 Białystok, Poland. E-mail: temida2@uwb.edu.pl, Tel. +48 85 745 71 68

## Spis treści

### ARTYKUŁY

Charles Szymanski <i>The Idea of the “General Clause” in American Labor Law</i> .....	11
Jana Komendová, Jan Horecký <i>The Notion of “Worker” for the Purpose of EU Social Policy and its Interpretation by the Court of Justice of the European Union</i> .....	51
Krzysztof Baran <i>General Clauses that Define the Scope of Contractual Freedom in Concluded Settlements in Disputes Between the Employee and the Employer</i> .....	61
Tereza Antlová, Michal Blažek <i>The Terminal Status of Marriage in the Czech Labor Code</i> .....	71
Roman Zapletal <i>Current Perspectives Concerning the Autonomy of Will while Concluding a Fixed-Term Employment Law Relationship</i> .....	81
Viktor Križan <i>Good Manners and the Prohibition on the Abuse of Rights in Slovak Labor Law</i> .....	95
Iwona Sierocka <i>General Clauses in the Act on So-Called Collective Redundancies</i> .....	107
Krzysztof Prokop <i>Konstytucyjne prawo do godziwego wynagrodzenia za pracę</i> .....	119

## Contents

---

Aneta Giedrewicz-Niewińska

*Powołanie jako podstawa nawiązania stosunku pracy w samorządzie terytorialnym a regulacje kodeksu pracy*..... 137

Wioletta Witoszko

*Ważny interes służby jako fakultatywna przyczyna zwolnienia ze służby o charakterze klauzuli generalnej*..... 147

Karol Łapiński

*Obiektywne przyczyny leżące po stronie pracodawcy jako przesłanka zawarcia „nielimitowanej” umowy o pracę na czas określony*..... 159

Katarzyna Żywolewska

*Przywrócenie do pracy na poprzednich warunkach a prawo do urlopu wypoczynkowego – wybrane zagadnienia* ..... 179

Michał Skóra

*Ewolucja pojęcia niepełnosprawności w unijnym i polskim prawie pracy* ..... 189

Noty o autorach.....203

## Contents

### ARTICLES

Charles Szymanski <i>The Idea of the “General Clause” in American Labor Law</i> .....	11
Jana Komendová, Jan Horecký <i>The Notion of “Worker” for the Purpose of EU Social Policy and its Interpretation by the Court of Justice of the European Union</i> .....	51
Krzysztof Baran <i>General Clauses that Define the Scope of Contractual Freedom in Concluded Settlements in Disputes Between the Employee and the Employer</i> .....	61
Tereza Antlová, Michal Blažek <i>The Terminal Status of Marriage in the Czech Labor Code</i> .....	71
Roman Zapletal <i>Current Perspectives Concerning the Autonomy of Will while Concluding a Fixed-Term Employment Law Relationship</i> .....	81
Viktor Križan <i>Good Manners and the Prohibition on the Abuse of Rights in Slovak Labor Law</i> .....	95
Iwona Sierocka <i>General Clauses in the Act on So-Called Collective Redundancies</i> .....	107
Krzysztof Prokop <i>The Constitutional Right to Fair Remuneration for Work</i> .....	119

## Contents

---

Aneta Giedrewicz-Niewińska

*Appointment as the Basis for Establishing an Employment Relationship  
in Local Government and the Regulations of the Labor Code* ..... 137

Wioletta Witoszko

*The Important Interest of the Service as an Optional Reason for Dismissal  
from Service in the Form of a General Clause* ..... 147

Karol Łapiński

*Objective Reasons on the Part of the Employer as a Premise for Entering  
into an “Unlimited” Fixed-Term Employment Contract* ..... 159

Katarzyna Żywolewska

*Reinstatement to Work under Previous Conditions and the Right to Holiday Leave  
on the Basis of the Case Law of the Supreme Court and the Court of Justice  
of the European Union* ..... 179

Michał Skóra

*The Evolution of the Notion of Disability in EU and Polish Labor Law* ..... 189

Contributors ..... 201



## ARTICLES



**Charles F. Szymanski**

Vytautas Magnus University, Lithuania

charles.szymanski@gmail.com

## **The Idea of the “General Clause” in American Labor Law**

**Abstract:** European legal systems have long encompassed the concept of the “general clause”, particularly in contract and labor law. The general clause includes unwritten legal norms such as good faith and public morality, and these principles are duly incorporated in the process of construing civil and labor contracts. While the general clause itself is formally absent in common law systems, its principles have found their way into modern British and American law. Two primary examples include the doctrines of good faith and unconscionability. In a broader sense, the idea of introducing rather indeterminate legal norms to be construed and interpreted by judges appears to be well-suited to a common law system. However, as applied to American labor law, the very indeterminacy of these terms has had rather negative effects on the rights of employees and the labor unions that represent them. Specifically, this article examines the good faith requirement in collective bargaining under the National Labor Relations Act (NLRA) and the doctrine of unconscionability in employment arbitration agreements, and concludes that they both should be supplemented by more definite standards in order to effectively protect employees.

**Keywords:** arbitration, collective bargaining, general clause, good faith, unconscionability

### **Introduction**

It is difficult to precisely define the concept of the general clause in European law, in large part due to its inherently amorphous nature. In the context of contract law, one of the best attempts at definition described it as follows: “General clauses or standards (Generalklauseln, clauses generales) are legal rules which are not precisely formulated, terms and concepts which in fact do not even have a clear core. They are often applied in varying degrees in various legal systems to a rather wide range of contract cases when certain issues arise issues such as abuse of rights, unfairness, good faith, fairness of duty or loyalty or honesty, duty of care, and other such contract

terms not lending themselves readily to clear or permanent definition.”<sup>1</sup> The general clause has had a long history in continental Europe, and has been applied to both contract and labor law. However, it has not been as readily embraced by common law systems.<sup>2</sup> As an initial matter, the term “general clause” is not commonly used in English and American jurisprudence to express the definition provided above. Nevertheless, the *concepts* embedded in the general clause – such as good faith, public morals, among others – have slowly been incorporated into English and American law, despite some resistance.<sup>3</sup> This resistance could be traced to a reluctance in Anglo-Saxon doctrine to go outside of the terms of the contract to resolve a case; the matter should stand or fall on the terms written into the contract itself, and not upon external social considerations.<sup>4</sup> In modern times, particularly in the U.S., this recalcitrance has finally given way. For example, in contract law, the Uniform Commercial Code (UCC) in the United States imposes an obligation of good faith and fair dealing in the interpretation and performance of contracts for the sale of goods.<sup>5</sup>

In American labor law, these concepts have also taken root. After an explanation of the basic framework of U.S. labor law and the space provided for standards found in general clauses, this article will focus on two main examples: the duty of employers and unions to collectively bargain in good faith under the National Labor Relations Act (NLRA)<sup>6</sup>, and the application of the common law doctrine of unconscionability to employment arbitration agreements. In both cases, the precise scope of the application of good faith and unconscionability, respectively, will be provided. With respect to the duty to bargain in good faith in the collective bargaining context, case law (in the form of judicial and administrative decisions) has created more specific rules as to what this term does and does not mean. Essentially, employers and unions must meet at reasonable times to try to reach an agreement over wages, hours and

---

1 S. Grundmann, D. Mazeaud, General Clauses and Standards in European Contract Law: Comparative Law, EC Law and Contract Law Codification, The Hague 2005, p. 6.

2 D. Wielsch, Relational Justice, “Law & Contemp. Probs.” 2013, vol. 76, p. 208 n. 72.

3 B. Cremades, Good Faith in International Arbitration, “Am. U. Int’l L. Rev.” 2012, vol. 27, pp. 773–774.

4 *Ibid.*; see also A. Von Mehren, The Death of Contract, “Colum. L. Rev.” 1974, vol. 75, p. 1412 (book review). Another view is that, at least in the case of English law, the historical rejection of a good faith requirement in contract law has more to do with “different cultural norms, about what constitutes good faith and fair dealing in some contractual contexts rather than a refusal to recognize that good faith and fair dealing are required.” M. A. Hogg, The Implication of Terms in Fact: Good Faith, Contextualism and Interpretation, “Geo. Wash. L. Rev.” 2017, vol. 85, p. 1665 n. 21, quoting Yam Seng [2013] EWHC [151] (quoting *Interfoto Picture Library Ltd. v. Stiletto Visual Programmes Ltd.* [1989] 1 QB 433 (CA) at 439 (Lord Bingham LJ) (appeal taken from Lambeth Cty. Ct.) (Eng.)).

5 U.C.C. § 1–304

6 29 U.S.C. § 158(d)

other terms and conditions of employment.<sup>7</sup> There is no requirement for one side or another to agree to a specific proposal, but they must at least listen and keep an open mind to what the other side has to say.<sup>8</sup>

In terms of employment arbitration agreements, the contract law doctrine of unconscionability has been applied to determine whether or not such agreements are enforceable.<sup>9</sup> Generally, if an agreement is unconscionable – i.e., it is so unfair as to shock the conscience – it is unenforceable.<sup>10</sup> Such dramatic unfairness may exist where there is a gross disparity of bargaining power between the two parties (here, employer and employee), the terms were hidden in fine print, the relative sophistication of the parties, and the terms themselves are grossly unbalanced in favor of the stronger side (the employer).<sup>11</sup> In general, employers have more bargaining power than an individual employee, and arbitration agreements – where the employee agrees to waive their right to the court and have any employment related disputes decided by a private arbitrator instead – present numerous advantages to employers. The legal question is whether or not these considerations make arbitration agreements unconscionable, and thus unenforceable, in the employment context.

These determinations of good faith and unconscionability are made on a case by case basis.<sup>12</sup> Whether or not an employer is bargaining in good faith, or a given employment arbitration agreement is unconscionable, depends on the facts and circumstances of the specific situation. On one hand, this kind of analysis plays into the strength of the common law system. Courts and administrative bodies have flexibility in construing such general terms as good faith and unconscionability, and the law can bend to meet and address new societal conditions. But on the other hand, the inherent indeterminacy of these terms and their case by case application present some special problems in the labor law context. There is often a fine line between

7 *Id.*; *McKinney v. Creative Vision Resources, LLC* 2013 WL 351655 (E.D. La. 2013), \*25.

8 29 U.S.C. § 158(d); *Drivers, Warehouse & Dairy Employees Union, Local No. 75 v. N.L.R.B.* 866 F.2d 1537 (D.C. Cir. 1989); *Rivera-Vega v. ConAgra, Inc.* 876 F.Supp. 1350, 1363 (D. P.R. 1995).

9 See e.g. *Harrington v. Atlantic Sounding Co., Inc.*, 602 F.3d 113, 126 n.7 (2<sup>nd</sup> Cir. 2010) (applying “shocks the conscience” standard to attempt to avoid an arbitration agreement under an unconscionability argument); *Salley v. Option One Mortg. Corp.*, 925 A.2d 115, 592 Pa. 323 (Pa. 2007); *Thibodeau v. Comcast Corp.*, 912 A.2d 874, 2006 PA Super. 346 (Pa. Super. Ct. 2006).

10 *Harrington, supra*, 602 F.3d at 126, n.7.

11 *Ashford v. PricewaterhouseCoopers LLP*, 954 F.3d 678, 684–85 (4<sup>th</sup> Cir. 2020) (restating New York law, which requires the employee to show procedural unconscionability (“whether deceptive or high-pressured tactics were employed, the use of fine print in contract, the experience and education of the party claiming unconscionability, and whether there was disparity in bargaining power”) and substantive unconscionability (focusing on “the substance of the bargain to determine whether the terms were unreasonably favorable to the party against whom unconscionability is urged [.]”).

12 *Barrasso v. Macy’s Retail Holdings, Inc.* 2016 WL 1449567 (D. Mass. 2016), \*5 (unconscionability); *Fallbrook Hosp. Corp. v. N.L.R.B.*, 785 F.3d 729, 734 (2015) (NLRA- “the statutory standard of “good faith” bargaining is determined by the facts of each case...”).

lawful hard bargaining and unlawful bad faith bargaining,<sup>13</sup> and it may take years of litigation to determine the answer to this question. At the end, even if the employer did bargain in bad faith, the remedy is often only an order to go back and bargain in good faith this time.<sup>14</sup> Likewise, case by case determinations of unconscionability may take quite some time. For employers, having the matter tied up in the courts defeats the purpose of the arbitration agreement, and employees have the additional costs and expense of trying to escape such agreements in the often false hope that they can prevail.<sup>15</sup>

In both situations, it is argued that the standards of good faith and unconscionability should be supplemented by bright-line legislative or judicial rules to provide more predictability and more efficiency in the American system of labor law. The duty to bargain in good faith should be augmented by a provision allowing a neutral arbitrator to decide the terms of a collective bargaining agreement where the parties' negotiations have not been successful. In the case of employment arbitration agreements, in lieu of unconscionability determinations, a bright-line rule should be introduced making them generally illegal where the agreement was reached before the dispute arose. Instead, as in EU consumer law, only post-dispute arbitration agreements should be lawful in the employment context. Alternatively, new qualification and selection standards for arbitrators should be mandated in employment arbitration case to restore some fairness and balance to the process, or, through collective action, employers should be persuaded to voluntarily abandon the use of individual employment arbitration agreements.

## 1. General Clauses and American Labor Law: Preliminary Issues

While the principles contained in the idea of general clauses are found in American labor law (if not the term itself), they are often applied in a different way than in European legal systems. This is because of the radically different foundations of U.S. labor law, the basis of which is the employment at will doctrine. Under the common law employment at will doctrine, employment is "at the will of" both the employer and employee. That is, an employer may keep an employee as long it wishes. If the employer at any point wishes to end this employment relationship, it has the complete freedom to do so. Consequently, an employee may be terminated for any

---

13 D. Ray, *Doing Well by Being Good: How U.S. Labor Law Encourages Employer Good Faith Behavior*, "Intercultural Hum. Rts. L. Rev." 2019, vol. 14, p. 236.

14 C. Fisk, A. Pulver, *First Contract Arbitration and the Employee Free Choice Act*, "La. L. Re." 2009, vol. 70, p. 56.

15 X.-T. Nguyen, *Disrupting Adhesion Contracts with #Metoo Innovators* "Va. J. Soc. Pol'y & L." 2019, vol. 26, p. 197-99 (noting futility of employees pursuing unconscionability claims in arbitration cases).

or no reason -his or her continued employment is entirely up to the employer.<sup>16</sup> At the same time, the reverse is true: the employee is likewise free to end his or her employment at any time, with or without notice, for any or no reason.<sup>17</sup>

This common law doctrine has been legislatively and judicially modified over time, and presently there are some important exceptions to an employer's unfettered ability to end someone's employment. Most importantly, due to federal anti-discrimination legislation, it is illegal for an employer to terminate an employee for discriminatory reasons, based on his or her status as a member of a protected class (age, sex, disability, race, national origin, religion, genetic background).<sup>18</sup> Federal and state statutes also often make it illegal to fire an employee in retaliation for making a complaint under the statute (for example, reporting a violation of workplace safety laws)<sup>19</sup> or more generally for complaining about the employer's illegal activities (known as "whistleblowing").<sup>20</sup>

The common law itself also recognizes a contract exception to employment at will. If an employment contract exists (whether it be an individual or a collective agreement), the employment at will doctrine no longer applies, and the employer can only fire the employee for a good reason. While at first glance this appears to be a rather gaping exception, in fact it is quite narrow.<sup>21</sup> Employers and employees are certainly free to agree upon an employment contract, but they are not required by law to do so, and in fact the vast majority of American workers do not have any such contract. Approximately 12% of the workforce is covered by a collective bargaining agreement between an employer and a union, and a very limited number of high income workers with unique skills (such as corporate executives) have individual

16 C. Summers, *Employment at Will in the United States: The Divine Right of Employers*, "U. Pa. J. Lab. & Emp. L." 2000, vol. 3, p. 70.

17 K. Varner, K. Hosak, *Blogging: Can Employers and Employees Avoid Getting Caught in the Web?*, "Midwest L.J." 2008, vol. 22, p. 36.

18 42 U.S.C. Section 2000e et seq. (Title VII of the Civil Rights Act, prohibiting discrimination on the basis of religion, gender, race and national origin); 29 U.S.C. §§ 621–634 (Age Discrimination in Employment Act); 42 U.S.C. Section 12101 et seq. (Americans with Disabilities Act); 42 U.S.C. Section 2000ff (Genetic Information Non-discrimination Act).

19 E. Dahlstrom, *ERISA Section 510 should be Interpreted to Cover Internal, Unsolicited Employee Complaints*, "ABA J. Lab. & Emp. L." 2011, vol. 26, pp. 488–89 (summarizing federal statutory anti-retaliation provisions).

20 S. Wynne, M. Vaughn, *Silencing Matters of Public Concern: An Analysis of State Legislative Protection of Whistleblowers in Light of the Supreme Court's Ruling in Garcetti v. Ceballos*, "Ala. C.R. & C.L. L. Rev." 2017, vol. 8, p. 239 (providing summary of whistleblowing laws in all 50 states).

21 R. Andrews, R. Moroko, *Employment-At-Will in New York Remains Essentially Unchanged after a Century of Refinements*, "N.Y. St. B.J." 1999, vol. 71-OCT, p. 9 (express contractual limitations to the employment at will doctrine are rare).

employment contracts.<sup>22</sup> The overwhelming majority of the remaining 88% of employees work without a contract, and therefore remain covered by the general rules of employment at will.

Other exceptions include various constitutional and statutory civil service protections for public sector employees (those working for federal, state and local government)<sup>23</sup>, and the judicially created public policy exception, which prohibits a discharge in the rare event it would conflict with state public policy.<sup>24</sup> An example of this exception would be where an employer fired an employee for serving on jury duty- if employers were free to fire every employee who served on a jury, it would undermine the American justice system, which depends upon citizens serving on juries that decide the outcome of both civil and criminal cases.<sup>25</sup> Finally, one state, Montana, has abandoned the employment at will doctrine, and requires an employer to have good cause to fire an employee.<sup>26</sup>

Consequently, notwithstanding these exceptions, 49 out of 50 states still apply the employment at will doctrine, and the overwhelming majority of American workers are still covered by it in most situations. Given this fact, concepts covered by the general clause, such as good faith, public morality, and societal values, that may apply to discharge cases in Europe (where the employee has an employment contract), would not apply in the U.S. Good faith does not exist in employment at will- the employee can be fired for any or no reason, except for a legislatively prohibited reason, such as discrimination. Therefore, ideas encompassed within the general clause generally would only apply, if at all, to the limited cases where the employer and employee have a contractual relationship (including a collective bargaining relationship) with one another.

It is important to note, however, that “contractual relationship” may mean something other than a formal employment contract. Many employees with no employment contract (and thus subject to employment at will) nevertheless have other contracts with their employer that cover other issues that may arise out of the employment relationship. These types of ancillary contracts typically include arbitration agreements<sup>27</sup>, covenants not to compete<sup>28</sup>, and confidentiality

---

22 Union Member Summary, Bureau of Labor Statistics (BLS), January 22, 2021, at <https://www.bls.gov/news.release/union2.nr0.htm> (15.04.2021).

23 W. Corbett, “You’re Fired!”: The Common Law Should Respond with the Refashioned Tort of Abusive Discharge, *“Berkeley J. Emp. & Lab. L.”* 2020, vol. 41, pp. 77–78.

24 *Weaver v. Harpster*, 975 A.2d 555, 562–563 (Pa. 2009).

25 *Reuther v. Fowler & Williams, Inc.*, 386 A.2d 119 (Pa. Super. 1978).

26 MONT.CODE ANN. § 39–2-904 (1993, as amended 2001).

27 Y. Li, Applying the Doctrine Of Unconscionability to Employment Arbitration Agreements, with Emphasis on Class Action/Arbitration Waivers, *“Whittier L. Rev.”* 2010, vol. 31, p. 665.

28 E. Dalrymple, Would You Like Fries with that Non-Compete? Why Restrictive Covenants Should not be Enforced Against Low Wage Workers, *“Wayne St. U. J. Bus. L.”* 2020, vol. 3, pp. 73–75 (providing overview of covenants not to compete in employment).



agreements<sup>29</sup>. In most cases, these agreements cover situations where the worker's employment has ended. Thus, arbitration agreements require the employee to bring any claims (given the employment at will rule, typically these claims fall under the discrimination exception) they may have against the employer to a private arbitrator rather than a court, and non-competition and confidentiality agreements prohibit the former employee from working for a competitor and disclosing any trade secrets, respectively. In these types of agreements, the application of general clause concepts such as good faith, a duty of loyalty, and unconscionability may come into play.<sup>30</sup>

Given this context, as noted earlier, this article will focus not on good faith and related concepts to employment termination per se, but instead on their application to collective bargaining and employment arbitration agreements.

## 2. The Application of the Principle of Good Faith in U.S. Labor Law

### A. The Duty to Bargain in Good Faith under the National Labor Relations Act

Despite the reputation of the United States as a bastion of unrestrained capitalism at the beginning of the 20<sup>th</sup> century (or indeed, perhaps because of it), a strong labor movement did emerge in the country by that time to try to protect workers and give them some security through collective bargaining. Strikes by labor unions sometimes took a violent turn and near open warfare broke out between employer security firms (such as Pinkerton) and workers.<sup>31</sup> As the Great Depression of the early 1930s threatened to cause even more labor and economic instability, the Wagner Act was passed in 1935 as a means of protecting the rights of unions and providing some structure and a legal framework for labor relations in the U.S.<sup>32</sup> As later amended by the Taft-Hartley Act in 1947, this Act became the National Labor Relations Act (NLRA), the primary federal law regulating relations between unions and employers in the U.S.<sup>33</sup>

---

29 J. Gordon, Silence for Sale, "Ala. L. Rev." 2020, vol. 71, p. 1123 (reviewing the law of confidentiality or non-disclosure agreements in the employment context).

30 N. Enger, Offers You Can't Refuse: Post-Hire Noncompete Agreement Insertions and Procedural Unconscionability Doctrine, "Wis. L. Rev." 2020, vol. 2020, p. 769 (applying unconscionability doctrine to covenants not to compete); Li, Applying..., *op. cit.*, p. 665.

31 A. Gardner, George R.R. Martin's Faith Militant in Modern America: The Establishment Clause and a State's Ability to Delegate Policing Powers to Private Police Forces Operated by Religious Institutions, "Wm. & Mary Bill Rts. J." 2020, vol. 29, p. 220 (commenting on the violence associated with the use of private security firms such as Pinkerton to suppress strikes).

32 J. Morlath, Individual Rights vs. A Seat at the Table: The Guffey Act as an Alternative Model to the Wagner Act, "Geo. J. on Poverty L. & Pol'y" 2013, vol. 21, pp. 125-140 (providing extensive background on the passage and purpose of the Wagner Act).

33 29 U.S.C. Section 151 et seq.

The NLRA sets forth the rights of private sector employees to engage in concerted activities, including the right to strike, form a union and collectively bargain.<sup>34</sup> A special administrative agency, the National Labor Relations Board (NLRB), is charged with enforcing the NLRA.<sup>35</sup> Among other duties, the NLRB administers elections at the workplace where employees vote on whether they would like a union to be their exclusive bargaining representative. If 50% + 1 of the employees taking part in the election vote in favor of the union, the union is certified by the NLRB as their exclusive representative.<sup>36</sup> At that point, the union begins the process of negotiating with the employer for a new collective bargaining agreement. The union has at least one year to negotiate such an agreement, before employees who may be dissatisfied can ask the NLRB for a second election to decertify the union as their representative.<sup>37</sup> A key part of the NLRA is the duty placed upon both unions and employers to bargain in good faith over wages, hours and other terms and conditions of employment.<sup>38</sup> It is an unfair labor practice for both employers and unions to violate this duty.<sup>39</sup>

The concept of good faith under the NLRA is a classic form of general clause- it is not clearly defined by law, and left largely to administrative interpretation. Over time, the NLRB and the courts did develop a framework for determining the scope of the obligation to bargain in good faith, and some concrete principles emerged. First, the duty to bargain in good faith did not mean that the parties were forced to agree on any particular term or proposal. Either side always had the right to say no and to reject a proposal.<sup>40</sup> However, the parties did have an obligation to listen and to try to reach an agreement and to that end, had to meet at reasonable times and places in order to bargain.<sup>41</sup> Refusing to meet and talk to the other side obviously would make negotiations impossible and therefore violated the duty to bargain in good faith.<sup>42</sup>

Likewise, a party would act in bad faith if it refused to even listen to or consider a proposal over a mandatory subject of bargaining (i.e., wages, hours and other terms

---

34 *Ibid.* at Sections 157, 163.

35 *Ibid.* at Section 153.

36 M. Rubenstein, Attorney Labor Unions, "N.Y. St. B.J." 2007, vol. 79-JAN, p. 23, n. 4.

37 29 U.S.C. Section 159(c)(3).

38 *Ibid.* at Section 158(d).

39 *Ibid.* at Section 158(a)(5) & (b)(3).

40 *Altura Communication Solutions, LLC*, 369 NLRB No. 85, \*1 (2020) ("Section 8(d) of the Act provides that the duty to bargain in good faith "does not compel either party to agree to a proposal or require the making of a concession").

41 *Richfield Hospitality, Inc.* 369 NLRB No. 111 (2020) (Section 8(d) of the Act requires "the employer to meet at reasonable times with the representative of its employees and confer in good faith with respect to wages, hours, and other terms and conditions of employment."); *In Re Konig*, 318 NLRB 901, 905 (1995) ("An employer's good-faith obligation includes a statutory duty to make its authorized representative available for negotiations at reasonable times and places").

42 *Arbah Hotel Corp.*, 368 NLRB No. 119 (2019) ("A refusal to meet and bargain in good faith violates Sections 8(a)(5) and (1) of the Act.").

and conditions of employment). While the proposal could ultimately be rejected, the other side should at least have the opportunity to present and explain it; it could not be absolutely foreclosed in advance.<sup>43</sup>

Depending on the circumstances, regressive bargaining could be evidence of a lack of good faith. Regressive bargaining occurs when the employer makes progressively worse offers as the negotiations continue. There may be legitimate reasons for such conduct, especially when there are certain economic time pressures, but taken as a whole they could also indicate that the employer has no intention of ever reaching an agreement.<sup>44</sup>

Where one side formally meets the other for negotiations, but never makes any concessions or modifications to their original proposals, it may be considered to be “surface” bargaining and in bad faith. Arguably that side is simply going through the motions of bargaining, rather than engaging in actual negotiations.<sup>45</sup> At the same time, neither side is required to make a concession during bargaining, and so whether a party is engaging in surface bargaining or lawful hard bargaining is often difficult to discern.<sup>46</sup> What is more clear is that engaging in a pattern of give and take during negotiations, including offering some concessions or accepting some of the other side’s proposals, is considered positive evidence of good faith.<sup>47</sup>

On the employer’s side, bargaining in good faith also requires it not to make unilateral changes to wages, hours and other terms and conditions of employment during the course of negotiations. In essence, from the time the union wins an election and is certified by the NLRB, working conditions are frozen and may only be changed (with few exceptions) if the union agrees. Logically, if the employer could unilaterally lower wages at its discretion, negotiations on that subject with the union would be meaningless. Therefore, the act of making unilateral changes is itself a failure to bargain in good faith. An important exception to this rule is the right

---

43 *Great Lakes Coal Co.*, 268 NLRB 1207, 1215 (1984), quoting *NLRB v. Cable Vision, Inc.*, 660 F.2d 1, 4 (1st Cir. 1981) (“an attitude of open mindedness is a hallmark of good faith bargaining”).

44 *Brinks USA*, 354 NLRB 312, 325 (2009) (defining regressive bargaining, which is not per se illegal but can be evidence of a lack of good faith where the circumstances do not explain a legitimate rational for it).

45 *Midwest Casting*, 194 NLRB 523 n. 13 (1971) (“surface bargaining by definition is a technique of going through the motions or appearance of bargaining on all subjects”).

46 *K Mart Corp.* 242 NLRB 855, 876 (1979) (noting “the subtle distinction between “surface bargaining” and “hard bargaining”).

47 *Stuart Radiator Core Manufacturing Co., Inc.*, 173 NLRB 125, 130 (1968) (“an employer is not required to make any concessions whatever to establish its good faith in bargaining, and the absence of concessions alone may not ground a finding of a refusal to bargain, but such concessions as an employer does make during negotiations may properly be weighed to determine whether they constitute affirmative evidence of good faith bargaining”); *Apt Medical Transportation, Inc.*, 333 NLRB 760, 767 (2001) (the employer’s agreement on some issues and record of making concessions is evidence of good faith bargaining).

to make unilateral changes after an impasse in negotiations takes place.<sup>48</sup> Impasse is a legal concept, and only takes place when it is absolutely clear that both sides are not willing to make any more concessions and have reached their respective limits in negotiations. There are no fixed time thresholds that must be passed in making a determination that the parties are at impasse, but the longer the parties have not made any movement whatsoever in negotiations makes a finding of an impasse more and more likely.<sup>49</sup>

### **B. Enforcement of the Duty to Bargain in Good Faith**

If the union believes the employer is not bargaining in good faith in violation of the NLRA, it may file an unfair labor practice charge against the employer with the NLRB. The NLRB then does an investigation to determine if the employer did actually violate the Act. If the investigation supports the union's claims, the NLRB issues a formal complaint against the employer. Assuming the matter is not informally resolved, it proceeds to a hearing before an administrative law judge (ALJ), where the NLRB acts as a kind of prosecutor. After the ALJ makes a recommended decision, it may be accepted by the parties (the union, employer and the NLRB) or appealed by one or all of them. This appeal goes to a special five (5) member board in Washington DC (confusingly also known as the NLRB) whose members are appointed by the President of the United States for fixed terms.<sup>50</sup> In the past 35 years, the NLRB has become increasingly political, with Republican appointees supporting employers and Democratic appointees more oriented towards supporting unions.<sup>51</sup> The parties may appeal the NLRB's decision to a Federal Court of Appeals, and in turn, they may further appeal the Court of Appeal's decision to the U.S. Supreme Court. However, under the rules of the Supreme Court, there is no automatic right of appeal, and the Court may choose to hear the appeal (or not) at its discretion.<sup>52</sup>

---

48 *CP Anchorage Hotel 2, LLC, D/B/A Hilton Anchorage* 370 NLRB No. 83 (2021) (“During contract negotiations, an employer’s obligation to refrain from unilateral changes extends beyond the mere duty to give notice and an opportunity to bargain; it encompasses a duty to refrain from implementation at all, unless and until an overall impasse has been reached on bargaining for the agreement as a whole”).

49 *Triumph Aerostructures, Vought Aircraft Division*, 369 NLRB No. 123 (2020).

50 29 U.S.C. § 153.

51 M. Bodah; M. Schneider, *Politics, Ideology, and Adjudication: The German Federal Labor Court and the U.S. National Labor Relations Board*, “Comp. Lab. L. & Pol’y J.” 2014, vol. 36, p. 1; A. Semet, *Political Decision-Making at the National Labor Relations Board: An Empirical Examination of the Board’s Unfair Labor Practice Decisions Through The Clinton And Bush II Years*, “Berkeley J. Emp. & Lab. L.”, 2016, vol. 37, p. 223.

52 U.S. Supreme Court Rule 10 (“Review on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion. A petition for a writ of certiorari will be granted only for compelling reasons”). The entire unfair labor practice charge process is helpfully laid out in a chart prepared by the NLRB. See *Unfair Labor Practice Process Chart*, <https://www.nlr.gov/resources/nlr-process/unfair-labor-practice-process-chart> (15.04.2021).

Critically, the entire investigative, adjudicatory and appeal process may take several years or longer to complete. Unfortunately, if at the end of this process it is determined that the employer violated the NLRA by failing to bargain in good faith, there are very limited remedies available for the union. Consistent with the general principle that a party cannot be required to agree to any proposal in collective bargaining, the most common remedy is an affirmative order that the employer return to the bargaining table and commence negotiating in good faith. In the worst cases this can result in a circular process where a new charge is filed and the NLRB once again starts the process of determining whether there was a renewed failure to bargain in good faith. In the meantime, there is no collective bargaining agreement in place.<sup>53</sup>

Where an employer has violated the duty to bargain in good faith by making unilateral changes, more concrete remedies may be available. The employer must rescind the change and, in the case it caused economic harm to the employees (as in the case of a wage cut), restitution must be paid.<sup>54</sup> Where the employer's change involved increases in salary or benefits, formally it also should be rescinded, but in such cases the union typically waives this requirement as it has no interest in upsetting employees by taking money away from them.<sup>55</sup> Consequently in these instances the union's bargaining authority is effectively undermined and there is no real remedy.

During President Obama's administration the NLRB began to expand the remedies available for failing to bargain in good faith. It began to award bargaining expenses incurred by the union during the period the employer was bargaining in bad faith.<sup>56</sup> The greater part of these expenses often consisted of the value of the union lawyers' time spent in fruitless negotiations, and these costs were not necessarily minimal. Beyond awarding these kinds of compensatory damages, however, there was little more the NLRB could do absent new legislation. This is because the remedies under the NLRA are designed to be equitable in nature, to restore the status quo ante that existed before the violation occurred. Unlike other American

53 H. Drummonds, *Beyond the Employee Free Choice Act: Unleashing the States in Labor-Management Relations Policy*, 19 "Cornell J.L. & Pub. Pol'y" 2009, vol. 19, p. 108; Fisk and Pulver, *First Contract...*, *op. cit.*, p. 80 (giving example of seven (7) year delay in final ruling in bad faith bargaining case). However, an employer which fails to bargain in good faith after a court has ruled against it would risk being found in contempt of court, which could carry the risk of fines.

54 *HTH Corp.*, 361 NLRB 709, 716 (2014) ("The standard affirmative remedy for unlawful unilateral changes to the terms and conditions of employment is immediate rescission of the offending changes to the status quo ex ante" and to compensate the employees for any losses, such as back pay).

55 *Scepter Ingot Castings, Inc.*, 341 NLRB 997 (2004) (unilateral change granting wage increases would not be rescinded unless requested by the union).

56 J. Wilson and A. Laird, *Practicing before the NLRB*, "The Advoc. (Texas)" 2014, vol. 69, p. 79 (noting NLRB General Counsel Memorandums from 2011 and 2014 calling for such remedies in bad faith bargaining cases where union is seeking first contract).

employment legislation (particularly anti-discrimination law), there are no fines or punitive damages awarded under the NLRA. There is a certain logic behind this rule, because one of the goals of the NLRA is to look after the collective interests and rights of the workers.<sup>57</sup> If the employer was forced to go into bankruptcy and close because of paying high damages for labor law violations, in the end the workers would all lose their jobs. Nevertheless, it does create serious difficulties in enforcing the duty to bargain in good faith.

Finally, as in the case of committing any other unfair labor practice, the NLRB can require that the employer post a notice to its employees that it has violated the NLRA by failing to bargain in good faith with the union. This notice posting remedy provides a small moral victory of the union, in that that the employer is in effect admitting to the workforce that it violated the law.<sup>58</sup> Sometimes this can be used by the union to mobilize the continued support of the workers it represents, i.e., that the slow progress in negotiations is the result of the employer's illegal conduct, and not the fault of the union.

In sum the good faith bargaining requirement is difficult to enforce. Any determination of what is the fine distinction between hard bargaining and bad faith bargaining must be done on a case by case basis. The litigation of such cases may take years and the end result may be no more than an order to return to the bargaining table and negotiate – this time – in good faith. As a result, employers intent on not reaching an agreement with a union can usually achieve their goal with impunity.<sup>59</sup> Ultimately, the employees become impatient with the lack of progress in negotiation and begin to turn on and blame the union. Eventually, they may even decide to decertify the union as their bargaining representative.<sup>60</sup>

---

57 R. Worster, *If it's Hardly Worth Doing, it's Hardly Worth Doing Right: How the NLRA's Goals are Defeated Through Inadequate Remedies*, "U. Rich. L. Rev." 2004, vol. 38, p. 1091 (observing that the NLRA has extremely limited penalties available, "since "the NLRA's goal is the achieving of workplace peace...neither labor nor management should be too harshly penalized."); R. Steber, *Alternative Remedies for Undocumented Workers Left Behind in a Post-Hoffman Plastic Era*, "Cath. U. L. Rev." 2019, vol. 68, p. 774 (NLRB precluded from ordering punitive damages and fines).

58 T. Barnes, *Making the Bird Sing: Remedial Notice Reading Requirements and the Efficacy of NLRB Remedies*, "Berkeley J. Emp. & Lab. L." 2015, vol. 36, pp. 353–360 (2015) (reviewing the purposes and value of notice posting as a remedy for unfair labor practices).

59 M. Malin, *Labor Law Reform: Waiting for Congress?* "Chi.-Kent L. Rev." 1994, vol. 69, pp. 286–287 (employers can effectively engage in surface bargaining with impunity).

60 C. Meeker, *Defining "Ministerial Aid": Union Decertification under the National Labor Relations Act* "U. Chi. L. Rev." 1999, vol. 66, pp. 1000–1001 ("As a corollary of the employees' freedom to choose a union, the Act also grants employees the qualified right to oust an incumbent union through decertification.... The decertification procedure seems simple. At least 30 percent of the represented employees must sign either a petition or individual cards asserting that they no longer want to be represented by the union. They must file this petition with the NLRB. The NLRB



### C. Suggestions for Reform

There are two main problems with the NLRA’s duty to bargain in good faith: 1) It is ambiguous and 2) lacks effective enforcement. Of these two problems, the first-ambiguity – is less significant. Of course, by its very nature, the term good faith is indeterminate.<sup>61</sup> An employer with a strong negotiating position that does not offer any or few concessions during bargaining may still be acting in good faith depending on all the facts and circumstances. As a result, the NLRB and ultimately the courts must painstakingly analyze all the facts before making a determination whether the employer was or was not acting in good faith.<sup>62</sup> This takes time and also occupies the resources of the NLRB (in its investigative and prosecutorial role) and the union in proving their case. A case by case approach to resolve the ambiguity of good faith likewise does not provide employers and unions with a clear signal of what precise behavior is or is not bad faith, so it could be identified and avoided in the future.

These issues, however, are difficult to correct. Any general clause idea, such as good faith, is not precise and lends itself to judicial interpretation. This is not a problem unique to labor law. In common law systems such as the U.S., over time a body of administrative and case law develops, interpreting the contours of the good faith requirement based on the cases that are litigated to their conclusion. This body of case law – in this example, the precedent of the NLRB, Federal Courts of Appeals and the Supreme Court – provides general guidance to the parties as to what is and is not good faith in labor negotiations. While each case is technically unique, they may collectively fall into certain categories of behavior and this in turn provides a measure of clarity.<sup>63</sup>

Perhaps, within the developing precedent, the NLRB could introduce more “bright line” principles about what constitutes bad faith bargaining instead of relying

---

verifies the veracity and validity of the petition and schedules an election; if the union receives 50 percent or less of the votes, decertification is complete”).

61 M. Harper, *Judicial Control of the National Labor Relations Board’s Lawmaking in the Age of Chevron and Brand X*, “B.U. L. Rev.” 2009, vol. 89, p. 189 n. 123 (Recognizing the ambiguity of the duty to bargain in good faith); J. Hedlund, *An Economic Case for Mandatory Bargaining over Partial Termination and Plant Collection Decisions*, “Yale L.J.” 1986, vol. 95, p. 949 n. 89 (noting ambiguous nature of good faith and impasse under the NLRA); A. Strom, *Caught in a Vicious Cycle: A Weak Labor Movement Emboldens the Ruling Class*, “U. St. Thomas L.J.” 2019, vol. 16, p. 32 (“Congress provided that employers must ‘meet at reasonable times and confer in good faith’, but it provides no further details about an employer’s bargaining obligation”).

62 D. Ray, C. Cameron, *Revisiting the Offensive Bargaining Lockout on the Fiftieth Anniversary of American Ship Building Company v. NLRB*, “ABA J. Lab. & Emp. L.” 2016, vol. 31, p. 348 (“There are few bright lines for assessing the legality of bargaining”).

63 D. Koplów, *Long Arms and Chemical Arms: Extraterritoriality and the Draft Chemical Weapons Convention*, “Yale J. Int’l L.” 1990, vol. 15, p. 1 n. 352 (Winter, 1990) (analogizing to the NLRA and observing that commentaries and case law provide “meaningful interpretation” on the scope of the ambiguous term “good faith”).

upon the totality of circumstances to reach a decision.<sup>64</sup> In effect, this could lead to a more structured pattern of negotiations – the number and length of required bargaining sessions, restrictions on regressive proposals, for example – and therefore represents something of a trade-off in terms of both sides' flexibility.

More significant than defining good faith is enforcing it in the context of collective bargaining. The existing enforcement mechanisms leave much to be desired. There is rarely an effective remedy and the cases themselves take far too long to be resolved. In such circumstances the good faith requirement can be rendered meaningless in many situations.<sup>65</sup> To correct this problem, a number of reforms have been suggested. These range from relatively minor ones to larger, structural reforms of the NLRA itself. They include: banning employers guilty of repeated unfair labor practices (including bargaining in bad faith) from bidding on federal contracts<sup>66</sup>; revising the definition of impasse to delay or even prohibit the employer's right to make unilateral changes<sup>67</sup>; penalizing employers with monetary fines for failing to bargain in good faith<sup>68</sup>; and

---

64 W. Corbett, A Proposal for Procedural Limitations on Hiring Permanent Striker Replacements: "A Far, Far Better Thing" than the Workplace Fairness Act, "N.C.L. Rev." 1994, vol. 72, p. 813 n. 170 (citing professor Douglas Ray for the conclusion that under the NLRA "there is no bright line between good faith and bad faith bargaining"); J. Cook, Sizing Up Labor Relations Down Under: What Australia's Fair Work Commission Can Teach the National Labor Relations Board, "Wis. Int'l L.J." 2018, vol. 36, pp. 147–148 (pointing out that Australia's Fair Work Act's requirements for good faith bargaining are a "more detailed codification" as compared to the NLRA).

65 M. Malin, *Labor Law...*, *op. cit.*, p. 286 (Weak remedies under the NLRA negate "much of the economic incentive for an employer to bargain in good faith.").

66 As far back as the 1970s, legislation was introduced in Congress "providing for debarment from federal contracts of persons who willfully violate final Board or court orders", but it was never enacted. D. Nolan, R. Lehr, Improving NLRB Unfair Labor Practice Procedures, "Tex. L. Rev." 1978, vol. 57, p. 47 n.7. At the state level, Wisconsin had debarred contractors who repeatedly violated the NLRA, but this law was held by the Supreme Court to be preempted by federal labor law. *Wis. Dep't of Indus. Labor and Human Rel. v. Gould*, 475 U.S. 282, 289 (1986). President Clinton signed an executive order which would have debarred employers who hired permanent strike replacements from federal contracts, but this order was likewise held to be preempted in *Chamber of Commerce v. Reich*, 74 F.3d 1322, 1337 (D.C. Cir. 1996). More recently President Obama signed an Executive Order which would have required federal contractors to report certain federal labor law violations, see July 2014 Fair Pay and Safe Workplaces Executive Order 13673, but this was in large part blocked by a court injunction and then overturned by Executive Order 13782 in 2017 after the election of President Trump. U.S. Dept. of Labor, Guidance for Executive Order 13673, "Fair Pay and Safe Workplaces" at <https://www.federalregister.gov/documents/2017/11/06/2017-23588/guidance-for-executive-order-13673-fair-pay-and-safe-workplaces> (15.04.2021).

67 E. Dannin, From Dictator Game to Ultimatum Game . . . and Back Again: The Judicial Impasse Amendments, "U. Pa. J. Lab. & Emp. L." 2004, vol. 6, p. 241.

68 L. Compa, Not Dead Yet: Preserving Labor Law Strengths while Exploring New Labor Law Strategies, "UC Irvine L. Rev." 2014, vol. 4, p. 609 (calling for "substantial fines for repeat NLRA violators."); R. Lajeunesse, Jr., The Controversial "Card-Check" Bill, Stalled in the United States Congress, Presents Serious Legal and Policy Issues, "Tex. Rev. L. & Pol." 2010, vol. 14, p. 215 (the



introducing an interest arbitration requirement where the parties fail to reach an agreement during negotiations.<sup>69</sup> Each proposal will be dealt with in turn below.

As noted above, remedies for failing to bargain in good faith tend to fall into the category of cease and desist – the ruling requires the employer to stop its bad behavior and return to negotiations in good faith. The recent actions of the NLRB awarding bargaining costs to the union cause somewhat more pain to the employer, and therefore may act as more of a deterrent, though not always. Unions do not always retain expensive lawyers to conduct negotiations on their behalf, and in many cases of bad faith bargaining there are not that many negotiation sessions in the first place from which costs may be recovered. Even where these costs exist, the benefits derived from refusing to negotiate in good faith – effectively destroying the union and avoiding a collective bargaining agreement – greatly outweigh them. All of the proposals for reform increase, to some extent, the costs for the employer for breaking the law and incentivize it to bargain in good faith according to the NLRA.

Prohibiting repeat labor law violators from bidding on federal contracts can be a significant penalty for some employers. This is especially true for those employers who rely on such contracts for a substantial part of their revenue. If an employer repeatedly refused to bargain in good faith with labor unions, it could find itself subject to such a ban, and the lost revenue from such contracts might even outweigh the increased labor costs associated with reaching a new collective bargaining agreement with the union. Certainly, this would be a helpful step, but it has some inherent limitations. It would only impact employers that have substantial federal contracts, and therefore would have no effect on other employers not involved in federal contracting. In addition, its effectiveness would be linked to precisely how an employer would be designated as a repeat labor law violator. If a large number of unfair labor practice violations were required to reach this status, it would only effect the most abusive employers which regularly violate the NLRA. Other union-free employers, who might only deal with a union once or twice after an election, would be less at risk for being designated as a repeat violator. Still, even in these cases, such a provision could at least induce employers who fall into these categories to bargain in good faith with a new union, and therefore would be a valuable step in

---

proposed Employee Free Choice Act (EFCA) would have “imposed fines of up to \$20,000 for each unfair labor practice committed by employers who “willfully or repeatedly” engage in unlawful conduct”); and the current Protecting the Right to Organize (PRO) Act legislation, passed by the House of Representatives but pending in the Senate, H.R. 2474, which would permit fines of up to \$50,000-\$100,000 for unfair labor practices in certain circumstances, and fines of up to \$10,000 for violating an order of the NLRB. See <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/842/text> (15.04.2021).

69 Interest arbitration provisions were found in the earlier proposed EFCA, LaJeunesse, *The Controversial...*, *op. cit.* p. 215, and are present in the current PRO Act. <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/842/text> (15.04.2021).

the right direction. By itself, however, it is unlikely to entirely correct the problem of enforcement and change employers' behavior.

Changing the rules of impasse would also provide motivation for employers to negotiate in good faith. The unilateral change rule, wherein employers cannot make changes to wages, hours and other terms and conditions of employment during the pendency of negotiations without the union's agreement, does promote good faith bargaining. Perhaps an employer would like to restructure the workforce, change the salary structure of certain positions, or increase employee co-payments for health insurance. The union might agree with one or even all of these ideas, of course in exchange for benefits in other areas. As a result, the rule stimulates movement in each side's negotiating positions, and brings the parties closer to a collective bargaining agreement.<sup>70</sup> However, there are two limitations to the rule which make it less effective. First, an employer is always free to implement unilateral changes after an impasse in negotiations is reached, i.e., where there is no movement on either side and a deadlock has occurred. An employer intent on not reaching an agreement might even come to an impasse sooner than one acting in good faith, and thereafter would be free to make whatever changes it saw fit.<sup>71</sup> Second, the remedy for an illegal unilateral change is simply restoring the status quo ante, and therefore is only punitive in the case of negative economic changes, i.e., reducing wages. In other areas, returning to the status quo is less problematic. Revising the legal standards for reaching impasse, making it more difficult to attain, would at least address the first problem. It would encourage employers to negotiate with the union in good faith in order to implement any needed changes, with the knowledge that impasse would not occur any time soon.

There are, however, some obstacles to revising the standards on determining when an impasse occurs to make it stricter. The NLRB would have to provide a reasonable justification to this change, as the impasse standards have been rooted for a long time in both NLRB and Supreme Court precedent. Theoretically, there could be some difficulty in making such a justification. Arguably, impasse either exists or it does not. If there is no movement in negotiations and no hope for a breakthrough, in that situation it would be unreasonable for the NLRB to now rule that this does not constitute an impasse. Of course, the NLRB could reasonably tighten its standards for less absolute situations, where the situation is not as clear, making it more difficult to reach an impasse. Another possible solution is to simply eliminate the impasse rule, and prohibit any unilateral changes until both sides agree to them during collective

---

70 H. Drummonds, Reforming Labor Law by Reforming Labor Law Preemption Doctrine to Allow the States to Make More Labor Relations Policy, "La. L. Rev." 2009, vol. 70, p. 97 n. 107 (acknowledging that the unilateral change rule is one area where "NLRA remedies do bite").

71 E. Dannin, From Dictator..., *op. cit.*, p. 264 (noting advantage employer has in being able to implement changes after impasse).

bargaining. This would obviate the need to create a complex standard that would only delay impasse. While such a change would be less realistic than incrementally making the standards for impasse more difficult to satisfy, it has the advantage of clarity and would likewise force the employer to bargain in good faith in order to achieve their business and organizational needs.<sup>72</sup>

Introducing monetary fines for employers which violate the NLRA by bargaining in bad faith might also be an effective incentive to correct their behavior. Administrative fines are not unheard of in American labor law. The Occupational Health and Safety Administration (OSHA) levies fines against employers who violate federal health and safety laws, and in fact this is the primary means of getting employers to comply with these laws.<sup>73</sup> As proposed in the PRO Act legislation currently pending before the Senate, the NLRA could likewise be amended to provide for various degrees of fines for violating that law, including for violations of the duty to bargain in good faith. Fines would also avoid the danger associated with punitive damages; while excessive punitive damages could bankrupt a firm, the NLRB could tailor the amount of fines to ensure that they would not have that extreme an effect. Whether or not fines would solve the enforceability of the duty to bargain in good faith would in large part be determined by their amount and how often they were imposed. Giving a cautionary example from the Covid 19 pandemic, OSHA only levied a nominal amount of fines against employers in the meat packing industry for gross safety violations, which in turn had no impact in improving worker safety at such a critical time.<sup>74</sup>

The most effective change might be the largest and most dramatic. This would be the creation of a system of interest arbitration in the NLRA. In interest arbitration, a neutral arbitrator would decide the terms of the collective bargaining agreement if the parties were unable to do so, after either a certain fixed point in time or after impasse has been reached in negotiations. Normally, the relative economic power of the parties determines how and whether a collective bargaining agreement will be reached, and how equitable the terms of that agreement will be. This economic power can be expressed by the union through strikes, and by an employer by lockouts and its ability to sustain its business during a strike. Ideally, both sides feel a degree of pain and discomfort – the union because the workers are not receiving a salary during

---

72 *Ibid.* (arguing for the abrogation of the impasse rule in collective bargaining).

73 W. Viscusi, *The Fatal Failure of the Regulatory State*, “Wm. & Mary L. Rev.” 2018, vol. 60, pp. 594–600 (outlining how fines are used by OSHA, but criticizing the limitations placed on the amounts of these fines).

74 J. Brudney, *Forsaken Heroes: Covid-19 and Frontline Essential Workers*, “Fordham Urb. L.J.” 2020, vol. 48, p. 23 (“While OSHA issued a handful of subsequent citations in early September - to two meatpacking plants and several healthcare facilities--for failure to protect workers from the coronavirus, the limited nature of these citations, the de minimis remedies, and the belated timing are all problematic”).

the course of the strike, and the employer through economic losses caused by the absence of its workforce and a possible shutdown of or reduction in its operations. This will prompt them to negotiate in good faith and find some middle ground upon which to base a new agreement.<sup>75</sup> However, in the past special situations existed for certain categories of workers where the role of strikes and application of economic power did not apply. Specifically, this included public safety workers, such as police and firefighters, who by law did not have a right to strike (since such strikes would endanger public safety). Without a right to strike, police and firefighter unions had limited means to apply pressure on their employers to reach a favorable agreement. In response, some states introduced an interest arbitration requirement for negotiations with public safety employees. Whatever issues the parties could not agree upon in collective bargaining would be decided by an interest arbitrator. In reaching his or her decision, the arbitrator would primarily look to comparable workers at other similarly situated localities and review their wages and other employment conditions, the financial health of the employer, and any special circumstances that might exist (i.e., police working in a city with an especially high violent crime rate). In his or her arbitration award, the arbitrator would craft the terms of the collective bargaining agreement to ensure all these factors were taken into account.<sup>76</sup>

An idea that has been gaining some momentum is to import the interest arbitration system used for public safety employees into the NLRA, at least in the cases where the parties are negotiating an initial collective bargaining agreement.<sup>77</sup> In such situations, the union, for its part, would give up its right to strike. While giving up the right to strike may seem to be an enormous sacrifice – after all, it is a core principle of almost every labor law system – in the United States it would be one worth making. One of the practical reasons for the breakdown of good faith collective bargaining in the U.S. has been the evisceration of the right to strike. Strikers may be permanently replaced by their employers, and therefore every strike carries the risk of them losing their jobs not just for the duration of the strike, but forever. Unions themselves are becoming more and more a rarity in American workplaces, and in 2021 only represented 6.4% of private sector workers (declining from a high

---

75 J. Gross, *Yet Another Reappraisal of the Taft-Hartley Act Emergency Injunctions*, “U. Pa. J. Lab. & Emp. L.” 2005, vol. 7, p. 309 (Explaining that under the original Wagner Act, “The economic weapons of both employers and unions were left unfettered, providing an economic incentive to bargain in good faith. Justice Brennan explained that good faith bargaining and economic pressure exist “side by side”).

76 M. Malin, *Two Models of Interest Arbitration*, “Ohio St. J. on Disp. Resol.” 2013, vol. 28, p. 145 (providing an overview of interest arbitration in the public sector).

77 K. Andrias, B. Sachs, *Constructing Countervailing Power: Law and Organizing in an Era of Political Inequality*, “Yale L.J. 546” 2021, vol. 130, p. 624 (making this as one suggestion for labor law reform).

of 30–35% in the 1950s<sup>78</sup>). Calling unsuccessful strikes would put existing unions further at risk. For these reasons, the number of strikes has progressively declined in the U.S. and by 2021 are few and far between.<sup>79</sup> Consequently, in these conditions, employers recognize that there is little danger of the union resorting to a strike during negotiations. The union has little leverage to persuade the employer to agree to its demands or to offer any concessions. This fact encourages employers to take an aggressive stance in bargaining that may cross the line into bad faith bargaining.

Arguably, interest arbitration would restore this balance. An employer that continuously rejected all union proposals and otherwise made any negotiations difficult would not be, in the end, rewarded by this conduct by avoiding both the union and a collective bargaining agreement. Instead, an interest arbitrator would award a new contract with reasonable terms based in large part on what comparable employers are providing. If the employer has special concerns or issues it needs addressed, it would do well to negotiate these terms with the union before an arbitrator imposes his or her own terms. In other words, the pendency of interest arbitration creates the impetus for the employer to negotiate in good faith.<sup>80</sup> When unions were stronger, this role was fulfilled by the threat of a strike, but this is no longer the case today.

Drawing from the experience of the use of interest arbitration for police and firefighters, there is a possibility that its introduction in the private sector would actually reduce the importance of bargaining in good faith as a means of reaching an agreement. Because the parties know they will have an agreement ultimately awarded by the interest arbitrator, irrespective of whether or not they make any progress in negotiations, they may actually lack any incentive to engage in serious bargaining beforehand. There is some truth to this argument<sup>81</sup>, although its application to the private sector is somewhat negated by the unique conditions present in public sector labor negotiations. Public sector employers have a motive to simply let the interest arbitrator to decide everything, since they can then blame the arbitrator for any excessive wages and benefits awarded in the collective bargaining agreement. In contrast, if a city (for example) agreed to such increases voluntarily during

---

78 M. Bodie, Labor Interests and Corporate Power, “B.U. L. Rev.” 2019, vol. 99, p. 1123 n. 1.

79 U.S. Bureau of Labor Statistics, Work Stoppages Summary (only 8 major work stoppages in 2020, third lowest total since 1947) (February 19, 2021) <https://www.bls.gov/news.release/wkstp.nr0.htm> (15.04.2021).

80 E. Dannin, NLRA Values, Labor Values, American Values, “Berkeley J. Emp. & Lab. L.” 2005, vol. 26, p. 235 (arguing for the introduction of interest arbitration as a remedy for bad faith bargaining, and contending it would give an employer an incentive to negotiate in good faith).

81 M. Malin, Two Models..., *op. cit.*, p. 145, noting this point, but also observing that in some states more contracts are reached through collective bargaining than through interest arbitration, and in some forms of interest arbitration – particularly the tripartite model, where the union and the employer appoint their own arbitrator- a form of negotiation (between the arbitrators) continues to take place within the arbitration process.

bargaining, the electorate may hold the mayor and other elected officials accountable at the ballot box.<sup>82</sup> Likewise, public sector unions sometimes have a disincentive to actively negotiate prior to the interest arbitration process. Statewide unions may have an advantage over smaller towns and public entities in the arbitration process, due to the repeat player effect in arbitration. The repeat player problem occurs where one side is a frequent user of arbitration services, and the other party is a one-time user.<sup>83</sup> As the arbitrator is a private person, he or she is paid by the parties rather than the state, and is likely to get much more future arbitration work from a repeat player in the arbitration process. Because of this fact, the arbitrator intentionally or even unconsciously may give more favorable awards to the repeat player (the statewide union) rather than to the one time user (here, the town).<sup>84</sup> In the private sector, however, both of these considerations are not present. There are no election concerns for a company, and multinational companies would be just as much a repeat player in arbitration as international unions.

There has also been a suggestion that interest arbitration should only be used as a *remedy* for bad faith bargaining, rather than a default rule for all initial collective bargaining agreements.<sup>85</sup> That is, interest arbitration would only take place after a finding was made that the employer bargained in bad faith, where the arbitrator would fill in terms of the contract in areas where no agreement has been reached. However, this would be an inferior solution. The parties would be forced to engage in drawn out, time consuming litigation to determine whether or not the employer was bargaining in good or bad faith, which, as has been pointed out, is often a very fine line. A default rule avoids this problem and the parties both know that if an agreement is not reached the terms of the contract will be determined in interest arbitration.

The PRO Act introduced in the United States Congress contains a number of these reforms, particularly the opening the possibility of monetary fines for violating the Act and most importantly for the introduction of interest arbitration. As a result of the November, 2020 elections, the Democratic party, which has traditionally sympathized with labor unions, now holds both chambers of Congress (the House and the Senate) as well as the Presidency. President Joe Biden has publicly supported the passage of the PRO Act and there is speculation that with the Democrats in control of Congress that it actually has some chance of passage and becoming law. Unfortunately, this is probably an overly optimistic scenario. While both the House

---

82 *Ibid.* at pp. 150–151 (interest arbitration is a popular way to avoid accountability in the public sector).

83 L. Bingham, On Repeat Players, Adhesive Contracts, and the Use of Statistics in Judicial Review of Employment Arbitration Awards, “McGeorge L. Rev.” 1998, vol. 29, p. 224 (showing the disadvantages “one shotters” face in employment arbitration).

84 A. Colvin, An Empirical Study of Employment Arbitration: Case Outcomes and Processes, “J. of Empirical Legal Stud.” 2011, vol. 8, pp. 12, 14–15 (potential arbitrator bias).

85 L. Compa, Not Dead..., *op. cit.* p. 609; Cook, Sizing Up..., *op. cit.*, p. 147–48.



and Senate must pass a bill for it to be sent to the President for his signature and become law, the Senate has a traditional “filibuster” rule that requires most legislation to pass by 60 (out of 100) votes. The Democrats only have 50 votes in the Senate, and therefore do not have the votes to pass the PRO Act. There is some discussion, however, of the Senate abolishing the filibuster rule so it may advance its legislative agenda, including the PRO Act, and so the end result is not clear at the time of writing.<sup>86</sup> Even if it is not successful in 2021, the idea of interest arbitration should be revived, as it represents the best chance to breathe new life into the good faith bargaining requirement set forth in the NLRA.

### **3. The Application of the Doctrine of Unconscionability to Employment Arbitration Agreements**

#### **A. The Existing Legal Framework**

##### **1. The Purpose of Individual Employment Arbitration Agreements**

While individual employment contracts are rare in the U.S., certain ancillary types of contracts that often deal with post-employment situations are quite popular. The most common of these is an agreement to arbitrate any legal disputes that may arise out of the employment relationship. As the vast majority of employment relationships are covered by the employment at will doctrine, where the employee may be fired for any or no reason, the legal disputes referred to are mostly targeted towards statutory employment discrimination and wage claims. Such statutory labor claims are outside the scope of employment at will, and have the potential for high damage awards. Individual wage claims may not have a high value in and of themselves, but there has been a trend for them to be combined in collective or class actions, where their value may reach hundreds of millions of dollars or more (i.e., consider the scenario of 100,000 employees each claiming \$1,000 in unpaid wages).<sup>87</sup> Discrimination claims have a higher value than wage claims in most individual cases, because they involve lost wages and both compensatory and punitive damages.<sup>88</sup> They

---

86 E. Mueller and S. Ferris, House Passes Labor Overhaul, Pitting Unions against the Filibuster (9.03.2021) <https://www.politico.com/news/2021/03/09/house-pro-act-labor-unions-474941> (15.04.2021).

87 J. Prats, Are Arbitration Agreements Necessary for Class-Action Waivers to be Enforceable? “Fla. B.J.” 2018, vol. 92-DEC, p. 64 n. 7 (wage and hour class action settlements had a value of \$1.2 billion dollars in 2018).

88 42 U.S.C. § 1981a(b) (2012) (Title VII provides for up to \$300,000 in punitive and compensatory damages in employment discrimination claims). Even larger punitive damage awards are available for violation of state anti-discrimination laws. S. Davidson, Determining Employment Discrimination Case Merits under State And Federal Law, “Aspatore”, 2012, vol. 2012 WL 3058210, p.\*4 (“For example, the NJ LAD [New Jersey Law Against Discrimination] does not cap compensatory or punitive damages.”).

also may be brought as class actions in certain circumstances (for example, a policy of discrimination that was applied to minorities in the workforce), multiplying their value exponentially.<sup>89</sup>

Requiring employees to arbitrate these and any other employment-related claims that may arise, rather than litigate them in court, presents the employer with a number of potential advantages. First, in the courts, the merits of these claims would be ultimately decided by a jury. The jury is typically composed of 12 ordinary people from the community or region. At the trial, they hear testimony and review the evidence to make a determination whether the employer, for example, committed unlawful discrimination by terminating the employee. While there is some contradictory evidence on this point, the common perception is that jurors would be much more sympathetic towards an individual employee as opposed to a large, multinational corporation. Therefore, by arbitrating such claims, the employer avoids the case being decided by a jury. A professional arbitrator is perceived to be much more neutral from the perspective of the employer, and even in cases where the employer is guilty, he or she is much more likely than a jury not to make an excessive damage award.<sup>90</sup>

Second, and relatedly, the arbitrator may even be more than simply neutral. Employers, particularly larger ones, are repeat players in the arbitration process. They generate numerous arbitration cases each year and therefore have a need to use (and pay for) the services of employment arbitrators on a regular basis. Individual employees, in contrast, are mostly one time users of arbitration services. They may have one arbitration case and never have the occasion to have a second one. As a result, arbitrators may be at least implicitly biased in favor of the employer when deciding the case, since that employer may reward them with more arbitration work in the future.<sup>91</sup>

---

89 G. Maatman, Annual Workplace Class Action Litigation Report: An Overview of 2020 in Workplace Class Action Litigation, "Lab. Law J." 2021, vol. 889127 (C.C.H.), 2021 WL 889127 ("Relative to private plaintiff discrimination class actions, the monetary value of the top ten private plaintiff settlements in 2020 sky-rocketed to \$422.68 million...").

90 J. Murray, The Uncertain Legacy Of Gilmer: Mandatory Arbitration Of Federal Employment Discrimination Claims, "Fordham Urb. L.J." 1999, vol. 26, p. 298 ("A chief benefit of arbitration to employers is the protection it provides from inconsistent liability in the form of large, emotion-influenced jury awards and settlements").

91 J. Giesbrecht-McKee, The Fairness Problem: Mandatory Arbitration in Employment Contracts, "Willamette L. Rev." 2014, vol. 50, p. 266 ("Employers also recognize their advantage in arbitration as the repeat player...[T]he arbitrator becomes "a paid piper who plays the tune" the employer calls."); M. Malin, Privatizing Justice — But by how Much? Questions Gilmer did not Answer, "Ohio St. J. on Disp. Resol." 2001, vol. 16, p. 594 (noting the point "that employees are one-shot players while employers are repeat players. This may produce overt or subtle unconscious bias toward the only party who offers arbitrators the prospect of repeat business."); A. Hodges, Employee Voice In Arbitration, "Employee Rts. & Emp. Pol'y J." 2018, vol. 22, p. 239.



Third, employment arbitration agreements typically provide that claims may not be combined in a class action format. Instead, each arbitration case must be brought individually. This provides an enormous benefit to the employer, as it avoids the potential for financially crippling wage or discrimination class action claims.<sup>92</sup>

Finally, there are the usual benefits associated with the use of alternative dispute resolution (ADR) methods. These include time savings, better quality and confidentiality. Arbitration is procedurally less complex than a court case, and takes less time to complete. Moreover, there is no right of appeal in arbitration, and therefore the employer can avoid years of appellate litigation in the event the employee loses the case. Employment arbitrators are specialists and experts in the field of labor law, and in that sense may be better qualified than a generalist judge who hears a wide range of different types of civil cases. The arbitration process is also confidential, which may benefit employers in embarrassing and graphic cases involving sexual harassment, for example.<sup>93</sup>

Conversely, for the same reasons arbitration offers few benefits – and mostly disadvantages – for employees. Workers only sign arbitration agreements because they are presented as a condition of employment; if the person does not agree, he or she will not be employed with the firm. Moreover at the stage of the initial employment offer or the first week on the job, the employee is not concerned with future problems or litigation that may never even occur. At that moment the most important thing is to get the job, start work and make a good impression. The arbitration agreement is not perceived as an important matter that demands their careful focus and attention. It is only at that point, when something indeed goes wrong and the employee is fired, that the employee refocuses their attention on the arbitration agreement and tries to invalidate it.<sup>94</sup>

92 K. Poe, Arbitration Agreements--What is the Employee Actually Signing up for?, "J. Bus. Entrepreneurship & L." 2019, vol. 12, pp. 103–104 (generally describing benefits of arbitration class action waivers for employers). The legality of class action waivers incorporated into an individual employment arbitration agreement was upheld by the U.S. Supreme Court in *Epic Systems v. Lewis*, 584 U.S., 138 S. Ct. 1612 (2018).

93 F. Rios, Mandatory Arbitration Agreements: Do They Protect Employers from Adjudicating Title VII Claims? "St. Mary's L.J." 1999, vol. 31, pp. 216–218 (listing confidentiality and finality – the lack of appeals in arbitration – as employer advantages); D. Kaspar, L. Stallworth, The Impact of a Grievant's Offer of Apology and The Decision-Making Process of Labor Arbitrators: A Case Analysis, "Harv. Negot. L. Rev." 2012, vol. 17, p. 1 n.8 (specialized expertise of the arbitrator is an advantage to the employer in arbitration); A. Hodges, Trilogy Redux: Using Arbitration to Rebuild the Labor Movement, "Minn. L. Rev." 2014, vol. 98, p. 1690 (speed of arbitration is an advantage).

94 D. Zalesne, The Consentability of Mandatory Employment Arbitration Clauses, "Loy. L. Rev." 2020, vol. 66, p. 132 (Spring 2020) ("To an employee starting a new job, who does not expect legal disputes, an arbitration agreement might not seem important. But if an employee's rights are later violated at work, that arbitration agreement might mean the difference between winning or losing the case"); J. Sternlight, Mandatory Arbitration Stymies Progress Towards Justice in Employment

## 2. The Federal Arbitration Act and the Doctrine of Unconscionability: Gateways to Challenging Such Agreements

The starting point to any challenge to the legality of an employment arbitration agreement is the Federal Arbitration Act (“FAA”)<sup>95</sup>. Pursuant to the FAA, arbitration agreements are presumptively valid and enforceable as a matter of federal law.<sup>96</sup> The FAA itself was enacted in response to the hostility of state courts to arbitration. Traditionally, judges felt that arbitration was a means of circumventing the authority of the court, and substituting it with an inferior means of resolving the dispute. One of the goals of the FAA was to correct this misperception and put arbitration agreements on an equal plain with any other type of contract in terms of its enforceability.<sup>97</sup> While this meant that arbitration agreements could not be treated in a discriminatory way vis-à-vis other contracts, it was still possible to argue that the arbitration agreement was invalid based on any generally applicable contract law theory.<sup>98</sup>

Initially, there was some doubt whether the FAA’s protections applied to employment arbitration agreements, as a clause in the FAA specifically excluded contracts for seamen, transportation workers, and other employees engaged in interstate commerce from its scope. Ultimately, however, the Supreme Court ruled that this exception from coverage only narrowly applied to workers actually engaged in transporting goods, and not more generally to any worker involved in commerce (which in its broadest sense could almost encompass any employee).<sup>99</sup>

The first major challenge to individual employment arbitration agreements was decided by the U.S. Supreme Court in *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.*<sup>100</sup> In that case, the plaintiff, Gilmer, was a stock broker, and as part of the process of obtaining his license to sell stocks, he agreed to arbitration any and all claims arising out of his employment with members of the stock exchange. Subsequently, he was terminated from employment, allegedly because of age discrimination in violation of the Age Discrimination in Employment Act (ADEA). When he sought to bring a claim in court alleging a violation of the ADEA, however, the employer argued the case should be dismissed because he agreed to bring any such claim to arbitration.

---

Law: Where to, #Metoo? “Harv. C.R.-C.L. L. Rev.” 2019, vol. 54, p. 155 (“vulnerable” employees are particularly disadvantaged by arbitration).

95 9 U.S.C. §§ 1–16 (1994).

96 *Ibid.* at § 2.

97 L. Hengemuhle, Striving for Consistency: The Battle of Jurisdiction in Enforcing Arbitration Awards, “B.C. L. Rev. E-Supplement” 2018, vol. 59, p. 501.

98 9 U.S.C. §§ 2, 9.

99 *Circuit City Stores, Inc. v. Adams*, 532 U.S. 105 (2001); L. Eaton, Arbitration Agreements in Labor and Employment Contracts: Well within the Reach of the FAA, “J. Disp. Resol.” 2002, vol. 2002, p. 193 (2002).

100 500 U.S. 20 (1991).

In response, the plaintiff argued that the arbitration agreement was invalid and unlawful.<sup>101</sup>

Specifically, Gilmer argued that the arbitration agreement amounted to an unlawful waiver of his rights under the ADEA. The Supreme Court rejected this contention, explaining that he did not waive his substantive rights to bring a discrimination claim under the ADEA. Rather, he simply agreed to bring any such claims in a different forum, i.e., arbitration. The discrimination claim itself was not waived, it would just be decided by an arbitrator rather than a court.<sup>102</sup> He did not lose any substantive rights, as the arbitrator was empowered to order any remedies offered by the provisions of the ADEA.<sup>103</sup> According to the Supreme Court, the essence of his claim was that arbitration was an inferior forum to bring his ADEA discrimination case, and it was precisely this type of unreasonable hostility to arbitration that the FAA was designed to stop from taking place.

Gilmer also raised the common law contract defense (permissible under the FAA) that the arbitration agreement was invalid given the disparity of bargaining power between the stock exchange and him as an individual employee. This was rejected by the Supreme Court, which explained that Gilmer was a sophisticated, educated person employed as a highly paid stock broker, and therefore both was free to enter into the arbitration agreement and understood what he was signing. The fact that there was not equal bargaining power between the stock exchange and Gilmer was not enough to make out a claim of unconscionability.<sup>104</sup>

Subsequent to the *Gilmer* decision, numerous legal theories have been advanced by employees in support of their arguments that these arbitration agreements are invalid. While the focus here is on the theory that the agreements violate the doctrine of unconscionability, it is worth to first quickly review some of the other contentions, the majority of which have been rejected by the courts. Most notably, some employees have argued that their arbitration agreements fail for lack of consideration. Under the common law, a contract is only valid if consideration – something of value – is exchanged by both parties. Once again, any defenses generally available under contract law are permissible under the FAA in an attempt to invalidate an arbitration agreement. In the employment context, as noted earlier, the employee receives arguably nothing in exchange for agreeing to bring his or her employment claims in arbitration, which is less advantageous to him or her. However, the courts have generally rejected this argument, finding that the employee’s continued employment constitutes sufficient consideration. Under the employment at will doctrine, the employer has no obligation to continue to employ anyone from one day to the next,

---

101 *Ibid.* at 23–24.

102 *Ibid.* at 28–29.

103 *Ibid.* at 32.

104 *Ibid.* at 33–34.

and so by retaining the employee after their signing the arbitration agreement – even for one more day – constitutes giving something of value to the employee.<sup>105</sup> Other courts have held that even apart from continued employment, the mutual promise to submit claims to arbitration itself is consideration (both sides are agreeing to something that they are not otherwise required to do).<sup>106</sup>

Another interesting contention was made by the NLRB, which argued that arbitration agreements which prohibited class actions violated the right under Section 7 of the NLRA to engage in concerted activity. Section 7 provided employees not only with the right to strike and to join a labor union, but also the right to take other collective actions designed to protect co-workers. Banding together in a class action employment lawsuit, likewise, could also be considered an action taken for mutual aid or protection under Section 7. An arbitration agreement that prohibited employment class actions would therefore run afoul of Section 7, according to the NLRB. The question ultimately went to the Supreme Court, which decided that – with parallels to *Gilmer* – that class actions were procedural devices governed by civil law rather than substantive rights grounded in labor law. Employees could still support each other in their arbitration claims, but under the FAA were free to sign arbitration agreements precluding them from bringing their claims as class actions in the court system.<sup>107</sup>

However, the primary legal theory advanced by employees challenging their arbitration agreements is that they are unconscionable.<sup>108</sup> Under the unconscionability doctrine, a contract may be invalidated if it is so manifestly unfair that it would shock the conscious of an reasonable person. There are two types of unconscionability claims: procedural unconscionability, and substantive unconscionability. For procedural unconscionability, a party must show that there was a massive disparity in bargaining power and sophistication between the two

---

105 C. Iannaccone, G. Spada, R. Silversten, *Arbitration and Employment Disputes: Drafting to Maximize Employer Protection*, “ACCA Docket” 2000, vol. 18, no. 2, p. 28 (“[C]ourts have rejected arguments that arbitration agreements fail for lack of consideration. Courts have commonly found that continued employment and mutual agreement to arbitrate constitute sufficient consideration to uphold enforcement”). This position is not universal, however, and some state courts – for example, Missouri - have arrived at a different conclusion. R. Byrd, *When Arbitration Agreement Provisions Time Travel: Illusory Promises And Continued At-Will Employment In Baker*, “Mo. L. Rev.” 2015, vol. 80, p. 519.

106 *In re Odyssey Healthcare, Inc.*, 310 S.W.3d 419, 424 (Tex. 2010); R. Arnow-Richman, *Modifying At-Will Employment Contracts*, “B.C. L. Rev.” 2016, vol. 57, pp. 446–448 (also noting that some courts have found that the mutual promise to arbitrate plus continued employment both constitute adequate consideration). In this case, however, where the employer reserves the right to unilaterally modify the arbitration agreement, there is no mutuality in consideration. Arnow-Richman, *Modifying...*, *op. cit.*, pp. 446–448.

107 *Epic Systems v. Lewis*, 584 U.S., 138 S. Ct. 1612 (2018).

108 X.-T. Nguyen, *Disrupting ...*, *op. cit.*, pp. 195–196.

sides, and that this power was used to force the weaker side to agree to unbalanced terms. For substantive unconscionability, a party must prove that the terms of the contract itself are so unfair that no person could be held to them. Both procedural and substantive unconscionability must be established for the arbitration agreement to be unenforceable. However, some states use a “sliding scale” approach, where severe procedural unconscionability can offset weak substantive unconscionability, and vice versa.<sup>109</sup>

Comparatively speaking, arguments based on this theory have also brought the most success, but it is important to emphasize that success is relative. In the vast majority of cases courts have rejected unconscionability arguments brought by employees, and this only compares favorably to other legal theories which have been rejected close to 100% of the time. In general, arguments about relative lack of bargaining power, lack of sophistication and that arbitration itself is an unfair and unbalanced term since is an inferior mechanism to vindicate their statutory rights, have not been successful.<sup>110</sup> Instead, the courts have been only sympathetic to arguments centered on the gross unfairness of specific terms of the arbitration agreement. Specifically, where the arbitration agreement does not allow the employee to have any role in the arbitrator selection process, or an illusory role (such as selecting an arbitrator from a list prepared by the employer), the agreement will be invalid. In such situation the arbitrator may be biased and the fairness of the whole process is potentially undermined.<sup>111</sup> Another possibility is where the employee must pay a prohibitive share of the costs of arbitration pursuant to the terms of the agreement. In that case, the employee effectively loses the right to bring his or her claim in any forum, if they cannot even afford to pay a share of the arbitrator’s fee.<sup>112</sup> When the arbitration agreement itself only limits the employee to pursue claims in arbitration, but not the employer, this has also been found to be an unconscionable term; the arbitration obligations should apply equally to both sides.<sup>113</sup> Finally, where

109 M. Lonegrass, Finding Room For Fairness In Formalism--The Sliding Scale Approach To Unconscionability, “Loy. U. Chi. L.J.” 2012, vol. 44, pp. 6–12.

110 Only in extreme cases will procedural unconscionability exist, such as in the case of an illiterate temporary employee who could not read English and otherwise did not understand the arbitration agreement. *Delfingen US-Tex., L.P. v. Valenzuela*, 407 S.W.3d 791, 794 (Tex. App.--El Paso 2013, no pet.). Indeed, even in that case the court noted that an inability to read English by itself would not be enough to evade the arbitration agreement; instead the employee’s illiteracy taken together with other factors made the agreement unconscionable. *Ibid.* at 801–803.

111 R. Frankel, Concepcion And Mis-Concepcion: Why Unconscionability Survives The Supreme Court’s Arbitration Jurisprudence, “J. Disp. Resol.” 2014, vol. 2014, p. 249; *Hooters of America, Inc. v. Phillips*, 173 F.3d 933, 938 (4th Cir. 1999).

112 Frankel, Concepcion..., *op. cit.*, pp. 245–246.

113 T. Wolfson and B. King, Even after Concepcion and Italian Colors, Some Arbitration Agreements are Not Enforceable, “Fed. Law.” 2015, vol. 62-FEB, p. 20 (“Examples of substantively unconscionable provisions include... litigation rights by only one party”).

the employer retains the unilateral right to change or alter the arbitration procedure, it is likewise a generally unconscionable term.<sup>114</sup>

Unconscionability, and contract law as a whole, is typically a matter of state law in the United States. As a result, different states have somewhat different standards in applying the doctrine of unconscionability, and results may differ depending on the state in which the claim is brought. California, in particular, has a somewhat broader and more generous interpretation of the doctrine of unconscionability, and employees have been slightly more successful invalidating their arbitration agreements in the California courts.<sup>115</sup> At the same time, under the U.S. Constitution's Supremacy Clause, federal law preempts inconsistent state law, and the FAA has been used to vacate state court decisions where the states have unreasonably applied the unconscionability doctrine as a means of expressing their bias against arbitration. Therefore, the FAA places some limits on how far unconscionability may be expanded as a way for states to void employment arbitration agreements.<sup>116</sup>

In any case, employers can easily avoid these specific problems with unconscionability by taking some basic preemptive steps. Issues connected with arbitrator selection and procedure can be solved by the employer using a reputable third party ADR service provider, such as the American Arbitration Association (AAA), to handle this entire process. The AAA has special rules for employment arbitration cases designed to make the process more fair, and has a roster of experienced, neutral employment arbitrators from which the parties may select an arbitrator for their dispute.<sup>117</sup> Challenges to the unfairness of the high cost of arbitration may be foreclosed by the employer paying the entire costs of arbitration, or having the employee only pay a nominal fee.

From the employees' perspective, the availability of the unconscionability argument to possibly defeat an employment arbitration agreement is a double-edged sword. In a positive sense, the doctrine may be used to prevent employers from using most the extreme and unfair arbitration agreements, and therefore creates

---

114 M. DeMichele and R. Bales, *Unilateral-Modification Provisions in Employment Arbitration Agreements*, "Hofstra Lab. & Emp. L.J." 2006, vol. 24, p. 64 (2006).

115 X.-T. Nguyen, *Disrupting...*, *op. cit.*, p. 198 ("California courts are more sympathetic to the unconscionability defense in employment arbitration contracts"); S. Broome, *An Unconscionable Application of the Unconscionability Doctrine: How the California Courts are Circumventing the Federal Arbitration Act*, "Hastings Bus. L.J." 2006, vol. 3, p. 39 (discussing generally the problem of California overusing the doctrine of unconscionability in arbitration cases).

116 L. Norris, *The Parity Principle*, "N.Y.U. L. Rev." 2018, vol. 93, p. 265 (in part due to FAA preemption, "unconscionability has withered as a limiting tool" in employment arbitration cases).

117 D. Horton, *The Arbitration Rules: Procedural Rulemaking by Arbitration Providers*, "Minn. L. Rev." 2020, vol. 105, pp. 641, 650 (AAA and other arbitration service providers have adopted fairer rules for employment cases, designed to withstand judicial challenges; this in turn has prompted companies to choose AAA "in the knowledge that their clauses and awards will be upheld").



a check on employer abuses of arbitration. On the other hand, it creates a sense of false hope for employees. Since unconscionability is determined on a case by case basis, employees go into litigation believing their particular case is special and that they have a reasonable chance to prevail. But overall, they have a very small chance of actually winning, since most unconscionability arguments do not succeed. This false hope leads them to waste time and money in the court, only to ultimately return to arbitration most of the time.

### **B. Proposals for Reform**

Changing this state of affairs is difficult. The legal framework is somewhat rigid – the FAA favors arbitration agreements and limits the ability of state courts to invalidate them. State unconscionability law still may be used to invalidate the most unfair arbitration agreements, but in most cases the parties will be ordered to proceed to arbitration. Other creative arguments, for example that employees cannot give up their right to bring a claim as a class action under the NLRA, have been conclusively rejected by the Supreme Court. So there is not much room for legal maneuver. In this context, two solutions may be offered—new legislation supplementing or amending the FAA to prohibit or otherwise restrict employment arbitration agreements, or to cause employers to undergo a paradigm shift in their thinking and persuade them to abandon the use of arbitration agreements in their respective workforces.

Separate legislation has already been introduced in Congress that would prohibit or otherwise restrict individual employment arbitration agreements, but it has not advanced and there is no current prospects for it to be passed.<sup>118</sup> This, of course, is not to say that the idea could be revised, particularly if public support could be mobilized behind it. A comprehensive ban on this type of employment arbitration, by amending the FAA, would be the simplest and most direct solution. Alternatively, as proposed in the previous legislation, a prohibition on pre-dispute employment arbitration agreements would also be effective. Parallels may be drawn with elements of the European Union's (EU) consumer ADR Directive.<sup>119</sup> Pursuant to that Directive, consumers can only agree to arbitrate disputes with traders *after* the dispute has arisen.<sup>120</sup> This avoids the problem found in consumer and employment arbitration alike, that when individuals are opening a bank account, making a purchase or

---

118 E. Spitko, Exempting High-Level Employees and Small Employers from Legislation Invalidating Predispute Employment Arbitration Agreements, "U.C. Davis L. Rev." 2009, vol. 43, p. 591 (discussing two unsuccessful bills which would have invalidated certain pre-dispute employment arbitration agreements, the Arbitration Fairness Act of 2009, and the Preservation of Civil Rights Protections Act of 2008); M. Malin, The Arbitration Fairness Act: It Need not and Should not be an All or Nothing Proposition, "Ind. L.J." 2012, vol. 87, p. 289.

119 Directive 2013/11 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on Alternative Dispute Resolution for Consumer Disputes (Consumer ADR Directive).

120 *Ibid.* at Article 10(1).

starting a job, they are not concerned at that point about what may go wrong in the future. Moreover, in the case of a job or an essential service, like a bank account or phone contract, there is not really an option to say “no”. Under the Directive’s rule, a consumer who feels that arbitration is really a superior option as compared to the courts is free to choose that option after the dispute surfaces. It is actually a free choice at that point, since there is no connected pressure to arbitrate as a condition of obtaining the service or goods- by that point, the consumer already has them. Instead, it is a decision that can be made on its merits and in that context is more of a free choice. This rule, permitting post-dispute agreements to arbitrate but not pre-dispute agreements, should be a key part of any new law restricting individual employment arbitration. If such legislation were passed, it would obviate the need for employees to argue that their arbitration agreements are unconscionable, since they freely entered into the agreements of their own will after the dispute arose.

To the extent a ban on employment arbitration (or at least pre-dispute employment arbitration contracts) is not feasible for the foreseeable future, a second key component of the Consumer ADR Directive could be incorporated in any new employment arbitration legislation in the U.S. as an alternative to make the process more fair. Pursuant to the Directive, arbitrators whose fees are paid by the traders may only serve in consumer cases when they are jointly appointed by a panel of merchants and consumer rights organizations; have a fixed term appointment; and a limited ban on future employment with the merchant after their term of appointment has expired.<sup>121</sup> As adapted to employment arbitration, the selection process could be made jointly by employers and unions or other employee-rights organizations. This would have the intended effect of limiting the impact of the repeat player problem, because in order to be appointed as an employment arbitrator the person would also have to obtain the support of unions/employee rights organizations. If the arbitrator had a track record of clearly favoring employers, unions would never agree to her or his appointment.<sup>122</sup>

The other potential solution is to radically change employers’ attitudes towards requiring employment arbitration agreements from their workforces. This is likewise a difficult task because on its face it would be against their interests to do so-employers have a number of procedural and other advantages in arbitration, as compared to contesting a case before a jury in the federal or state courts. However, these advantages may be outweighed by other considerations in certain circumstances,

---

121 *Ibid.* at Article 6(3) (so long as the Member States agree; the default rule is that traders cannot pay the fees of the mediators or arbitrators. However, Member States may allow mediators and arbitrators to be paid by the traders so long as the safeguards set forth in Article 6(3) are applied).

122 L. Bingham, *Employment Arbitration: The Repeat Player Effect*, “Employee Rts. & Emp. Pol’y J.” 1997, vol. 1, p. 202 (“In labor arbitration, where both employer and union are repeat players, traditional outcome measures reveal a rough parity in outcomes”).



where negative public pressure on keeping such agreements creates even higher costs. There are two notable intertwined examples of this occurring: the backlash against the confidentiality provisions of arbitration agreements brought about by the #Metoo movement, and collective resistance to signing such agreements by highly skilled tech workers.

The #Metoo movement was brought about by a widespread practice of sexual harassment in the workplace, that was nevertheless regularly concealed by employers. The Harvey Weinstein case was the catalyst for the formation and expansion of this movement. Weinstein, a famous and successful film producer, allegedly routinely pressured young actresses and other women to have sex with him as a quid pro quo for getting better acting roles and otherwise advancing in Hollywood. Some women did complain, and even filed lawsuits, but the cases were quickly settled with strong confidentiality agreements. As a result, future female employees of Weinstein’s production company were never put on notice that they were going to work for a serial sexual harasser, and a number of them ultimately became his victims. When one of the women, Rose McGowan, finally publicly broke her confidentiality agreement and revealed the abuses she suffered, the proverbial floodgates were opened and numerous women came forward with similar stories, i.e., by using the phrase “me too”, they expressed that they also were victims.<sup>123</sup>

As the #Metoo movement grew, confidentiality agreements in sexual harassment settlements came into greater focus and scrutiny. One of the advantages of arbitration to employers is that the proceedings and result are confidential, and so graphic allegations of sexual harassment – whether they are proven or not – will not reach the public eye and cause potential harm to its reputation. But as #Metoo revealed, strict confidentiality also harms female employees and job applicants since they are unaware that they might be working with (or for) a serial sexual abuser. Pressure therefore arose for employers to eliminate confidentiality clauses in sexual harassment settlements and in private arbitration proceedings. Some state legislatures even went so far as proposing to make at least confidentiality agreements themselves illegal.<sup>124</sup>

With respect to arbitration clauses, the heaviest pressure on employers to change their practices came in the tech sector in Silicon Valley. Women in tech and engineering worked in a traditionally male dominated field, and unfortunately also

123 L. Wexler, J. Robbennolt, C. Murphy, #Metoo, Time’s Up, and Theories of Justice, “U. Ill. L. Rev.” 2019, vol. 2019, pp. 49–50 (along with the Weinstein case, giving other examples which led to the development of the “#Metoo” movement); E. Tippet, The Legal Implications of the Metoo Movement, “Minn. L. Rev.” 2018, vol. 103, pp. 230–232 (providing a general background).

124 M. Glynn, #Timesup for Confidential Employment Arbitration of Sexual Harassment Claims, “Geo. Wash. L. Rev.” 2020, vol. 88, p. 1042 (2020); E. Otte, Toxic Secrecy: Non-Disclosure Agreements and #Metoo “U. Kan. L. Rev.” 2021, vol. 69, p. 545; M. Weston, Buying Secrecy: Non-Disclosure Agreements, Arbitration, and Professional Ethics in the #Metoo Era, “U. Ill. L. Rev.” 2021, vol. 2021, p. 507.

experienced a pattern of sexual harassment. With the rise of the #Metoo movement, these women organized protests against their employers (including most notably Google) and demanded that arbitration agreements in sex discrimination and sexual harassment cases be discontinued. The protests generated much publicity, and the tech employers were especially sensitive to being labeled bad actors as it hurt their progressive image. Indeed, Google's famous corporate motto was "don't be evil."<sup>125</sup> Moreover, tech workers were in high demand and employers could not afford to risk losing this type of talent. As a result of the convergence of these factors, first Google agreed to withdraw and no longer require employment arbitration agreements which covered sexual harassment and sex discrimination claims.<sup>126</sup> This had a domino effect, and shortly thereafter numerous other tech employers, such as Airbnb, followed Google's lead.<sup>127</sup> The quick success achieved here lies in stark contrast to previous efforts of employees relying on the unconscionability doctrine in the courts. As Professor Nguyen observed, "In a very short time, innovators have successfully forced their companies to remove mandatory arbitration clauses from their employment contracts. On the other hand, for decades, contract scholars, judges, and other advocates relied unsuccessfully on the doctrine of unconscionability to reign in the use of mandatory arbitration clauses in employment contracts."<sup>128</sup>

It is difficult to say if this success can be replicated outside of the tech industry and beyond the context of sex discrimination and harassment claims. However, the spark that led to this achievement was women's collective action, i.e., a walkout of employees at Google. If employees in other sectors band together, as a union or otherwise, they also may be able to use the leverage of collective action to persuade other employers to drop their use of employment arbitration agreements.

## Conclusion

While formally the use of the term "general clause" is not known in American labor law, the principles that form the basis of that doctrine – such as good faith and fairness – are applied to collective bargaining and individual employment agreements in the U.S. Consequently, the idea of the general clause does exist in American labor law, although applied in slightly different circumstances than it would be in Europe. Because of the employment at will doctrine generally applicable in the U.S., where

---

125 S. Ghaffary and A. Kantrowitz, "Don't be evil" isn't a normal company value. But Google isn't a normal company. Vox (16.02.2021), <https://www.vox.com/recode/2021/2/16/22280502/google-dont-be-evil-land-of-the-giants-podcast> (15.04.2021).

126 D. Thompson, S. Supina, What Ethical & Strategic Employers Should Do About Arbitration, 14 "Va. L. & Bus. Rev." 2020, vol. 14, p. 252; X.-T. Nguyen, *Disrupting...*, *op. cit.*, pp. 187–192.

127 D. Thompson, S. Supina, What Ethical..., *op. cit.*, p. 252; X.-T. Nguyen, *Disrupting...*, *op. cit.*, p. 190.

128 X.-T. Nguyen, *Disrupting...*, *op. cit.*, p. 192.

employers may terminate employees for any or no reason, in most discharge cases questions of good faith and fairness are irrelevant. Instead, these principles are mostly applied in the context of collective bargaining and in ancillary individual employment agreements, dealing with arbitration, trade secrets and covenants not to compete.

More specifically, two prominent examples of their application are 1) the duty to bargain in good faith under the NLRA, and 2) the application of the doctrine of unconscionability to employment arbitration agreements. In each example, case law has provided certain parameters to these rather general terms. The duty to bargain in good faith obliges both parties to meet at reasonable times to negotiate wages, hours and other terms and conditions of employment.<sup>129</sup> While there is no requirement to agree on any point, there is an obligation to listen to the other side with an open mind and consider their proposals.<sup>130</sup> Rules concerning supplying information during bargaining and refraining from making any unilateral changes in working conditions until impasse is reached both operate to support the process of negotiating in good faith.<sup>131</sup>

The doctrine of unconscionability is a contract law theory that invalidates certain contracts that have grossly unfair terms (substantive unconscionability) and which were negotiated by parties with disproportionate bargaining power (procedural unconscionability).<sup>132</sup> While the FAA broadly provides for the enforceability of arbitration agreements and the presumption of their legality, generally applicable contract law defenses, such as unconscionability, may still be used to argue that a given arbitration agreement is invalid.<sup>133</sup>

In practice, however, both good faith and unconscionability have not proved to be particularly effective in upholding workers' rights. With respect to collective bargaining, the problem lies in the enforcement of the duty to bargain in good faith. As no party is required to agree on any point in collective bargaining, the remedy for bad faith bargain has essentially been to order the parties to restart negotiations and bargain in good faith. This rather impotent remedy leads to a weakening of the union's authority and encourages recalcitrant employers to engage in illegal bad faith bargaining.<sup>134</sup> For its part, unconscionability has been the argument of choice used by employees to avoid oppressive arbitration agreements. Even so, in practice, it is an argument that mostly ends in failure.<sup>135</sup> Typically only unfair arbitration terms that

---

129 29 U.S.C. Section 158(d).

130 *Altura Communication Solutions, op. cit.*, 369 NLRB at \*1; *Great Lakes Coal Co., op. cit.*, 268 NLRB at 1215.

131 D. Ray, *Doing Well...*, *op. cit.*, pp. 237–238.

132 M. Lonegrass, *Finding Room...*, *op. cit.*, pp. 6–12.

133 9 U.S.C. §§ 2, 9.

134 M. Malin, *Labor Law, op. cit.*, p. 286.

135 X.-T. Nguyen, *Disrupting...*, *op. cit.*, p. 192.

govern the selection of arbitrators or the cost of the arbitration process are held to be unconscionable by the courts; apart from these scenarios, the arbitration agreements are generally upheld.

Several reforms are suggested herein to correct this situation. Most importantly, a system of interest arbitration – where an independent arbitrator decides the term of a new, first collective bargaining agreement where negotiations have been unsuccessful – should be introduced to the NLRA.<sup>136</sup> This would prompt good faith negotiations as envisioned by the NLRA, since there would be a definite consequence if this duty was ignored, i.e., a third party would impose his or her own terms. For employment arbitration agreements, legislation should be introduced (for example, by amending the FAA) to create a bright-line rule prohibiting them, at least in situations where they were signed before the dispute arose. If such a ban is not realistic in the near future, legislation modeled on Article 6 of the EU Consumer ADR Directive could be introduced, so that employment arbitrators must be selected by a joint panel of employers and unions or employee rights organizations. Alternatively, public pressure should be put upon employers to resign from using arbitration agreements. In the context of the #Metoo movement, female employee applied collective pressure against Google and the tech industry to stop the use of such agreements, which due to their confidential nature, made it difficult for women to be aware of the dangers of sexual harassment present at the workplace. At least in that industry, these efforts were successful, and perhaps this could be replicated elsewhere. In any event, either reform would be superior than continuing to rely upon unconscionability arguments in the courts.

#### REFERENCES

- Andrews R., Moroko R., *Employment-At-Will in New York Remains Essentially Unchanged after a Century of Refinements*, “N.Y. St. B.J.” 1999, vol. 71-OCT.
- Andrias K., Sachs B., *Constructing Countervailing Power: Law and Organizing in an Era of Political Inequality*, “Yale L.J. 546” 2021, vol. 130.
- Arnow-Richman R., *Modifying At-Will Employment Contracts*, “B.C. L. Rev.” 2016, vol. 57.
- Barnes T., *Making the Bird Sing: Remedial Notice Reading Requirements and the Efficacy of NLRB Remedies*, “Berkeley J. Emp. & Lab. L.” 2015, vol. 36.
- Bingham L., *Employment Arbitration: The Repeat Player Effect*, “Employee Rts. & Emp. Pol’y J.” 1997, vol. 1.
- Bingham L., *On Repeat Players, Adhesive Contracts, and the Use of Statistics in Judicial Review of Employment Arbitration Awards*, “McGeorge L. Rev.” 1998, vol. 29.

---

136 As noted earlier, such an interest arbitration provision is contained in the PRO Act, which was passed by the House of Representatives and is pending before the Senate at the time of writing.

- Bodah M., Schneider M., Politics, Ideology, and Adjudication: The German Federal Labor Court and the U.S. National Labor Relations Board, "Comp. Lab. L. & Pol'y J." 2014, vol. 36.
- Bodie M., Labor Interests and Corporate Power, "B.U. L. Rev." 2019, vol. 99.
- Broome S., An Unconscionable Application of the Unconscionability Doctrine: How the California Courts are Circumventing the Federal Arbitration Act, "Hastings Bus. L.J." 2006, vol. 3.
- Brudney J., Forsaken Heroes: Covid-19 and Frontline Essential Workers, "Fordham Urb. L.J." 2020, vol. 48.
- Byrd R., When Arbitration Agreement Provisions Time Travel: Illusory Promises And Continued At-Will Employment In Baker, "Mo. L. Rev." 2015, vol. 80.
- Colvin A., An Empirical Study of Employment Arbitration: Case Outcomes and Processes, "J. of Empirical Legal Stud." 2011, vol. 8.
- Compa L., Not Dead Yet: Preserving Labor Law Strengths while Exploring New Labor Law Strategies, "UC Irvine L. Rev." 2014, vol. 4.
- Corbett W., "You're Fired!": The Common Law Should Respond with the Refashioned Tort of Abusive Discharge, "Berkeley J. Emp. & Lab. L." 2020, vol. 41.
- Cremades B., Good Faith in International Arbitration, "Am. U. Int'l L. Rev." 2012, vol. 27.
- Dahlstrom E., ERISA Section 510 should be Interpreted to Cover Internal, Unsolicited Employee Complaints, "ABA J. Lab. & Emp. L." 2011, vol. 26.
- Dalrymple E., Would You Like Fries with that Non-Compete? Why Restrictive Covenants Should not be Enforced Against Low Wage Workers, "Wayne St. U. J. Bus. L." 2020, vol. 3.
- Dannin E., From Dictator Game to Ultimatum Game... and Back Again: The Judicial Impasse Amendments, "U. Pa. J. Lab. & Emp. L." 2004, vol. 6.
- Dannin E., NLRA Values, Labor Values, American Values, "Berkeley J. Emp. & Lab. L." 2005, vol. 26.
- Davidson S., Determining Employment Discrimination Case Merits under State And Federal Law, "Aspatore" 2012, vol. 2012 WL 3058210.
- DeMichele M., Bales R., Unilateral-Modification Provisions in Employment Arbitration Agreements, "Hofstra Lab. & Emp. L.J." 2006, vol. 24.
- Drummonds H., Beyond the Employee Free Choice Act: Unleashing the States in Labor-Management Relations Policy, 19 "Cornell J.L. & Pub. Pol'y" 2009, vol. 19.
- Drummonds H., Reforming Labor Law by Reforming Labor Law Preemption Doctrine to Allow the States to Make More Labor Relations Policy, "La. L. Rev." 2009, vol. 70.
- Eaton L., Arbitration Agreements in Labor and Employment Contracts: Well within the Reach of the FAA, "J. Disp. Resol." 2002, vol. 2002.
- Enger N., Offers You Can't Refuse: Post-Hire Noncompete Agreement Insertions and Procedural Unconscionability Doctrine, "Wis. L. Rev." 2020, vol. 2020.
- Fisk C., Pulver A., First Contract Arbitration and the Employee Free Choice Act, "La. L. Rev." 2009, vol. 70.
- Frankel R., Concepcion And Mis-Concepcion: Why Unconscionability Survives The Supreme Court's Arbitration Jurisprudence, "J. Disp. Resol." 2014, vol. 2014.

- Gardner A., George R.R. Martin's Faith Militant in Modern America: The Establishment Clause and a State's Ability to Delegate Policing Powers to Private Police Forces Operated by Religious Institutions, "Wm. & Mary Bill Rts. J." 2020, vol. 29.
- Ghaffary S., Kantrowitz A., "Don't be evil" isn't a normal company value. But Google isn't a normal company. Vox, (Feb. 16, 2021) <https://www.vox.com/recode/2021/2/16/22280502/google-dont-be-evil-land-of-the-giants-podcast>.
- Giesbrecht-McKee J., The Fairness Problem: Mandatory Arbitration in Employment Contracts, "Willamette L. Rev." 2014, vol. 50.
- Glynn M., #Timesup for Confidential Employment Arbitration of Sexual Harassment Claims, "Geo. Wash. L. Rev." 2020, vol. 88.
- Gordon J., Silence for Sale, "Ala. L. Rev." 2020, vol. 71.
- Gross J., Yet Another Reappraisal of the Taft-Hartley Act Emergency Injunctions, "U. Pa. J. Lab. & Emp. L." 2005, vol. 7.
- Grundmann S., Mazeaud D., General Clauses and Standards in European Contract Law: Comparative Law, EC Law and Contract Law Codification, The Hague 2005.
- Hengemuhle L., Striving for Consistency: The Battle of Jurisdiction in Enforcing Arbitration Awards, "B.C. L. Rev. E-Supplement" 2018, vol. 59.
- Hodges A., Employee Voice In Arbitration, "Employee Rts. & Emp. Pol'y J." 2018, vol. 22.
- Hodges A., Trilogy Redux: Using Arbitration to Rebuild the Labor Movement, "Minn. L. Rev." 2014, vol. 98.
- Hogg M.A., The Implication of Terms in Fact: Good Faith, Contextualism and Interpretation, "Geo. Wash. L. Rev." 2017, vol. 85.
- Horton D., The Arbitration Rules: Procedural Rulemaking by Arbitration Providers, "Minn. L. Rev." 2020, vol. 105.
- Iannaccone C., Spada G., Silversten R., Arbitration and Employment Disputes: Drafting to Maximize Employer Protection, "ACCA Docket" 2000, vol. 18, no. 2.
- Kaspar D., Stallworth L., The Impact of a Grievant's Offer of Apology and The Decision-Making Process of Labor Arbitrators: A Case Analysis, "Harv. Negot. L. Rev." 2012, vol. 17.
- LaJeunesse R.Jr., The Controversial "Card-Check" Bill, Stalled in the United States Congress, Presents Serious Legal and Policy Issues, "Tex. Rev. L. & Pol." 2010, vol. 14.
- Li Y., Applying the Doctrine Of Unconscionability to Employment Arbitration Agreements, with Emphasis on Class Action/Arbitration Waivers, "Whittier L. Rev." 2010, vol. 31.
- Lonegrass M., Finding Room For Fairness In Formalism--The Sliding Scale Approach To Unconscionability, "Loy. U. Chi. L.J." 2012, vol. 44.
- Maatman G., Annual Workplace Class Action Litigation Report: An Overview of 2020 in Workplace Class Action Litigation, "Lab. Law J." 2021, vol. 889127.
- Malin M., Labor Law Reform: Waiting for Congress? "Chi.-Kent L. Rev." 1994, vol. 69.
- Malin M., Privatizing Justice - But by how Much? Questions Gilmer did not Answer, "Ohio St. J. on Disp. Resol." 2001, vol. 16.

- Malin M., The Arbitration Fairness Act: It Need not and Should not be an All or Nothing Proposition, "Ind. L.J." 2012, vol. 87.
- Malin M., Two Models of Interest Arbitration, "Ohio St. J. on Disp. Resol." 2013, vol. 28.
- Meeker C., Defining "Ministerial Aid": Union Decertification under the National Labor Relations Act "U. Chi. L. Rev." 1999, vol. 66.
- Morlath J., Individual Rights vs. A Seat at the Table: The Guffey Act as an Alternative Model to the Wagner Act, "Geo. J. on Poverty L. & Pol'y" 2013, vol. 21.
- Mueller E., Ferris S., House Passes Labor Overhaul, Pitting Unions against the Filibuster. Politico (March 9, 2021) <https://www.politico.com/news/2021/03/09/house-pro-act-labor-unions-474941>.
- Murray J., The Uncertain Legacy Of Gilmer: Mandatory Arbitration Of Federal Employment Discrimination Claims, "Fordham Urb. L.J." 1999, vol. 26.
- Nguyen X.-T., Disrupting Adhesion Contracts with #Metoo Innovators "Va. J. Soc. Pol'y & L.", 2019, vol. 26.
- Nolan D., Lehr R., Improving NLRB Unfair Labor Practice Procedures, "Tex. L. Rev." 1978, vol. 57.
- Norris L., The Parity Principle, "N.Y.U. L. Rev." 2018, vol. 93.
- Otte E., Toxic Secrecy: Non-Disclosure Agreements and #Metoo "U. Kan. L. Rev." 2021, vol. 69.
- Poe K., Arbitration Agreements - What is the Employee Actually Signing up for?, "J. Bus. Entrepreneurship & L." 2019, vol. 12.
- Prats J., Are Arbitration Agreements Necessary for Class-Action Waivers to be Enforceable? "Fla. B.J." 2018, vol. 92-DEC.
- Ray D., Doing Well by Being Good: How U.S. Labor Law Encourages Employer Good Faith Behavior, "Intercultural Hum. Rts. L. Rev." 2019, vol. 14.
- Rios F., Mandatory Arbitration Agreements: Do They Protect Employers from Adjudicating Title VII Claims? "St. Mary's L.J." 1999, vol. 31.
- Rubenstein M., Attorney Labor Unions, "N.Y. St. B.J." 2007, vol. 79-JAN.
- Semet A., Political Decision-Making at the National Labor Relations Board: An Empirical Examination of the Board's Unfair Labor Practice Decisions Through The Clinton And Bush II Years, "Berkeley J. Emp. & Lab. L." 2016, vol. 37.
- Spitko E., Exempting High-Level Employees and Small Employers from Legislation Invalidating Predispute Employment Arbitration Agreements, "U.C. Davis L. Rev." 2009, vol. 43.
- Steber R., Alternative Remedies for Undocumented Workers Left Behind in a Post-Hoffman Plastic Era, "Cath. U. L. Rev." 2019, vol. 68.
- Sternlight J., Mandatory Arbitration Stymies Progress Towards Justice in Employment Law: Where to, #Metoo? "Harv. C.R.-C.L. L. Rev." 2019, vol. 54.
- Summers C., Employment at Will in the United States: The Divine Right of Employers, "U. Pa. J. Lab. & Emp. L." 2000, vol. 3.
- Thompson D., Supina S., What Ethical & Strategic Employers Should Do About Arbitration, 14 "Va. L. & Bus. Rev." 2020, vol. 14.
- Tippett E., The Legal Implications of the Metoo Movement, "Minn. L. Rev." 2018, vol. 103.



- U.S. Bureau of Labor Statistics, Work Stoppages Summary, (February 19, 2021) <https://www.bls.gov/news.release/wkstp.nr0.htm>.
- Unfair Labor Practice Process Chart, National Labor Relations Board, <https://www.nlr.gov/resources/nlr-process/unfair-labor-practice-process-chart>.
- Union Member Summary, Bureau of Labor Statistics (BLS), January 22, 2021, at <https://www.bls.gov/news.release/union2.nr0.htm>.
- Varner K., Hosak K., Blogging: Can Employers and Employees Avoid Getting Caught in the Web?, "Midwest L.J." 2008, vol. 22.
- Viscusi W., The Fatal Failure of the Regulatory State, "Wm. & Mary L. Rev." 2018, vol. 60.
- Von Mehren A., The Death of Contract, "Colum. L. Rev." 1974, vol. 75.
- Weston M., Buying Secrecy: Non-Disclosure Agreements, Arbitration, and Professional Ethics in the #MeToo Era, "U. Ill. L. Rev." 2021, vol. 2021.
- Wexler L., Robbenolt J., Murphy C., #MeToo, Time's Up, and Theories of Justice, "U. Ill. L. Rev." 2019, vol. 2019.
- Wielsch D., Relational Justice, "Law & Contemp. Probs." 2013, vol. 76.
- Wilson J., Laird A., Practicing before the NLRB, "The Advoc. (Texas)" 2014, vol. 69.
- Wolfson T., King B., Even after Concepcion and Italian Colors, Some Arbitration Agreements are Not Enforceable, "Fed. Law." 2015, vol. 62-FEB.
- Worster R., If it's Hardly Worth Doing, it's Hardly Worth Doing Right: How the NLRA's Goals are Defeated Through Inadequate Remedies, "U. Rich. L. Rev." 2004, vol. 38.
- Wynne S., Vaughn M., Silencing Matters of Public Concern: An Analysis of State Legislative Protection of Whistleblowers in Light of the Supreme Court's Ruling in Garcetti v. Ceballos, "Ala. C.R. & C.L. L. Rev." 2017, vol. 8.
- Zalesne D., The Consentability of Mandatory Employment Arbitration Clauses, "Loy. L. Rev." 2020, vol. 66 (Spring 2020).

### Cases

- Altura Communication Solutions, LLC*, 369 NLRB No. 85, \*1 (2020).
- Apt Medical Transportation, Inc.*, 333 NLRB 760, 767 (2001).
- Arbah Hotel Corp.*, 368 NLRB No. 119 (2019).
- Ashford v. PricewaterhouseCoopers LLP*, 954 F.3d 678, 684–85 (4th Cir. 2020).
- Barrasso v. Macy's Retail Holdings, Inc.* 2016 WL 1449567 (D. Mass. 2016), \*5.
- Brinks USA*, 354 NLRB 312, 325 (2009).
- Chamber of Commerce v. Reich*, 74 F.3d 1322, 1337 (D.C. Cir. 1996).
- Circuit City Stores, Inc. v. Adams*, 532 U.S. 105 (2001).
- CP Anchorage Hotel 2, LLC, D/B/A Hilton Anchorage* 370 NLRB No. 83 (2021).
- Delfingen US-Tex., L.P. v. Valenzuela*, 407 S.W.3d 791, 794 (Tex. App.--El Paso 2013, no pet.).
- Drivers, Warehouse & Dairy Employees Union, Local No. 75 v. N.L.R.B.*, 866 F.2d 1537 (D.C. Cir. 1989).



- Epic Systems v. Lewis*, 584 U.S., 138 S. Ct. 1612 (2018).
- Fallbrook Hosp. Corp. v. N.L.R.B.*, 785 F.3d 729, 734 (2015).
- Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Systems*, 500 U.S. 20 (1991).
- Great Lakes Coal Co.*, 268 NLRB 1207, 1215 (1984).
- Harrington v. Atlantic Sounding Co., Inc.*, 602 F.3d 113, 126 n.7 (2nd Cir. 2010).
- Hooters of America, Inc. v. Phillips*, 173 F.3d 933, 938 (4th Cir. 1999).
- HTH Corp.*, 361 NLRB 709, 716 (2014).
- In Re Konig*, 318 NLRB 901, 905 (1995).
- In re Odyssey Healthcare, Inc.*, 310 S.W.3d 419, 424 (Tex. 2010).
- Interfoto Picture Library Ltd. v. Stiletto Visual Programmes Ltd.* [1989] 1 QB 433 (CA) at 439 (Lord Bingham LJ) (appeal taken from Lambeth Cty. Ct.) (Eng.).
- K Mart Corp.* 242 NLRB 855, 876 (1979).
- McKinney v. Creative Vision Resources, LLC* 2013 WL 351655 (E.D. La. 2013), \*25.
- Midwest Casting*, 194 NLRB 523 n. 13 (1971).
- NLRB v. Cable Vision, Inc.*, 660 F.2d 1, 4 (1st Cir. 1981).
- Reuther v. Fowler & Williams, Inc.*, 386 A.2d 119 (Pa. Super. 1978).
- Richfield Hospitality, Inc.* 369 NLRB No. 111 (2020).
- Rivera-Vega v. ConAgra, Inc.* 876 F.Supp. 1350, 1363 (D. P.R. 1995).
- Salley v. Option One Mortg. Corp.*, 925 A.2d 115, 592 Pa. 323 (Pa. 2007).
- Scepter Ingot Castings, Inc.*, 341 NLRB 997 (2004).
- Stuart Radiator Core Manufacturing Co., Inc.*, 173 NLRB 125, 130 (1968).
- Thibodeau v. Comcast Corp.*, 912 A.2d 874, 2006 PA Super. 346 (Pa. Super. Ct. 2006).
- Triumph Aerostructures, Vought Aircraft Division*, 369 NLRB No. 123 (2020).
- Weaver v. Harpster*, 975 A.2d 555, 562–563 (Pa. 2009).
- Wis. Dep't of Indus. Labor and Human Rel. v. Gould*, 475 U.S. 282, 289 (1986).
- Yam Seng* [2013] EWHC [151].



**Jana Komendová**

Masaryk University Brno, Czech Republic  
Jana.Komendova@law.muni.cz  
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-9420-1900>

**Jan Horecký**

Masaryk University Brno, Czech Republic  
Jan.Horecky@law.muni.cz  
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-8933-6624>

## **The Notion of “Worker” for the Purpose of EU Social Policy and its Interpretation by the Court of Justice of the European Union<sup>1</sup>**

**Abstract:** Social policy is one of the EU policies shared by the EU and the Member States. The aims of EU rules in the field of social policy include protection of the working conditions of workers, on the one hand, and prevention of social dumping between undertakings from different Member States on the other hand. The EU primary and secondary law relating to social policy uses the term “worker.” However, contrary to the national laws of the Member States, there is no definition or explanation of this concept. National laws of Member States provide different definitions of the term “worker” or “employee” which can lead to different levels of protection for workers under the national legislations of EU Member States. For this reason, the concept of “worker” for the purpose of EU social policy may not be interpreted differently according to the law of Member States but has an autonomous meaning specific to EU law.

**Keywords:** EU social policy, free movement of workers, interpretation, national law, worker

---

1 The scholarly contribution was prepared within the project “Dependent Work and the Performance of Artistic Activity,” No. MUNI/A/0954/2019.

## Introduction

Social policy is one of the policies that the EU shares with the Member States. One of the objectives of the EU and the Member States with respect to social policy is the promotion of employment and improving living and working conditions in order to make their harmonization possible. The competencies of the EU institutions to act in social policy, including the adoption of acts of secondary law, are defined by Article 153 and 154 of the Treaty on the Functioning of the EU (hereafter the Treaty). According to the first of these provisions, the EU shall support and complement the activities of the Member States in the enumerated fields that include, in particular, improvement of the working environment to protect workers' health and safety, working conditions, social security and social protection of workers and combating social exclusion. EU primary and secondary law contains the term "worker." However, there is no definition of a worker or an employment relationship in EU law. The only exception is the Occupational Health and Safety Directive stating that a worker is any person employed by an employer, including trainees and apprentices but excluding domestic servants<sup>2</sup>. Contrary to provisions on free movement of workers, creating part of the internal market, the EU secondary legislation concerning social policy makes references to a definition of a worker in national law or practice<sup>3</sup>. In its caselaw, the CJEU ruled several times that the *sui generis* legal nature of an employment relationship in national law can in no way whatsoever affect whether or not the person is a worker for the purposes of EU law<sup>4</sup>. The present paper analyses the interpretation of the concept of "worker" for the purpose of EU social policy in the caselaw of the CJEU. Attention is paid, in particular, to the position of volunteer firefighters, members of boards of directors of commercial companies, and persons providing their activities under a scheme of vocational training or integration into the labor market.

---

2 Article 3(a) of Directive 89/391/EEC of the European Council of 12 June 1989 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health of workers at work (O.J. L 183, 29.06.1989, pp. 1–8).

3 See e.g. Article 2(1)(d) of Directive 2001/23/EC of the European Council of 21 March 2001 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses (O.J. L 82, 22.03.2001, pp. 16–20). This provision states that "employee" shall mean any person who, in the Member State concerned, is protected as an employee under national employment law.

4 See e.g. Judgment of CJEU of 20 September 2007 on the case of Sari Kiiski v. Tampereenkaupunki, C116/06, point 26 or Judgment of CJEU of 6 March 2015 on the case of Gérard Fenoll v. Centre d'aide par le travail 'La Jouvene', Association de parents et d'amis de personnes handicapées mentales (APEI) d'Avignon, C316/13, point 31.

## 1. Social Policy in the EU

Social policy as one of the EU policies shared with the Member States was introduced by the Amsterdam Treaty adopted in 1997<sup>5</sup>. However, certain rules concerning the protection of workers, in particular in the event of collective dismissals, an employer’s insolvency and transfer of undertakings or businesses, became part of Community law in the 1970s. It is worth noting that the main objective of directives on the social protection of employees was to prevent social dumping between undertakings from different Member States rather than the protection of workers. “European competition rules, in particular, has a significant influence on social protection development while keeping the aims at harmonizing the working conditions in the EU, or avoiding any kind of social dumping and at seeking for the optimum between economic freedom (enshrined in the Treaties) and social (including trade union) rights”<sup>6</sup>. The protection of the social rights of workers became part of EU law after the adoption of the Charter of Fundamental Social Rights of Workers signed in 1989. At the present time, EU social policy regulates selected fields of labor law, in particular, health and safety at work, working time and rest periods, the reconciliation of family life and professional life, precarious forms of work, the right to equal treatment in employment and social protection of employees.

## 2. The Interpretation of the Term “Worker” for the Purpose of EU Social Policy

As mentioned above, the EU primary and secondary law regulating social policy, including certain fields of labor law, does not define the term “worker.” The definition provided by the Occupational Health and Safety Directive that regards workers, e.g. apprentices, does not recognize remuneration as one of the characteristic features of an employment relationship. The meaning of the term “worker” was interpreted in the caselaw of the CJEU, which has decided many times that the concept of “worker” for the purpose of EU social policy may not be interpreted differently according to the law of the Member States but has an autonomous meaning specific to EU law<sup>7</sup>. It is noteworthy that the CJEU interprets the notion of “worker” for the purpose of EU social policy in a similar way as for the purpose of the free movement

---

5 The Treaty amending the Treaty on European Union, the Treaties Establishing the European Communities and Certain Related Rules entered into force on May 1, 1999.

6 J-M. Servais, To be a Worker in the XXIst Century, (in:) J. Pichrt, K. Koldinská, J. Morávek (eds.), *Obrana pracovního práva; The Defence of Labour Law*. Pocta prof. JUDr. Miroslavu Bělinovi, Csc. Prague 2020, p. 465.

7 See e.g. Judgment of CJEU of 14 October 2010 on the case of *Union syndicale Solidaires Isère v. Premier ministre and Others*, C428/09, point 28 or Judgment of CJEU of 21 February 2018 on the case of *Ville de Nivelles v. Rudy Matzak* C518/15, point 28.

of workers, that is, according to criteria distinguishing an employment relationship. According to the settled caselaw, the defining feature of an employment relationship is that for a certain period of time a person performs for and under the direction of another person a service, in return for which he receives remuneration<sup>8</sup>. As we can see, the CJEU defines three characteristic features of an employment relationship: (1) performance of work, (2) a relationship of the worker's subordination and the employer's superiority and (3) a remuneration. Subsequently, the CJEU excluded from the concept of an employment relationship activities on a small scale that can be regarded as purely marginal and ancillary, and defined that the activity provided by the worker must be real and genuine. In this respect, it may raise a question whether the EU primary and, in particular, secondary law relating to social policy applies to relations excluded from the scope of the application of national labor law.

### **2.1. A Person Providing an Activity as a Volunteer Firefighter**

In its recent caselaw, the CJEU dealt with the position of a person providing an activity as a volunteer firefighter. In the Matzak case (C518/15), the CJEU decided on the scope of application of the Working Time Directive, in particular, on the definition of working time<sup>9</sup>. The dispute before the national court related to on-call time undertaken at the home of the worker on condition that the worker was obliged to remain physically present at the place determined by the employer and to reach his place of work within eight minutes. According to national law, the volunteer firefighter did not have the status of a professional firefighter and was not regarded as a worker. Contrary to professional staff remunerated in accordance with the conditions laid down by the financial rules governing the staff of the town of Nivelles, volunteer staff received allowances set out in specific rules calculated prorata on the hours worked. In the judgment, the CJEU made reference to the settled caselaw and noted that the concept of "worker" within the meaning of the Working Time Directive may not be interpreted differently according to the law of Member States but has an autonomous meaning specific to EU law<sup>10</sup>. In its judgment, the CJEU noted that the fact that under national law a person does not have the status of a professional firefighter, but that of a volunteer firefighter, is irrelevant for his classification as a "worker" within the meaning of the Working Time Directive<sup>11</sup>. The CJEU decided that a person in the circumstances of the claimant in the main proceedings must be

---

8 See e.g. Judgment of CJEU of 3 July 1986 on the case of Deborah Lawrie-Blum v. Land Baden-Württemberg C66/85, point 17 or Judgment of CJEU of 31 May 1989 on the case of I. Bettray v. Staatssecretaris van Justitie C34487, point 12.

9 Directive 2003/88/EC of the European Parliament and of the Council of 4 November 2003 concerning certain aspects of organisation of working time (O.J.L 299, 18.11.2003, pp. 9–19).

10 See e.g. Judgment of CJEU of 14 October 2010, on the case of Union syndicale Solidaires Isère, *op. cit.*

11 Judgment of CJEU of 21 February 2018 on the case of Rudy Matzak..., *op. cit.*, point 30.

classified as a “worker” within the meaning of the Working Time Directive insofar as he was integrated into the Nivelles fire service where he pursued, genuine activities were under the direction of another person for which he received remuneration<sup>12</sup>.

## 2.2. A Member of a Board of Directors of a Commercial Company

Particular attention should be paid to the position of members of the boards of directors of commercial companies. The CJEU was asked several times whether such persons should be classified as workers for the purpose of EU social policy. In national laws of the Member States, members of boards of directors of commercial companies are usually not regarded as workers or employees and their function is governed by commercial or civil law. In the Danosa case (C232/09), the CJEU dealt with the position of a pregnant member of the board of directors of a public limited company who was removed from her post by the general meeting of the shareholders. The claimant in the main proceedings argued that since she had received remuneration for her work and had been granted the right to take holidays, it was reasonable to assume the existence of an employment relationship. She claimed protection against dismissal as a pregnant employee under the EU Maternity Protection Directive<sup>13</sup>. The company argued that a member of the board of directors of a public limited company was not in the position of a worker because she was not in the relationship of subordination there.

With respect to this characteristic feature of an employment relationship, the CJEU noted that the answer to the question of whether a relationship of subordination exists within the definition of the concept of “worker” must, in each particular case, be arrived at on the basis of all the factors and circumstances characterizing the relationship between the parties<sup>14</sup>. The CJEU examined all the conditions of the performance of the related function. In the Court’s opinion, board members who, in return for remuneration, provide services to the company which has appointed them and of which they are an integral part, who carry out their activities under the direction or control of another body of that company and who can at any time be removed from their duties without such removal being subject to any restriction, satisfy *prima facie* the criteria for being treated as workers within the meaning of the caselaw of the Court<sup>15</sup>.

A few years later, the CJEU dealt with the position of a member of the board of directors of a commercial company for the purpose of the protection of employees

---

12 *Ibidem*, point 31.

13 Directive 92/85/EEC of the European Council of 19 October 1992 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health at work of pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding (O.J.L 348, 28.11.1992, pp. 1–7).

14 Judgment of CJEU of 11 November 2010 on the case of Dita Danosa v. LKB Lizings SIA, C232/09, point 46.

15 *Ibidem*, point 51.

in the event of collective redundancies. In the *Balkaya* case (C29/14), the CJEU answered a question of whether to include a member of the board of directors of a limited liability company in the category of workers normally employed by the employer. Under national legislation, these persons were not regarded as workers or employed persons and their rights and duties were governed by law on limited liability companies<sup>16</sup>. In the judgment, the CJEU examined the existence of all the characteristic features of an employment relationship, in particular the relationship of subordination. The CJEU took into consideration the fact that a director of the capital company in question in the main proceedings was appointed by the general meeting of shareholders of that company, which might revoke his mandate at any time against the will of the director. Furthermore, in the exercise of his function, that director was subject to the direction and supervision of that body, and, in particular, to the requirements and restrictions that were imposed on him in that regard. In addition, the CJEU took into consideration the fact that the member of the board of directors did not hold any shares in the company for which he carried out his functions<sup>17</sup>. Subsequently, the CJEU underlined that such a member of the board of directors of a capital company received remuneration in return for the services provided<sup>18</sup>.

### 2.3. A Person Placed in a Work Rehabilitation Centre

With respect to the notion of “worker,” the CJEU decided on the position of persons providing their activities under a scheme of sheltered employment. In the *Fenoll* case (C316/13), the CJEU dealt with the question whether a person placed in a work rehabilitation center for persons with disabilities could be classified as a worker within the meaning of Article 1 of the Working Time Directive. According to national law, such centres accepted disabled adolescents and adults who cannot work, temporarily or permanently, either in ordinary undertakings, in a sheltered work environment for a centre distributing work to be done at home, or pursue an activity as a self-employed person. These centres offer opportunities for various work activities, medico-social and educational support, and living arrangements which encourage personal development and social integration. Under national law, persons placed in a work rehabilitation centre did not have the status of an employee for the

---

16 The national law distinguished the status of a director as an officer on the one hand from the rights and obligations of the director vis-à-vis the company on the other hand. The status of director was acquired upon the appointment of the director by a general meeting of the shareholders, the most powerful body in the company. The rights and obligations of the director as regards that company were governed by the director's service contract. That contract was a contract for services in the form of a business management contract and did not constitute an employment contract, according to national caselaw.

17 See Judgment of CJEU of 9 July 2015 on the case of *Ender Balkaya v. KieselAbbruch – und Recycling Technik GmbH*, C229/14, point 40.

18 *Ibidem*, point 42.



purpose of the Labor Code. In the dispute before the national courts, a person with a disability performing activities in such a scheme of social aid claimed financial compensation for annual paid leave<sup>19</sup>.

In the Court’s opinion, the fact that persons admitted to a rehabilitation centre are not subject to certain provisions of the Labor Code, creating a legal situation for those persons that must be treated as *sui generis*, cannot be decisive when the employment relationship between the parties to the proceedings is assessed<sup>20</sup>. For classifying seriously disabled persons placed in the scheme of sheltered employment as workers, the CJEU examined the existence of three characteristic features of an employment relationship. With respect to the performance of services for a certain period of time, the CJEU took into consideration that for at least five consecutive years Mr. Fenoll had provided various services for which, moreover, he had obtained annual paid leave<sup>21</sup>. With respect to the relationship of the employee’s subordination and the employer’s superiority, the CJEU noted that those services, together with support of a medico-social nature, were assigned and directed by the staff, as well as by those in charge of the CAT “La Jouvène,” who sought to provide Mr. Fenoll with a way of life adapted as best might be to his needs<sup>22</sup>. As regards the remuneration, the CJEU took into its consideration the fact that the activities performed by Mr. Fenoll within the economic and social programme of the rehabilitation centre were carried out in return for remuneration. In the Court’s opinion, the fact that his remuneration was substantially less than the guaranteed minimum wage in France cannot be taken into account for the purpose of classifying Mr. Fenoll as a “worker” within the meaning of EU law<sup>23</sup>.

It is apparent that the Court’s approach in the Fenoll case makes it clear that the status of “worker” does not depend on the level of productivity attained<sup>24</sup>. However, for the purpose of the classification of a person as a worker within the meaning of EU law, the CJEU requires that the activity of a person is effective and genuine, and not purely marginal and ancillary.

It is worth noting that the CJEU dealt with the position of persons providing their activity under the scheme of sheltered employment in its previous caselaw. In the Bettray case (C344/87), it ruled that activities performed under a work rehabilitation scheme for drug addicts, designed to enable an individual to recover

---

19 It is worth noting that Article 7(2) of the Working Time Directive entitles the worker to an allowance in lieu of replacing the minimum period of annual paid leave where an employment relationship is terminated.

20 See Judgment of CJEU of 6 March 2015 on the case of Gérard Fenoll, *op. cit.*, point 30.

21 See *ibidem*, point 32.

22 *Ibidem*.

23 *Ibidem*.

24 See M. Bell, Disability, Rehabilitation and the Status of Worker in EU Law: Fenoll, “Common Market Law Review” 2016, vol. 53, no. 1, p. 204.

his capacity to take up ordinary employment, did not constitute effective and genuine economic activity<sup>25</sup>. Contrary to the *Bettray* case relating to free movement of workers, with respect to the right to stay in the territory of the host Member State, the *Fenoll* case relates to EU social policy, with respect to the right to annual paid leave that is a fundamental working condition of workers. It is apparent that the context of interpreting the term “worker” in the *Fenoll* case was not freedom of movement of workers as one of the cornerstones of the internal market but health and safety at work as a traditional part of labor law.

In the Court’s opinion, in the *Fenoll* case, a person placed in a rehabilitation centre can be classified as a worker for the purpose of the Working Time Directive. However, the national court should determine whether the services actually performed by Mr. *Fenoll* can be regarded as forming part of the normal labor market. For that purpose, account may be taken not only of the statute and practices of the rehabilitation centre concerned in the main proceedings as a care facility, and of the various aspects of the aim of its social aid program, but also of the nature of the services and the manner in which they are performed<sup>26</sup>. Some authors state the view that the requirement that the work performed by a person has an economic value is considered because it appears to allow the market to guide the assessment of what constitutes work rather than alternative considerations; for example, a test based on social utility might accord greater weight to the benefits derived by individuals and society from the activities performed. The requirement of economic value is also problematic for other types of socially useful work performed outside the open labor market such as unpaid caring<sup>27</sup>.

#### **2.4. A Person Working under a Scheme for Training and Reintegration into the Labor Market**

In the abovementioned *Balkaya* case (C229/14), the CJEU analysed the position of a person who was undergoing training within the company to re-qualify as an office assistant funded by the public employment office. In fact, a grant, which was equivalent to the whole of the remuneration due to a worker for work done in the context of the training, was paid to such a person directly by the state. The purpose of the activity of such a person in the company was to acquire or improve skills and complete vocational training. It should be noted that in the preceding caselaw, the CJEU dealt with the concept of “worker” in the case of persons who served a traineeship or periods of apprenticeship in an occupation for the purpose of the free movement of workers and the prohibition of discrimination based on nationality in employment. In the settled caselaw, the CJEU stated that such persons

---

25 See Judgment of CJEU of 31 May 1989 on the case of *I. Bettray*, *op. cit.*

26 *Ibidem*, point 42.

27 See M. Bell, *Disability, Rehabilitation...*, *op. cit.*, p. 205.

performing activities under named schemes should be regarded as workers, provided that the periods of practice are served under the conditions of genuine and effective activity as an employed person, for and under the direction of an employer<sup>28</sup>. In the decision in the Balkaya case, the CJEU noted that neither the legal context of the employment relationship under national law, in the framework of which the vocational training or internship was carried out, nor the origin of the funds from which the person concerned was remunerated and, in particular, the funding of that remuneration through public grants, could have any consequence in regard to whether or not the person was to be regarded as a worker<sup>29</sup>. Contrary to the decision in the abovementioned Bettray case, the CJEU decided that a person who, while not receiving remuneration from his employer, performed real work within the undertaking in the context of a traineeship with financial support from, and the recognition of, the public authority responsible for the promotion of employment, in order to acquire or improve skills or complete vocational training, must be regarded as a worker<sup>30</sup>.

## Conclusion

As has been mentioned throughout this paper, the concept of “worker” for the purpose of EU social policy may not be interpreted differently according to the law of Member States but has an autonomous meaning specific to EU law. The interpretation of the term “worker” or employment relationship in the caselaw of the CJEU concerns EU social policy or its particular fields. The CJEU takes into consideration the purpose of the act of secondary law, stating the minimum level of protection of workers. In practice, a person, e.g. a member of a board of directors of a limited liability company, may be regarded as a worker for the purpose of the right to maternity leave but not for the purpose of the transfer of rights and duties arising from labor relations or the protection of an employee’s rights in the event of an employer’s insolvency. The authors of this paper state the view that the interpretation of the concept of “worker” in the caselaw of the CJEU is not entirely applicable in the fields of labor law not regulated by EU social policy such as the remuneration of workers or the right to strike.

---

28 See e.g. Judgment of CJEU of 3 July 1986 on the case of Deborah Lawrie-Blum, *op. cit.*, points 19–21, Judgment of CJEU of 26 February 1992 on the case of M.J.E. Bernini v. Minister van Onderwijsen Wetenschappen, C3/90, points 15–16 or Judgment of CJEU of 17 March 2005 on the case of Karl Robert Kranemann v. Land Nordrhein-Westfalen, C109/04, point 13. All these cases relate to the free movement of workers and the prohibition of discrimination on the grounds of nationality in employment and occupation.

29 Judgment of CJEU of 9 July 2015 on the case of Ender Balkaya, *op. cit.*, point 51.

30 *Ibidem*, point 52.

REFERENCES

- Barancová H., Teoretické a praktické súvislosti pracovného práva Európskej únie, Bratislava 2019.
- Barancová H., Pojem zamestnanec podľa Zákonníka práce versus pojem pracovník podľa práva EÚ, „Právní rozhledy“ 2018, vol. 2018, no. 20.
- Bell M., Disability, Rehabilitation and the Status of Worker in EU Law; Fenoll, “Common Market Law Review” 2016, vol. 53, no. 1.
- Blanpain R., European Labour Law, 14<sup>th</sup> edition, Alphen aan den Rijn 2014.
- Komendová J., Základy pracovného práva EU, Praha 2016.
- Komendová J., Pojem pracovník ve světle judikatury Evropského soudního dvora, (in:) M. Novotná, A. Olšovská, N. Štefanková (eds.), Európske výzvy súčasného právneho vývoja, Trnava 2006.
- Križan V., Pojem pracovník na účely úpravy voľného pohybu pracovníkov Európskej únie, „Societas et iurisprudentia” 2020, vol. 8, no. 1.
- Servais J.-M., To be a Worker in the XXIst Century, (in:) J. Pichrt, K. Koldinská, J. Morávek (eds.), Obrana pracovného práva, The Defence of Labour Law – Pocta prof. JUDr. Miroslavu Bělinovi, Csc. Praha 2020.

**Krzysztof Baran**

Jagiellonian University, Poland

krzysztof.w.baran@gmail.com

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-5165-8265>

## **General Clauses that Define the Scope of Contractual Freedom in Concluded Settlements in Disputes Between the Employee and the Employer**

**Abstract:** This paper aims to present the issue of general clauses that define the scope of contractual freedom in settlements which have been concluded in disputes between the employee and the employer. The aspect of mutual concessions is also discussed. The violation of the problem of justified interest is considered. The paper shows that general clauses are not mutually exclusive, but usually overlap in a settlement. Therefore, a given settlement may violate various general clauses. The vagueness of their conceptual scopes sometimes generates significant practical problems worth to be observed.

**Keywords:** employee settlements, general clauses, justified interest of the employee, principles of social coexistence

### **Introduction**

The main legal instrument that fulfils the principle of the amicable settlement of disputes between employees and employers, stipulated in Art. 243 of the Labor Code<sup>1</sup>, is settlement. In the Polish labor law system, such settlements may be concluded at various stages of the dispute and before various legal protection authorities<sup>2</sup>. The essence of all settlements entered into in labor law cases is mutual concessions. In

---

1 Cf. J. Piątkowski, (in:) K.W. Baran (ed.), *Kodeks pracy. Komentarz*, vol. 2, Warsaw 2020, p. 1709 ff.

2 Cf. K.W. Baran, (in:) K.W. Baran (ed.), *Procesowe prawo pracy. Wzory pism*, Warsaw 2013, p. 131 ff.

this matter, the provisions of Art. 917 of the Civil Code<sup>3</sup> are applicable, taken together with Art. 300 of the Labor Code<sup>4</sup>. The judiciary<sup>5</sup> has given the notion a broad scope. Concessions may consist not only in the limitation of substantive legal claims, but also in the waiver of procedural rights by a party<sup>6</sup>. The latter case refers to the waiver of obtaining a judgment based on the seriousness of *res judicata*. A court judgment is a legal act with the power of *res judicata*, so the rights of the parties determined therein have a stronger legal basis, and thus are more difficult to challenge, than the rights that arise from a court settlement<sup>7</sup>, which does not have the power of *res judicata* and may be repealed much more easily than a valid judgment. Possessing a right, even if the same, but based on a stronger legal title, is already a material benefit for the party. By entering into a settlement in or outside court, the party waives this benefit.

Here it should also be emphasized that the mutual concessions made by the parties in the settlement do not have to be objectively equivalent. Subjective equivalency is sufficient for the validity of the settlement. The position of the parties themselves is decisive in this respect. It is precisely this aspect that should be the reference point when the content of the settlement is assessed by a legal protection authority in terms of its compliance with fair (justified) interest. It is also worth noting that the objective limits that the concessions may reach are specified for different types of settlements by statutory provisions (of the Civil Code or the Code of Civil Procedure).

As for the nature of the mutual concessions in the substantive law sphere, they may consist either in reducing the rights to which the given party is entitled<sup>8</sup>, or in acknowledging the increased rights of one party by the other party<sup>9</sup>. It will be useful to analyse how these mutual concessions, specified in Art. 917 of the Civil Code, are manifested in practice, i.e. in settlements concluded in individual employment cases. They may take various forms: quite often, the settlement is concluded because the employee withdraws from pursuing claims that were excessively high. This usually happens in remuneration-related disputes, i.e. in situations when the employee received, pursuant to the agreement, a financial consideration (e.g. remuneration) from the employer and the amount was lower than originally demanded, because it was determined before an organ of legal protection that the filed claim was only partly justified. The second category of settlements where mutual concessions may take place with a narrow meaning of the term are situations when the employee

3 Cf. T. Wojciechowski, Charakter prawny ugody sądowej, "Przegląd Sądowy" 2002, no. 6, p. 36 ff.

4 Cf. K.W. Baran, (in:) K.W. Baran (ed.), Kodeks pracy, *op. cit.*, p. 1841 ff.

5 Cf. judgment of the Supreme Court of 21 February 2017, I PK 76/16 Vol. 1, LEX No. 2259788.

6 Cf. judgment of 2 December 2011, III PK 28/11, LEX No. 1163947, thesis 1.

7 This view seems to be applicable *mutatis mutandis* also to non-court settlements concluded in individual labor disputes.

8 This refers also to future rights. Cf. judgment of the Supreme Court of 16 October 2009, I PK 89/09, LEX No. 558563, thesis 3.

9 Cf. e.g. judgment of the Supreme Court of 12 May 2004, I PK 603/03, OSNP 2005, No. 3, item 34.

receives a different consideration in return for withdrawing from the original claim. Such a situation occurs when the labor law regulations foresee alternative rights for the employee. An example may be a settlement pursuant to which the employee receives compensation<sup>10</sup> instead of the initially demanded reinstatement.

The issues that require separate treatment are the aims of a settlement concluded between the employee and the employer, as it seems that the main goal of each settlement is to facilitate the fulfilment of an obligation. It may be manifested by eliminating the uncertainty concerning the claims that result from such a relationship. The aim of the settlement is then to transform an uncertain employment relationship into a certain one. This means that the emergence of subjective doubts concerning the scope of the mutual rights and obligations of the parties that result from the legal relationship between them, and the resulting need to make them precise, are sufficient to enter into a settlement. Such a situation occurs if the parties conclude a settlement in cases concerning the determination of the existence or absence of a right or legal relationship. In this way, the parties may eliminate the uncertainty that exists between them. Apart from that, the aim of the settlement may be to make the legal relationship between the employee and the employer indisputable, in case a dispute might arise on these grounds or to prevent the occurrence of such disputes. It should be noted that a settlement may become effective not only if the obligation has already been violated, but also in situations where only a threat of such violation exists.

### **Impact of General Clauses on the Scope of Contractual Freedom in Settlements**

Discussing the issue of contractual freedom in settlements concluded between the employee and the employer, I would like to emphasize that in labor law cases, this freedom is limited by norms<sup>11</sup> that contain general clauses. The starting point will be the statement that in the labor law system, a legal action, also including a settlement, may only contain such content that is not forbidden by the legal system<sup>12</sup>. This results from the universal assumption of *quo lege non prohibet, licet est*. The view expressed here is fully compatible with the belief<sup>13</sup> that modern legal systems

---

10 Cf. decision of the Supreme Court of 6 May 1999, I PKN 183/99, OSNAPiUS 2000, No. 13, item 515.

11 Cf. Art. 58 §1 of the Civil Code and Art. 469 of the Code of Civil Procedure.

12 This directive is formulated in the light of civil law in a different, positive, way by P. Grzybowski, *Prawo cywilne. Zarys systemu*, Warsaw 1973, p. 245.

13 Z. Radwański, *Zarys części ogólnej prawa cywilnego*, Poznań 1978, p. 208; M. Czachorski, A. Brzozowski, M. Safjan and E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warsaw 2009, pp. 149–150; C. Żuławska, *Wokół zasady wolności umów*, "Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo CCXXXVIII" 1994, no. 1690, p. 173 ff.



are based on the model of general competence that does not prevent the freedom to shape the content of legal actions within the framework provided in statutory schemes (types) of legal actions.

In this light, the question arises of what limitations<sup>14</sup> are imposed on settlements entered into between employees and their employers. The scope of contractual freedom is similar for various types of settlements. This results from the fact that it is defined by statutory formulas, referred to as general clauses, whose meaning is determined in specific situations based on non-legislative evaluations and rules. This applies, first of all, to such notions as the principles of social coexistence and the violation of the justified interest of the employee. In practice, the provisions of a specific settlement may be classified as violating two negative prerequisites at the same time.

In settlements concluded in labor law disputes, the scope of contractual freedom is defined not only by legal regulations, but also by the principles of social coexistence. These principles are a classical general clause in the Polish legislation system. The point is that the mutual concessions that are provided in the given settlement should comply with these principles. The issues of principles of social coexistence have been widely discussed in literature, including both legal science publications and the jurisprudence of the Supreme Court. However, the characteristics of this extensive and, at the same time, complex topic are not the subject of this study<sup>15</sup>. Here, I will focus only on determining what it means that a settlement should be compliant with the principles of social coexistence.

I will start my reflections on the issue of compliance of settlements with the principles of social coexistence with the statement that in legal doctrine<sup>16</sup>, these principles have been classified as general clauses, i.e. statutory phrases of non-defined scope, whose meaning is determined based on non-legislative norms and rules<sup>17</sup>. In practice, this means that a settlement is compliant with the principles of social coexistence if its provisions do not raise any objections from the point of view of the ethical, moral, and social norms that are binding in the given worker's community. However, the assessment of whether the given settlement does not violate the principles of social coexistence may be provided only after examining the circumstances of each individual case. The result of such assessment will depend not only on the content of the settlement, but also on the situational context in which it was concluded. According to the accurate view of the Supreme Court that was

---

14 B. Wagner, Zakres swobody umów, *op. cit.*, p. 160 and *idem*, B. Wagner, Zasada swobody umów w prawie pracy, "Państwo i Prawo" 1987, vol. 6, p. 72.

15 Cf. L. Morawski, Wstęp do prawoznawstwa, Toruń 1997.

16 Cf. e.g. T. Zieliński, Klauzule generalne w prawie pracy, Warsaw 1988, p. 5, p. 9.

17 Cf. A. Wypych-Żywicka, (in:) K.W. Baran (ed.), System prawa pracy. Część ogólna, vol. 1, Warsaw 2017, p. 1359 ff.



expressed in the grounds for the resolution of the panel composed of seven judges of October 17, 1986, III PZP 60/86<sup>18</sup>, a settlement that transforms the termination of an employment contract without notice into a termination of the employment contract upon mutual consent of the parties violates the principles of social coexistence, if the reason for termination without notice was the committing of an offence to the detriment of the employer or appearing at work under the influence of alcohol. A settlement that divides the repayment of a large amount of money appropriated by the employer into instalments payable for a period of 50 years is also in gross violation of the principles of social coexistence<sup>19</sup>. Here, we are dealing with a violation of elementary principles of justice<sup>20</sup>.

Apart from the moral and ethical limitations specified above, the binding legislation requires settlements concluded in labor law cases to be compliant with the justified interest of the employee. The central directive in this matter is provided in Art. 469 of the Civil Procedure Code. First of all, the term “interest” should be analysed. In particular, it should be considered whether this term is limited to the legal interest of the employee. Personally, I hold the belief that, apart from the legal interest, which is doubtless important, this notion also includes the social, economic, and even personal interest. The concept of understanding the term “interest” presented here is supported by the argument *lege non distinguente nec nostrum est distinguere*. It is not without significance that if the legislator wished to narrow the semantic scope of this term, nothing would prevent using the notion “legal interest” in Art. 469 of the Code of Civil Procedure as it was used in Art. 189 of the Civil Procedure Code. As a result, it seems reasonable to state that the justified interest of the employee includes not only the interest that is directly linked to the legal sphere of the employment relationship, but also any other benefits of an economic, financial, or personal nature that result from employment.

To continue the discussion of this issue, it is worth considering what specifically a violation of this interest may consist of. This is not a place for detailed reflections on equity as a factor that stimulates the application of law. This is a complex issue<sup>21</sup>, which results from the fact that equity is an undefined term that is used not only in law, but also in morality, politics, and religion. So it is necessary for me to focus on determining how this factor influences the scope of contractual freedom in settlements concluded between the employee and the employer.

The starting point for further discussion will be the thesis that the term “violation of justified interest” should be classified as one of the phrases that are referred to as

18 OSNC 1987, Nos. 5–6, item 67.

19 Cf. decision of the Administrative Court in Lublin of 22 April 1999, III APZ 1/99, Apel.-Lub. 1999, No. 2, item 10.

20 Cf. judgment of the Supreme Court of 29 April 2010, III PK 69/09, LEX No. 602057, *in fine*.

21 Cf. C. Pereman, *Logika prawnicza. Nowa retoryka*, Warsaw 1984, p. 109.

general clauses. It is indisputable that the content of the phrase refers to non-legislative norms and evaluations. The labor law doctrine<sup>22</sup> distinguishes between two groups of general clauses. One of them includes phrases that contain direct, clear references to non-legislative norms and evaluations, while the other contains terms and phrases whose denotation changes *in concreto* depending on the non-legislative norms and evaluations that are used by the person who interprets them in specific cases. The phrase “violation of justified interest” should be classified as belonging to the second group, as its meaning differs depending on the circumstances of the given case and the norms used by the interpreting party. In the process of application of the law, this allows each case to be treated on an individual basis, and adequately to the existing factual position. Such a legal structure enables legal protection authorities to issue personalized judgments in each case. As a result, one should note the fact that this indefiniteness of both the discussed phrases will lead to discrepancies in their practical application.

The attempts to eliminate the indefinite nature of the term “violation of the justified interest of the employee” to make it unambiguous in specific circumstances are *a priori* doomed to fail due to their semantic properties. This allows labor courts to adapt their judgments to specific life situations, and thus to treat them on an individual basis. As a result, the same scope of concessions made by the employee in the settlement of one case may be considered as a violation of his or her justified interest, while in different cases it may not be treated as a violation of such an interest.

After these general reflections, it is worth considering how such violation of the justified interest of the employee discussed here may manifest in practice<sup>23</sup>. Typically, the threat of such a situation occurs when the provisions of the settlement deprive the employee of due economic or social advantages. It is also important whether the binding labor law regulations define employee rights in a strict and unambiguous manner or whether they leave a space for decision for the employer. In the first case, limiting employee rights in the settlement should be treated as a violation of the law. In the second case, similar limitations may be qualified as a violation of the justified interest of the employee, depending on the factual circumstances of the case. For example, one may state<sup>24</sup> that it is generally not in the interest of a pregnant employee, who is under special protection, to receive compensation equivalent to one month's remuneration as a result of a court settlement, instead of reinstatement to work.

22 T. Zieliński, Klauzule generalne w prawie, *op. cit.*, p. 5; A. Wypych-Żywicka, (in:) K.W. Baran (ed.), *Zarys prawa pracy, op. cit.*, vol. 1, p. 782 ff.

23 Cf. decision of the Supreme Court of 27 January 1999, I PKN 679/98, OSNAPiUS 2000, No. 7, item 275. Cf. also the decision of the Supreme Court of 21 November 2019 r., II PZ 18/19, LEX No. 3009799.

24 Cf. judgment of the Supreme Court of 5 July 2002, I PKN 172/01, OSNP 2004, No. 8, item 142.

However, not every concession on the part of the employee violates their justified interest. As the Supreme Court accurately noted<sup>25</sup>, in certain situations, the waiver of some of the claims (in the substantive legal aspect) by the employee may lie in their well-understood interest<sup>26</sup>. This applies mainly to situations where the determination of the disputable factual position is hindered due to the existence of certain legal or factual ambiguities in the dispute. In such a case, obtaining immediate satisfaction of the claim under a settlement, at the expense of withdrawing from an insignificant part of the filed claim, will not violate the justified interest of the employee. An example of such a case might be a settlement which grants the employee financial consideration equivalent to the arithmetic mean of the equivalent of the most and least advantageous factual position. However, a settlement that would grant the employee compensation that is disproportionately low for the suffered damages would be unacceptable. In my opinion, such a settlement would cause significant detriment to their financial condition, and thus violate their justified interest. It seems, in practice, that the justified interest of the employee is usually violated when the employee who concludes the settlement acts to their disadvantage under coercion (usually psychological) or as a result of deception, or is not aware of the legal consequences of such action at all. Such a situation should be prevented by the legal protection authority that conducts the proceedings by collecting at least the elementary data about the circumstances of the dispute and the employee. However, the acceptability of a settlement in terms of the justified interest of the employee should be evaluated by comparing the content of the settlement agreed pursuant to the directives of Art. 65 of the Civil Code taken together with Art. 300 of the Labor Code with the claims to which the employee is entitled in the referenced factual circumstances<sup>27</sup>. In axiological terms, in this matter one should follow Justinian's principle *iure suo utendo nemini fiat iniuria* (when exercising one's right, nobody should suffer).

A specific general clause that limits the scope of contractual freedom in settlements concluded between the employee and the employer is the clause that forbids performing legal actions with the aim of evading statutory provisions. The essence of such action causes a certain legal consequence which is forbidden by absolutely binding regulations, by shaping the legal actions in such a way that it will have properties not contrary to the law on the outside, in formal terms. Only such legal actions that are aimed at achieving a result that has been negatively assessed by the provision forbidding it may be considered as actions *in fraudem legis*, but

25 Cf. judgment of the Supreme Court of 12 March 1965, I PR 6/65, OSNC 1966, No. 2, item 18.

26 In the decision of 20 June 2000, I PKN 313/00, OSP 2002, vol. 7–8, item 94 (with an approving comment by P. Dalka), the Supreme Court rightly assumed that the justified interest of the employee pursuant to Art. 469 of the Code of Civil Procedure does not have to be identified with obtaining due consideration in the full amount.

27 Cf. decision of the Supreme Court of 21 July 2000, I PKN 451/00, OSNAPiUS 2002, No. 5, item 116.

based on other types of actions, which are not clearly linked to such a ban by another legal regulation, obvious only when it is the specific result that is clearly forbidden, not just the acceptability of using a certain type of legal action<sup>28</sup>. Thus, a settlement may be considered as an action aimed at evading statutory provisions only if the parties thereto intend to achieve a legal result that is forbidden by labor law norms not based on the action to which the ban is directly linked, but precisely based on the settlement. Then the internal will of the parties focuses on achieving a forbidden result. As a consequence, such a settlement causes an indirect cancellation of the provisions of an absolutely binding legal norm. An example that illustrates this type of situation may be a settlement concluded between the employee and the employer in a dispute concerning working conditions, where the employee commits him- or herself to performing work in conditions that do not meet the occupational health and safety requirements in the given sector, in return for a higher remuneration.

Another interesting aspect related to the scope of contractual freedom in settlements is the problem of the mutual relationship between the prerequisites that specify this scope. The discussion of this topic should start with the thesis that these prerequisites are not mutually exclusive. On the contrary, they are quite often convergent in a specific case. The provisions of a specific settlement may violate two negative prerequisites at the same time. In practice, it is most difficult to distinguish between the non-compliance of a settlement with the principles of social coexistence and with the justified interest of the employee. This difficulty doubtless results from the indefinite semantic scopes of both these notions. This does not mean that both of them mean the same. The doctrine notes accurately<sup>29</sup> that the compliance of a settlement with the principles of social coexistence is determined by the evaluation of its content in terms of generally accepted ethical norms, and the fact whether an interest is justified is determined mainly by social and economic aspects. To present the relationship between the terms “principles of social coexistence” and “justified interest” with respect to “employee” settlements in logical terms, one may assume that the relationship between them is defined as crossing. This means that there may be such settlements whose content will violate both the principles of social coexistence and justified interest.

In conclusion, it should be stated that general clauses have a significant influence on the scope of contractual freedom in settlements concluded between the employee and the employer. They allow the shaping of the mutual concessions of both parties to the employment relationship appropriately, without causing harm to any of them. Due to their inherent indefiniteness, legal protection authorities, in particular courts, may react flexibly to situations where moral and ethical standards are violated in employment relationships.

---

28 P. Grzybowski, *Prawo cywilne, op. cit.*, p. 246.

29 B. Wagner, *Zakres swobody umów, op. cit.*, p. 161.

## Conclusion

In the system of resolving individual labor disputes, general clauses constitute an actual, though not the only, element limiting the freedom to contract in settlements. It should be emphasized that they are not mutually exclusive, but usually overlap in a settlement. Therefore, a given settlement may violate various general clauses. The vagueness of their conceptual scopes sometimes generates significant practical problems. To sum up, it should be stated that the agreement's compliance with the principles of social coexistence refers primarily to the ethical and moral categories, and the rightness of the employee's interest refers to personal or social issues. They directly shape the level of mutual concessions of the parties in the settlement concerning the claim for the employment relationship.

## REFERENCES

- Baran K.W., (in:) K.W. Baran (ed.), *Kodeks pracy. Komentarz*, vol. 2, Warsaw 2002.
- Baran K.W., (in:) K.W. Baran (ed.), *Procesowe prawo pracy. Wzory pism*, Warsaw 2013.
- Czachorski M., Brzozowski A., Safjan M., Skowrońska-Bocian E., *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warsaw 2009.
- Grzybowski P., *Prawo cywilne. Zarys systemu*, Warsaw 1973.
- Morawski L., *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 1997.
- Pereman Ch., *Logika prawnicza. Nowa retoryka*, Warsaw 1984.
- Piątkowski J., (in:) K.W. Baran (ed.), *Kodeks pracy. Komentarz*, vol. 2, Warsaw 2020.
- Radwański Z., *Zarys części ogólnej prawa cywilnego*, Poznań 1978.
- Wagner B., *Zasada swobody umów w prawie pracy*, "Państwo i Prawo" 1987, z. 6.
- Wojciechowski T., *Charakter prawny ugody sądowej*, „Przegląd Sądowy” 2002, no. 6.
- Wypych-Żywicka A., (in:) K.W. Baran (ed.), *System prawa pracy. Część ogólna*, vol. 1, Warsaw 2017.
- Zieliński T., *Klauzule generalne w prawie pracy*, Warsaw 1988.
- Żuławska C., *Wokół zasady wolności umów*, "Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo CCXXXVIII" 1994, no. 1690.



**Tereza Antlová**

Masaryk University Brno, Czech Republic

tereza.antlova@law.muni.cz

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-8038-5155>

**Michal Blažek**

Masaryk University Brno, Czech Republic

michal.blazek@law.muni.cz

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-9147-4233>

## The Terminal Status of Marriage in the Czech Labor Code

**Abstract:** This paper deals with arguments defending the purpose of the existence of the provision of Section 318 of Act No. 262/2006 Coll., Labor Code. Both the arguments of legal scholarship and arguments expressed in the explanatory memorandum to the Acts in question are analyzed. This text further presents arguments in favor of repealing this provision which prohibits the performance of dependent work between spouses (registered partners). We base our arguments on international and European Union<sup>1</sup> legal sources, in particular on anti-discrimination legislation prohibiting discrimination on the basis of marital status. In the context of Czech law, the relationship between the provision of Section 318 of the Labor Code and constitutional standards and other statutory norms is described and analyzed. A specific regulation contained in Act No. 234/2014 Coll., Civil Service Act is also presented and considered. The authors point out the absence of similar legislation in legal orders of other Member States of the European Union. In conclusion, the authors express and defend their legal opinion on the obsolescence of the discussed provision of the Labor Code and present suggestions *de lege ferenda*.

**Keywords:** marriage in the Labor Code, obsolescence of the provisions of Section 318 of the Labor Code, prohibition on employment between spouses and registered partners, proposals *de lege ferenda*

---

1 Hereafter referred to as the EU.

## Introduction

An amendment<sup>2</sup> to the current Labor Code<sup>3</sup> was passed by the Chamber of Deputies. The Act was promulgated on 26 June 2020 in the Collection of Laws, No. 285/2020 Coll. The voices raised in previously written considerations and expert opinions calling for the repealing of the institute prohibiting employment between spouses and registered partners has not been heard again. This paper shall therefore build on the debate, which has already started in the legal community and beyond<sup>4</sup>, and contribute with further arguments in favor of repealing the discussed provision. The present paper (1) points out insufficient argumentation defending the presence of this institute in the LC; (2) describes how this issue is regulated by European Union law; and (3) also presents selected foreign legislation. Attention will also be paid to (4) the issue of specific legislation in the Civil Service Act<sup>5</sup>.

The authors have used the content and critical analysis method; they studied expert opinions on this issue and relevant legislation while taking their own stand on the legal questions raised. The method of horizontal comparison was also used when the authors compared selected foreign legal systems, together with a synthetic method which helped the authors to transform the acquired pieces of information into their final opinion.

### 1. Insufficient Argumentation in Defense of the Existence of the Prohibition on an Employment Relationship between Partners

The institute of the prohibition on the existence of an employment relationship between spouses made its first appearance in the Czech legal system in the provision of Section 4, para. 2 of Act No. 105/1990 Coll., On the Private Entrepreneurship of Citizens. However, no reasons explaining the introduction of such a restriction have been presented by the legislator. A few years later, the same restriction was taken over by the amendment to the L Cof 1965<sup>6</sup> into the labor law regulation, again without proper justification. Subsequently, this prohibition was enshrined in the currently

---

2 The Chamber of Deputies' draft No. 689/01, part No. 1/8, <https://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=8&CT=689&CT1=0> (07.06.2020).

3 The Act of 21 April 2006 – Labor Code (Collection of Laws 2006, No. 262, as amended) (hereafter referred to as LC).

4 For example, S. Eichlerová, K zákazu zaměstnávání mezi manžely (a též mezi registrovanými partnery), "Právní rozhledy" 2008, vol. 12, <https://www.beck-online.cz/bo/chapterview-document.seam?documentId=nrptembrhbpxa4s7gez6427gqztg&groupIndex=0&rowIndex=0> (07.06.2020).

5 The Act of 1 October 2014 – Civil Service Act (Collection of Laws 2014, No. 234, as amended) (hereafter referred to as CSA).

6 Provision of Section 629 of Act No. 65/1965 Coll., LC.



valid LC. The only argument presented by the legislator was the civil regulation on communal property of spouses<sup>7</sup>, which is in the eyes of the legislator legitimate cause for the prohibition on an employment relationship between spouses<sup>8</sup>.

Therefore, it was surprising that after the adoption of the Registered Partnership Act<sup>9</sup> the provision of Section 318 of the LC was amended and the prohibition on the existence of an employment relationship was extended to registered partners. The legislator had probably already forgotten that the prohibition had been originally justified by the civil regulation on CPS and that the extension of such a prohibition to registered partners therefore lacks any explanation.

The absurdity of such legislation is further highlighted by the fact that while the LC prohibits partners from entering into an employer–employee relationship and prevents them from performing dependent work for each other<sup>10</sup>, other legal norms provide the partners with a number of other options enabling them to cooperate. The legal literature recalls that the employment prohibition was imposed by the legislator to protect the family’s income, to protect the equality between partners and reference is also made to the above-mentioned CPS regime<sup>11</sup>.

Such arguments on income protection and the equality of partners, however, cannot hold up in the situation when one of the partners can establish a corporation or when both partners are employees of the same employer. If we consider that a personal ways must act on behalf of a legal entity (such as a corporation), we conclude that one of the partners will in fact hold the position of the leading employee<sup>12</sup> and will task the other partner as a regular employee. In addition, a similar “inequality” may occur in a contractual relationship established by a contract for work<sup>13</sup> or any other type of contract contained in the CC<sup>14</sup>, which partners may conclude under the current regulation.

The argument that the prohibition on the existence of an employment relationship between partners is necessary to protect the family income is refuted

7 In the text hereafter referred to as CPS.

8 Explanatory Memorandum to Government Proposal No. 1153/0 for the promulgation of the LC. In: CODEXIS [legal information system], ATLAS Consulting (02.06.2020).

9 The Act of 26 January 2006 – Registered Partnership Act (Collection of Laws 2006, No. 115, as amended) (hereafter referred to as Registered Partnership Act).

10 Provision of Section 2 of LC.

11 L. Jouza, Manželé na jednom pracovišti, “Bulletin advokacie” 2019, <http://www.bulletin-advokacie.cz/manzele-na-jednom-pracovisti?browser=mobi> (05.06.2020).

12 Provision of Section 11 of LC.

13 P. Podrazil, K zákazu výkonu závislé práce me zimanžely a registrovaný mipartnery, “Právní rozhledy” 2018, vol. 20, <https://www.beck-online.cz/bo/chapterview-document.seam?documentId=nrptembrhbpxa4s7giyf6427g4ydo&groupIndex=0&rowIndex=0> (07.06.2020).

14 The Act of 3 February 2012 – Civil Code (Collection of Laws 2012, No. 89, as amended) (hereafter referred to as CC).

by the fact that the term “family” is not defined in law and therefore a family may consist of an unmarried couple. However, these partnerships are not affected by the provisions of Section 318 of the LC, although there is no reasonable cause why partnerships should be exempted from such a prohibition.

At this point, it is also worth noting that the legislator partially mitigated the application of the employment prohibition through the provisions of Section 700 et seq. of the CC, in which the family business institute is defined; under this regime family members, including spouses, can work together. The issue of this regulation is that the registered partners have been excluded completely by the legislator and that this represents just another bead on a necklace of unequal legal regulation between marriage and a registered partnership<sup>15</sup>.

As we have already mentioned, in favor of maintaining the prohibition on employment between spouses, a reference is further made to the existence of CPS between them. However, such an argument cannot hold up for the following two reasons:

- 1) Communal property does not arise between registered partners under currently valid legal regulation (see above)<sup>16</sup>.
- 2) The regulation of the CPS is based on the autonomy of the will of the spouses to adjust property relations between them according to their wishes. It is therefore by no means logical to limit their autonomy of will through provision of Section 318 of the LC. As Eichlerová points out, the analyzed prohibition “becomes an excess of contractual freedom, on which not only the concept of the Labor Code rests, but also private law... in general”<sup>17</sup>.

## 2. The Constitutional, Statutory and Supranational Legal Framework

Under binding international law, discrimination on the grounds of marital status is prohibited. Such a normative requirement arises and can be interpreted from the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against

---

15 R. Zapletal and M. Blažek, Selected Impacts of the Possibility to Enter into Marriage by Same-Sex Couples Manifesting in the Area of the Czech Social Security Law, (in:) Z. Králíčková, M. Kornel and J. Valdhans. Dny Práva 2018 – Days of Law 2018. Part I. – Marriage for all? Brno 2019, pp. 7–36.

16 M. Švejdová, Zastřené pracovní právní vztahy, Advanced Master's thesis, Law Faculty, Masaryk University, Brno 2014, [http://is.muni.cz/th/107751/pravf\\_r/](http://is.muni.cz/th/107751/pravf_r/) (05.06.2020).

17 S. Eichlerová, K zákazu, *op. cit.*, or see R.W. Fetter, Zaměstnávání osob blízkých (a zákaz vzájemného zaměstnávání manželů), “Epravo.cz” 2018, <https://www.epravo.cz/top/clanky/zamestnavani-osob-blizkych-a-zakaz-vzajemneho-zamestnavani-manzelu-106907.html> (05.06.2020). Translation by the authors of this paper from the Czech original.

Women (Article 11)<sup>18</sup>, the Universal Declaration of Human Rights (Article 2)<sup>19</sup> and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (Article 2)<sup>20</sup>. In accordance with the international standards, the regulation is further elaborated at the level of EU law where the agenda of anti-discrimination regulation occupies one of the most prominent positions, as evidenced by a vast number of EU directives dealing with this area of law.

However, none of these EU directives contains a provision prohibiting mutual employment between partners, or from which such a prohibition could at least be inferred. Eichlerová presents an opinion that the starting point for the Czech legislator came from Article 5 of Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights<sup>21</sup>, which enshrined equality between spouses. At this point, we agree with Eichlerová's opinion<sup>22</sup> that the legislator misunderstood the provision, which was reflected in the LC in a very unfortunate way. This is also apparent from the fact that among other EU Member States, a far less strict prohibition on work performance between partners is applied, namely the prohibition on the direct management of the work process between partners in the public sector. However, there does not exist a prohibition on mutual employment between partners within the private sector.

So far, the Constitutional Court of the Czech Republic has made only one indirect comment on this institution in which it stated that there might be a legitimate doubt about the justification of such a prohibition<sup>23</sup>. The prohibition may violate Article 1 of the Charter of Fundamental Rights and Freedoms<sup>24</sup>, which states that people are equal in dignity and rights, and Article 3 of the Charter, which guarantees fundamental human rights and freedoms to everybody without distinction. Similar can be noted regarding compliance with such a prohibition in Article 26 of the Charter, which provides everyone with the freedom to choose a profession freely, which also includes the right to freely perform dependent work in an employment relationship.

18 P. Podrazil, K zákazu, *op. cit.*

19 S. Eichlerová, K zákazu, *op. cit.*

20 See for example Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (O.J. L 204/23, 26.07.2006, pp. 23–36), Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin (O.J. 180, 19.07.2000, pp. 23–27) and Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation (O.J. 303, 02.12.2000, pp. 79–85).

21 European Convention on Human Rights as amended by Protocols Nos. 11 and 14 and Protocols Nos. 1, 4, 6, 7, 12, 13 and 16 from November 11, 1950.

22 S. Eichlerová, K zákazu, *op. cit.*

23 The Judgment of the Constitutional Court of 12 July 2011, II ÚS 231/10, <http://nalus.usoud.cz/Search/GetText.aspx?sz=2-231-10> (05.06.2020).

24 Hereafter referred to as the Charter.

These values are further elaborated in the anti-discrimination legislation. The provision of Section 16 para. 2 of the LC prohibits discrimination, inter alia, on the grounds of marital and family status in employment relationships. The provision of Section 318 of the LC is thus in direct conflict with the anti-discrimination law. Such a conflict may be considered as an internal inconsistency of the LC.

Considering the above-presented international and constitutional norms, and insufficient arguments provided by the legislator justifying the prohibition contained in the provision of Section 318 of the LC, we must conclude that the values protected by anti-discrimination law must prevail before the prohibition contained in the provision of Section 318 of the LC. Moreover, based on the argument presented in this paper, we claim, regarding other effective norms that are part of the Czech legal order, that provision of Section 318 of the LC is obsolete and therefore partners can perform dependent work for each other in an employment relationship.

Even if the above-stated conclusions on obsolescence and unconstitutionality were not confirmed, it is also necessary to point out that the LC does not mention the formalization of a marriage or a registered partnership as one of the reasons for termination of an employment relationship, but only states that an employment relationship cannot exist between partners. It is appropriate to ask about the consequences. Legal opinions generally incline to the conclusion that the employment relationship is terminated by law on the day of the marriage or registered partnership. The reason for the termination of the employment relationship is the factual impossibility of further fulfillment of the employment relationship, as the LC prohibits further performance. Therefore, the obligation is terminated pursuant to the provision of Section 2006 et seq. of the CC due to the subsequent impossibility of performance<sup>25</sup>.

From the perspective of labor law, however, we encounter several problems. The main problem is: Can the provisions on the subsequent impossibility of performance be applied in labor law? Furthermore, the LC does not contain a procedure for cases where, for example, a marriage or a registered partnership is invalid, which raises further questions about the existence of the relationship.

### **3. Legislation in Poland and Slovakia**

#### **3.1. Poland**

Unlike the Czech legislation, Polish legislation does not prohibit employment between spouses. The absence of a prohibition on mutual employment between

---

25 A. Kottbauer et al, *Zákoník práce – Komentář s judikaturou*, Podle stavu k 1. lednu 2012, včetně novely účinné k 1. dubnu 2012, Prague 2012.

spouses is based on the provision of Section 10 of the Kodeks pracy<sup>26</sup>, which provides everyone with the right to choose his/her job freely, thus reflecting not only the right of the employee to choose his/her employer without further limitation but also the right of the employer to choose his/her employees freely upon his/her consideration<sup>27</sup>.

A similarity between both legal orders can be found in the case of employment within a state or municipal administration. Similarly, to the Czech regulation in the CSA, when employed by such an employer, the spouses cannot be in a relationship of direct superiority and subordination to each other. The prohibition on direct superiority and subordination in Poland also applies if the employer is a university, upon provision of Section 118 (7) of Act. No 164, para. 1365, on Higher Education Institutions. However, such a provision shall not apply if the superior position is based on an election.

### 3.2. Slovakia

The prohibition on mutual employment between spouses was initially enshrined in the provision of Section 12 of the Slovak Labor Code<sup>28</sup>. This provision applied in the case of establishing the employment relationship after marriage. Such a prohibition was justified by the same arguments as in the Czech Republic, i.e., the existence of CPS<sup>29</sup>, the principle of equality and also the existence of a mutual alimony obligation between spouses<sup>30</sup>. However, the provision in the Slovak Labor Code was repealed relatively soon and, since July 1, 2003, Slovak legislation does not contain such a prohibition and a mutual employment relationship between spouses may be established.

Nevertheless, some authors incline to the conclusion that an employment relationship between spouses is still prohibited, because Slovak Act No. 36/2005 Coll., On the Family, contains the principle of equal status between spouses. Any relationship of superiority and subordination, including the relationship constituted under labor law regulation, is therefore excluded on the basis of the principle of equality, thus the regulation in the Slovak Labor Code was superfluous<sup>31</sup>.

26 The Act of 26 June 1974 – Kodeks pracy (Dz.U. z 1998 r., No. 21, item. 94), <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19740240141/U/D19740141Lj.pdf> (11.06.2020) (here after referred to as Kodeks pracy).

27 W. Mazur, *Mąż i żona w jednej firmie*, „Prawo pracy” 2015, <https://hrpolska.pl/prawo-pracy/prawo/m-i-ona-w-jednej-firmie> (11.06.2020).

28 The Slovak Act of 2 July 2001 – Labor Code (Collection of Laws 2001, No. 311, as amended) (hereafter referred to as Slovak Labor Code).

29 Called “bezpodielové spoluvlastníctvo manželov” in Slovakia.

30 Z. Macková, *Závislápráca, jej znaky a poistnévztahy*, (in:) *Pracovní právo 2012. Závislá práce a její podoby*, Brno 2012, pp. 147–148, <https://www.law.muni.cz/sborniky/pracpravo2012/files/PracovniPravo2012.pdf> (05.06.2020).

31 S. Medvedová, *Aktuálny stav pracovnoprávnej problematiky*, “Solen.sk”, <http://www.solen.sk/pdf/Medvedova.pdf> (09.06.2020); similarly also Z. Macková, *Závislápráca, op. cit.*

#### 4. Specific Regulation in the CSA

The CSA deals with the regulation of the legal relationships of civil servants<sup>32</sup>. The provision of Section 43 (1) of the CSA stipulates that state employees “who are considered as close persons to each other may not be classified in the service in such a way that one is directly subordinate to the other or subject to their financial or accounting control”<sup>33</sup>. The third paragraph of the aforementioned provision then recalls situations when the fact referred to in Paragraph 1 of the provision occurs after the establishment of the civil service relationship. According to the stated norm, the civil service organization is obliged to ensure a change in the working relationships of a civil servant so that, for example, two colleagues entering a marriage are not in a superior / subordinate relationship with each other<sup>34</sup>. A close person means just the spouse or the registered partner<sup>35</sup>. Considering the public sector, the existence of such a norm is easier to defend. The value of transparency in public administration is protected and the legislator’s effort to prevent mutual financial and accounting control between life partners is also justifiable.

In conclusion to this part, the *de lege ferenda* proposal of the authors to the legislator is to keep such a regulation only in relation to civil servants in the CSA, where such a prohibition is justified by the arguments about control of the exercise of public (state) power and its transparency. The prohibition should also apply to all family members, in respect to close persons who could be in a direct relationship of superiority and subordination, and not only to spouses and registered partners as the current legislation prescribes. In this particular situation, the reason behind such a provision is not protection of CPS, as stated in the context of such a prohibition in LC, nor family income or the aim to maintain equality between partners, but the protection of the public interest, public finances and public administration management.

#### Conclusion

The arguments leading to the conclusion that the prohibition on employment between partners should be repealed are stronger and more persuasive than those defending the status quo. This institute encounters an international, EU and constitutional legal framework as well as the Czech private law principle of the autonomy of will of the contracting parties and the aim of labor law to strengthen the

---

32 Provision of Section 1 of the CSA.

33 Provision of Section 43 (1) of the CSA.

34 Similarly L. Jouza, Manželé, *op. cit.* or R.W. Fetter, *Zaměstnávání, op. cit.*

35 Provision of Section 22 of the CC.

flexibility of labor relations<sup>36</sup>, yet without neglecting the protection of the employee. Employees should, however, be protected only in situations where such a need for protection exists. The employers should not be the addressees of the regulation, which is insufficiently argued by the legislator and upon which there is no demand from the side of employers or employees.

As we argued above, the provision of Section 318 of the LC is even obsolete with regard to the anti-discrimination law regulation. Despite it being ineffective today, the legislator should remove such a provision from the legal order as soon as possible to provide the addressees with necessary legal certainty. We firmly believe that our work in this paper contributes to strengthening the arguments leading to the abolition of the described institution, and that in the future the voices of labor law experts will not be overlooked by the Czech legislator. The law should reflect social reality. Irrational prohibitions should have no space in our legal order.

#### REFERENCES

- Eichlerová S., K zákazu zaměstnávání mezi manžely (a též mezi registrovanými partnery), *Právní rozhledy* 2008, no. 12, <https://www.beck-online.cz/bo/chapterviewdocument.seam?documentId=nrptembrhbx4s7gez6427gqztg&groupIndex=0&rowIndex=0>.
- Fetter R.W., Zaměstnávání osob blízkých (a zákaz vzájemného zaměstnávání manželů) 2018, <https://www.epravo.cz/top/clanky/zamestnavani-osob-blizkych-a-zakaz-vzajemneho-zamestnavani-manzelu-106907.html>.
- Jouza L., Manželé na jednom pracovišti, 2019, <http://www.bulletin-advokacie.cz/manzele-na-jednom-pracovisti?browser=mobi>.
- Kottnauer A. et al, *Zákoník práce – Komentář s judikaturou. Podle stavu k 1. lednu 2012, včetně novely účinné k 1. dubnu 2012*. Prague 2012.
- Macková Z., Závislá práce, její znaky a poistné vztahy, in: *Pracovní právo 2012: Závislá práce a její podoby*, Brno 2012, <https://www.law.muni.cz/sborniky/pracpravo2012/files/PracovniPravo2012.pdf>.
- Mazur W., Mąż i żona w jednej firmie, 2015, <https://hrpolska.pl/prawo-pracy/prawo/m-i-ona-w-jednej-firmie>.
- Medvedová S., Aktuálny stav pracovnoprávnej problematiky, <http://www.solen.sk/pdf/Medvedova.pdf>.
- Podrazil P., K zákazu výkonu závislé práce mezi manžely a registrovanými partner, *Právní rozhledy* 2018, no. 20, <https://www.beck-online.cz/bo/chapterview-document.seam?documentId=nrptembrhbx4s7giyf6427g4ydo&groupIndex=0&rowIndex=0>.
- Švejsová M., Zastřené pracovněprávní vztahy 2014, Rigorous thesis, Law Faculty, Masaryk university, Brno, [http://is.muni.cz/th/107751/pravf\\_r/](http://is.muni.cz/th/107751/pravf_r/).
- Zapletal R., Blažek M., Selected Impacts of the Possibility to Enter into Marriage by Same-Sex Couples Manifesting in the Area of the Czech Social Security Law, in: Z. Králíčková, M. Kornel, J. Valdhan, *DNY PRÁVA 2018 – DAYS OF LAW 2018 Part I. – Marriage for all?* Brno 2019.

36 P. Podrazil, *K zákazu, op. cit.*





**Roman Zapletal**

Masaryk University Brno, Czech Republic

roman.zapletal@law.muni.cz

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4246-0422>

## **Current Perspectives Concerning the Autonomy of Will while Concluding a Fixed-Term Employment Law Relationship**

**Abstract:** The present text focuses on selected issues with regards to the private law principle of the autonomy of will and its manifestations within the area of labor law. More precisely, its limitations are analysed in the event of concluding an employment law relationship for a fixed term. The major restriction in the given context is seen in the requirement of one of the contracting parties to be procedurally active (while performing the respective juridical act) so that the anticipated legal consequences could be achieved. Firstly, the following paragraphs briefly deal with the general position of Czech labor law within the national regulation, in order to introduce the relevant legal context. Secondly, the main scope of the text represents limited analysis of a current fixed-term employment law relationship regulation from both the national (Czech) and supranational (EU) perspectives. Most importantly, the respective provisions arising out of applicable laws on the domestic level (the Czech Labor Code) have been confronted with those existing on the EU level (Directive 99/70/EC). Therefore, the desirable accordance of the former with the latter could be proven. As far as no less significant practical aspects are concerned, the final part points out actual challenges related to presupposed legal conversion of a fixed-term employment law relationship (based on the concluded employment contract) into an indefinite one. In the light of recent case law which will be mentioned, the conditions as prescribed in the Czech Labor Code are not interpreted unanimously, which naturally affects its application in practice in a more negative manner.

**Keywords:** autonomy of will principle, Czech Labor Code, Directive 99/70/EC, employment law relationships, EU labor law, fixed-term employment law relationship

## Introduction

The main aim of this text is to provide general remarks concerning the matter of the principle of the autonomy of will and its manifestations while commencing an employment law relationship for a fixed term. More specifically, the limitations thereof are analysed within the stated context. It has to be particularly noted, though, that the qualitative level, as far as the outlined principle is concerned, shall be understood for the purposes of the article presented here as focusing merely on the requirement for a proactive attitude by one of the respective contracting parties when the legally binding criteria determining conversion of a fixed-term employment contract into an indefinite one have not been satisfied. The contribution tries to cover selected problems arising out of general clauses, whether national, supranational (in the sense of EU regulation), or even transnational (international) labor law, from both the theoretical as well as the practical point of view, as will be demonstrated further on.

As far as the scope of this paper, *ratione temporis* and *ratione loci*, is concerned, it operates, on one side, solely with the respective currently effective legal regulation in the Czech Republic. Nevertheless, it proves natural, on the other hand, not to omit the relevant EU framework, here in the form of the Directive on Fixed-Term Work<sup>1</sup>, mostly as the binding basis for national legal orders. In this light it appears without doubt that the aforementioned restrictions on the autonomy of will apparently reflect the foremost of the basic principles<sup>2</sup> of employment law relationships which are expressly stipulated in the Czech Labor Code<sup>3</sup>, namely the special statutory protection of the employee's position.

Turning to the applied methodology, the content is put forward as follows: Firstly, it seems inevitable to briefly point out the particular position of the branch of labor law within Czech jurisdiction, in order to introduce the relevant national legal framework properly. The major analysis then follows, while building the very core of the text, having taken the EU law's direct influence on the Czech national regulation into consideration. Conversely, therefore, the accordance of respective domestic norms with the ones adopted on the EU level shall be expressed. Finally, recent related caselaw conclusions have been included, so that the coherent practical

- 
- 1 Council Directive 1999/70/EC of 28 June 1999 concerning the framework agreement on fixed-term work concluded by ETUC, UNICE and CEEP (O.J. EC L 175, 10.07.1999, p. 43), hereafter referred to as Directive on Fixed-Term Work or Directive.
  - 2 For details on the notion of "principle" and its relationship (or distinctions, respectively) to the correlating notion of "rule" as well as its common characteristic features, compare e.g. J. Bengoetxea, General Legal Principles Navigating Space and Time, (in:) U. Bernitz, X. Groussot, F. Schulyok (eds.), General Principles of EU Law and European Private Law, Alphen ann den Rijn 2013, pp. 48–50.
  - 3 Act No. 262/2006 Coll., Labor Code, as amended (hereafter referred to as Labor Code or LC).

aspects of the issue in question could be covered. As will be exemplified in the final subsection, contradictory decisions of the highest national courts negatively make the analysis more complex, while leading to ambiguity of regulation and, relatedly, significant legal uncertainty.

## 1. Labor Law within the Czech Legal Order

To begin by outlining the position of the branch of labor law in the Czech legal framework, it has been constantly supposed to belong to the sphere of private law. Notwithstanding this fact, strong relations towards public law and acts thereof can be felt simultaneously. Within the context discussed, it proves pertinent that general descriptive characteristics concerning the field of Czech labor law can be formulated as “a civil law discipline with a considerable number of public law elements”<sup>4</sup>. Its significant history of being part of private law is notable<sup>5</sup>. In spite of major connections with civil law, the fundamental legal source represents the effective Labor Code. Yet it appears necessary to highlight the fact that this act itself shall not be deemed as a particular sole codification in a narrower sense.

It is, naturally, possible to imagine the occurrence of questions which are, together with their appropriate solution, not contained therein, and hence the Labor Code may not be applied based on such a legal gap. Subsequently, in full conformity with the current principle of subsidiarity of the Civil Code<sup>6</sup> in employment law relationships<sup>7</sup>, the respective issues shall be governed thereby, as stated in Section 4 LC, consistently in accordance with the basic principles of employment law relationships whose formulations are to be found in Section 1a(1) LC.

For the purposes of this text, the specific two parts of the Labor Code constitute a significant national legal framework. General provisions, as contained in Part One, consist of four chapters, of which the first (putting the remaining ones aside here) regulates the subject of the act in question as well as defining employment relationships. In this place, the crucial nature of the already-mentioned basic principles of employment law relationships are described. More precisely, the fundamentality of the noticeably most-favoured principle covers a special statutory protection of the employee’s position according to Section 1a(1)(a) LC. It is, namely,

- 
- 4 V. Štangová, *Pracovní právo – zvláštní část práva soukromého*, (in:) J. Dvořák, A. Macková (eds.), *Pocta Aleně Winterové k 80. narozeninám*, Prague 2018, p. 442. Quotation translated by the author of this text.
  - 5 V. Križan, *Visegrád countries and their legal system*, (in:) V. Križan et al., *Implementation and Enforcement of EU Labour Law in the Visegrad Countries*, Olomouc 2014, p. 16.
  - 6 Act No. 89/2012 Coll., *Civil Code*, as amended.
  - 7 For details on the mutual connection of the mentioned branches of law and their legal evolution, compare J. Pichrt, *Relationship between Labour Law and Civil Law*, (in:) J. Pichrt, M. Štefko, *Labour Law in the Czech Republic*, 3rd ed., Alphen aan den Rijn 2018, paragraphs no. 42–49.

included *inter alia* among the principles expressing the values that protect public order, as prescribed by Section 1a(2) LC.

Part Two of the Labor Code provides for particular norms with regard to an employment law relationship. The fundamental framework concerning the issue subject to analysis within this text is composed of Chapter II, and in particular Section 39 LC. As far as unavoidably relating to basic academic distinctions is concerned, a fixed-term employment law relationship is deemed a component of the group of “typified atypical works,” together with part-time work and temporary agency work<sup>8</sup>. Furthermore, it can still be noted that the regulation on employment law relationships for a fixed term brings its own provisions for their ending in Section 65 LC. Nonetheless, both the outlined complex problematics of other non-standard works as well as of termination of an employment law relationship, whether fixed-term or even open-ended, go beyond the scope of this contribution.

From the general point of view within discourse in the field of labor law, having taken the foregoing into consideration, it is possible to formulate the main purpose of employment rules. This shall be considered in counterbalancing the manifest inequality through preferential treatment of the weaker party, represented by the employee<sup>9</sup>. On the basis of the statement provided, such an approach mirrors legal enshrinement of dichotomous, albeit complementary, elementary functions of employment law relationships, and, accordingly, of labor law as a whole and as a particular branch of law. Unsurprisingly, these are arguably notoriously distinguished as protective and organizational functions.

## 2. Fixed-Term Employment Law Relationship *de lege lata*

As already stated above, the core of this text focuses on a fixed-term employment law relationship, as regulated in the contemporary legal state. The following paragraphs thus try to provide practical evidence of restrictions of the aforementioned tendentially prevailing principle of the autonomy of will of contracting parties through enacted measures. In the light of the described legal framework adopted on the EU level, it seems advantageous to concentrate on the indisputably necessary conformity of the national regulation therewith.

In order to briefly cover the relevant theoretical background, it seems useful to emphasize the fundamental value of a fixed-term employment contract, as recognized among sophisticated members of the academic community dealing with

---

8 N. Countouris, *The Changing Law of the Employment Relationship: Comparative Analysis in the European Context*, London and New York 2016, p. 89.

9 P. Hůrka, Section 1, (in:) P. Hůrka, N. Randlová, *Labour Code. Commentary*, Prague 2011, pp. 3–4.

labor law and connected issues<sup>10</sup>. In the presented context, differentiating the position of such employment contracts, as follows in the paragraph below, could be suggested, noting the fact that the attitudes discussed will behave literally as two inextricable sides of one coin.

Firstly, it is therefore possible to mention the position in legislation of employment contracts for a fixed term, which tends to appear rather negative. These are regarded as non-standard, irregular, flexible, atypical, precarious<sup>11</sup>, or inferior contracts, in comparison with normatively, and mostly preferred, standard<sup>12</sup>, or traditional, open-ended – meaning indefinite – employment contracts in the context analysed. Such an approach could be supported by creation of a regulation bringing legal justification for the suppression of the practical use of fixed-term employment contracts, in connection with other atypical forms of employment contract. Secondly, on the other hand, the opposing, thus apparently rather positive, perception is felt to prevail in practice, since, in general, an employment contract for a fixed term effectively works as a legal instrument for enabling an increase in flexibility and employment opportunities in society.

### 2.1. Applicable Law of the European Union (EU)

On the supranational level, the most relevant legal scope has been created by adopting the Directive on Fixed-Term Work<sup>13</sup>. Therefore, the framework agreement on fixed-term work, concluded by named cross-industry organizations on March 18, 1999 and annexed to the Directive, could become incorporated as a legally binding secondary source of law. Its declared purpose, with special regard to the above-indicated limitations of the autonomy of will, based on Clause 1(b), is to “establish a framework to prevent abuse arising from the use of successive fixed-term employment contracts or relationships.” This obligation is specified with enacted measures to prevent abuse, as expressly stipulated in Clause 5. In the light of related case law, such provision, although not “unconditional and sufficiently precise,” is

10 H. Nakakubo, T. Araki, Introduction, (in:) R. Blanpain et al. (eds.), *Regulation of Fixed-Term Employment Contracts. A Comparative Overview*, Alphen aan den Rijn 2010, p. xxii.

11 Compare e.g. J. Komendová, *Základy pracovního práva EU*, Prague 2016, p. 167.

12 Additionally, the concept of a “standard employment law relationship” and its current process of development has recently come under the scrutiny of experts focusing academically on labor law, who in the stated context talk about “life/death/resurrection of the standard employment relationship.” See A. Bogg, C. Costello, A.C.L. Davies, Editors’ Introduction, (in:) A. Bogg, C. Costello and A.C.L. Davies (eds.), *Research Handbook on EU Labour Law*, Cheltenham and Northampton 2016, pp. 7–8.

13 Nonetheless, it would be inaccurate to suppose that the Directive covers the only applicable legal source. On whether substantial hard-law or subsequent soft-law instruments, summarized in recent studies, compare e.g. N. Kountouris, EU law and the regulation of “atypical” work, (in:) A. Bogg, C. Costello, A.C.L. Davies (eds.), *Research Handbook...*, *op. cit.*, pp. 246–247.

enough so that individuals would be able to rely on it before a national court, unlike Clause 4(1) Directive covering the principle of non-discrimination<sup>14</sup>.

In accordance with letters (a)–(c) of Clause 5(1) Directive, the EU Member States are required to meet at least one of the following provisions, whilst taking account of the individual needs of either specific sectors or categories of workers. These rest in presenting objective reasons which would justify the renewal of fixed-term employment contracts<sup>15</sup>, in stating the maximally admissible total duration of successive fixed-term employment contracts, and last but not least, in determining the number of possible renewals of those contracts. Furthermore, objective reasons will clearly affect the respective addressees in the non-discriminatory manner outlined. Relevant recent case law affirms that the discussed regulation precludes such national legislation, which would fail to provide compensation for termination of a contract of employment differently, if a permanent worker (employed under a temporary replacement contract) is comparable to a temporary one (employed under a contract of indefinite duration). This subsequently creates the basis for the conclusion that “the mere fact that the worker has carried out his work on the basis of a temporary replacement contract cannot constitute an objective ground justifying the failure to grant such compensation to that worker”<sup>16</sup>.

In direct connection with the basic formulated prerequisites, on the basis of Clause 5(2) Directive, respective national legislations shall further identify under which particular conditions the employment relationship for a fixed term is regarded as successive, and when it shall be subsequently deemed as an employment contract for an indefinite period of time. As far as the latter is concerned, the highly relevant and closely related case law expressly excludes the possible inapplicability of adopted protective rules (intended to penalize the misuse of successive fixed-term contracts by the automatic transformation of the fixed-term contract into a contract of indefinite duration) to a selected sector with “no other effective measure in the domestic legal

---

14 Judgment of CJEU of 15 April 2008 on the case of *Impact v. Minister for Agriculture and Food and Others*, C268/06, point 80.

15 The concept of such objective reasons is interpreted as justifiable solely by occurrence of “specific factors relating in particular to the activity in question and the conditions under which it is carried out.” In this sense, neither “a general provision of statute or secondary legislation of a Member State” (for details, see Judgment of CJEU of 4 July 2006 on the case of *Konstantinos Adeneler and Others v. ELOG*, C212/04, point 75) nor “a collective agreement concluded between the staff union representatives and the relevant employer” (for details, see Judgment of CJEU of 13 September 2007 on the case of *Yolanda Del Cerro Alonso v. Osakidetza-Servicio Vasco de Salud*, C307/05, point 59) are seen as adequate.

16 Judgment of CJEU of 14 September 2016 on the case of *Ana de Diego Porras v. Ministerio de Defensa*, C596/14, point 52.

system penalising abuses identified” therein<sup>17</sup>. In the mentioned case from Italy, the sector covered the activities of operatic and orchestral organizations.

## 2.2. Applicable Law in the Czech Republic and its Conformity with EU Law

As far as the compliance of national labor law provisions with EU law is concerned, it has been *expressis verbis* anticipated by the legislator through Section 1(c) LC. Its wording confirms that the Labor Code contains the transposition of applicable regulations adopted on the EU level. In order to unveil all potential traps, as well as to exclude any doubts, it proves essential in the admitted context of this text to focus on a deeper analysis of Section 39 LC. Primarily, it encompasses dealing with the general legislative approach to the issue in question, while interpreting defined principles of subsidiarity and exceptionality. Thereafter, it is suggested that two substantial and obligatory required criteria be differentiated, formulated as temporality and speciality (exclusivity). Moreover, it seems inevitable, on the basis of the information provided, to formulate key consequences with a great practical impact, which would demonstrate incompatibility with presented standards.

From the general point of view, concluding the employment contract for a fixed term is seen as a subsidiary measure. From a general perspective, this apparently implies the immanent tendency to restrict the autonomy of will being applied to contracting parties who are likely to be about to conclude an employment contract for a limited period of time, even in those situations, irrespective of the reason in question, when such a form of obligation might prove more advantageous for both of them. In this sense, it is very clear to insist on preferring an indefinite (open-ended) employment law relationship instead<sup>18</sup>. Relating to the approach of the overall subsidiarity of a fixed-term employment relationship, the importance of its exceptionality has to be emphasize subsequently. This means, in particular, that special conditions of the analysed legal concept, especially connected to its temporality (as will be further discussed below), cannot subsume all legal relationships in the field of labor law, or, more precisely, of employment law. Its scope *ratione materiae* is hence restricted, as expressed by Section 39(6) LC, for temporary agency work<sup>19</sup>. For employment contracts establishing an employment law relationship for a fixed term made between an employment agency and an employee to perform work for another employer, special governing rules are to be applied.

---

17 Judgment of CJEU of 25 October 2018 on the case of Martina Sciotto v. Fondazione Teatro dell'Opera di Roma, C331/17, point 72.

18 Section 39(1) LC: “An employment law relationship shall exist for an indefinite term unless its specific term has been explicitly agreed.”

19 Meaning employment by an agency, in the sense of Sections 307a-309 LC.



Turning to the focus on the special obligatory requirements of fixed-term employment law relationships, Section 39(2) LC provides two essential limitations on temporality. Firstly, the longest legally approved duration of such contracts, establishing the employment law relationship in question, between the same contracting parties (i.e. both the employer and the employee are identical) is three years. Secondly, yet not less importantly, it is allowed to repeat such a relationship only twice as a maximum, while the same applies to any extension of the original fixed-term employment law contract.

In other words, the total length of a fixed-term employment law relationship shall not exceed nine consecutive years from the date of commencement of the very first employment law relationship for a fixed term, provided it was concluded between the same contracting parties. The one and only general exception (notwithstanding the special ones related to particular legal provisions and stated objective reasons, as will be demonstrated later on) is formulated in Section 39(2) *in fine* LC. It fully enables those contracting parties to agree on another fixed-term employment law relationship (meaning a duration of another nine years in total again), in cases where a time gap occurred, counting a period of at least three years from the date of the end of the previous fixed-term employment law relationship.

As far as the already-mentioned concept of speciality (exclusivity) is concerned, it should be perceived rather as a sole principle than two separate ones. As a matter of fact, despite depending upon the respective governing provision, both of them still determine particular criteria containing exceptions from the above-introduced general conditions applicable for agreement of a fixed-term employment law relationship. The notion of “speciality based on special legal regulations” can be distinguished in Section 39(3) LC. It says, similarly to what has been noted with regards to particular rules on temporary agency work, that binding contents of Section 39(2) LC “shall not affect the procedure under special legal regulations when it is expected that the employment law relationship may only last for a fixed period.” Such areas might be illustrated by the employment of foreigners<sup>20</sup> or pedagogical workers<sup>21</sup>, disposing *lex specialis* rules on their concluded fixed-term employment law relationships.

On the other hand, Section 39(4) LC sets forth the notion of “speciality (exclusivity) based upon specified objective grounds on the employer’s side.” These are stipulated as “serious operational reasons” or “reasons consisting in the special nature of the work” and are simultaneously presumed to possibly make it “unreasonable to require an employer to propose establishing an employment law relationship for an indefinite term.” Nevertheless, allowance to act against the presented principle

---

20 See Section 92(2) of the Act No. 435/2004 Coll., on Employment, as amended.

21 See Section 23a of the Act No. 563/2004 Coll., on Pedagogical Workers and on Amendments to Some Further Acts, as amended.



of temporality as contained in Section 39(2) LC occurs, if only two subsequent conditions are fulfilled. Firstly, any alternative procedure shall be appropriate (proportionate) to named reasons. Secondly, in total four substantial necessities, specifying the material<sup>22</sup>, personal<sup>23</sup>, as well as the temporal<sup>24</sup> scope of such a process, are required to be set out by written agreement with the respective trade union. In the event of the absence of any trade union being active at the employer, such an agreement might be substituted by an essentially identical internal regulation, issued by the employer.

To conclude this subsection: on the basis of the analysis provided it seems clear that provisions on a fixed-term employment law relationship correspond to measures preventing its abuse, as stipulated in Clause 5(1)(a)-(c) as well as Clause 5(2)(a) Directive. The remaining requirement of Clause 5(2)(b) Directive with regards to conversion into an indefinite employment law relationship will be discussed in the following part. Yet it has to be additionally noted that the adopted formulation of objective reasons, through the applied abstract (or relatively indeterminate) hypothesis, might practically tend to lead to a far more extensive purview here of than originally intended. In this light, it thus seems recommendable, in full accordance with the aforementioned case law, to consider amending respective provision by defining such reasons more clearly and specifically.

### **3. Practical Consequences – Under What Conditions a Fixed-Term Employment Law Relationship Shall Be Deemed to Be of Indefinite Duration**

Fundamental evidence of the outlined principle, enacting a special statutory protection of the employee's position significantly manifesting in practice, inclines to be in the event of the failure to meet the described prerequisites which are compulsorily required. In other words, Section 39(5) LC formulates the consequences provided that the stated principles (which have been formulated solely for the purposes of this paper) of both speciality (exclusivity), as regulated by Section 39(3) LC or by Section 39(4) respectively, and temporality, in accordance with Section 39(2) LC, have not been satisfied.

Contrary to those respective provisions, the procedure establishes a basis for legal transformation (conversion) of a fixed-term employment law relationship into

---

22 Section 39(4)(a)-(b) LC: "a detailed specification of such reasons, as well as "the rules of the alternative procedure followed by the employer in contracting and repeating employment law relationships for a fixed term."

23 Section 39(4)(c) LC: "the group of the employer's employees to whom the different procedure shall apply."

24 Section 39(4)(d) LC: "the period for which such agreement is made."

an open-ended one. So that the employment law relationship in question shall be deemed as concluded for an indefinite term, the employee is obliged to notify his or her employer in writing prior to expiry of the agreed term, that he or she insists on being further employed. Furthermore, as Section 39(5) *in fine* LC provides, “both the employer and the employee may apply to the court for determination as to whether the preconditions set out in [Section 39(2)–(4) LC] above have been fulfilled, not later than within two months of the date when the employment law relationship was to end by expiry of the agreed term.”

Therefore, based on the explicit wording of the norm, it seems *prima facie* quite unambiguous that two essential features to be met determine the possibility of activating the aforementioned fixed-term employment law relationship conversion. Namely, this procedure shall not be possible if the employee’s notification in writing, together with filing the claim at the court during the prescribed period of time, does not occur. The approach interpreting this issue in such a manner has been constantly confirmed by the consolidated case law of the Supreme Court of the Czech Republic related thereto. As can be briefly summarized, it rules that legal conversion is impossible without a proactive approach, irrespective of whether applied by the employee or by the employer in the form of claiming non-compliance with binding conditions set out for the commencement of an employment law relationship for a fixed term (or its compliance, respectively)<sup>25</sup>. As a result, in such cases the employment law relationship shall always be terminated on the agreed day of expiration of the term.

Conversely, the Constitutional Court of the Czech Republic suddenly expressed its own and completely reversed point of view. It stressed, *inter alia*, that an interpretation which conform constitutionally shall prevail while dealing with this matter of fact<sup>26</sup>. The statement particularly rests on suspending the regulated criterion of the necessity to apply to the respective court within the presumed period of two months, even though it has been enshrined into the discussed provision. For it is inevitable to recognize, in the words of the subsequent opinion of the Constitutional Court, that employment law relationships are unequal in the position of both their contracting parties, meaning the employer acts as *pars potentior*<sup>27</sup>. Based on this fact, it is possible, or even obligatory as here, to turn away from the explicit text of a legal norm if needed by various particular components, e.g. one of the principles with the basis in a constitutionally conforming legal order as a valuable whole.

Notwithstanding the aspect that all opinions reached by the Constitutional Court shall be binding, thus reflected in and followed by general caselaw practice,

---

25 Judgment of the Supreme Court of 7 April 2010, file no. 21 C do 5008/2008.

26 Ruling of the Constitutional Court of 8 December 2015, file no. II. ÚS 3323/14.

27 Ruling of the Constitutional Court of 31 August 2016, file no. III. ÚS 2703/15.

the Supreme Court decided to insist on its original approach regarding this issue. The anticipated decision fully accepts the previous approach of the Supreme Court, putting it straightforwardly that in the event of a failure to file before the respective court (be it by the employer or the employee), with a claim that the conditions for concluding a fixed-term employment contract had not been met, or, respectively, in case such a procedural action has not been submitted in time, the employment law relationship shall end as soon as the agreed period of time therein expires<sup>28</sup>. It is therefore strongly advisable for the rational legislator to consider submitting amendments to the respective provision which would eliminate the currently extremely undesirable state of legal uncertainty. In general, it seems unsustainable to preserve the impossibility of being aware of whether or not one is obliged to file the presented claim presupposed in Section 39(5) LC, as contradictory findings have not yet been made uniform.

Unfortunately, even the most recent Constitutional Court case law does not bring a new, clear light, desirably able to provide the removal of the ongoing failure to fulfil legitimate expectations of both contracting parties properly. It surprisingly reckons the aforementioned opinion-based discrepancy, in interpretation of the respective provision, to be of no procedural importance while deciding whether or not a particular fundamental right of the party in question was affected<sup>29</sup>. In the words of the cited resolution, such incompatibility apparently could not have any effective influence on meritorious decision-making in the presented case. To express it in other words, the necessity that has been reached, that the constantly emphasized principle *in favorem negotii*<sup>30</sup> prevails, shall not be felt as infringing any fundamental rights of the claimant in the case mentioned. As a result, the approach of the Supreme Court, as presented above, has thus apparently been indirectly approved by the Constitutional Court as conforming constitutionally, albeit expressly merely under this particular procedural situation.

## Conclusion

This text tries to deal with the issue of concluding an employment law relationship for a fixed term together with its consequences arising out of the application thereof in practice. The selected problematic was subject to research in the light of the national (Czech) as well as the supranational (EU) legal framework. The essential principle of autonomy of will, also considerably influencing employment law

---

28 Judgment of the Supreme Court of 26 June 2017, file no. 21 C do 1211/2017.

29 Resolution of the Constitutional Court of 30 September 2019, file no. III. ÚS 2923/17.

30 The obvious preference for validity rather than the voidance (invalidity) of a particular legal act. The named principle has been expressly mirrored in Section 574 of the Act No. 89/2012 Coll., Civil Code, as amended: "Juridical acts are preferably to be considered valid rather than invalid."

relationships, is qualitatively restricted in the context discussed in order to provide particular protection for an employee, generally perceived as the weaker contracting party within the field of labor law. From this point of view, the apparent suppression of the autonomy of will for both contracting parties is considered to be present in their obligation to strictly follow the enacted rule on conditions intended for desired legal consequences. From the employee's side, these are especially related to *ex lege* substitution of a fixed-term employment contract with an open-ended one due to non-conformity with currently effective law caused solely by the employer.

Based on the analysis contained here, it appears possible to finally conclude that the relevant Czech regulation on a fixed-term employment law relationship is in accordance with respective norms adopted on the EU level. Nonetheless, some problematic aspects have been observed, whose appropriate correction *de lege ferenda* seems to be highly recommended. Firstly, the enacted objective reasons justifying the renewal of the fixed-term employment relationship (contract) incline through their very abstract formulation to potentially far more extensive interpretation than originally defined. Secondly, the presumed conversion into an indefinite employment law relationship following the fulfilment of prescribed criteria currently seems to be improperly affected by disunity arising from relevant court decisions, with insufficient tendency to hope for a reversal.

In order to remove the abovementioned undesirable legal uncertainty arising out of contradictory approaches contained in the cited court decisions, the rational Czech legislator is herewith advised to consider confirming his evident original intention. To be more specific, the wording of the analysed regulation, Section 39(5) LC, itself implies the necessity of a proactive action in the form of filing a claim to the respective court as a separate criterion (besides the one requiring the employee to notify the employer about insisting on being further employed) for realization of the legal conversion of a fixed-term employment law relationship into one of an indefinite duration. The purpose would be achieved if the provision were amended, adding that in case of failure to comply with accomplishing such a procedural act, the legal presumption (fiction) of an open-ended employment contract will be impossible.

#### REFERENCES

- Bernitz U., Groussot, X., Schulyok, F. (eds.), *General Principles of EU Law and European Private Law*, Alphen aan den Rijn 2013.
- Blanpain R. et al. (eds.), *Regulation of Fixed-Term Employment Contracts: A Comparative Overview*, Alphen aan den Rijn 2010.
- Bogg A., Costello C., Davies A.C.L. (eds.), *Research Handbook on EU Labour Law*, Cheltenham and Northampton 2016.

- Countouris N., *The Changing Law of the Employment Relationship: Comparative Analysis in the European Context*, London and New York 2016.
- Dvořák J., Macková A. (eds.), *Pocta Aleně Winterové k 80. narozeninám*, Praha 2018.
- Hůrka P., Randlová N., *Labour Code: Commentary*, Prague 2011.
- Komendová J., *Základy pracovního práva EU*, Praha 2016.
- Križan V. et al., *Implementation and Enforcement of EU Labour Law in the Visegrad Countries*, Olomouc 2014.
- Pichrt J., Štefko M., *Labour Law in the Czech Republic*, 3<sup>rd</sup> ed., Alphen aan den Rijn 2018.



**Viktor Križan**

Trnava University, Slovak Republic

viktor.krizan@truni.sk

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3184-4647>

## **Good Manners and the Prohibition on the Abuse of Rights in Slovak Labor Law<sup>1</sup>**

**Abstract:** The author of this article tries to summarize and provide knowledge about good manners, and places them in the context of labor law in the Slovak Republic. Good manners serve as a criterion that restricts subjective rights in their content, or often as a criterion that limits the exercise of subjective rights. They represent a positive limit to the exercise of rights and obligations arising from employment relationships. The term “good manners” is not defined in law, but we encounter this corrective directly within the basic principles in Art. 2 of the Labor Code. The negative limit on the exercise of subjective rights and obligations arising from employment relationships is the prohibition on abusing these rights to the detriment of the other party to the employment relationship or co-employees. According to the provisions on the invalidity of legal acts, the subject’s conduct contrary to good manners and abuses of rights are subject to absolute invalidity. The prohibition on the abuse of rights is a legal norm, the violation of which by an authorized subject is an illegal act.

**Keywords:** good manners, Labor Code, morality, prohibition on the abuse of law

### **Introduction**

In classical Roman law, it was known and acknowledged that any perfect legal norm or provision of a law could not be applied or enforced only formally, literally and strictly, as this would not necessarily lead to desirable and socially acceptable results. This finding relates to the thesis *Summum ius, summa iniuria* (“the most

---

1 The scholarly contribution was prepared within the project no. APVV-18-0443 entitled “Penetrations of labour law into other branches of private law (and vice versa)”; the responsible researcher is Prof. JUDr. Mgr. Andrea Olšovská, PhD.

consistent law, the greatest injustice,” or “the best executed law may ultimately be the greatest injustice”). It can be deduced from this that Roman lawyers were already aware that the law must be implemented in the light of other criteria which would reduce the harshness of the law, and that was precisely the criteria of equity<sup>2</sup>. Trust is especially important in human relations – because without trust there would be no society – so one of the main functions of the legal order is to protect trust in human relations and to punish broken trust. In order to protect trust, the legal order with classical, descriptive legal concepts is not enough, but must construct concepts that take into account the moral, internal relationship of man to himself and the external relations between people<sup>3</sup>. There was a need to correct the harshness, antisociality or immorality that occurred as a result of the strict application of legal rules, through the use of a non-legal system of rules<sup>4</sup>.

Over the course of historical development, these criteria have evolved, crystallized and endured until modern times, especially in the form of rules such as good manners, principles of fair trade, business practices, etc. Together, they form a set of non-legal rules that help humanize the realization of law, which have not only kept their relevance since ancient Rome but have even increased it in modern times<sup>5</sup>.

## 1. About Good Manners

Among the above-mentioned criteria, which are a measure of the exercise of the law, it is necessary to first mention “good manners” (*boni mores*). This measure, which has found quite wide application in legal systems, is not only the oldest, but also the most common. Good manners appear in Roman classical law, where they served as a corrective to bring the formal application of legal norms closer to the requirements of removing harshness, antisociality and immorality in decision-making.

Because moral norms are not considered to be legal norms and are therefore not legally enforceable in themselves, good manners are a legal concept but without direct normative content. Unlike legal norms, they are not created by the state, but arise independently of the state in human society during its development. Normative content is obtained in good morality by their application and their fulfilment by specific value aspects taken fundamentally from the sphere of philosophy. With this

2 P. Blaho, *Aequitas ako correctio iuris v rímskom súkromnom práve*, (in:) J. Prusák, E. Bakošová, N. Vaculíková (eds.), *Slušnosť v práve. II. Lubyho právnické dni*, Bratislava 1993, pp. 97 et seq.

3 P. Dostálík, *Otázka dobrých mravů a dobré víry v římském právu obligacním a věcném*, (in:) P. Mach, M. Pekarík, V. Vladár (eds.), *Constans et perpetua Voluntas. Pocta Petrovi Blahovi k 75. narodeninám*, Trnava 2014, p. 105.

4 J. Lazar et al., *Občianske právo hmotné*, Bratislava 2006, p. 20.

5 For example, the rule already known in Roman law that contracts *contra bonos mores* are invalid has been transposed into virtually all civil codes of Western and Central Europe, where they are still very intensively applied.



takeover, the basic values and, respectively, value aspects become legal rules through the concept of good manners<sup>6</sup>.

The function of good manners in private law is derived from the inclusion of this vague concept in the framework of positive law, i.e. within the text of the legislation. Their normative influence is given by their normative meaning, but it is not always unambiguously interpreted and from time to time there are tendencies to extend the flexibility of the content of good manners by the flexibility of its normative function, which was clearly not the intention of the legislator and which is fundamentally unacceptable<sup>7</sup>. Many legal regulations, not excluding labor law, add legal relevance to moral rules by explicitly referring to them or establishing the legal consequences for their violation. Good manners do not have the original normative force, but only in connection with the legal norm that determines their application, and only to the extent that it allows<sup>8</sup>.

If the labor law allows and respectively shows good manners, good manners can be considered a source of law. From the point of view of the interpretation and application of the provisions containing the criterion of good manners, it must be borne in mind that the very concept of good manners is controversial in theory, and that the rules of good manners are not their use. It follows from the above that in the interpretation and application of these provisions, much room is left for courts and other entities in completing the law in appropriate social and ethical contexts in accordance with the fundamental value order, which is recognized by the majority of the population at a given stage of society. After all, the concept of good manners is derived from the Latin *mos*, which means morality or habit, or rather the awareness of the whole about what is and is not right<sup>9</sup>.

According to Knapp, good manners can be characterized as a measure of the ethical evaluation of specific situations, corresponding to the generally accepted rules of decency<sup>10</sup>. According to Lazar, the concept of good manners includes those generally accepted norms of morality which represent the fundamental value order of society, which also forms the basis for the legal order<sup>11</sup>. As Lazar continues, in the absence of a generally valid definition of good manners, the determination of their content in a particular case must be based on the premise that good moral rules are not immutable, that good manners are subject to certain evolutionary changes depending on changes in society, which determine the level of social, moral and legal feeling in society, and secondly, the fact that the circumstances and the environment

6 J. Hurdík, J. Fiala, M. Hrušáková, Úvod do soukromého práva, Brno 2006, p. 91.

7 *Ibidem*.

8 A. Olšovská, Pracovní pomer, Prague 2017, p. 28.

9 P. Dostálík, Otázka dobrých mravů... , *op. cit.*, p. 110.

10 V. Knapp, Teórie práva, Prague 1995, p. 85.

11 J. Lazar, Dobré mravy v občianskom práve, (in:) J. Prusák, E. Bakošová, N. Vaculíková (eds.), Slušnosť v práve. II. Lubyho právnické dni, Bratislava 1993, p. 111.

are always different in a particular case. Any interpreting body that examines the extent to which certain legally relevant conduct of the parties to a civil relationship corresponds with or is contrary to good manners must take both aspects into account. Only in this way can it be possible in a specific case to determine the content of good manners in civil law<sup>12</sup>. According to Salač, good manners are rules of a moral nature and in certain circumstances can acquire the nature of a legal norm, permeate the entire legal order, represent a set of rules of conduct, express a certain standard of decency in interpersonal relations and at the same time define moral principles of social order<sup>13</sup>.

Interesting in this regard is the consideration of Kubeš, who refers to good manners as so-called flexible legal provision that is part of the legal order, because the legal system provides for this provision, but only from a formal point of view, because the judge draws from a different set of norms than the law<sup>14</sup>. Namely, the application practice itself has shown that not all cases of the conduct of the entitled subject in the exercise of subjective law contrary to morality can be considered as conduct contrary to good manners. The basic purpose of the order to behave in accordance with good manners is to exclude in the exercise of law a gross violation of morality, ensuring elementary decency in the exercise of subjective rights or compliance with a certain ethical minimum in the exercise of subjective rights<sup>15</sup>.

According to the prevailing interpretation, “the exercise of a right contrary to good manners” means that the exercise of a right is in conflict with the recognized opinion of a decisive part of society, which determines generally respected principles of the moral order of a democratic society (i.e. with the principles of decency, honesty, integrity, mutual respect, tolerance, trust, etc.) in mutual relations between people.

In line with social development, good manners to some extent evolve in both temporal and local terms. It is therefore by no means a fixed category, but, on the contrary, subject to historical development. The contradiction with good manners (*contra bono mores*) consists in the fact that the exercise of the law does not contradict the law, but finds itself in conflict with the above-mentioned socially accepted opinion, which determines in mutual relations between people what the content of their negotiations should be in accordance with the general moral principles of society. However, the application of this provision is possible only in exceptional cases, as the application of this basic principle in order to achieve the idea of justice must not, on the other hand, weaken the protection of subjective rights established

12 J. Lazar et al., *Občianske právo hmotné...*, *op. cit.*, p. 21.

13 J. Salač, *Rozpor s dobrý mravy a jehonásledky v civilním právu*, Prague 2004, p. 192.

14 V. Kubeš, *Komentář k ust. § 871 ABGB*, (in:) F. Rouček, J. Sedláček (eds.), *Komentář k čl. Obecnému zákoníku občanskému, Díl IV*, Prague 1937, pp. 132–133, cited in P. Dostalík, *Otázka dobrých mravů...*, *op. cit.*, p. 111.

15 H.K. Nippredey, *Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag*, Jena 1920, pp. 60–61, cited in H. Barancová et al., *Zákoník práce. Komentár*, Bratislava 2019, p. 63.

by law and thus undesirably undermine the security of employment relationships. The conclusion that the exercise of a right is contrary to good manners must always be based on specific findings in each individual case, and can therefore only be used to exercise pre-existing rights and obligations (It is certainly no longer possible to assume in advance that the beneficiary will perhaps exercise his right in the future in violation of good manners<sup>16</sup>).

As the concept of good manners is not defined in legislation and there is no consensus in the theory of law as to its content, caselaw can provide some guidance, but it also differs many times as to the various features of the concept of good manners. According to the Supreme Court of the Slovak Republic, good manners belong to the principles of private law; they are used as a criterion limiting subjective rights in their content, or more often restricting the exercise of subjective rights. And although they are a legal concept and therefore have a normative function, they are not defined by law. Their content lies in the generally valid norms of morality, which there is a general interest in respecting. The assessment of the specific content of the concept of good manners always belongs to the judge on a case-by-case basis<sup>17</sup>. According to the Constitutional Court of the Slovak Republic, good manners can be defined as rules of conduct that are largely recognized in society and form the basis of a fundamental value order. If a legal act does not meet this criterion, it is contrary to good manners<sup>18</sup>.

In the case law of the Czech courts<sup>19</sup>, we can find the definition of good manners as a set of certain ethical and cultural norms of society, some of which are a permanent and unchanging part of human society, others of which, together with society, are subject to development<sup>20</sup>. According to the case law of the Supreme Court of the Czech Republic, good manners represent a set of ethical, generally maintained and recognized principles, the observance of which is often ensured by legal norms so that every action is in accordance with the general moral principles of a democratic society<sup>21</sup>, or a set of social, cultural and moral norms, which in historical development prove a certain immutability, capture essential historical tendencies, are shared by a decisive part of society and have the nature of basic norms<sup>22</sup>. Good manners

---

16 M. Bělina et al., *Zákoník práce. Komentář*, Prague 2008, pp. 56–57.

17 Resolution of the Supreme Court of the Slovak Republic file no. 3 C do 191/1996 of 21<sup>st</sup> August 1997, R 88/1998.

18 Cf. Resolution of the Constitutional Court of the Slovak Republic IV. ÚS 55/2011–19 of 24<sup>th</sup> February 2011.

19 See also K. Bubelová, *Dobré mravy v judikatuře Ústavního Soudu ČR*, “Právní fórum” 2010, no. 1, pp. 1–7.

20 Decision of the Regional Court in Brno file no. 15Co 137/1993 of 15<sup>th</sup> April 1993.

21 Judgment of the Constitutional Court of the Czech Republic II.ÚS 249/97 of 26<sup>th</sup> February 1998.

22 Judgment of the Supreme Court of the Czech Republic file no. 3 Cdo 69/96 of 26<sup>th</sup> June 1996, Judgment of the Supreme Court of the Czech Republic file no. 21 Cdo 992/99 of 28<sup>th</sup> June 2000

allow the court to ease the harshness of the law and give it room to apply the rules of decency<sup>23</sup>.

## 2. The Abuse of Rights

The principle of the non-abuse of subjective rights is also linked to the principle of equity. This is one of the most significant manifestations of equity, which is connected to or intertwines with other specific rules of equity, especially with good manners. The precondition for the exercise of a right, or rather the limit of its exercise, is that the subjective right is exercised in a permitted manner. The exercise of law, as Luby notes, is the realization of the most diverse social preconditions. Therefore, the law cannot establish a single general norm covering all cases and methods of exercising the law<sup>24</sup>. This is one of the most important reasons why objective law enshrines a general prohibition on the abuse of law, and therefore makes the exercise of subjective rights subject to good manners. The prohibition on the abuse of rights is directly connected with the possibility of the real exercise of rights and obligations on the one hand, and on the other hand with the definition of the degree of social sustainability and the difficult legal admissibility of the realization of those rights, especially to other persons.

While good manners represent a positive limit on the exercise of rights and the obligations arising from employment relationships, the prohibition on the abuse of rights represents its so-called negative border. Although not every behaviour of the entitled entity which is contrary to good manners is also an abuse of rights, it is also true that not every abuse of rights is conduct which is contrary to good manners.

Given its specific construction, primary importance, scope and function throughout private law, the inclusion of the prohibition on the abuse of rights among the principles characterizing and profiling private law is fully justified. The prohibition on the abuse of rights is an important legal means by which the process and methods of exercising subjective rights can be significantly influenced<sup>25</sup>. This prohibition sets limits on the exercise of subjective rights, especially in cases where they are not clearly and precisely determined by law and, in the event of a conflict of interest between the individual and society, there is a risk that, at the same time, such conduct by the rightsholder could cause harm to other persons or to the public interest. In essence, therefore, it is primarily a matter of limiting such conduct by

---

and Judgment of the Supreme Court of the Czech Republic file no. 26 Cdo 3195/2008 of 19<sup>th</sup> September 2009.

23 Cf. Judgment of the Constitutional Court of the Czech Republic I. ÚS 643/04 of 6<sup>th</sup> September 2005.

24 Š. Luby, *Prevenencia a zodpovednosť v občianskom práve*. 1. diel, Bratislava 1958, p. 327.

25 J. Lazar, *Dobré mravy...*, *op. cit.*, pp. 22–23.

the holder of a subjective right, which is legally permissible and aims at the result pursued by objective law, of the unlawful conduct of the subject and establishing legal consequences for a person exceeding permissible rights in exercising subjective rights<sup>26</sup>.

The key issue is the criteria by which the necessary limits of the permitted exercise of subjective law are limited. These criteria in general include, in particular, good manners, goodwill, intent to harm, unlawful aims and motives for the enforcement of the law, violation of the balance of interests involved, lack of legally protected interest, etc<sup>27</sup>.

### 3. Provisions of Slovak Labor Law

The above-mentioned non-legal criteria are also contained in Slovak labor law, although not always in a satisfactory legislative form and with a proper functional targeting and correct conceptual definition, where the issue of the use of good manners is set relatively broadly in Act No. 311/2001 Coll., The Labor Code as amended (hereafter referred to as the Labor Code).

According to Art. 2 of the Basic Principles of the Labor Code, “The exercise of rights and obligations arising from employment relationships must be in accordance with good manners; no one may abuse these rights and obligations to the detriment of the other party to the employment relationship or co-workers.” This is also repeated in the provision of § 13 para. 3 of the Labor Code. In the case of both provisions, it is a positive order for the exercise of rights and obligations arising from employment relationships, which is in compliance with good manners. On the other hand, the negative limit on the exercise of subjective rights and obligations arising from employment relationships is the prohibition on abusing these rights to the detriment of the other party to the employment relationship or co-employees<sup>28</sup>. In the case of a legal order to exercise the right in accordance with good manners, such good manners act not only as an interpretive tool, but also as a general limit to the exercise of subjective rights. Not every misapplication of a law that is contrary to good manners is an abuse of the law. In the exercise of rights and obligations, not only what is stated in the law should be taken into account, but also what is considered (albeit

---

26 J. Lazar et al., *Občianske právo hmotné...*, *op. cit.*, p. 23.

27 J. Lazar, *O základných zásadách slovenského občianskeho zákonníka*, (in:) P. Mach, M. Nemeč, M. Pekarík (eds.), *Ius Romanum Schola Sapientiae. Pocta Petrovi Blahovi k 70. narodeninám*, Trnava 2009, p. 289.

28 H. Barancová et al., *Zákonník práce...*, *op. cit.*, pp. 62–63.

unwritten) to be conduct that is in accordance with good manners<sup>29</sup>. On the other hand, any abuse of rights is always an act that is contrary to good manners.

Good manners are also subject to other provisions of the Labor Code. The provision of § 15 of the Labor Code contains a rule according to which the expression of will must be interpreted as corresponding to good manners regarding the circumstances in which it was done. According to the provisions of § 47 para. 3(a) of the Labor Code, the employer may not consider it a breach of duty if the employee refuses to perform work or comply with an instruction which is in conflict with generally binding legal regulations or good manners, although the law does not prohibit the employer from imposing it. In addition, the Labor Code links intentional action against good manners to the occurrence of liability for damage and considers them to be one of the prerequisites for the emergence of a liability relationship<sup>30</sup>.

The subject of a labor law act is contrary to good manners when its content and purpose are in a given place and at a given time, or taking into account the persons of participants or other subjects of employment relations, contrary to generally accepted views on relations between employer and employee, or between other subjects of employment relations, which determines the content of a legal act so as to comply with the basic principles of morality and thus express the principle of the compliance of labor law with the wider social order<sup>31</sup>. Therefore, not all cases of the conduct of the entitled subject in the exercise of subjective law contrary to morality can be considered as conduct contrary to good manners. Good manners in the legal sense of the word serve as the so-called positive limits for the exercise of subjective rights and in the legal literature are referred to as legal morality, which, unlike morality, sets certain minimum moral thresholds for the exercise of subjective rights and has a right as a legal guarantee; the requirements it places on the entitled entity are, in contrast to morality, substantially weakened.

In assessing the validity of a legal act in the alternative, § 39 of Act No. 40/1964 Coll., The Civil Code, as amended, also be considered, according to which “A legal act which, by its content or purpose, contradicts the law or circumvents it, or is contrary to good manners, is invalid.” Proceedings contrary to good manners and the abuse of law are, according to the provisions of the Civil Code on the invalidity of legal

---

29 J. Toman, *Individuálne pracovné právo. Všeobecné ustanovenia a pracovná zmluva*, Bratislava 2014, p. 62.

30 Cf. § 179 para. 2 of the Labor Code, according to which “An employee is also liable for damage caused by intentional conduct against good manners,” § 186 para. 3 of the Labor Code, according to which “If the damage was caused intentionally, the employer may, in addition to the actual damage, also demand compensation for lost profits if its non-payment would be contrary to good manners” and § 192 para. 1 of the Labor Code, according to which “The employer is liable to the employee for damage caused to the employee by breach of legal obligations or intentional conduct against good manners in the performance of work tasks, or in direct connection with it.”

31 M. Bělina et al., *Pracovní právo*, Prague 2001, p. 101.

acts, affected by the absolute invalidity of a legal act, which the court must take into account even without a proposal.

The prohibition on the abuse of rights and obligations in labor relations is expressly regulated in the Labor Code in two places: firstly, in general as a basic principle of the Labor Code in Art. 2, and secondly, in the amended specific form in § 13 para. 3 to 5, including the regulation of the possibility for the employee concerned to seek redress for the damage caused by abuse of rights and obligations. In both of the cited provisions, the clause prohibiting the abuse of rights and obligations is always preceded by a clause on the conformity of the exercise of these rights and obligations with good manners; it can be concluded that the legislator seems to consider the rules of good manners as a criterion of the abuse of rights and obligations to the detriment of the other party to the employment relationship or co-employees.

The prohibition on the abuse of rights enshrined in Art. 2 of the Basic Principles of the Labor Code represents a legal norm, the violation of which by an authorized subject is an illegal act. The peculiarity of such an unlawful act is that it does not arise in breach of a legal obligation but arises in the exercise of the law in a manner prohibited by law. The provision in question regulates the manner of exercising the right, considering cases where the subject may also exercise the right in an illegal manner, contrary to good manners. The stated peculiarity of an unlawful act during the illegal exercise of subjective rights distinguishes it from other unlawful acts. An unlawful act in the case of the abuse of a right is committed by an authorized subject, which violates a certain obligation imposed by law (prohibition on abuse), but only at the stage of the realization of subjective law. The so-called ordinary illegal act is linked to the content of the subjective right and the abuse of the right is attached to its implementation. Subjective law presents the general model of behaviour of the entitled subject provided by law, the implementation of which takes place in various forms. The abuse of the right is connected only with the realization of the law. It can be understood as the use of specific illegal forms of behaviour of the authorized subject within the legally permitted general type of behaviour<sup>32</sup>.

The exercise of the right must be exercised within a legal framework which defines its content and purpose. Behaviour leading to a legal result is not an interference without a legal reason in the rights and legitimate interests of another (it is not an abuse of law), even if it is a side effect of property or non-property damage on the part of another party to the legal relationship. Only conduct which is not intended to achieve the purpose and meaning pursued by a rule of law but which is guided by a direct intention to cause damage to another party may be regarded as an abuse of a right. The exercise of a right which does not pursue the objective to be achieved but, on the contrary, pursues harm to another party to the employment relationship is not

---

32 H. Barancová, *Teoretické problémy pracovného práva*, Plzeň 2013, p. 42.



in fact an “exercise of a right.” It is only an apparent exercise of the right, because it is in fact an abuse of it<sup>33</sup>.

Abuse of a right constitutes a certain evil simply because it is unlawful for the entitled person to exercise the right to harm the interests of other persons. Abuse of the exercise of a right can be considered not only such a conduct, the aim of which is not to achieve the purpose and meaning pursued by a legal norm, but also one which is contrary to established good manners conducted with the direct intention to cause harm to another party<sup>34</sup>. The Labor Code prohibits the abuse of rights not only in relation to the exercise of subjective rights but also in relation to the exercise of legal obligations<sup>35</sup>. According to the resolution of the Supreme Court of the Slovak Republic file no. 5M Cdo 17/2008 of 13<sup>th</sup> October 2009, in cases where objective law presupposes that the exercise of a subjective right is formally carried out within the legal limits of that right, but the beneficiary, through its implementation, pursues damage to the other party to the legal relationship, it is the exercise of the law, but the wrong exercise of it. Such a procedure is carried out not for the purpose of achieving results which it has a positive right to protect but only for the purpose of formally complying with the law. Therefore, such an exercise of a right, even if formally in accordance with the law, must be regarded as only an apparent exercise of a right.

## Conclusion

If the law must meet the requirement of justice, it must seek ways to correct the excessive harshness that arises in the case of a rigid interpretation of the letter of the law. One of the means of achieving the Roman law idea of equity is precisely the application of good manners, which – like natural law itself – have a normative, corrective and interpretive function. Good manners serve as a criterion that restricts subjective rights in their content, or often as a criterion that limits the exercise of subjective rights. They represent a positive limit to the exercise of rights and obligations arising from employment relationships. The term “good manners” is not defined in law, but we encounter this corrective directly within the basic principles in Art. 2 of the Labor Code. The negative limit on the exercise of subjective rights and obligations arising from employment relationships is the prohibition on abusing these rights to the detriment of the other party to the employment relationship or co-employees.

The content of the term “good manners” lies in generally valid moral norms, or norms of morality, which there is a general interest in respecting. The basic purpose of the order to act in accordance with good manners is to exclude a gross

---

33 M. Bělina et al., *Zákoník práce...*, *op. cit.*, p. 56.

34 Judgment of the Supreme Court of the Czech Republic file no. 21 Cdo 992/99 of 28<sup>th</sup> June 2000.

35 H. Barancová et al., *Zákoník práce...*, *op. cit.*, p. 65.



violation of morality in the exercise of law, to ensure basic decency in the exercise of subjective rights, and, respectively, to maintain a certain ethical minimum in the exercise of subjective rights. According to the provisions on the invalidity of legal acts, the subject's conduct contrary to good manners and the abuse of rights is subject to absolute invalidity. The prohibition on the abuse of rights is a legal norm, the violation of which by an authorized subject is an illegal act. Although not every conduct of the entitled entity which is contrary to good morals is also an abuse of the law, it is true that not every abuse of rights is conduct which is contrary to good morals.

#### REFERENCES

- Barancová H., *Teoretické Problémy Pracovného Práva*, Plzeň 2013.
- Barancová H. et al., *Zákonník Práce. Komentár. 2. Vydanie*, Bratislava 2019.
- Bělina M. et al., *Pracovní Právo. 3. Doplněné A Propracované Vydání*, Praha 2001.
- Bělina M. et al., *Zákoník Práce. Komentář. 1. Vydání*, Praha 2008.
- Bubelová K., *Dobré Mravy V Judikatuře Ústavního Soudu ČR. "Právní Fórum" 2010, no. 1.*
- Hurdík J., Fiala J., Hrušáková M., *Úvod Do Soukromého Práva*, Brno 2006.
- Knapp V., *Teorie Práva. 1. Vydání*, Praha 1995.
- Lazar J., *O základných zásadách slovenského občianskeho zákonníka*, (in:) P. Mach, M. Nemeč, M. Pekarík (eds.), *Ius Romanum Schola Sapientiae. Pocta Petrovi Blahovi k 70. narodeninám*, Trnava 2009.
- Lazar J. et al., *Občianske Právo Hmotné. 1. Zväzok. Tretie Doplnené A Prepracované Vydanie*, Bratislava 2006.
- Luby Š., *Prevenencia A Zodpovednosť V Občianskom Práve*, Bratislava 1958.
- Mach P., Pekarík M., Vladár V. (eds.), *Constans Et Perpetua Voluntas. Pocta Petrovi Blahovi K 75. Narodeninám*, Trnava 2014.
- Olšovská A., *Pracovný Pomer*, Praha 2017.
- Prusák J., Bakošová E., Vaculíková N. (eds.), *Slušnosť V Práve. II. Lubyho Právnické Dni*, Bratislava 1993.
- Salač J., *Rozpor S Dobrými Mravy A Jeho Následky V Civilním Právu*, Praha 2004.
- Toman J., *Individuálne Pracovné Právo. Všeobecné Ustanovenia A Pracovná Zmluva*, Bratislava 2014.



**Iwona Sierocka**

University of Białystok, Poland

i.sierocka@uwb.edu.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-1659-1717>

## **General Clauses in the Act on So-Called Collective Redundancies**

**Abstract:** This work is focused on aspects of the general clauses used by the legislator in the Act on Collective Redundancies of 2003, i.e. reasons not attributable to an employee and their exclusivity. The first clause covers all cases of termination of an employment relationship that are caused by circumstances affecting the employer or independent of the parties to the employment relationship. On the other hand, “exclusivity” of the reasons not attributable to an employee is confirmed if circumstances not attributable to the employee and the way of performing employment relationship duties thereby constitute the original cause of a definite termination or a notice of change. Analysing the scope of application of the said indeterminate phrases, the author also refers to the principles of community life. **Keywords:** exclusivity of reasons, principles of community life, reasons not attributable to an employee

### **Introduction**

In legal science, general clauses are understood as indefinite terms referring to non-legal rules that allow law enforcement authorities to freely evaluate whether a given legal norm should be used in a given case<sup>1</sup>. Therefore, they enable every case to be approached individually<sup>2</sup>. General clauses can be classified in many ways; the doctrine distinguishes between general clauses of the first and second types. The first group of clauses, known as incidental terms, includes expressions that change their

---

1 T. Zieliński, *Prawo pracy. Zarys systemu. Część II. Prawo stosunku pracy*, Warsaw/Krakow 1986, p. 73.

2 T. Zieliński, *Klauzule generalne w prawie pracy*, Warsaw 1988, p. 56.

semantic scope depending on the judgments made by a law enforcement authority. In particular, one can consider as such the phrase “unjustified termination of an employment contract.” The latter group of clauses includes expressions referring an interpreter to non-legal rules, i.e. to the principles of community life and the socio-economic purpose of life. There are also general application clauses referring to relationships governed by the Labor Code and specific provisions, limited application clauses regarding certain labor relationships and temporary application clauses taken into account at a specific time.

General clauses can also be classified according to the kind of aspects that they concern. In this respect, the clauses that protect an employee from the loss of a job play an important role<sup>3</sup>. Such expressions include “reasons not attributable to employees”<sup>4</sup> and “exclusivity of the reasons for termination of an employment relationship” used by the legislator in the Act of 13 March 2003 on the specific rules of termination of employment relationships with employees for reasons not attributable to employees<sup>5</sup>. The analysis below will focus on how the general clauses identified are understood. As the expression “reasons not attributable to employees” was also used in the Council Directive 98/59 / EC of 20 July 1998 on the approximation of the laws of Member States relating to collective redundancies<sup>6</sup>, it is reasonable to consider in this respect the judicial decisions of the Court of Justice of the European Union. Not only will this help the analysis of this expression be more thorough but it will also lead to the determination of how Polish law reflects the regulations.

## 1. Reasons Not Attributable to Employees

According to Art. 1(1) of the Act on Collective Redundancies, the provisions of the said act are applied if an employer must terminate an employment relationship for reasons not attributable to employees. It is generally assumed that the reasons not attributable to an employee mean any circumstances that are not related to the physical and mental characteristics of an employee or the manner of performance

---

3 See A. Wypych-Żywicka, *Prawo podmiotowe w prawie pracy*, (in:) K.W. Baran (ed.), *System prawa pracy*. Vol I. Część ogólna, Warsaw 2017, pp. 1364–1366.

4 A. Dral, *Powszechna ochrona trwałości stosunku pracy. Tendencje zmian*, Warsaw 2009, pp. 264–265. According to K.W. Baran and M. Lekston, the expression “justifying reasons not attributable to an employee” should be considered as such: K.W. Baran and M. Lekston, *Ustawa o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników*, (in:) *Zbiorowe prawo zatrudnienia. Komentarz*, Warsaw 2019, p. 609; A. Wypych-Żywicka proves that this expression cannot be qualified as a general rule, A. Wypych-Żywicka, *Zwolnienie z przyczyn niedotyczących pracowników* (in:) K.W. Baran (ed.), *System prawa pracy*. Vol. V. *Zbiorowe prawo pracy*, Warsaw 2014, p. 982.

5 *Journal of Laws of 2018*, item 1969, hereafter “Act on Collective Redundancies.”

6 O.J. L 225, p. 16.

of employment duties thereby<sup>7</sup>. Therefore, the provisions of the act do not concern redundancies for such reasons as a lack of proper qualifications, a breach of work regulations, the employee's failure to perform their duties or their inability to perform work. It is, however, doubtful whether the reasons not attributable to an employee include only those that affect the employer or also circumstances independent of the parties to an employment relationship. In this respect, the theory of law and judicial decisions present two approaches.

The first approach is that the division of the reasons for termination of an employment relationship has a dichotomous character. As a result, all circumstances that are not connected with an employee, even apparently neutral ones such as acts of nature, should be considered as attributable to the employer<sup>8</sup>. This approach is confirmed by the judgment of 20 November 2008 (III UK 57/08)<sup>9</sup>. The Supreme Court declared that the view that the reasons not attributable to an employee also include such circumstances that are not connected with either party to an employment relationship is unjustified. Termination of an employment contract for an unspecified period must be grounded, and the grounds correspond to facts concerning both or one of the parties to the employment relationship, analysed in view of the purpose, contents and manner of execution of such a relationship. Obviously, the circumstances that laid the grounds for the termination of an employment contract with a notice or by agreement do not have to be by fault of the parties or even "caused" by them unconsciously. They must, however, concern an employee or an employer, because otherwise their occurrence does not affect the further existence of the employment relationship.

The other approach assumes that the reasons not attributable to an employee also include the reasons not connected with either party to an employment relationship<sup>10</sup>. This was the ruling of the Supreme Court of 6 July 2011 (II PK 51/11)<sup>11</sup>. The Supreme Court confirmed that the reasons for an employment termination that are not attributable to an employee are reasons on the part of an employer and other objective reasons that do not concern either party, but they are the only reasons leading to the employment termination. A similar position was presented by the Supreme Court in its judgment of 10 October 2019 (I PK 196/18)<sup>12</sup>, confirming that

7 See K. Jaśkowski, E. Maniewska, Komentarz do art 1 ustawy o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników, (in:) K. Jaśkowski, E. Maniewska, J. Stelina, Grupowe zwolnienia, Krakow 2004, p. 30.

8 Ł. Pisarczyk, Ogólna charakterystyka zwolnień z przyczyn niedotyczących pracowników, (in:) M. Latos-Miłkowska and Ł. Pisarczyk, Zwolnienia z przyczyn niedotyczących pracownika, Warsaw 2005, p. 30; M. Rylski, Zwolnienia grupowe. Komentarz do ustawy, Warsaw 2016, p. 47.

9 LEX No. 1102538.

10 B. Cudowski, Odprawa ustawowa z tytułu rozwiązania umowy o pracę z byłym członkiem zarządu spółki kapitałowej, "Praca i Zabezpieczenie Społeczne" 2014, no. 4, p. 19; K. Jaśkowski and E. Maniewska, *op. cit.*, p. 30.

11 OSNP 2012, no. 17–18, item 219.

12 LEX No. 2773243.

for the right to severance pay, it does not matter whether an employment relationship is terminated for reasons on the part of the employer, but it does matter whether the reasons are attributable to the employee or not. The reasons for the termination of an employment relationship do not have to be on the part of the employer<sup>13</sup>. The position of the Supreme Court was approved by the Court of Appeal in Gdańsk in its judgment of 21 December 2016 (III AUa 1293/16)<sup>14</sup>, which adjudicated that the reasons for an employment termination that are not attributable to an employee are reasons on the part of an employer and other objective reasons that do not concern either party, but they are the only reasons leading to the employment termination.

As far as the interpretation of the phrase “reasons not attributable to an employee” is concerned, I support the latter approach. As the legislator did not use the expression “reasons attributable to an employer,” one can conclude that in the context of statutory regulations all circumstances that are not connected with the employee’s status should be taken into account. Therefore, it is not only about the reasons affecting the employer but also about reasons independent of the employer, e.g. the operation of *force majeure* or another entity<sup>15</sup>.

Termination of an employment relationship can be caused by more or less important circumstances<sup>16</sup>, directly or indirectly affecting the employer<sup>17</sup>. It does not matter whether they are due to an improper management of the business by the employer or are a consequence of events independent of the employer. Among the reasons for termination of an employment relationship not attributable to an employee, one can list in particular economic, organizational and technological reasons<sup>18</sup>.

Economic reasons concern the management of an employing entity and are connected with operating and managing a workplace. Such actions are aimed at achieving the best financial result involving the fewest means and resources. They are cost-reducing and improving actions, the purpose of which is to raise the effectiveness of work and change the employment structure. The reason for such changes can be the necessity to reduce manufacture or employment due to a lower demand for the manufactured goods or services, the computerization of a workplace or automation of manufacturing processes<sup>19</sup>. One should also consider as economic

13 Similarly, the judgment of the Supreme Court of 10 March 2016, III PK 81/15, LEX No. 2052409.

14 LEX No. 2191588.

15 I. Sierocka, Nowe przepisy o zwolnieniach grupowych, “Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2003, no. 12, p. 15.

16 Judgment of the Supreme Court of 20 March 2009, I PK 185/08, OSNP 2010 no. 21–22, item 259.

17 Judgment of the Supreme Court of 12 August 2020, II PK 4/19, Legalip.

18 See K.W. Baran and M. Lekston, *op.cit.*, p. 610; B. Wągner, Dopuszczalność wypowiedzenia stosunku pracy z przyczyn dotyczących pracodawcy, “Studia Juridica” 1992, no. 23, p. 181.

19 Compare K.W. Baran, Zbiorowe prawo pracy. Zarys wykładu z kuzasami, Gdańsk/Krakow 1998, p. 178; J. Iwulski and K. Jaśkowski, Ustawa o zwolnieniach grupowych, Warsaw 1995, p. 41;

reasons the outsourcing of certain tasks to persons or entities that are not bound by an employment relationship with the company<sup>20</sup>.

Organizational changes should be understood as structural transformations by an employer, consisting of the liquidation of certain positions, departments or organizational units. In the judgment of 6 January 1995 (I PRN 119/94)<sup>21</sup>, the Supreme Court confirmed that the work establishment's action, aimed at the transformation of the kinds of contracts under which most of the employees are employed from contracts for an unspecified period into contracts for a specified period, are changes of an organizational nature.

Technological changes are connected with modifications in terms of the processing of raw materials and the modernization of manufacturing lines. They can be caused by a change in the manufacturing profile, the manufactured product range or the manufacturing process. They are usually connected with economic factors consisting in particular of a change in demand for certain goods or services.

One should note that not only actions directly taken by an employer but also actions of an employee, the results of which are the same as the results of termination of an employment relationship by the employer upon legal regulations, should be considered as termination for reasons not attributable to an employee. As a consequence, termination of an employment contract without notice by the employee due to grave violations of the employer's basic duties, such as delayed payment of salary, failure to make remuneration payments or to pay social insurance contributions (Art. 55 § 1<sup>1</sup> of the Labor Code), justifies the assumption that the employment relationship was terminated for reasons attributable to the employer<sup>22</sup>.

When interpreting the general clause "reasons not attributable to an employee," it is worth referring to the provisions of Council Directive 98/59 / EC, which specifies that the expression "group redundancies" means dismissals effected by an employer for one or more reasons not related to the individual workers concerned (Art. 1(1) (a)). This kind of circumstance includes not only redundancies for structural, technological or cyclical reasons but all cases of termination of an employment contract against the employee's will and without his/her consent. The reasons for

---

T. Liszcz, Komentarz do ustawy z dnia 28 grudnia 1989 r. o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn dotyczących zakładu pracy oraz o zmianie niektórych ustaw, (in:) Z. Salwa (ed.), Prawo Pracy. Part II, Warsaw 1999, p. II/D/192.

20 See judgment of the Supreme Court of 12 July 2001, I PKN 541/00, OSNP 2003, no. 11, , item 268.

21 OSNAP and US 1995, no. 12, poz. 147.

22 Judgment of the Supreme Court of 20 November 2008, III UK 57/08, LEX No. 1102538; the same in the resolution of the Supreme Court of 2 July 2015, III PZP 4/15, LEX No. 1747384, providing that termination of an employment relationship in this manner authorizes an employee to acquire the right to severance pay referred to in Art. 8 in conjunction with Art. 10(1) of the Act on Collective Redundancies if such reasons constitute the sole ground to terminate the employment relationship.

a dismissal do not have to reflect the employer's will. Therefore, in this respect, the cases of declaring bankruptcy, liquidation and similar procedures, compulsory purchase, fire or other *force majeure* cases should also be taken into account<sup>23</sup>.

In the judgment of 3 March 2011 on the joined cases from C 235/10 to C 239/10, David Claes and others against Landsbanki Luxembourg SA, in liquidation<sup>24</sup>, the Court of Justice of the European Union confirmed that Articles 1 to 3 of Council Directive 98/59 must be interpreted as applying to a termination of the activities of an institution that is an employer as a result of a judicial decision ordering its dissolution and winding up on grounds of insolvency, even though, in the event of such a termination, national legislation provides for the termination of employment contracts with immediate effect.

The Court of Justice expressed the opinion that making unilateral and significant changes to essential elements of the employee's employment contract to their detriment, for reasons not related to the individual employee concerned, falls within the definition of "redundancy" for reasons not attributable to employees<sup>25</sup>. This summary was sustained in the judgment of 21 September 2017 in case C 429/16, Małgorzata Ciupa and others against II Szpital Miejski im. L. Rydygiera w Łodzi, now Szpital Ginekologiczno-Położniczy im. dr. L. Rydygiera Sp. Z o.o. w Łodzi<sup>26</sup>, which concluded that if an employer makes a insignificant change to an essential element of the contract of employment for reasons not related to the individual employee concerned, unilaterally and to the detriment of the employee, or makes a significant change to a inessential element of that contract for reasons not related to the individual employee, it may not be regarded as a "redundancy" within the meaning of that directive.

---

23 Judgment of the Court of Justice of the European Union of 12 October 2004 in the case Commission of the European Communities v. Portuguese Republic (C 55/02), LEX No. 223747, in which the Court of Justice decided that by restricting the concept of collective redundancies to redundancies for structural, technological or cyclical reasons, and by failing to extend that concept to dismissals for any reason not related to the individual workers concerned, the Portuguese Republic failed to fulfil its obligations under Articles 1, 6 and 7 of Council Directive 98/59 / EC.

24 Paragraph 49, ECLI:EU:C:2010:339.

25 Judgment of the Court of Justice of the European Union of 11 November 2015 in case C 422/14, Cristian Pujante Rivera v. Gestora Clubs Dir SL, Fondo de Garantía Salarial, EU:C:2015:743, paragraph 55.

26 Paragraph 28, ECLI:EU:C:2017:711. A similar judgment is the judgment of 21 September 2017 in case C 149/16, Halina Socha and others v. Szpital Specjalistyczny im. A. Falkiewicza we Wrocławiu, ECLI:EU:C:2017:708, paragraph 26; see: M. Frąckowiak, Ustawa o zwolnieniach grupowych a wypowiedzenie warunków pracy i płacy w świetle orzecznictwa TS, "Monitor Prawa Pracy" 2018, no. 10, p. 11.



## 2. “Exclusivity” of Reasons for the Termination of an Employment Relationship

Art. 10(1) of the Act on Collective Redundancies specifies that the provisions of the act should be applied accordingly if it is necessary for the employer to terminate employment relationships for reasons not attributable to the employees if such reasons are the only ground justifying the termination of an employment relationship upon a notice or its termination upon agreement of the parties. In colloquial speech, the term “exclusive” means “having nothing else,” “existing as the only one, owned by only one person or vested in only one person”<sup>27</sup>. Therefore, following linguistic principles, one should assume that the exclusivity of the reasons not attributable to an employee occurs where there are no circumstances connected with the employee<sup>28</sup>.

Judicial decisions explain the expression “exclusive reason” more broadly. In the judgment of 10 October 1990 (I PR 319/90<sup>29</sup>), the Supreme Court confirmed that the reasons specified in Art. 1(1) of the said act “constitute the exclusive ground justifying termination of an employment relationship” if, without the occurrence of such reasons (a reduction of the number of employees for economic reasons or in connection with organizational, manufacturing or technological changes), an individual decision to lay off an employee would not be made by the head of the work establishment. In addition to the above reasons, there may be other circumstances affecting termination of the employment contract with a particular employee (e.g. improper performance of work duties, a breach of work discipline or chronic excused absence from work) that as such, without the reasons specified in Art. 1(1) of the act, could not lead to a decision on the termination of the employment relationship. Therefore, termination of an employment relationship exclusively for a reason not attributable to an employee is a case in which termination of the employment relationship would not be justified. The fact that an employee, due to his/her prudence, starts a new job immediately after being made redundant for the reasons specified in Art. 1(1) of the act is not a ground to question the statement that such reasons were not the exclusive reason for making him/her redundant<sup>30</sup>.

Because Art. 10 of the Act on Collective Redundancies also concerns the employment and remuneration terms notice, the notice of change should also be examined in view of the exclusivity of reasons. In the judgment of 6 January 2009

27 M. Szymczak (ed.), *Słownik języka polskiego*, Warsaw 1993.

28 See A. Wypych-Żywicka, *Komentarz do art. 10 ustawy o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracownika*, (in:) *Zbiorowe prawo pracy. Komentarz*, WK 2016; L. Florek, *Zwolnienia pracowników z przyczyn dotyczących zakładów pracy*, Warsaw 1992, p. 62.

29 “Orzecznictwo Sądów Polskich” 1991, no. 9, item 210.

30 Judgment of the Supreme Court of 3 October 1990, I PR 277/90, “Orzecznictwo Sądów Polskich” 1991, no. 5, poz. 127.

(II PK 108/08)<sup>31</sup>, the Supreme Court concluded that if a proper job was proposed to an employee, the refusal to accept the job could in some cases be treated as one of the reasons for termination of the employment relationship. The above applies if, considering the interests of an employee and a work establishment, as well as the kind and character of the job offered, one would expect that the employee should accept the new conditions offered. A similar position was expressed by the Supreme Court in the judgment of 1 April 2015 (I PK 211/14)<sup>32</sup>, which stated that if an employer offers an employee objectively acceptable work conditions (a position corresponding to the employee's qualifications and remuneration proper for this position) in a notice of change, the refusal to accept such conditions can be treated as one of the reasons for the termination of the employment relationship. A refusal to accept a position that in the organizational and remuneration structure of the given employer does not differ in terms of the assigned duties and the amount of remuneration from the position occupied so far should be considered as such<sup>33</sup>, and likewise if an employee does not accept a job for which he/she has the necessary competencies, and the offered remuneration of an amount lower even by 70% from the remuneration received so far is quite adequate to the skills, knowledge and scope of duties and corresponds to the market rates for the performance of the job offered. The refusal to accept such conditions cannot be treated as reasonable and justified. Therefore it constitutes one of the reasons for the termination of employment<sup>34</sup>.

The employee's refusal should be interpreted differently if the employment and remuneration terms offered in the notice of change materially downgrade his/her rights and obligations or have the form of a harassment, the purpose of which is to get rid of the employee from the work establishment. Termination of an employment relationship in this way is not one of the reasons. One must assume that the employment relationship was terminated only for reasons not attributable to the employee<sup>35</sup>. Offering work conditions that are usually offered to persons newly employed for non-managerial positions to an employee who has held managerial positions for many years and has received high remuneration should be considered as objectively unacceptable. Such an offer is only an apparent offer and the real intention behind it is to terminate the employment relationship. The employee's refusal to accept the new conditions of employment and remuneration so unfavourable that the refusal can be predicted should not be treated as the reason for the termination of the employment relationship attributable to the employee<sup>36</sup>.

---

31 LEX No. 738347.

32 LEX No. 1745824.

33 Judgment of the Supreme Court of 14 December 2016, II PK 281/15, LEX No. 2200601.

34 Judgment of the Supreme Court of 22 January 2015, III PK 55/14, LEX No. 1677804.

35 Judgment of the Administrative Court in Gdańsk of 23 November 2017, III AUa 735/17, LEX No. 2414631.

36 Judgment of the Supreme Court of 20 October 2015, I PK 290/14, LEX No. 1956555.

In its judicial decisions, the Supreme Court emphasizes that the assessment of whether the refusal to accept new terms of employment and remuneration is one of the reasons to terminate the employment relationship must be made by the court examining the case and should be based on a comprehensive analysis of all aspects of the given case. Resolving the case, the court should take into account the interest of both the employee and the employer. The assessment needs to be objectivized, which means that the court should consider whether in the given circumstances the terms of employment and remuneration offered to the employee are justified by the financial standing of the employer and whether the person made to cope with such a situation as the employee in question should, acting reasonably, accept this offer. The court examining the case should also take into consideration that if there are any reasons that justify the termination of the employment relationship for reasons not attributable to the employee, the employer is not obliged to offer the employee further employment based on changed terms and conditions<sup>37</sup>.

### 3. Meaning of the Principles of Community Life

The provisions of labor law require that termination of an employment contract should be justified and take into account the principles of community life<sup>38</sup>. The latter term means non-legal rules of conduct, closely connected with moral norms, both individual and social, accepted by society at a specific place and time<sup>39</sup>. In view of the statutory law of 2003, moral aspects play an important role especially in the case of individual redundancies. Both the criteria of the selection of a particular employee to be made redundant and the behaviour of the employed person should be assessed from the perspective of principles of community life. Considering these issues, one should take into account not only the interests of the employee but also the interests of the employer<sup>40</sup>. As a result, a decision to terminate the employment relationship with a particular employee should be made on the grounds of his/her qualifications, work experience, usefulness at the work establishment, age and health condition, as well as his/her family and financial situation<sup>41</sup>. Another important factor is

37 Judgment of the Supreme Court of 12 April 2012, I PK 144/11, LEX No. 1219488.

38 See A. Wypych-Żywicka, *Prawo podmiotowe...*, *op.cit.*, pp. 1371–1383; A. Wypych-Żywicka, *Zasadność wypowiedzenia umowy o pracę*, Gdańsk 1996, pp. 115–116; Summary of the second resolution of the Complete Composition of the Supreme Court of 27 June 1985, III PZP 10/85, OSNC 1985, no. 11, item 164.

39 Z. Łyda, *Wzajemny stosunek klauzuli zasad współżycia społecznego i społeczno-gospodarczego przeznaczenia prawa*, "Nowe Prawo" 1988, no. 4, p. 5; Z. Ziemiński, *Teoria prawa*, Warsaw/Poznań 1977, p. 74.

40 Judgment of 7 July 2000, I PKN 728/99, OSNP 2002, No. 2, item 40.

41 T. Liszcz, *Komentarz do art. 10 ustawy o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników*, (in:) *Prawo pracy*, Warsaw 2005,

whether in the given circumstances the newly offered work conditions are justified by the employer's situation and whether one can conclude, assessing properly and objectively the situation of a given employee, that the offer made to the employee should be accepted.

## Conclusion

The purpose of the general clauses included in the Act on Collective Redundancies, i.e. the reasons not attributable to an employee and the exclusivity of reasons, strengthened by the principles of community life, is to protect the interests of an employee. In the light of the judgments of the Court of Justice of the European Union and the Polish courts, the first clause concerns all cases of termination of an employment relationship caused by circumstances affecting the employer or independent of the parties to the employment relationship. The result of a broad interpretation of the said indeterminate phrase is that, in many cases, employers must apply the rules specified in the regulations of 2003, especially in terms of the severance pay that is aimed at compensating employees for the job loss. The same is true in the case of the term "exclusivity of the reasons not attributable to an employee." According to judicial decisions, this condition is met if circumstances not related to the employee and the manner of his/her performance of the employment relationship duties constitute the original cause of a definite termination or a notice of change. The reasons on the part of an employee are of a secondary character and do not deprive the employee of the severance pay referred to in Art. 8 of the Act on Collective Redundancies.

As to the notice of change, when evaluating the exclusivity of reasons not attributable to the employee, one should take into account the interests of both the employee and the employer and the scope of the new terms and conditions of employment. The refusal to accept the terms of employment and remuneration that in the given circumstances should be considered justified and reasonable as one of the reasons for the termination of the employment relationship deprives the employee of the right to severance pay. However, the refusal to accept an apparent offer, the purpose of which is in fact to terminate the employment, does not have the effect mentioned above.

---

LEX; R. Sadlik, Kryteria doboru pracowników do zwolnienia przy zmniejszeniu zatrudnienia z przyczyn niedotyczących pracowników, "Monitor Prawa Pracy" 2020, no. 1, p. 26.

REFERENCES

- Baran K.W., Zbiorowe prawo pracy. Zarys wykładu z kazusami, Gdańsk-Kracow 1998.
- Baran K.W., Lekston M., Ustawa o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników, (in:) K.W. Baran (ed.), Zbiorowe prawo zatrudnienia. Komentarz, Warsaw 2019.
- Cudowski B., Odprawa ustawowa z tytułu rozwiązania umowy o pracę z byłym członkiem zarządu spółki kapitałowej, "Praca i Zabezpieczenie Społeczne" 2014, no. 4.
- Dral A., Powszechna ochrona trwałości stosunku pracy. Tendencje zmian, Warsaw 2009.
- Florek L., Zwolnienia pracowników z przyczyn dotyczących zakładów pracy, Warsaw 1992.
- Frąckowiak M., Ustawa o zwolnieniach grupowych a wypowiedzenie warunków pracy i płacy w świetle orzecznictwa TS, "Monitor Prawa Pracy" 2018, no. 10
- Iwulski J., Jaśkowski K., Ustawa o zwolnieniach grupowych, Warsaw 1995.
- Jaśkowski K., Maniewska E., Komentarz do art 1 ustawy o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników, (in:) K. Jaśkowski, E. Maniewska, J. Stelina (eds.), Grupowe zwolnienia, Kracow 2004.
- Liszczycki T., Komentarz do ustawy z dnia 28 grudnia 1989 r. o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn dotyczących zakładu pracy oraz o zmianie niektórych ustaw, (in:) Z. Salwa (ed.), Prawo Pracy, Part II, Warsaw 1999.
- Liszczycki T., Komentarz do art. 10 ustawy o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników, (in:) Prawo pracy, Warsaw 2005, LEX.
- Łyda Z., Wzajemny stosunek klauzuli zasad współzycia społecznego i społeczno-gospodarczego przeznaczenia prawa, „Nowe Prawo” 1988, no. 4.
- Pisarczyk Ł., Ogólna charakterystyka zwolnień z przyczyn niedotyczących pracowników, (in:) M. Latos-Miłkowska, Ł. Pisarczyk, Zwolnienia z przyczyn niedotyczących pracownika, Warsaw 2005.
- Rylski M., Zwolnienia grupowe. Komentarz do ustawy, Warsaw 2016.
- Sadlik R., Kryteria doboru pracowników do zwolnienia przy zmniejszeniu zatrudnienia z przyczyn niedotyczących pracowników, "Monitor Prawa Pracy" 2020, no. 1.
- Sierocka I., Nowe przepisy o zwolnieniach grupowych, "Praca i Zabezpieczenie Społeczne" 2003, no. 12.
- Szymczak M. (ed.), Słownik języka polskiego, Warsaw 1993.
- Wagner B., Dopuszczalność wypowiedzenia stosunku pracy z przyczyn dotyczących pracodawcy, „Studia Juridica” 1992, no. XXIII.
- Wypych-Żywicka A., Komentarz do art. 10 ustawy o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracownika, (in:) Zbiorowe prawo pracy. Komentarz, WK 2016.
- Wypych-Żywicka A., Prawo podmiotowe w prawie pracy, (in:) K.W. Baran (ed.), System prawa pracy. Vol I. Część ogólna, Warsaw 2017.
- Wypych-Żywicka A., Zwolnienie z przyczyn niedotyczących pracowników, (in:) K.W. Baran (ed.), System prawa pracy. Vol. V. Zbiorowe prawo pracy, Warsaw 2014.

Wypych-Żywicka A., Zasadność wypowiedzenia umowy o pracę, Gdańsk 1996.

Zieliński T., Klauzule generalne w prawie pracy, Warsaw 1988.

Zieliński T., Prawo pracy. Zarys systemu. Część II . Prawo stosunku pracy, Warsaw-Kracow 1986.

Ziembiński Z., Teoria prawa, Warsaw-Poznań 1977.

**Krzysztof Prokop**

Uniwersytet Przyrodniczo-Humanistyczny w Siedlcach, Polska

krzysztof.prokop@uph.edu.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3447-4592>

## Konstytucyjne prawo do godziwego wynagrodzenia za pracę

### The Constitutional Right to Fair Remuneration for Work

**Abstract:** This article is devoted to establishing the constitutional foundations of the right to fair remuneration. This right results from acts of international law and the Labor Code, but there is no provision in the Constitution of the Republic of Poland that would directly guarantee the right to fair remuneration. Therefore establishing this right requires reference to a number of constitutional provisions. Fundamental importance should be attached to the right to minimum remuneration for work (Art. 65 sec. 4 of the Constitution), which, in the context of the Labor Code, is sometimes equated with fair remuneration. However, the constitutional guarantees of fair remuneration are much broader. They result from constitutional principles, including the principle of the social market economy (Art. 20), the principle of equality (Art. 32 and 33), the principle of social justice (Art. 2) and the principle of labor protection (Art. 24), as well as other provisions, including Art. 64 sec. 1–2 (protection of fair remuneration as a property right) and Art. 71 (the principle of family protection). According to the author of this article, the constitutional right to fair remuneration thus constructed may be defined as a subjective right that is subject to judicial protection.

**Keywords:** constitution, economic system, fair remuneration, minimum remuneration, principle of equality

**Słowa kluczowe:** konstytucja, ustroj gospodarczy, godziwe wynagrodzenie, minimalne wynagrodzenie, zasada równości

### Uwagi wprowadzające

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.<sup>1</sup> w szerokim zakresie gwarantuje możliwość korzystania z tzw. praw drugiej generacji (ekonomicz-

---

1 Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.

nych, socjalnych i kulturalnych). Przedmiotem ochrony konstytucyjnej są zwłaszcza prawa pracownicze<sup>2</sup>. W świetle art. 24 Konstytucji praca znajduje się pod ochroną Rzeczypospolitej Polskiej, a państwo sprawuje nadzór nad warunkami wykonywania pracy<sup>3</sup>. Z racji tego, że art. 24 znajduje się w rozdziale I („Rzeczpospolita”) przypisać mu należy walor naczelnej zasady ustroju państwa ze wszystkimi jego konsekwencjami dla procesu wykładni przepisów prawa<sup>4</sup>. Rozwinięciem tych postanowień są takie przepisy, jak możliwość nałożenia obowiązku pracy tylko w drodze ustawy (art. 65 ust. 2), zakaz stałego zatrudniania dzieci poniżej 16 lat (art. 65 ust. 3), ustawowe określenie minimalnej wysokości wynagrodzenia za pracę (art. 65 ust. 4) czy też prawo do bezpiecznych i higienicznych warunków pracy (art. 66). Dodać należy, że art. 59 Konstytucji gwarantuje wolność zrzeszania się w związkach zawodowych<sup>5</sup>.

Konstytutywnym elementem stosunku pracy jest wynagrodzenie, przy czym powszechnie obowiązującym standardem są gwarancje prawa pracownika do wynagrodzenia „godziwego”. Spotyka się je w aktach prawa międzynarodowego, do których należą: Powszechna Deklaracja Praw Człowieka z 1948 r. (art. 23), Międzynarodowy Pakt Praw Społecznych, Gospodarczych i Kulturalnych z 1966 r. (art. 7), Europejska Karta Społeczna z 1961 r. (art. 4) oraz konwencje Międzynarodowej Organizacji Pracy<sup>6</sup>. Gwarancje prawa do godziwego wynagrodzenia występują również w konstytucjach wielu państw europejskich<sup>7</sup>. Precedensowe znaczenie przypisać należy kon-

2 Zob. A. Krzywoń, *Prawa pracownicze*, (w:) W. Brzozowski, A. Krzywoń, M. Wiącek, *Prawa człowieka*, Warszawa 2019, s. 305 i n.

3 Zob. na ten temat m.in. L. Wiśniewski, *Konstytucyjna ochrona pracy*, (w:) W. Czapliński (red.), *Prawo w XXI wieku. Księga pamiątkowa 50-lecia Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk*, Warszawa 2006, s. 1032 i n.

4 Zob. m.in. K. Prokop, K. Dunaj, *Prawoznawstwo. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 2017, s. 201–204.

5 Wśród praw pracowniczych gwarantowanych przez Konstytucję nie ma prawa do pracy, które w warunkach gospodarki rynkowej byłoby zresztą niemożliwe do realizacji. Zamiast tego Konstytucja zobowiązuje w art. 65 ust. 5 władze publiczne do prowadzenia polityki zmierzającej do pełnego, produktywnego zatrudnienia poprzez realizowanie programów zwalczania bezrobocia, w tym organizowanie i wspieranie poradnictwa i szkolenia zawodowego oraz robót publicznych i prac interwencyjnych.

6 Zob. J. Wratny, *Obecność prawa do pracy w prawie międzynarodowym i europejskim*, (w:) J. Mazur (red.), *Prawo do pracy a polityka społeczna*, Lublin 2005, s. 41 i n.; M. Nowak, *Prawo do godziwego wynagrodzenia za pracę. Regulacja prawna i treść*, Łódź 2007, s. 19–55; S. Maciejewski, *Zasada godziwego wynagrodzenia za pracę jako prawo pracownicze*, (w:) J. Jaskiernia, K. Spryszak (red.), *Ochrona praw człowieka w wymiarze uniwersalnym. Aksjologia – instytucje – nowe wyzwania – praktyka*, Toruń 2017, s. 294–296; P. Prusinowski, *Prawo do wynagrodzenia*, (w:) K.W. Baran (red.), *Międzynarodowe publiczne prawo pracy. Standardy globalne*, Warszawa 2019, s. 451 i n.; M. Zajchowska, *Godziwość wynagrodzenia za pracę w kontekście świadczeń z ubezpieczenia społecznego*, (w:) B. Godlewska-Bujok, K. Walczak (red.), *Różnorodność w jedności: studia z zakresu prawa pracy, zabezpieczenia społecznego i polityki społecznej. Księga pamiątkowa dedykowana profesorowi Wojciechowi Muszalskiemu*, Warszawa 2019, s. 353–355.

7 Należą do nich m.in. konstytucje Portugalii, Hiszpanii, Chorwacji i Słowacji.



stytucji Włoch z 1947 r. (art. 36). Konstytucja ta „ustanowiła prawo pracowników do odpowiedniej płacy, ale ujęła je w sposób tak szeroki, że wręcz uprzedziła w tym zakresie późniejsze regulacje prawa międzynarodowego i europejskiego”<sup>8</sup>.

Twórcy Konstytucji RP z 1997 r. nie zawarli w sposób bezpośredni gwarancji do godziwego wynagrodzenia, jak ma to miejsce w wymienionych wyżej konstytucjach. Nie znaczy to jednak, że na podstawie przepisów Konstytucji nie da się skonstruować takiego prawa. Kluczowe znaczenie ma pod tym względem nałożenie na ustawodawcę obowiązku ustanowienia płacy minimalnej (art. 65 ust. 4). Podstawą skonstruowania takiego prawa są również inne przepisy, w tym art. 30 (godność człowieka), art. 32 i 33 (równość i zakaz dyskryminacji), art. 2 (sprawiedliwość społeczna), art. 20 (społeczna gospodarka rynkowa), art. 24 (ochrona pracy) i art. 64 ust. 1–2 (ochrona własności i innych praw majątkowych). Dodać należy, iż prawo do godziwego wynagrodzenia wynika z art. 13 Kodeksu pracy<sup>9</sup>.

Zdaniem autora niniejszego opracowania możliwe jest skonstruowanie na podstawie przepisów Konstytucji RP (oraz przy współstosowaniu odpowiednich przepisów Kodeksu pracy) prawa do godziwego wynagrodzenia, któremu można przypisać walor prawa podmiotowego, co wiąże się z możliwością poszukiwania jego ochrony – przede wszystkim w formie roszczenia sądowego. Nie jest bowiem tak, że wysokość wynagrodzenia w ramach stosunku pracy pozostaje w pełni domeną swobody kontraktowania, wiążącą się z konstytucyjnie gwarantowaną wolnością wyboru i wykonywania zawodu. Rzeczą oczywistą jest, że kwestia wysokości wynagrodzeń w sferze sektora publicznego zależy w dużej mierze od obowiązujących regulacji prawnych, co w sposób naturalny ogranicza możliwość ustalenia wysokości wynagrodzenia przez strony stosunku pracy. Należy zatem oczekiwać od organu władzy publicznej, będącego twórcą normy prawnej, określającej sposób ustalania wynagrodzeń w sektorze publicznym, by spełniała ona test „godziwości” wynagrodzenia. Natomiast w sektorze prywatnym, choć swoboda kontraktowania w obszarze ustalenia wysokości wynagrodzenia możliwa jest do realizacji w dużo większym zakresie, nie jest jednak pełna. Pracodawca jest bowiem obowiązany chociażby do przestrzegania zasady równości i zakazu dyskryminacji czy też wysokości ustalonej w ustawie minimalnej wysokości wynagrodzenia za pracę, czyli elementów, które – zdaniem autora niniejszego artykułu – składają się na konstytucyjnie gwarantowane prawo do godziwego wynagrodzenia.

8 M. Nowak, Prawo do godziwego wynagrodzenia w konstytucjach państw europejskich, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2002, nr 5, s. 12–13.

9 Tekst jedn. Dz.U. z 2020 r., poz. 1320. Zgodnie z art. 13 k.p. pracownik ma prawo do godziwego wynagrodzenia za pracę; warunki realizacji tego prawa określają przepisy prawa pracy oraz polityka państwa w dziedzinie płac, w szczególności poprzez ustalanie minimalnego wynagrodzenia za pracę.

## 1. Istota godziwego wynagrodzenia

Mimo że ustrojodawca, choć posługuje się terminem „wynagrodzenie”, nie określa jego istoty, uznać należy, że w świetle przepisów konstytucyjnych wynagrodzenie jest konstytutywnym elementem stosunku pracy<sup>10</sup>. Wniosek taki wypływa przede wszystkim z art. 64 ust. 5 Konstytucji, który nakłada na ustawodawcę obowiązek ustalenia wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę. Dodać należy, że zasada odpłatności za pracę jest jedną z naczelných zasad prawa pracy<sup>11</sup>. Na tle przepisów konstytucyjnych wynagrodzenie za pracę należy interpretować w sposób maksymalnie szeroki. Obejmuje ono wszystkie składniki wynagrodzenia (szczegółowe rozwiązania w tym względzie wynikają z Kodeksu pracy) oraz wszelkie inne świadczenia, które są wypłacane w ramach stosunku pracy w postaci pieniężnej lub niepieniężnej<sup>12</sup>.

O wiele większe problemy występują natomiast ze sprecyzowaniem istoty godziwego wynagrodzenia. Etymologiczne znaczenie słowa „godziwy” prowadzi do uznania, że wynagrodzenie godziwe to wynagrodzenie „odpowiednie”, „słuszne” „akceptowane przez jednostkę”<sup>13</sup>. Etymologiczne znaczenie słowa „godziwy” każe ponadto uznać za godziwe wynagrodzenie sprawiedliwe, tzn. zgodne z zasadami sprawiedliwości społecznej (art. 2 Konstytucji). Podzielić zatem należy pogląd, że „płaca niegodziwa czy niesprawiedliwa to płaca rażąco niska, która wyraźnie odstaje od wyznaczonego za pomocą określonych kryteriów poziomu wysokości”<sup>14</sup>.

Jak wskazano wyżej, pojęciem „godziwe wynagrodzenie” posługują się akty prawa międzynarodowego oraz art. 13 Kodeksu pracy, jest to więc termin mający zakotwiczenie w języku prawnym. Nawiązując do aktów prawa międzynarodowego, określających prawo do godziwego wynagrodzenia, można przyjąć, że istotę tego prawa określają trzy elementy: prawo do godziwego wynagrodzenia minimalnego, prawo do wynagrodzenia odpowiadającego świadczonej pracy oraz prawo do nieuszczerplonego wynagrodzenia za pracę<sup>15</sup>.

Kwestię ustalania wysokości wynagrodzeń Konstytucja RP pozostawia, generalnie rzecz biorąc, do ustalenia między stronami stosunku pracy, kierując się zasadą

10 A. Krzywoń, *Konstytucyjna ochrona pracy i praw pracowniczych*, Warszawa 2017, s. 386; S. Maciejewski, *Zasada...*, *op. cit.*, s. 291.

11 Zob. M. Barzycka-Banaszczyk, *Prawo pracy*, Warszawa 2011, s. 35–36.

12 Postanowienie TK z dnia 18 lutego 2014 r., P 41/12; A. Krzywoń, *Konstytucyjna...*, *op. cit.*, s. 387; S. Maciejewski, *Zasada...*, *op. cit.*, s. 292; por. M. Mędrala, *Spółeczny charakter świadczeń w polskim prawie pracy*, Warszawa 2019, s. 116 i n.

13 D. Minich, A. Moskwa, *Wynagrodzenie za pracę. Czy wynagrodzenie minimalne oraz wynagrodzenie godziwe odpowiadają zasadzie sprawiedliwości społecznej? (preliminaria)*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2018, nr 3, s. 35.

14 A. Krzywoń, *Konstytucyjna...*, *op. cit.*, s. 394.

15 Takie podejście najpełniej rozwinęła w polskiej literaturze M. Nowak, *Prawo do godziwego wynagrodzenia za pracę...*, *op. cit.*, *passim* (w szczególności s. 47).

wolności umów, wykazującej immanentny związek z zasadą społecznej gospodarki rynkowej<sup>16</sup>. Ustrojodawca nie wymaga, aby wynagrodzenie odpowiadało ilości i jakości świadczonej pracy<sup>17</sup>. Unormowania Konstytucji RP wyraźnie odbiegają w tej mierze od przepisów Konstytucji PRL z 1952 r. (art. 68 ust. 1). W procesie uchwalania Konstytucji III Rzeczypospolitej zwyciężył pogląd, że wysokość wynagrodzenia za pracę w pierwszej kolejności powinna wynikać z mechanizmów gospodarki rynkowej, w związku z czym uzależnianie jej od ilości i jakości pracy na poziomie konstytucyjnym nie powinno mieć miejsca. Dlatego też, zdając sobie sprawę z ograniczonych możliwości podejmowania interwencji państwa w gospodarkę, ustrojodawca ograniczył się do ustanowienia gwarancji wypłacania wynagrodzenia na minimalnym poziomie określonym przez ustawę (art. 65 ust. 4).

Inną wypowiedzią ustrojodawcy w przedmiocie ustalania wysokości wynagrodzeń jest art. 178 ust. 2 i art. 195 ust. 2 Konstytucji. Przepisy te odnoszą się do sędziów, którym zagwarantowano wypłacanie wynagrodzenia odpowiadającego godności urzędu oraz zakresowi obowiązków. Konsekwencje płynące z przytoczonych postanowień mają przede wszystkim walor ustrojowy – mieszczą się w katalogu konstytucyjnych gwarancji niezawisłości sędziowskiej. Nie są jednak równoznaczne z możliwością dochodzenia przez sędziów roszczeń w przedmiocie osiągniętych zarobków bezpośrednio na ich podstawie<sup>18</sup>.

W Konstytucji nie znalazł się przepis gwarantujący w sposób bezpośredni prawo do godziwego wynagrodzenia innych niż sędziowie grup zawodowych. Niemniej w Kodeksie pracy znalazł się art. 13, który, jak wspomniano wyżej, formułuje *expressis verbis* prawo pracownika do godziwego wynagrodzenia za pracę. Natomiast w art. 78 k.p. znajdują się kryteria, które powinny być brane pod uwagę przy ustalaniu wysokości wynagrodzenia. Słusznie zakłada Monika Nowak, że kodeksowa zasada „godziwego wynagrodzenia wskazuje na potrzebę uwzględniania w procesie kształtowania wynagrodzenia potrzeb pracownika i członków jego rodziny, odpowiedniego podwyższania jego wysokości w razie zwiększonej ilości pracy, ochrony przed jego bezprawnym uszczupleniem oraz działaniami o charakterze dyskryminującym”<sup>19</sup>. Zatem na tle art. 13 Kodeksu pracy godziwe wynagrodzenie obejmuje

16 L. Florek, Konstytucyjne podstawy indywidualnego prawa pracy, (w:) M. Wyrzykowski (red.), Konstytucyjne podstawy systemu prawa, Warszawa 2001, s. 76; zob. wyrok TK z dnia 22 grudnia 1997 r., K 2/97 (OTK 1997, nr 5–6, poz. 72).

17 P. Kuczma, Prawa pracownicze, (w:) M. Jabłoński (red.), Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym, Wrocław 2014, s. 565.

18 Postanowienie TK z dnia 22 marca 2000 r., P 12/98 (OTK 2000, nr 2, poz. 67); wyrok TK z dnia 4 października 2000 r., P 8/00 (OTK 2000, nr 6, poz. 189); P. Kapusta, Godne a minimalne wynagrodzenie – uwagi na tle Konstytucji RP oraz standardów prawa międzynarodowego, (w:) R. Balicki, M. Jabłoński (red.), Dookoła Wojtek... Księga pamiątkowa poświęcona Doktorowi Arturowi Wojciechowi Preisnerowi, Wrocław 2018, s. 259.

19 M. Nowak, Prawo do godziwego wynagrodzenia za pracę..., *op. cit.*, s. 49.

cztery elementy: uwzględnienie dobra rodziny pracownika, konieczność zwiększania wynagrodzenia wraz ze zwiększaniem ilości pracy, zakaz bezprawnego uszczuplania wynagrodzenia oraz zakaz podejmowania działań dyskryminacyjnych.

Podejście prezentowane przez doktrynę prawa pracy na tle art. 13 Kodeksu pracy jest akceptowalne również na tle przepisów konstytucyjnych. Zwraca jednak uwagę fakt, że nie ma w nim mowy o prawie do wynagrodzenia minimalnego. Z punktu widzenia analizy przepisów kodeksowych takie podejście daje się obronić, gdyż wypłacanie wynagrodzenia przynajmniej na poziomie płacy minimalnej jest ustawowym obowiązkiem pracodawcy i nie ma potrzeby jego podkreślania przy ujmowaniu istoty godziwego wynagrodzenia. Niemniej z punktu widzenia przepisów konstytucyjnych wynagrodzenie minimalne odgrywa istotne znaczenie w obszarze gwarancji praw pracowniczych i nie może być pominięte w konstruowaniu konstytucyjnego prawa do godziwego wynagrodzenia.

## **2. Gwarancja wypłaty minimalnego wynagrodzenia za pracę jako podstawa realizacji prawa do godziwego wynagrodzenia**

Ustalenie wysokości wynagrodzenia należy do najbardziej spornych elementów stosunku pracy. Z racji naturalnej przewagi pracodawcy nad pracownikiem państwo powinno podejmować ingerencję w stosunek pracy już na etapie jego nawiązania, tak by zapewnić pracownikowi godną płacę za wykonaną pracę. Służy temu mechanizm ustalania tzw. wynagrodzenia minimalnego.

W doktrynie zauważa się wyraźną rozbieżność zdań, jeśli chodzi o odpowiedź na pytanie, czy wynagrodzenie minimalne można uznać za wynagrodzenie godziwe. Minimalne wynagrodzenie za pracę gwarantowane jest zarówno przez Konstytucję (art. 65 ust. 4), jak i Kodeks pracy (art. 10 § 2). Adresatem normy konstytucyjnej jest ustawodawca, zaś normy kodeksowej – pracodawca. Na ustawodawcę został nałożony obowiązek uchwalenia ustawy określającej minimalną wysokość wynagrodzenia za pracę lub sposób ustalania tej wysokości<sup>20</sup>. Natomiast pracodawca obowiązany jest dokonywać zmian w wysokości wypłacanego wynagrodzenia w razie zmiany (podniesienia) w ustalony przez 65 ust. 4 Konstytucji sposób wysokości wynagrodzenia minimalnego<sup>21</sup>. Powyższe regulacje chronią pracownika przed narzucaniem przez pracodawcę wynagrodzenia w wysokości niezapewniającej minimum egzystencji<sup>22</sup>. W ten sposób art. 65 ust. 4 stanowi konstytucyjną gwarancję wolności pracy, wyrażającą się w możliwości podejmowania pracy, za wykonywanie której wypłacane

---

20 P. Kapusta, *Godne...*, *op. cit.*, s. 258–259.

21 D. Minich, A. Moskwa, *Wynagrodzenie...*, *op. cit.*, s. 30.

22 A. Krzywoń, *Konstytucyjna...*, *op. cit.*, s. 388.

jest wynagrodzenie umożliwiające utrzymanie na godziwym poziomie pracownika i jego rodziny<sup>23</sup>.

Niejednokrotnie między gwarantowanym ustawowo wynagrodzeniem minimalnym a wynagrodzeniem godziwym stawiany jest znak równości. Mimo że autor niniejszego opracowania prezentuje pogląd, że wynagrodzenie minimalne jest tylko elementem (częścią składową) godziwego wynagrodzenia, trudno odrzucić w pełni owo stanowisko. Wszak wynagrodzenie godziwe to wynagrodzenie godne pracownika – człowieka, wypłacane za wykonaną przez niego pracę. Z przepisów konstytucyjnych wynika, że postulat godziwego wynagrodzenia jest ściśle związany z obowiązkiem poszanowania godności człowieka<sup>24</sup>. Konkluzja ta musi prowadzić *prima facie* do uznania, że minimalne wynagrodzenie za pracę odpowiada istocie wynagrodzenia godziwego, jeżeli tylko pojęcie to wiążemy *stricte* z godnością człowieka (art. 30)<sup>25</sup>. Jest to godność „przyrodzona”, czyli wynikająca z faktu urodzenia się człowiekiem, a więc z istoty człowieczeństwa. Godność, jako przymiot każdej osoby ludzkiej, nie podlega zróżnicowaniu ze względu na cechy konkretnego człowieka (wykształcenie, zamożność, zdolności fizyczne i intelektualne itd.). Godność człowieka jest niezbywalna, nie mogą jej naruszać ani inni ludzie, ani organy władzy publicznej.

Jeżeli zatem Konstytucja nakłada na ustawodawcę obowiązek uchwalenia ustawy określającej wysokość wynagrodzenia minimalnego lub sposób ustalenia tej wysokości, to musi to być wynagrodzenie godziwe (odpowiadające godności człowieka), tzn. umożliwiające pracownikowi i jego rodzinie egzystencję na pewnym minimalnym poziomie, bez względu na cechy osobiste pracownika i rodzaj wykonywanej przez niego pracy. Wynagrodzenie godziwe (minimalne) pełni w tym ujęciu funkcję socjalną, jest istotnym instrumentem polityki społecznej państwa. Związek art. 65 ust. 4 z art. 30 Konstytucji powoduje, że mimo iż ustrojodawca nie określa kryteriów ustalania płacy minimalnej<sup>26</sup>, nie dysponuje jednak pełną swobodą w tym zakresie. Jednostce przysługuje bowiem pewien minimalny standard świadczeń socjalnych umożliwiających jej godne życie w społeczeństwie na poziomie zapewniającym przynajmniej minimum egzystencji<sup>27</sup>.

23 Por. A. Sobczyk, *Wolność pracy i władza*, Warszawa 2015, s. 26.

24 M. Zajchowska, *Godziwość...*, *op. cit.*, s. 351.

25 Zob. M. Mędrala, *Społeczny...*, *op. cit.*, s. 298; A. Musiała, *Polskie prawo pracy a społeczna nauka Kościoła. Studium prawno-społeczne*, Poznań 2019, s. 195 i n.; T. Liszcz, *Aksjologiczne podstawy prawa pracy. Zarys problematyki*, Lublin 2018, s. 19 i n.

26 L. Garlicki, S. Jarosz-Żukowska, komentarz do art. 65, (w:) L. Garlicki, M. Zubik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. II: Art. 30–86, Warszawa 2016, uwaga 40; M. Nowak, *Prawo do godziwego wynagrodzenia w konstytucjach...*, *op. cit.*, s. 17.

27 Jak pisze Arkadiusz Sobczyk: „Sens wynagrodzenia godziwego można sprowadzić do tego, że ma ono zapewnić godne życie pracownika i jego rodziny na miarę możliwości danego społeczeństwa” (A. Sobczyk, komentarz do art. 13, (w:) A. Sobczyk (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2020, nb. 1).

Stanowisku utożsamiającemu wynagrodzenie minimalne z wynagrodzeniem godziwym sprzyja kierunek orzecznictwa Sądu Najwyższego, który wskazuje, że „z prawa do godziwego wynagrodzenia (art. 13 k.p.) pracownik nie może wywodzić roszczenia podwyższenia wynagrodzenia za pracę poza żądaniem jego wyrównania do poziomu minimalnego”<sup>28</sup>. Zdaniem autora niniejszego opracowania takie stanowisko Sądu Najwyższego z konstytucyjnego punktu widzenia jest trudne do obrony. Na podstawie przepisów Konstytucji RP można bowiem skonstruować prawo podmiotowe jednostki do godziwego wynagrodzenia, którego wynagrodzenie minimalne jest istotnym, aczkolwiek nie jedynym elementem. Również w wypowiedziach przedstawicieli doktryny prawa pracy odnotować można głosy negujące utożsamianie godziwego wynagrodzenia z wynagrodzeniem minimalnym<sup>29</sup>.

Ustalenie w drodze ustawy wynagrodzenia minimalnego jest jedynym środkiem pozwalającym organom państwa realnie wpływać na poziom wynagrodzeń<sup>30</sup>, jeśli zważyć na to, że ustroj gospodarczy Rzeczypospolitej Polskiej został określony mianem społecznej gospodarki rynkowej (art. 20 Konstytucji)<sup>31</sup>. Uznać bowiem należy, że państwo nie może podejmować nadmiernej ingerencji w gospodarkę, zaś arsenał środków, za pomocą których interwencja jest możliwa do podjęcia, jest ograniczony.

Z uwagi na ograniczone możliwości finansowe państwa szeregu praw ekonomicznych, socjalnych i kulturalnych można dochodzić w zakresie określonym przez ustawę (art. 81 Konstytucji). Należy do nich również prawo do minimalnego wynagrodzenia za pracę. W aktualnym stanie prawnym aktem, o którym mowa w art. 81 Konstytucji, jest Ustawa z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę<sup>32</sup>. Zgodnie z postanowieniami ustawy wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę jest corocznie przedmiotem negocjacji w ramach Rady Dialogu Społecznego<sup>33</sup>. Jeśli w ten sposób nie zostanie ustalona wysokość minimalnego wynagrodzenia, stosowną decyzję podejmuje rząd<sup>34</sup>. W świetle Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r.<sup>35</sup> od dnia 1 stycznia 2020 r. minimalne wynagrodzenie za pracę wynosi 2600 zł.

Na podstawie art. 65 ust. 4 został w doktrynie sformułowany pogląd, że jednostce przysługuje publiczne prawo podmiotowe do godziwego wynagrodzenia mi-

28 Wyrok SN z dnia 12 lipca 2011 r., II PK 18/11, OSNP 2012, nr 17–18, poz. 220; wyrok SN z dnia 10 lutego 2011 r., II PK 194/10, LEX nr 811846.

29 D. Minich, A. Moskwa, Wynagrodzenie..., *op. cit.*, s. 35.

30 A. Krzywoń, Konstytucyjna..., *op. cit.*, s. 394.

31 Zob. pkt 4 niniejszego opracowania.

32 Tekst jedn. Dz.U. z 2018 r., poz. 2177 ze zm.

33 Art. 2 ust. 1 ustawy.

34 Art. 2 ust. 5 ustawy.

35 Dz.U. z 2019 r., poz. 1778.



nimalnego<sup>36</sup>. Treścią tego prawa jest „możliwość żądania ustanowienia dolnej granicy płacy na takim poziomie, aby przystawała do rzeczywistości społeczno-gospodarczej, zapobiegała popadnięciu pracownika w stan ubóstwa oraz pozwalała na realizację podstawowych potrzeb życiowych”<sup>37</sup>. Autor niniejszego opracowania w pełni popiera to stanowisko, któremu nie powinno stać na przeszkodzie unormowanie art. 81 Konstytucji. Rzecz bowiem w tym, by wysokość minimalnego wynagrodzenia pozwalała na osiągnięcie celu, jaki został określony przez ustrojodawcę, tzn. umożliwienie pracownikowi i jego rodzinie godziwej egzystencji na pewnym minimalnym poziomie. Obowiązkiem ustawodawcy jest określenie wysokości płacy minimalnej na poziomie spełniającym ów cel, przy uwzględnieniu realnych możliwości jej wypłaty.

Zdaniem autora niniejszego artykułu ustalenie prawa podmiotowego jednostki do godziwego wynagrodzenia równoznacznego z wynagrodzeniem minimalnym jest jednak niewystarczające. Istnieją bowiem argumenty natury konstytucyjnej, które – oprócz gwarancji płacy minimalnej – uzasadniają możliwość skonstruowania prawa do godziwego wynagrodzenia, tzn. wynagrodzenia wypłacanego w wyższej wysokości niż wynagrodzenie minimalne. Wiążą się one przede wszystkim z konsekwencjami płynącymi z konstytucyjnych zasad społecznej gospodarki rynkowej i zasady równości – o czym będzie mowa w dalszej części opracowania. Znaczenie dla konstrukcji owego prawa odgrywają też inne przepisy Konstytucji, jak chociażby art. 64 ust. 1–2 (gwarantujący prawo do równej ochrony wynagrodzenia godziwego jako „innego prawa majątkowego”)<sup>38</sup> czy art. 71 (nakaz uwzględniania przez państwo dobra rodziny w kreowanej polityce społecznej, w tym w obszarze kształtowania wynagrodzeń)<sup>39</sup>.

### 3. Ustalenie godziwego wynagrodzenia w świetle konstytucyjnej zasady społecznej gospodarki rynkowej

Istota prawa do godziwego wynagrodzenia wymaga uwzględnienia art. 20 Konstytucji, zgodnie z którym podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej stanowi społeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych. Wnioski płynące z tego przepisu dla ustalenia istoty godziwego wynagrodzenia są daleko idące. Wynika z niego bowiem, że mechanizmy wolnorynkowe mają decy-

36 L. Garlicki, S. Jarosz-Żukowska, komentarz..., uwaga 38.

37 A. Krzywoń, *Konstytucyjna...*, *op. cit.*, s. 407.

38 Zob. *ibidem*, s. 389.

39 Jak podkreślono wyżej, wynagrodzeniem godziwym jest takie wynagrodzenie, które uwzględnia możliwość zaspokojenia potrzeb nie tylko samego pracownika, ale i jego rodziny. Dobro rodziny powinno stanowić zatem jedno z najistotniejszych kryteriów, jakie powinien wziąć pod uwagę ustawodawca, określając wysokość minimalnego wynagrodzenia; zob. także K. Serafin, *Ochrona rodziny w świetle przepisów prawa pracy*, Łódź 2018, s. 92 i n.

dujące znaczenie dla ustalenia godziwości wynagrodzenia<sup>40</sup>. Niezgodne z konstytucją byłoby zatem wprowadzenie ustawowej regulacji nakazującej w sposób generalny ustalanie wysokości płacy w stosunku do określonych zawodów czy rodzaju pracy (z wyjątkiem pracowników sfery budżetowej)<sup>41</sup>.

Argumenty na rzecz kontraktowego ustalania wysokości wynagrodzenia wynikają również z tego, że stanowią one konstytucyjny element swobody przedsiębiorczości, której odebranie stanowiłoby przekreślenie istoty wolności działalności gospodarczej (art. 22 Konstytucji) i tym samym naruszenie art. 31 ust. 3 Konstytucji<sup>42</sup>. W kontekście kontraktowego aspektu ustalania wynagrodzeń istotne znaczenie przypisać ponadto należy art. 65 ust. 1 Konstytucji, który gwarantuje każdemu wolność wyboru i wykonywania zawodu oraz miejsca pracy<sup>43</sup>. W ten sposób ustrojodawca ustanawia tzw. wolność pracy<sup>44</sup>, która – oprócz tego, że ustanawia prawo podmiotowe jednostki – jest jedną z zasad prawa pracy<sup>45</sup>. Przejawem konstytucyjnie gwarantowanej wolności pracy jest postanowienie art. 11 Kodeksu pracy, zgodnie z którym nawiązanie stosunku pracy oraz ustalenie warunków pracy i płacy wymaga zgodnego oświadczenia woli pracodawcy i pracownika. Bez względu na podstawę stosunku pracy nie można nikogo zmusić do jego nawiązania<sup>46</sup>.

Swobodę kontraktowania w procesie ustalania wysokości wynagrodzenia ogranicza konieczność uwzględnienia minimalnej wysokości płacy określonej zgodnie

---

40 Uwagę zwraca w tym kontekście pogląd, zgodnie z którym „...godziwość wynagrodzenia wyznacza procentowa relacja wynagrodzenia za pracę do przeciętnego wynagrodzenia krajowego bądź do dochodu narodowego” (B. Wagner, Wynagrodzenie za pracę i jego związek z pracą, (w:) J. Stelina, A. Wypych-Żywicka (red.), Człowiek – obywatel – pracownik. Studia z zakresu prawa. Księga jubileuszowa poświęcona profesor Urszuli Jackowiak, Gdańsk 2007, s. 302.

41 P. Kuczma, Prawa..., *op. cit.*, s. 565–566.

42 L. Florek, Wynagrodzenie za pracę w gospodarce rynkowej, (w:) B. Cudowski, J. Iwulski (red.), Z aktualnych zagadnień prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Księga jubileuszowa Profesora Waleriana Sanetry, Białystok 2013, s. 106; por. B. Leszczyńska, A. Piszcz, Zasada wolności działalności gospodarczej – zasada prawa prywatnego czy publicznego?, „Białostockie Studia Prawnicze” 2008, nr 3, s. 60 i n.

43 Zob. H. Zięba-Załużka, Konstytucyjna wolność wyboru i wykonywania zawodu a samorządy prawnicze (uwagi na tle art. 65 ust. 1 i art. 17 Konstytucji RP), (w:) J. Jaskiernia, K. Spryszak (red.), Polski system ochrony praw człowieka 70 lat po proklamowaniu Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka. Osiągnięcia – bariery – nowe wyzwania i rozwiązania, Warszawa 2019, s. 136.

44 Zob. M. Barzycka-Banaszczyk, Prawo..., *op. cit.*, s. 28–29; L. Florek, Prawo pracy, Warszawa 2010, s. 10.

45 Obowiązek pracy może być nałożony tylko przez ustawę; zob. np. art. 21 ust. 2 ustawy z dnia 18 kwietnia 2002 r. o stanie kłęski żywiolowej (tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 1897); por. M. Tomaszewska, Ochrona pracy w warunkach stanu nadzwyczajnego, (w:) A. Szymt i in. (red.), Aktualne problemy prawa Polski i Ukrainy, Gdańsk 2018, s. 173 i n.

46 M. Barzycka-Banaszczyk, Prawo..., *op. cit.*, s. 29.



z art. 65 ust. 4 Konstytucji<sup>47</sup>. Wynagrodzenie powinno ponadto odpowiadać rodzajowi wykonywanej pracy i kwalifikacjom pracownika, a także uwzględniać ilość i jakość świadczonej pracy<sup>48</sup>.

Wynagrodzeniem godziwym jest takie wynagrodzenie, które nie tylko umożliwia pracownikowi i jego rodzinie egzystencję na pewnym minimalnym poziomie<sup>49</sup>, ale odpowiada również zasadom sprawiedliwości społecznej (art. 2 Konstytucji). Zasady te nie są jednoznacznie określone. Trybunał Konstytucyjny, podejmując próbę określenia kryteriów, które mogą mieć znaczenie dla zapewnieniu konstytucyjnego prawa do godziwego wynagrodzenia, zaliczył do nich: gospodarczą efektywność wykonywanej pracy, posiadanie odpowiednich kompetencji, legitymowanie się przez pracownika okresem dotychczasowego zatrudnienia lub zatrudnienia w jednym zakładzie pracy, proporcjonalność do zysku danego przedsiębiorstwa czy do wielkości ogólnego dochodu narodowego<sup>50</sup>. Sprawiedliwość społeczna nakazuje stworzenie jednostkom zbliżonych szans rozwoju i awansu społeczno-ekonomicznego. Nie oznacza zaś całkowitego egalitaryzmu społecznego czy ekonomicznego, gdyż prowadzenie przez państwo polityki zmierzającej w tym kierunku stałoby w sprzeczności z innymi wartościami, a zwłaszcza wolnością jednostki<sup>51</sup>.

Jak wynika z powyższego, możliwości interwencjonizmu państwa w obszar ustalania wysokości wynagrodzeń, czy szerzej – stosunków gospodarczych, są mocno ograniczone. Dodatkowe znaczenie przypisać należy formule solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych (art. 20 Konstytucji), która stanowi – jak wskazano wyżej – jeden z filarów społecznej gospodarki rynkowej. Koncepcja partnerstwa społecznego nakazuje polubowne rozwiązywanie sporów, jakie nieuchronnie muszą pojawiać się w warunkach funkcjonowania gospodarki rynkowej i rozbieżnych interesów jednostek w różnych sferach życia społecznego<sup>52</sup>. Państwo nie musi i nie powinno podejmować interwencji w tych obszarach, które są regulowane w drodze

47 Zob. pkt 3 niniejszego opracowania; por. M.J. Skrodzka, K. Skrodzki, Źródła zasady swobody umów oraz wybrane aspekty jej granic – w świetle orzecznictwa, „Białostockie Studia Prawnicze” 2008, nr 3, s. 87 i n.

48 Art. 78 § 1 k.p.; P. Kapusta, *Godne...*, *op. cit.*, s. 259.

49 Por. ustalenia dokonane w pkt. 2 i 3 niniejszego opracowania.

50 Wyrok TK z dnia 7 maja 2001 r., K 19/00, OTK 2001, nr 4, poz. 82; A. Krzywoń, *Konstytucyjna...*, *op. cit.*, s. 393; M. Florczak-Wątor, komentarz do art. 65, (w:) P. Tuleja (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2019, uwaga 5.

51 P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2008, s. 19–20.

52 Zob. K. Prokop, *Konstytucyjna koncepcja partnerstwa społecznego w Polsce*, (w:) A. Piszczyk, M. Olszak, M. Etel (red.), *Państwo, gospodarka, prawo. Księga dedykowana Profesorowi Cezaremu Kosikowskiemu z okazji jubileuszu pracy naukowej na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Białymstoku*, Białystok 2015, s. 65 i n.

porozumienia między partnerami społecznymi, chyba że zachodzi przypadek wykorzystania przymusowego położenia partnera ekonomicznie słabszego<sup>53</sup>.

Solidarność, dialog i współpraca partnerów społecznych zajmuje szczególne znaczenie w obszarze prawa pracy. Można wręcz stwierdzić, że konstytucyjny termin „partnerzy społeczni” oznacza przede wszystkim strony stosunku pracy: pracodawców i pracowników oraz reprezentujące ich interesy organizacje pracodawców i związki zawodowe. Realizacja praw i obowiązków wynikających ze stosunku pracy rodzi w sposób naturalny napięcia i konflikty między jego stronami, dlatego tak ważne jest funkcjonowanie mechanizmów łagodzących ów stan rzeczy.

Współdziałanie partnerów społecznych pozostaje w ścisłym związku z dialogiem społecznym. Trudno bowiem wyobrazić sobie jakiegokolwiek rodzaj współdziałania bez prowadzenia dialogu. Dialog i współpraca oznacza, że „państwo zobowiązane jest umożliwić partnerom społecznym kształtowanie wzajemnych stosunków między nimi, jak również ustalanie warunków zatrudnienia i innych spraw socjalnych”<sup>54</sup>. Współpraca partnerów społecznych wyraża się zwłaszcza w procesie negocjacyjnego ustalania wymiaru pracy i wysokości płacy<sup>55</sup>. Dlatego też w procesie konstruowania konstytucyjnego prawa do godziwego wynagrodzenia uwzględnić należy rolę związków zawodowych, którym ustrojodawca przyznaje z jednej strony prawo do prowadzenia rokowań, a z drugiej – prawo do strajku (art. 59 Konstytucji)<sup>56</sup>. Jest to instrument, który może być ostatecznie wykorzystany w sytuacji konfliktu na polu wysokości wynagrodzeń wypłacanych pracownikom przez pracodawcę.

#### **4. Zasada równości i zakaz dyskryminacji jako istotna część składowa konstytucyjnego prawa do godziwego wynagrodzenia**

Dla ustalenia godziwości wynagrodzenia istotne znaczenie mają też postanowienia art. 32–33 Konstytucji (zasada równości i zakaz dyskryminacji). Zgodnie z postanowieniami art. 32 na zasadę równości składa się równość wszystkich osób wobec prawa, równe traktowanie wszystkich osób przez władze publiczne oraz zakaz dyskryminacji. Natomiast art. 33 podkreśla zasadę równości kobiet i mężczyzn. Zgodnie z tym przepisem kobieta i mężczyzna w Rzeczypospolitej Polskiej mają równe prawa w życiu rodzinnym, politycznym, społecznym i gospodarczym. Kobieta i mężczy-

53 Jak stwierdził Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 30 stycznia 2001 r., K 17/00, OTK 2001, nr 1, poz. 14: „społeczna gospodarka rynkowa oznacza również przyjęcie współodpowiedzialności państwa za stan gospodarki w postaci wymogu podejmowania działań, których celem jest łagodzenie społecznych skutków funkcjonowania gospodarki rynkowej”.

54 L. Florek, Konstytucyjne gwarancje uprawnień pracowniczych, „Państwo i Prawo” 1997, z. 11–12, s. 198.

55 G. Kryszewski, K. Prokop, Aksjologia polskiej konstytucji, Warszawa 2017, s. 302.

56 Zob. M. Gładoch, Wolność układowa i prawo do rokowań zbiorowych, (w:) K.W. Baran (red.), Międzynarodowe publiczne prawo pracy. Standardy globalne, Warszawa 2019, s. 979 i n.

zna mają w szczególności równe prawo do kształcenia, zatrudnienia i awansów, do jednakowego wynagradzania za pracę jednakowej wartości, do zabezpieczenia społecznego, zajmowania stanowisk, pełnienia funkcji oraz uzyskiwania godności publicznych i odznaczeń.

Jak wynika z regulacji konstytucyjnej, procesowi określania wysokości godziwego wynagrodzenia powinny towarzyszyć takie mechanizmy, jak równe traktowanie zatrudnianych pracowników (w tym kobiet i mężczyzn) i zakaz dyskryminacji z jakiegokolwiek przyczyny<sup>57</sup>. Niedozwolone jest nieuzasadnione różnicowanie sytuacji pracowników w odniesieniu do wypłacanego wynagrodzenia<sup>58</sup>. Naruszeniem konstytucyjnego prawa do godziwego wynagrodzenia (i art. 13 Kodeksu pracy) będzie zatem każda praktyka zaniżania wynagrodzenia stanowiąca przejaw dyskryminacji (np. ze względu na narodowość czy wyznanie).

Szczególnym przejawem równości pracowników jest zasada „równa praca za równą płacę”. Zgodnie z art. 18<sup>3c</sup> Kodeksu pracy pracownicy mają prawo do jednakowego wynagrodzenia za jednakową pracę lub za pracę o jednakowej wartości<sup>59</sup>. Wynagrodzenie to obejmuje wszystkie składniki wynagrodzenia, bez względu na ich nazwę i charakter, a także inne świadczenia związane z pracą, przyznawane pracownikom w formie pieniężnej lub w innej formie niż pieniężna.

Zakaz dyskryminacji, stanowiący negatywną stronę zasady równości, oznacza zakaz ustanawiania jakichkolwiek zróżnicowań w zakresie traktowania stron stosunku pracy<sup>60</sup>. Jak stanowi art. 18<sup>3a</sup> § 3 k.p., przypadek bezpośredniej dyskryminacji zachodzi w sytuacji, w której pracownik jest lub mógłby być traktowany w porównywalnej sytuacji mniej korzystnie niż inni pracownicy<sup>61</sup>. Ustawodawcy znany jest również przypadek demokracji pośredniej. Istnieje on wtedy, gdy na skutek pozornie neutralnego postanowienia, zastosowanego kryterium lub podjętego działania

57 Zgodnie z art. 11<sup>2</sup> k.p., pracownicy mają równe prawa z tytułu jednakowego wypełniania takich samych obowiązków. Dotyczy to w szczególności równego traktowania mężczyzn i kobiet w zatrudnieniu. Równemu traktowaniu w zatrudnieniu został poświęcony w całości rozdział IIa Kodeksu pracy. Pracownicy powinni być równo traktowani w zakresie nawiązania i rozwiązania stosunku pracy, warunków zatrudnienia, awansowania oraz dostępu do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych, w szczególności bez względu na płeć, wiek, niepełnosprawność, rasę, religię, narodowość, przekonania polityczne, przynależność związkową, pochodzenie etniczne, wyznanie, orientację seksualną, a także bez względu na zatrudnienie na czas określony lub nieokreślony albo w pełnym lub w niepełnym wymiarze czasu pracy (art. 18<sup>3a</sup> § 1 k.p.).

58 J. Skoczyński, Prawo do godziwego wynagrodzenia, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 1997, nr 4, s. 14.

59 Pracami o jednakowej wartości są prace, których wykonywanie wymaga od pracowników porównywalnych kwalifikacji zawodowych, potwierdzonych dokumentami przewidzianymi w odrębnych przepisach lub praktyką i doświadczeniem zawodowym, a także porównywalnej odpowiedzialności i wysiłku.

60 M. Barzycka-Banaszczyk, Prawo..., *op. cit.*, s. 34.

61 Art. 18<sup>3a</sup> § 3 k.p.

występują lub mogłyby wystąpić niekorzystne dysproporcje albo szczególnie niekorzystna sytuacja w zakresie nawiązania i rozwiązania stosunku pracy, warunków zatrudnienia, awansowania oraz dostępu do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych wobec wszystkich lub znacznej liczby pracowników należących do grupy wyróżnionej ze względu na jedną lub kilka wyżej określonych przyczyn, chyba że postanowienie, kryterium lub działanie jest obiektywnie uzasadnione ze względu na zgodny z prawem cel, który ma być osiągnięty, a środki służące osiągnięciu tego celu są właściwe i konieczne<sup>62</sup>.

Stwierdzenie, że pracownik otrzymuje obniżone wynagrodzenie w warunkach dyskryminacji bezpośredniej lub pośredniej, należy traktować równoważnie z naruszeniem konstytucyjnie gwarantowanego prawa do godziwego wynagrodzenia. Pracownikowi przysługuje zatem roszczenie o wyrównanie wynagrodzenia, niezależnie od tego, że osoba, wobec której pracodawca naruszył zasadę równego traktowania w zatrudnieniu, ma prawo do odszkodowania w wysokości nie niższej niż minimalne wynagrodzenie za pracę<sup>63</sup>.

## Podsumowanie

Jak wynika z przeprowadzonej analizy, na podstawie przepisów Konstytucji RP możliwe jest skonstruowanie prawa jednostki do godziwego wynagrodzenia, mimo że nie jest ono gwarantowane przez ustrojodawcę *expressis verbis*<sup>64</sup>. Prawo to wynika w pierwszej kolejności z instytucji minimalnego wynagrodzenia – do ustalenia którego został obowiązany ustawodawca na podstawie art. 65 ust. 4 Konstytucji, jak i szeregu norm konstytucyjnych, w tym posiadających walor naczelnych zasad ustrojowych: godności człowieka (art. 30), społecznej gospodarki rynkowej (art. 20), równości (art. 32 i 33), ochrony pracy (art. 24) i sprawiedliwości społecznej (art. 2), jak również niektórych innych norm – określających prawa jednostki (w tym art. 64 ust. 1–2 chroniącego prawo do godziwego wynagrodzenia jako prawa majątkowego oraz art. 65 ust. 1 zapewniającego wolność wyboru i wykonywania zawodu) i ujętych w postaci norm programowych (kluczowe znaczenie przypisać należy art. 71 nakazującemu organom władzy publicznej uwzględnienie dobra rodziny w prowadzonej polityce).

Niezbędną gwarancją realizacji prawa do godziwego wynagrodzenia jest ustalenie minimalnego wynagrodzenia za pracę, które – w związku z art. 30 Konstytucji

62 Art. 18<sup>3a</sup> § 4 k.p.

63 Art. 18<sup>3d</sup> k.p.

64 Pogląd ogłoszony przez autora niniejszego opracowania kwestionuje zatem stanowisko, zgodnie z którym w Konstytucji RP nie ma podstaw do poszukiwania gwarancji wynagrodzenia, wyrażony przez Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 21 kwietnia 2004 r., K33/03, OTK-A 2004, nr 4, poz. 31.

– samo przez się musi spełniać test „godziwości”, tzn. umożliwiać egzystencję pracownika i jego rodziny na określonym poziomie socjalnym. Godziwe wynagrodzenie w rozumieniu konstytucyjnym musi też odpowiadać innym standardom ustanowionym przez ustrojodawcę, w tym zasadom sprawiedliwości społecznej, i pozostawać w zgodzie z zasadą równości i zakazem dyskryminacji. Z drugiej jednak strony zakazana jest nadmierna ingerencja ustawodawcy w sferę wolnorynkowych mechanizmów ustalania wynagrodzeń, na przykład przez sztywne określanie wysokości wynagrodzenia określonych grup pracowników lub rodzajów pracy, gdyż praktyka taka stanowiłaby naruszenie art. 20 Konstytucji, z którego wynika *implicite* formuła kontraktowego sposobu ustalania wysokości wynagrodzeń.

Istotne znaczenie dla realizacji konstytucyjnego prawa do godziwego wynagrodzenia powinny odgrywać mechanizmy partnerstwa społecznego. Jego podstawy określa ustrojodawca w art. 20 Konstytucji, zgodnie z którym filarem społecznej gospodarki rynkowej – stanowiącej podstawę ustroju gospodarczego państwa – „uspołeczniającym” mechanizmy wolnorynkowe jest zasada solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych. Są nimi strony stosunku pracy, a w szerszym kontekście – organizacje pracodawców i związki zawodowe. W toku dialogu między partnerami społecznymi powinna wykuwać się praktyczna strona realizacji konstytucyjnego prawa jednostki do godziwego wynagrodzenia.

#### BIBLIOGRAFIA

- Barzycka-Banaszczyk M., Prawo pracy, Warszawa 2011.
- Florczak-Wątor M., komentarz do art. 65, (w:) P. Tuleja (red.), Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, Warszawa 2019.
- Florek L., Konstytucyjne gwarancje uprawnień pracowniczych, „Państwo i Prawo” 1997, z. 11–12.
- Florek L., Konstytucyjne podstawy indywidualnego prawa pracy, (w:) M. Wyrzykowski (red.), Konstytucyjne podstawy systemu prawa, Warszawa 2001.
- Florek L., Prawo pracy, Warszawa 2010.
- Florek L., Wynagrodzenie za pracę w gospodarce rynkowej, (w:) B. Cudowski, J. Iwulski (red.), Z aktualnych zagadnień prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Księga jubileuszowa Profesora Waleriana Sanetry, Białystok 2013.
- Garlicki L., Jarosz-Żukowska S., komentarz do art. 65, (w:) L. Garlicki, M. Zubik (red.), Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, t. II: Art. 30–86, Warszawa 2016.
- Gładoch M., Wolność układowa i prawo do rokowań zbiorowych, (w:) K.W. Baran (red.), Międzynarodowe publiczne prawo pracy. Standardy globalne, Warszawa 2019.
- Kapusta P., Godne a minimalne wynagrodzenie – uwagi na tle Konstytucji RP oraz standardów prawa międzynarodowego, (w:) R. Balicki, M. Jabłoński (red.), Dookoła Wojtek... Księga pamiątkowa poświęcona Doktorowi Arturowi Wojciechowi Preisnerowi, Wrocław 2018.
- Kryszeń G., Prokop K., Aksjologia polskiej konstytucji, Warszawa 2017.

- Krzywoń A., *Konstytucyjna ochrona pracy i praw pracowniczych*, Warszawa 2017.
- Krzywoń A., *Prawa pracownicze*, (w:) W. Brzozowski, A. Krzywoń, M. Wiącek, *Prawa człowieka*, Warszawa 2019.
- Kuczma P., *Prawa pracownicze*, (w:) M. Jabłoński (red.), *Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym*, Wrocław 2014.
- Leszczyńska B., Piszcz A., *Zasada wolności działalności gospodarczej – zasada prawa prywatnego czy publicznego?*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2008, nr 3.
- Liszczyński T., *Aksjologiczne podstawy prawa pracy. Zarys problematyki*, Lublin 2018.
- Maciejewski S., *Zasada godziwego wynagrodzenia za pracę jako prawo pracownicze*, (w:) J. Jaskiernia, K. Spryszak (red.), *Ochrona praw człowieka w wymiarze uniwersalnym. Aksjologia – instytucje – nowe wyzwania – praktyka*, Toruń 2017.
- Mędrala M., *Spółeczny charakter świadczeń w polskim prawie pracy*, Warszawa 2019.
- Minich D., Moskwa A., *Wynagrodzenie za pracę. Czy wynagrodzenie minimalne oraz wynagrodzenie godziwe odpowiadają zasadzie sprawiedliwości społecznej?* (preliminaria), „Przegląd Prawa Publicznego” 2018, nr 3.
- Musiąła A., *Polskie prawo pracy a społeczna nauka Kościoła. Studium prawnospołeczne*, Poznań 2019.
- Nowak M., *Prawo do godziwego wynagrodzenia w konstytucjach państw europejskich*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2002, nr 5.
- Nowak M., *Prawo do godziwego wynagrodzenia za pracę. Regulacja prawna i treść*, Łódź 2007.
- Prokop K., Dunaj K., *Prawoznawstwo. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 2017.
- Prokop K., *Konstytucyjna koncepcja partnerstwa społecznego w Polsce*, (w:) A. Piszcz, M. Olszak, M. Etel (red.), *Państwo, gospodarka, prawo. Księga dedykowana Profesorowi Cezaremu Kosikowskiemu z okazji jubileuszu pracy naukowej na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Białymstoku*, Białystok 2015.
- Prusinowski P., *Prawo do wynagrodzenia*, (w:) K.W. Baran (red.), *Międzynarodowe publiczne prawo pracy. Standardy globalne*, Warszawa 2019.
- Serafin K., *Ochrona rodziny w świetle przepisów prawa pracy*, Łódź 2018.
- Skoczyński J., *Prawo do godziwego wynagrodzenia*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 1997, nr 4.
- Skrodzka M.J., Skrodzki K., *Źródła zasady swobody umów oraz wybrane aspekty jej granic – w świetle orzecznictwa*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2008, nr 3.
- Sobczyk A., *komentarz do art. 13*, (w:) *Kodeks pracy. Komentarz*, red. A. Sobczyk, Warszawa 2017.
- Sobczyk A., *Wolność pracy i władza*, Warszawa 2015.
- Tomaszewska M., *Ochrona pracy w warunkach stanu nadzwyczajnego*, (w:) A. Szmyt i in. (red.), *Aktualne problemy prawa Polski i Ukrainy*, Gdańsk 2018.
- Wagner B., *Wynagrodzenie za pracę i jego związek z pracą*, (w:) J. Stelina, A. Wypych-Żywicka (red.), *Człowiek – obywatel – pracownik. Studia z zakresu prawa. Księga jubileuszowa poświęcona profesor Urszuli Jackowiak*, Gdańsk 2007.
- Winczorek P., *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2008.

- Wiśniewski L., Konstytucyjna ochrona pracy, (w:) W. Czapliński (red.), Prawo w XXI wieku. Księga pamiątkowa 50-lecia Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk, Warszawa 2006.
- Wratny J., Obecność prawa do pracy w prawie międzynarodowym i europejskim, (w:) J. Mazur (red.), Prawo do pracy a polityka społeczna, Lublin 2005.
- Zajchowska M., Godziwość wynagrodzenia za pracę w kontekście świadczeń z ubezpieczenia społecznego, (w:) B. Godlewska-Bujok, K. Walczak (red.), Różnorodność w jedności: studia z zakresu prawa pracy, zabezpieczenia społecznego i polityki społecznej. Księga pamiątkowa dedykowana profesorowi Wojciechowi Muszalskiemu, Warszawa 2019.
- Zięba-Załużka H., Konstytucyjna wolność wyboru i wykonywania zawodu a samorządy prawnicze (uwagi na tle art. 65 ust. 1 i art. 17 Konstytucji RP), (w:) J. Jaskiernia, K. Spryszak (red.), Polski system ochrony praw człowieka 70 lat po proklamowaniu Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka. Osiągnięcia – bariery – nowe wyzwania i rozwiązania, Warszawa 2019.





**Aneta Giedrewicz-Niewińska**

Uniwersytet w Białymstoku, Polska

a.niewinska@uwb.edu.pl

ORCID <https://orcid.org/0000-0003-0780-192X>

## **Powołanie jako podstawa nawiązania stosunku pracy w samorządzie terytorialnym a regulacje kodeksu pracy**

Appointment as the Basis for Establishing an Employment Relationship in Local Government and the Regulations of the Labor Code

**Abstract:** The subject of the article is the assessment of the legal situation of employees with whom an employment relationship has been established on the basis of appointment in selected local government units. In particular, the considerations apply to people employed in council offices (*poviat starosty*), marshals' offices and local government cultural institutions. The legal situation of the above-mentioned persons is shaped by specific and common provisions. According to the author of the article, the tendency of the legislator not to take into account the code-based employment relationship model when creating a special regulation is more and more clearly visible.

**Keywords:** appointment, employment relationship, local government

**Słowa kluczowe:** powołanie, stosunek pracy, samorząd terytorialny

### **Wprowadzenie**

Ustawa z dnia 21 listopada 2008 r. o pracownikach samorządowych<sup>1</sup> w art. 4 przewiduje nawiązanie stosunku pracy z zastępcą wójta (burmistrza i prezydenta miasta) oraz ze skarbnikiem gminy (powiatu, województwa) na podstawie powołania<sup>2</sup>.

Na wstępie należy się zastanowić, czy instytucja powołania ma zastosowanie w jednostkach samorządowych jedynie na wymienionych stanowiskach. Z art. 3

---

1 Tekst jedn. Dz.U. z 2014 r. poz. 1202, dalej jako „ustawa o pracownikach samorządowych”.

2 W dalszej części opracowania przez użycie terminu „wójt” rozumiem także burmistrza i prezydenta miasta, zaś przez użycie terminu „skarbnik gminy” – skarbnika powiatu i województwa.

ustawy o pracownikach samorządowych wynika, że jej przepisów nie stosuje się do wymienionych w tej ustawie pracowników zatrudnionych w jednostkach samorządowych, bowiem ich status prawny określają odrębne przepisy<sup>3</sup>. Po pierwsze, prowadzi to do wniosku, że przepisy tej ustawy stosuje się do osób zatrudnionych u pracodawców samorządowych w przypadku wyraźnego odesłania określonego w odrębnych przepisach. Po drugie, niekiedy do niestosowania przepisów pragmatyki samorządowej może dojść na podstawie przepisów szczególnych, niekoniecznie wprost (bezpośrednio) wyłączających tę ustawę.

Oznacza to, że zakres podmiotowy stosunku pracy nawiązanego na podstawie powołania w jednostkach samorządowych jest szerszy niż wskazany w art. 4 ustawy o pracownikach samorządowych, obejmując także inne przypadki osób zatrudnionych u pracodawców samorządowych. Warto jednak już na wstępie podkreślić, że określenie, jakie konkretnie podmioty są jednostkami samorządowymi, nadal wywołuje kontrowersje<sup>4</sup>. W przedstawionych rozważaniach, ze względu na ich ograniczone ramy, skupię się zatem na omówieniu jedynie wybranych przykładów jednostek samorządowych, w których zastosowanie ma instytucja powołania. W szczególności będzie to urząd gminy, starostwo powiatowe, urząd marszałkowski oraz samorządowe instytucje kultury.

Ocena sytuacji prawnej pracowników zatrudnionych na podstawie powołania w samorządzie terytorialnym wymaga sięgnięcia do przepisów szczególnych i przepisów powszechnych. W praktyce powoduje to liczne problemy. Źródłem kontrowersji są niejasne relacje między uregulowaniami prawa szczególnego a prawa powszechnego<sup>5</sup>. Niekiedy przepisy szczególne wydają się tworzone w oderwaniu od prawa powszechnego. Wątpliwości wywołuje wówczas stosowanie obu grup przepisów do stosunku pracy nawiązanego na podstawie powołania w samorządzie terytorialnym.

## **1. Powołanie jako podstawa nawiązania stosunku pracy w świetle kodeksu pracy**

Instytucja powołania uregulowana w kodeksie pracy posiada pewne charakterystyczne cechy. Ogólnie rzecz ujmując, unormowania kodeksu pracy w zakresie powołania oparte zostały na dwóch rodzajach rozwiązań.

Z jednej strony regulacje prawne, które znalazły się w kodeksie pracy, umożliwiają określenie specyfiki konstrukcji powołania jako podstawy nawiązania stosunku pracy. Można by stwierdzić, że pojawienie się powołania w kodeksie pracy przyczyni-

3 Szerzej na temat terminu „przepisy odrębne” zob. m.in. B. Cudowski, *Szczególne i odrębne przepisy prawa pracy*, (w:) L. Florek (red.), *Powszechne a szczególne prawo pracy*, Warszawa 2016.

4 Szerzej m.in. J. Szmít, *Pojęcie pracownika samorządowego (uwagi de lege lata)*, „Samorząd Terytorialny” 2011, nr 3, s. 7 i 8.

5 Szerzej L. Florek (red.), *Powszechne...*, *op. cit.*, Warszawa 2016.

niło się do jego precyzyjniejszego ukształtowania<sup>6</sup>. Z drugiej strony powołanie na stanowisko jest kształtowane przez przepisy szczególne.

W pierwszej kolejności charakter przepisów szczególnych mają przepisy kodeksu pracy odnoszące się do pracowników zatrudnionych na podstawie powołania<sup>7</sup>. Przepisy te mają pierwszeństwo przed przepisami ogólnymi (powszechnie obowiązującymi), zawartymi w dalszych oddziałach kodeksu pracy. Potwierdza tę tezę także treść art. 70–72 k.p., określających szczególne zasady odwołania ze stanowiska oraz ochrony szczególnej pracowników zatrudnionych na podstawie powołania. Ponadto wyraża tę myśl również art. 69 k.p., w którym przewiduje się stosowanie do stosunku pracy z powołania przepisów dotyczących umowy o pracę na czas nieokreślony, jednak tylko w zakresie nieuregulowanym w odmienny sposób w unormowaniach kodeksowych odnoszących się do tego stosunku pracy.

W regulacji kodeksowej w odniesieniu do pracowników zatrudnionych na podstawie powołania znajduje się także odesłanie do przepisów umiejscowionych w szczególnych, wobec kodeksu pracy, aktach normatywnych. Regulowany w sposób szczególny może być okres, na jaki nawiązuje się stosunek pracy na podstawie powołania (art. 68 k.p.), obowiązek przeprowadzenia konkursu (68<sup>1</sup> k.p.) oraz termin nawiązania stosunku pracy z powołania (art. 68<sup>2</sup> k.p.).

Podstawowe znaczenie dla nawiązania stosunku pracy na podstawie powołania mają przepisy odrębne (art. 68 § 1 k.p.). Należy zauważyć, że sposób rozumienia terminu „przepis odrębny”, użytego w wymienionym artykule, ewoluował<sup>8</sup>. Obecnie wyrażane jest stanowisko, w myśl którego chodzi tutaj o akt rangi ustawy (ustawę lub akt wykonawczy do niej, wydany w granicach ustawowego upoważnienia)<sup>9</sup>. Pomimo to art. 68 § 1 k.p. nadal wywołuje szereg wątpliwości. Pojawiają się one w związku z treścią przepisów odrębnych, które w sposób niejasny określają stanowiska, na których nawiązuje się stosunek pracy na podstawie powołania. Powstaje wówczas problem „powołania pozornego”<sup>10</sup>. Akt powołania prowadzi wówczas do powierzenia

6 W. Sanetra, Powołanie na stanowisko – instrument polityki (polityki partyjnej) czy polityki zatrudnienia?, (w:) W. Czaplinski (red.), Prawo w XXI wieku. Księga pamiątkowa 50-lecia Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk, Warszawa 2006, s. 751–752.

7 Tak też J. Kruszevska, Uprawnienia i roszczenia pracowników zatrudnionych na podstawie powołania, „Palestra” 1981, nr 2, s. 44; M. Muszalski, Instytucja powołania na stanowisko w prawie pracy, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 1976, nr 11, s. 29.

8 Szerzej zob. m.in. M. Włodarczyk, (w:) K.W. Baran (red.), System prawa pracy, t. IV: Indywidualne prawo pracy. Pozaumowne stosunki pracy, Warszawa 2017, s. 135 i n.

9 Wyrok SN z dnia 12 listopada 2014 r., II PK 24/14, niepubl.; uchwała SN z dnia 11 stycznia 2005 r., I PZP 11/04, OSP 2005, z. 11, poz. 135 z glosą A. Dubowik, OSP 2005, z. 11, poz. 135 oraz z glosą J. Steliny, „Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa” 2005, nr 4, s. 117–124 oraz z glosą A. Rzeteckiej-Gil, „Monitor Prawa Pracy” 2007, nr 11, s. 605–607.

10 Zob. m.in. R. Borek-Buchajczuk, Powołanie niewłaściwe, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2011, nr 1, s. 28–33; P. Kłosiewicz, Instytucja powołania w prawie pracy a powołanie pozorne,

jedynie funkcji – bez nawiązania stosunku pracy – albo do nawiązania stosunku pracy na innej podstawie.

W konsekwencji kwestia zakresu podmiotowego stosunku pracy z powołania jest wciąż aktualna i nadal stanowi przedmiot rozstrzygnięć sądów.

Istotne w rozstrzygnięciu, kiedy powołanie prowadzi do nawiązania stosunku pracy, wydaje się ustalenie elementów należących do istoty tego stosunku pracy.

Wśród istotnych cech stosunku pracy z powołania uregulowanych w kodeksie pracy niekiedy w literaturze wskazuje się sposób nawiązania tego stosunku. Zauważa się, że na całość instytucji powołania składa się skutek, jaki wywołuje powołanie zarówno w sferze prawa administracyjnego (ustrojowego), jak i prawa pracy (podwójny skutek aktu powołania)<sup>11</sup>. Po pierwsze, prowadzi to do wniosku, że cofnięcie uprawnień do wykonywania funkcji powierzonej w drodze powołania wpływa na kwestię trwałości stosunku pracy, po drugie, że konieczność powierzenia stanowiska prowadzi do nawiązania tego stosunku pracy przy pracach posiadających określone prawem prerogatywy. Innymi słowy, ten stosunek pracy nie dotyczy pracy fizycznej, a raczej jest przeznaczony do pracy o charakterze kierowniczym. Jako istotną cechę powołania przyjmuje się także to, że do nawiązania stosunku pracy na tej podstawie nie jest potrzebne podejmowanie dodatkowych czynności prawnych, np. zawieranie dodatkowej umowy warunkującej nawiązanie stosunku pracy z powołania.

Prezentowane jest także stanowisko, w myśl którego zasadniczy sens instytucji powołania nie wyraża się w sposobie nawiązania tego stosunku pracy. Wskazuje się, że najistotniejszym elementem konstrukcji powołania uregulowanego w kodeksie pracy jest możliwość rozwiązania tego stosunku pracy w drodze odwołania ze stanowiska w każdym czasie<sup>12</sup>. Przewidziana w kodeksie pracy fragmentaryczna ochrona szczególna pozwala na odwołanie pracownika z zajmowanego stanowiska i tylko w niewielkim stopniu utrudnia rozwiązanie stosunku pracy<sup>13</sup>. Istotne przy tym jest, że odwołanie to nie wymaga uzasadnienia, zaś odwołanemu pracownikowi nie przysługuje roszczenie o uznanie wypowiedzenia za bezskuteczne i roszczenie o przywrócenie do pracy. Wyłączony jest również udział związków zawodowych w sferze ustania tego zatrudnienia. Ujęta w ten sposób instytucja powołania charakteryzuje

---

„Państwo i Prawo” 1966, nr 6, s. 994 i n.; wyrok WSA w Lublinie z dnia 12 marca 2020 r., III SA/Lu 686/19, Legalis nr 2334568.

11 Zob. m.in. L. Florek, Instytucja powołania przewidziana w ustawie o pracownikach rad narodowych, „Palestra” 1971, nr 2, s. 40. W. Muszalski twierdzi, że obecność elementów: nadania powołanemu określonego stanowiska oraz powstanie stosunku pracy były przyczyną wyodrębnienia powołania; zob. W. Muszalski, Instytucja..., *op. cit.*, s. 30.

12 W. Sanetra, Powołanie..., *op. cit.*, s. 750.

13 E. Mazurczak-Jasińska, Kodeksowa ochrona szczególna stosunku pracy powstałego na podstawie powołania, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji” 2019, t. 117, s. 47 i n.

się ograniczeniem tradycyjnego mechanizmu prawa pracy, jakim jest ochrona trwałości zatrudnienia.

## 2. Powołanie w samorządzie terytorialnym

Jak wyżej wskazano, przepisy kodeksu pracy nie określają w pełni sposobu funkcjonowania omawianego stosunku pracy. Stąd niezbędne jest, w celu omówienia charakteru prawnego powołania, sięgnięcie do unormowań zawartych w ustawie o pracownikach samorządowych oraz w samorządowych ustawach ustrojowych<sup>14</sup>. W świetle przedstawionych powyżej charakterystycznych cech powołania jako podstawy nawiązania stosunku pracy pojawiają się wątpliwości w zakresie spójności z regulacjami zawartymi w przepisach odnoszących się do jednostek samorządowych.

Z art. 68 § 1<sup>1</sup> k.p., wynika, że zasadą jest nawiązanie stosunku pracy z powołania na czas nieokreślony, chyba że na podstawie przepisów szczególnych pracownik został powołany na czas określony. Jednym z zagadnień, wobec którego wciąż prezentowane są rozbieżne stanowiska, jest ustalenie, czy w odniesieniu do zastępcy wójta (burmistrza, prezydenta miasta) istnieje przepis szczególny, który przewiduje powołanie na to stanowisko na czas określony.

W literaturze prezentowane jest obecnie stanowisko, zgodnie z którym art. 43b ust. 2 ustawy o pracownikach samorządowych stanowi przepis szczególny. Wynika z tego artykułu, że wygaśnięcie stosunku pracy wójta jest równoznaczne z odwołaniem jego zastępcy lub zastępców. Na podstawie tego przepisu wskazuje się, że okres zatrudnienia zastępcy wójta nie może przekraczać czasu sprawowania mandatu przez wójta<sup>15</sup>. Regulacja powyżej cytowana została dodana do ustawy o pracownikach samorządowych w 2011 r.<sup>16</sup> w związku z potrzebą uregulowania zmian wprowadzanych w podziale terytorialnym na poziomie gmin z inicjatywy mieszkańców<sup>17</sup>. Znajduje się ona w rozdziale 4a zatytułowanym „Zmiany w podziale terytorialnym państwa”, który dotyczy stosunków pracy pracowników samorządowych w sytuacji utworzenia nowej jednostki samorządu terytorialnego w wyniku połączenia jednostek<sup>18</sup>. Z umiejscowienia art. 43b ust. 2 ustawy o pracownikach samorządowych można za-

14 Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym, tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 713; ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym, tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 920; ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa, tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 1668.

15 M. Włodarczyk, (w:) System ..., *op. cit.*, s. 151.

16 Ustawa z dnia 26 maja 2011 r. o zmianie ustawy o samorządzie gminnym oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2011 r. Nr 134, poz. 777.

17 A. Rycak, (w:) M. Rycak, A. Rycak, J. Stelina, Ustawa o pracownikach samorządowych. Komentarz, Warszawa 2016, s. 323.

18 M. Wujczyk, Status pracowników samorządowych w razie utworzenia nowej jednostki samorządu terytorialnego – rozważania na tle art. 43a–43c ustawy o pracownikach samorządowych, „Samorząd Terytorialny” 2014, nr 7–8, s. 97.

tem jedynie wnioskować, że wprowadza on zatrudnienie zastępcy wójta na czas określony w przypadku tworzenia nowych jednostek samorządu terytorialnego.

Wątpliwości wywołuje również treść art. 29 ust. 2 ustawy o samorządzie gminnym, w myśl którego po upływie kadencji wójta zastępca wójta pełni swoje obowiązki do czasu objęcia obowiązków przez nowo powołanego zastępcę wójta. Rozstrzygnięcia wymaga, czy jest to przepis szczególny, o którym mowa w art. 68 § 1<sup>1</sup> k.p. Z orzecznictwa wynika, że przepisem szczególnym jest przepis, którego treść w sposób niewątpliwy wskazuje albo podstawę nawiązania stosunku pracy w postaci powołania, albo – w przypadku powołania na czas określony – jednoznacznie upoważnia do nawiązania tak skonstruowanego stosunku pracy<sup>19</sup>. Zdaniem Sądu art. 29 ust. 2 ustawy o samorządzie gminnym ma charakter międzykadencyjny, ustrojowy, zapobiegający nieobsadzeniu stanowiska zastępcy wójta do czasu wyboru nowego zastępcy<sup>20</sup>. Odnosi się jedynie do publicznoprawnego aspektu funkcji zastępcy wójta. W związku z powyższym w orzecznictwie przyjęto, że art. 29 ust. 2 ustawy o samorządzie gminnym nie określa terminu zakończenia stosunku pracy, a zatem nie jest przepisem szczególnym w rozumieniu art. 68 § 1<sup>1</sup> k.p. Prowadzić to może do wniosku, że stosunek pracy zastępcy wójta nawiązywany jest na czas nieokreślony i może trwać także po zakończeniu kadencji wójta.

Trudności w jednoznacznym zaakceptowaniu powyższego stanowiska może wywoływać tryb powołania i odwołania zastępcy wójta w drodze zarządzenia wójta (art. 26a ustawy o samorządzie gminnym). Podstawą tego trybu jest istnienie relacji opartej na zaufaniu i dobrej współpracy oraz umocowanie płynące z mandatu uzyskanego przez wójta. W związku z tym zauważa się, że status zastępców został ściśle związany z sytuacją prawną wójta<sup>21</sup>.

Prowadzi to do wniosku, że sposób uregulowania stosunku pracy z powołania zastępcy wójta nie jest klarowny. Nie jest do końca jasny cel, jaki przyświecał ustawodawcy, kiedy wprowadzał powołanie jako podstawę zatrudnienia zastępcy wójta.

Konieczność współistnienia, na stanowiskach zastępcy wójta i skarbnika gminy dwóch stosunków: pracy i ustrojowego powoduje, że pewne niekonsekwencje pojawiają się w zakresie sposobu odwołania wymienionych osób z zajmowanych stanowisk.

Z ustawy o samorządzie gminnym wynika, że powołania i odwołania skarbnika gminy dokonuje rada gminy na wniosek wójta (art. 18 ust. 3). W zakresie nawiązania i rozwiązania stosunku pracy z powołania odpowiada to jednej z charakterystycz-

19 Wyrok SN z dnia 5 sierpnia 2008 r., I PK 29/08, OSNP 2010, nr 1–2, poz. 3.

20 Tamże, poz. 3. Podobnie: wyrok SN z dnia 5 sierpnia 2008 r., I PK 29/08, OSNP 2010, nr 1–2, poz. 3; wyrok SN z dnia 12 listopada 2014 r., II PK 24/14, niepubl. z głosem krytyczną A. Rzeteckiej-Gil, LEX/el. 2009, uchwała RIO w Krakowie z dnia 20 czerwca 2012 r., KI-412/142/12, NZS 2012, nr 4, poz. 56.

21 M. Wujczyk, Status..., *op. cit.*, s. 100.



nych cech tego stosunku, jaką jest zastrzeżenie dokonania tych czynności przez organ niebędący pracodawcą dla danego pracownika. Jak jednak słusznie przyjęto w literaturze, „usytuowanie organu powołującego poza zakładem pracy nie stanowi istotnej cechy aktu powołania, a jedynie w świetle dotychczasowych przepisów sytuacja taka stanowiła regułę”<sup>22</sup>. Stąd nie jest sprzeczne z modelem stosunku pracy z powołania, określonym w kodeksie pracy, powołanie i odwołanie zastępcy wójta przez tegoż wójta w drodze zarządzenia (art. 26a ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym).

Wątpliwości wywołuje jednak istnienie regulacji na gruncie ustawy o samorządzie gminnym, odbiegającej od zasadniczej cechy stosunku pracy z powołania, jaką jest możliwość rozwiązania tego stosunku pracy w drodze odwołania ze stanowiska w każdym czasie. Problem stanowi narzucona przez ustawę ustrojową konieczność współpracy dwóch organów przy odwołaniu skarbnika gminy, co może utrudniać rozwiązanie z tą osobą stosunku pracy. W mniejszym zakresie, chociaż nie jest to wykluczone, trudności z odwołaniem skarbnika mogą pojawić się w powiecie i województwie, w których skarbnik pochodzi najczęściej z tej samej opcji politycznej co organ stanowiący. Jednak rzeczywistym problemem może okazać się odwołanie skarbnika w gminie, w której wójt – jako organ pochodzący z wyborów bezpośrednich – często wywodzi się z innej partii politycznej niż rada gminy<sup>23</sup>.

Niekonsekwencje pomiędzy modelami kodeksowym i samorządowym występują także w zakresie treści aktu odwołania. Rozbieżności akcentowane są w szczególności w świetle orzecznictwa. Z jednej strony kodeks pracy umożliwia odwołanie zastępcy wójta w każdym czasie, niezwłocznie lub w określonym terminie. W świetle ugruntowanego w doktrynie prawa pracy stanowiska oznacza to, iż nie istnieje ustawowy wymóg podawania przyczyny odwołania<sup>24</sup>. Z drugiej jednak strony w orzecznictwie administracyjnym zwraca się uwagę, że w treści zarządzenia albo jego uzasadnienia powinna być podana przyczyna, z powodu której akt odwołania nastąpił<sup>25</sup>. Zdaniem Sądu wnioszek taki wypływa z treści art. 101 ustawy o samorządzie gminnym, który przyznaje prawo zaskarżenia uchwały lub zarządzenia do sądu administracyjnego przez każdego, czyj interes prawny lub uprawnienie zostały naruszone. Sąd stwierdza, że skoro zarządzenie o odwołaniu zastępcy wójta kierowane jest z racji swojej treści do konkretnej osoby, to winno zawierać również podanie powodu odwołania.

Należy również zauważyć, że treść stosunku pracy zastępcy wójta znacznie różni się od wywodzącego się z tej samej czynności stosunku pracy skarbnika gminy. O ile powołanie skarbnika gminy prowadzi do powierzenia konkretnych obowiązków,

22 L. Florek, *Instytucja...*, *op. cit.*, s. 42.

23 Tak też S. Płażek, O obecnym statusie pracowniczym skarbnika jednostki samorządu terytorialnego, „Finanse Komunalne” 2014, nr 5, s. 6.

24 Zob. np. uchwała SN z dnia 10 stycznia 2007 r., III PZP 6/06, OSNP 2007, nr 13–14, poz. 182.

25 Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 9 grudnia 2010 r., IV SA/Po 903/10, Legalis nr 482138.

o tyle zadania i kompetencje zastępcy wójta zależą od wójta. Oznacza to, że akt powołania zastępcy wójta nie przesądza o zakresie jego kompetencji, jeżeli w akcie tym nie wskazano zakresu powierzonych zastępcy spraw<sup>26</sup>.

Cechy, jakie posiada stosunek pracy z powołania, wynikające z regulacji kodeksowej, niweluje także przyjęty w ustawie z dnia 25 października 1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej<sup>27</sup> model powoływania i odwoływania dyrektora instytucji kultury. Z jednej strony istnieje formalna łatwość nawiązania i rozwiązania stosunku pracy, z drugiej jednak strony, zanim do tego dojdzie, musi nastąpić etap zawarcia z dyrektorem (jeszcze przed jego powołaniem) dodatkowej umowy określającej warunki organizacyjno-finansowe działalności instytucji kultury i program jej działania (art. 15 ust. 5 ustawy). Stanowi ona warunek nawiązania stosunku pracy z dyrektorem instytucji kultury, ponieważ odmowa jej podpisania uniemożliwia powołanie na stanowisko. Oznacza to istnienie regulacji niwelującej samodzielny charakter stosunku pracy z powołania.

Nie jest to jedyna niekonsekwencja istniejącego modelu. Wobec konieczności zawarcia umowy powstaje pytanie o relacje pomiędzy tą umową a dalszym trwaniem stosunku pracy z powołania. Problem ten został dostrzeżony przez ustawodawcę i przyczynił się do sformułowania katalogu przypadków, w których dyrektor instytucji kultury może zostać odwołany ze stanowiska (art. 15 ust. 6 ustawy o organizowaniu działalności kulturalnej). Jedną z enumeratywnie wymienionych przyczyn jest odstąpienie od realizacji wspomnianej umowy. Według SN ustawowe wyliczenie tych przypadków oznacza, że odwołanie dyrektora może nastąpić tylko ze względu na nie<sup>28</sup>. Prowadzi to do wniosku, że w statucie dyrektora instytucji kultury istnieją dwa sprzeczne instrumenty. Z jednej strony przyjęto, iż wykonuje on swoje zadania w ramach stosunku pracy z powołania<sup>29</sup>, które ma ułatwić zmiany na tym stanowisku. Z drugiej jednak strony wprowadzono wymóg kierowania się określonymi powodami odwołania, co może te zmiany utrudniać.

Warto również zauważyć, że powołanie dyrektora instytucji kultury powinno także poprzedzać zasięgnięcie opinii związków zawodowych oraz stowarzyszeń zawodowych i twórczych właściwych ze względu na rodzaj działalności prowadzonej przez instytucję kultury. Obowiązkiem organizatora jest zapoznanie się ze stanowiskiem określonego podmiotu i jego rozważenie. W doktrynie przyjmuje się, że obowiązek zasięgnięcia opinii istnieje także w odniesieniu do odwołania dyrektora instytucji kultury.

---

26 Wyrok WSA w Olsztynie z dnia 12 marca 2008 r., II SA/OL 1044/07, Legalis nr 161454.

27 Dz.U. z 2012, poz. 406 ze zm., dalej jako „ustawa o organizowaniu działalności kulturalnej”.

28 Wyrok SN z dnia 26 listopada 2003 r., I PK 79/03, Legalis nr 228131.

29 Wyrok SN z dnia 11 stycznia 2005 r., I PZP 11/04, OSP 2005, z. 11, poz. 135 z glosą A. Dubowik, OSP 2005, nr 11, poz. 135 oraz z glosą J. Steliny, „Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa” 2005, nr 4, s. 117 i n. oraz glosą A. Rzeteckiej-Gil, „Monitor Prawa Pracy” 2007, nr 11, s. 605 i n.



## Uwagi końcowe

Przeprowadzone rozważania, oparte na analizie jedynie wybranych stanowisk samorządowych, pokazują niejednorodność obowiązujących unormowań. Ustawodawca kształtuje w sposób zróżnicowany stosunki pracy z powołania w obrębie administracji samorządowej. Wielokrotnie stosunki pracy z powołania w samorządzie terytorialnym zostały poddane zupełnie innym zasadom niż te, które dla stosunków pracy z powołania określa kodeks pracy.

Konsekwencje powyższej regulacji mogą być zróżnicowane. Po pierwsze, przepisy szczególne mogą inspirować do usunięcia wad dotychczasowej, kodeksowej regulacji prawnej stosunku pracy z powołania. Przykład stanowi przyznanie w 2004 r. w art. 69 k.p. prawa dochodzenia odszkodowania pracownikom odwołanym w sposób równoznaczny z wypowiedzeniem stosunku pracy. W orzecznictwie wskazywano, iż powodem wskazanego wyżej uregulowania roszczeń pracownika odwołanego była potrzeba określenia sankcji dla uchybień w zakresie przestrzegania dodatkowych wymagań formalnych przez podmiot odwołujący przewidzianych w przepisach szczególnych<sup>30</sup>.

Po drugie, trudno niekiedy uznać, że regulacje zawarte w prawie szczególnym wciąż pozwalają zrealizować cel stosunku pracy z powołania, jakim była możliwość sprawnej wymiany kadry na stanowiskach kierowniczych.

Spowodowane jest to częściowo tym, że konstrukcja normatywna stosunku pracy z powołania, wyznaczona przez przepisy kodeksu pracy, stwarza problemy w praktyce i czyni tę instytucję niezwykle złożoną. Problemy wynikają, jak się wydaje, w znacznej części z odmienności tego stosunku pracy, polegającej na odwołaniu się niemal w każdym przepisie do unormowań szczególnych.

Zawiłe spory pojawiają się w szczególności podczas próby ustalenia, co stanowi przepis odrębny w rozumieniu art. 68 k.p. Z orzecznictwa wynika, że niezwykle trudne nadal okazuje się ustalenie zakresu podmiotowego powołania<sup>31</sup>. Przykład dyrektora instytucji kulturalnej pokazuje, że w orzecznictwie przy analizie charakteru zatrudnienia osób powoływanych na stanowiska uwzględnia się coraz częściej przede wszystkim specyfikę i potrzeby danego pracodawcy. Ustalenie, czy powołanie prowadzi do nawiązania stosunku pracy, następuje w drodze oceny całokształtu przepisów szczególnych.

Prowadzi to do wniosku, że obecnie w coraz mniejszym stopniu kodeksowy model stosunku pracy z powołania jest uwzględniany przez ustawodawcę przy tworzeniu regulacji szczególnej. W związku z tym kodeksowy model jest coraz rzadziej

30 Uchwała SN z dnia 10 stycznia 2007 r., III PZP 6/06, OSNP 2007, nr 13–14, poz. 182 z głosem J. Steliny, „Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa” 2008, nr 2, poz. 13.

31 Zob. m.in. wyrok SN z dnia 27 listopada 2018 r., I PK 164/17, Legalis nr 1851027 i cytowane tam orzecznictwo dotyczące ściśle, wręcz rygorystycznej interpretacji art. 68 k.p.

wykorzystywany do wyjaśnienia wątpliwości związanych z powołaniem uregulowanym w przepisach szczególnych. Wydaje się, że w rezultacie określenie charakteru zatrudnienia na stanowisku z powołania staje się coraz trudniejsze. Brakuje bowiem generalnych wskazówek co do sposobu postępowania przy ocenie konkretnych sytuacji.

#### BIBLIOGRAFIA

- Borek-Buchajczuk R., Powołanie niewłaściwe, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2011, nr 1.
- Cudowski B., Szczególne i odrębne przepisy prawa pracy, (w:) L. Florek (red.), Powszechne a szczególne prawo pracy, Warszawa 2016.
- Florek L., Instytucja powołania przewidziana w ustawie o pracownikach rad narodowych, „Palestra” 1971, nr 2.
- Kłosiewicz P., Instytucja powołania w prawie pracy a powołanie pozorne, „Państwo i Prawo” 1966, nr 6.
- Kruszewska J., Uprawnienia i roszczenia pracowników zatrudnionych na podstawie powołania, „Palestra” 1981, nr 2.
- Mazurczak-Jasińska E., Kodeksowa ochrona szczególna stosunku pracy powstałego na podstawie powołania, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji” 2019, t. 117.
- Muszalski M., Instytucja powołania na stanowisko w prawie pracy, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 1976, nr 11.
- Płażek S., O obecnym statusie pracowniczym skarbnika jednostki samorządu terytorialnego, „Finanse Komunalne” 2014, nr 5.
- Rycak A., (w:) M. Rycak, A. Rycak, J. Stelina, Ustawa o pracownikach samorządowych. Komentarz, Warszawa 2016.
- Sanetra W., Powołanie na stanowisko – instrument polityki (polityki partyjnej) czy polityki zatrudnienia?, (w:) W. Czaplinski (red.), Prawo w XXI wieku. Księga pamiątkowa 50-lecia Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk, Warszawa 2006.
- Szmit J., Pojęcie pracownika samorządowego (uwagi *de lege lata*), „Samorząd Terytorialny” 2011, nr 3.
- Włodarczyk M., (w:) K.W. Baran (red.), System prawa pracy, t. IV: Indywidualne prawo pracy. Pozaumowne stosunki pracy, Warszawa 2017.
- Wujczyk M., Status pracowników samorządowych w razie utworzenia nowej jednostki samorządu terytorialnego – rozważania na tle art. 43a–43c ustawy o pracownikach samorządowych, „Samorząd Terytorialny” 2014, nr 7–8.

**Wioletta Witoszko**

Uniwersytet w Białymstoku, Polska

witoszko@uwb.edu.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4077-5703>

## **Ważny interes służby jako przyczyna zwolnienia ze służby o charakterze klauzuli generalnej**

The Important Interest of the Service as an Optional Reason for Dismissal from Service in  
the Form of a General Clause

**Abstract:** Among the prerequisites for optional dismissal from service, which are specified and do not leave the authorities any leeway in their assessment, a general reason, such as an important interest of the service, has been normalized. The concept of an “important interest of the service” is not defined, so this premise should be specified in each case by indicating both objective and subjective circumstances. The interest of the service is a set of values that the normal system should uphold when tasks in the field of safety and public order are carried out. One element of officer protection is the requirement to consult a company trade union organization before issuing a decision on dismissal from service due to an important interest of the service. Moreover, the decision to dismiss someone from the service may be issued only by the higher superior, who guarantees that the correct decision will be made and has greater competence in assessing the needs of the service and its interests.

**Keywords:** general clause, important interest of the service, optional discharge from service

**Słowa kluczowe:** klauzula generalna, ważny interes służby, fakultatywne zwolnienie ze służby

### **Uwagi wstępne**

Zatrudnienie funkcjonariuszy służb mundurowych (w Policji, Straży Granicznej, Państwowej Straży Pożarnej, Służbie Więziennej, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Agencji Wywiadu, Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, Służbie Kontrwywiadu Wojskowego i Wywiadu Wojskowego, Służbie Ochrony Państwa, Straży Marszałkowskiej) oraz żołnierzy zawodowych na podstawie mianowania charakteryzuje się trwałością stosunku służbowego przez ustanowienie katalogu

przyczyn uzasadniających zwolnienie ze służby. W tych pragmatykach służbowych wyróżnia się podział na dwa katalogi przyczyn uzasadniających zwolnienie ze służby, jak przyczyny obligatoryjne oraz przyczyny fakultatywne. Stwierdzenie przyczyn obligatoryjnych, jak np. trwała niezdolność do służby, skazanie prawomocnym wyrokiem sądu za przestępstwo umyślne ścigane z oskarżenia publicznego, zrzeczenie się obywatelstwa polskiego lub nabycie innego obywatelstwa, zobowiązują organ do wydania decyzji o zwolnieniu funkcjonariusza ze służby. Natomiast wystąpienie fakultatywnej przesłanki zwolnienia ze służby, np. nieprzydatność do służby stwierdzona w opinii służbowej w okresie służby stałej, skazanie prawomocnym wyrokiem sądu za przestępstwo nieumyślne, nieobecność na służbie przez okres 12 miesięcy z powodu choroby, pozwala przełożonemu służbowemu ocenić, czy zwolnienie funkcjonariusza ze służby jest konieczne, czy jednak może on pozostać w służbie. Powyższa ocena jest pozostawiona uznaniu administracyjnemu organu, którego granice wyznacza przepis art. 7 k.p.a. Wynika z niego, że w toku postępowania organy administracji publicznej podejmują wszelkie czynności niezbędne do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego oraz do załatwienia sprawy, mając na względzie interes społeczny i słuszny interes obywateli. Przepis art. 7 k.p.a. nie określa hierarchii tych wartości, można więc przyjąć, że interes społeczny oraz interes obywateli są prawnie równorzędne. Oznacza to, że organ powinien załatwić sprawę, realizując w sposób możliwie najpełniejszy oba rodzaje interesów<sup>1</sup>.

Katalogi przyczyn uzasadniających obligatoryjne oraz fakultatywne zwolnienie ze służby mają charakter zamknięty, gdyż enumeratywnie wymieniają rodzaje okoliczności, które zostały uregulowane w pragmatykach służbowych z woli ustawodawcy. Wydaje się, że zakwalifikowanie przez ustawodawcę określonych okoliczności do przyczyn obligatoryjnych lub fakultatywnych nie jest przypadkowe i powinno ujawniać jego cel. *A priori* można przyjąć, że ocena ciężaru okoliczności uznanych za przyczyny obligatoryjne jest większa od przyczyn fakultatywnych. Tak więc rodzaje przyczyn obligatoryjnych mają taki charakter, który dyskwalifikuje funkcjonariusza z dalszego pełnienia służby. Część przyczyn obligatoryjnych dotyczy utraty przez funkcjonariusza wymogów kwalifikacyjnych do pełnienia służby, inne zaś odnoszą się do poważnego naruszenia obowiązków służbowych. Natomiast wśród przyczyn o charakterze fakultatywnym przeważają okoliczności związane z utratą niekaralności lub okoliczności występujące po stronie organu<sup>2</sup>.

Przyczyny o charakterze obligatoryjnym oraz o charakterze fakultatywnym są konkretnie sprecyzowane i nie pozostawiają organowi luzu w ich ocenie. Zwykle bowiem okoliczności, które zostały zakwalifikowane jako przyczyny zwolnienia ze

1 Zob. wyrok SN z dnia 18.11.1993 r., III ARN 49/93, Legalis nr 28321; szerzej zob. W. Witoszko, *Ochrona trwałości stosunku służbowego funkcjonariuszy służb mundurowych i żołnierzy zawodowych*, Białystok 2019, s. 106–107.

2 Zob. szerzej W. Witoszko, *Ochrona...*, *op. cit.*, s. 47 i n.

służby, są ustalane w odrębnym postępowaniu oraz przez inny podmiot niż przełożony (dotyczy to np. ustalenia trwałej niezdolności do służby, skazania prawomocnym wyrokiem sądu, orzeczenia kary dyscyplinarnej wydalenia ze służby).

Wśród przesłanek fakultatywnego zwolnienia ze służby zostały uregulowane przyczyny o charakterze ogólnym, jak ważny interes służby (art. 41 ust. 2 pkt 5 ustawy o Policji<sup>3</sup>; art. 45 ust. 2 pkt 5 ustawy o SG<sup>4</sup>; art. 60 ust. 2 pkt 5 ustawy o ABW i AW<sup>5</sup>; art. 107 ust. 2 pkt 11 ustawy o SOP<sup>6</sup>) lub zaistnienie innej ważnej przyczyny (art. 180 ust. 1 pkt 8 ustawy o KAS<sup>7</sup>). W przypadku Służby Celno-Scarbowej chodzi o zaistnienie innej niż określonej w pkt 1–7 ważnej przyczyny, jeżeli dalsze pozostawanie w służbie nie gwarantuje należytego wykonywania obowiązków służbowych, w szczególności gdy wymaga tego dobro KAS lub gdy nastąpiła utrata zaufania niezbędnego do wykonywania obowiązków służbowych. Podobnie stanowi także art. 43 ust. 3 pkt 5 ustawy o PSP<sup>8</sup>, z którego wynika, że fakultatywną przesłanką są inne niż określone w pkt 2–4a ważne przyczyny, jeżeli dalsze pozostawanie w służbie nie gwarantuje należytego wykonywania obowiązków służbowych. Przesłanki o charakterze ogólnym, ocennym nie występują w ustawie o służbie wojskowej<sup>9</sup>, ustawie o SW<sup>10</sup>, ustawie o CBA<sup>11</sup>, ustawie o SM<sup>12</sup>.

Uregulowanie przesłanek zwolnienia ze służby o charakterze ogólnym powoduje, że zamknięte katalogi przyczyn fakultatywnego zwolnienia ze służby, które enumeratywnie wyliczają rodzaje przyczyn, pozostają w tym zakresie otwarte. Wpływa to na osłabienie trwałości zatrudnienia funkcjonariuszy służb mundurowych. Ustanawiając rozbudowane katalogi przyczyn fakultatywnego zwolnienia ze służby, ustawodawca zamierzał w sposób możliwie wyczerpujący uregulować przyczyny, które uzasadniają usunięcie funkcjonariusza ze służby. Jednocześnie zdawał sobie sprawę z tego, że nie da się przewidzieć wielu okoliczności<sup>13</sup>. Uzasadnieniem do uregulowania przesłanek o charakterze ogólnym jest zagrożenie interesu służby, specyficzny

3 Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 360).

4 Ustawa z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r., poz. 305).

5 Ustawa z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu (Dz.U. z 2020 r., poz. 27).

6 Ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. o Służbie Ochrony Państwa (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 575).

7 Ustawa z dnia 16 listopada 2016 r. o Krajowej Administracji Scarbowej (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 422).

8 Ustawa z dnia 24 sierpnia 1991 r. o Państwowej Straży Pożarnej (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r., poz. 1123).

9 Ustawa z dnia 11 września 2003 r. o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r., poz. 860).

10 Ustawa z dnia 9 kwietnia 2010 r. o Służbie Więziennej (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r., poz. 848).

11 Ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r., poz. 1921).

12 Ustawa z dnia 26 stycznia 2018 r. o Straży Marszałkowskiej (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r., poz. 1940).

13 Zob. W. Witoszko, *Ochrona...*, *op. cit.*, s. 278 i n.

charakter służby oraz stojące przed nią zadania, usunięcie ze służby tych funkcjonariuszy, którzy mają wątpliwy tytuł do godnego reprezentowania organu państwowego, gdy żadna z pozytywnych przesłanek zwolnienia ze służby nie może być zastosowana<sup>14</sup>.

W niniejszym opracowaniu analizie zostanie poddana przesłanka zwolnienia ze służby w postaci ważnego interesu służby, która dotyczy funkcjonariuszy Policji, Straży Granicznej, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu, a także funkcjonariuszy Służby Ochrony Państwa. Jej celem jest ustalenie kryteriów bądź okoliczności, które są brane pod uwagę w ocenie ważnego interesu służby jako przyczyny uzasadniającej zwolnienie ze służby. W opracowaniu zostanie omówiony dorobek judykatury oraz doktryny w stosunku do funkcjonariuszy Policji, który jest znacznie większy. Jednakże należy podkreślić, że ustalenia z niego wynikające mają odpowiednie zastosowanie do wymienionych wyżej funkcjonariuszy pozostałych służb mundurowych.

## 1. Pojęcie „ważny interes służby”

Pojęcie „ważny interes służby” nie jest zdefiniowane, zatem przesłanka ta powinna być w każdej sprawie skonkretyzowana przez wskazanie okoliczności ją kreujących, a także kryteriów dokonanej oceny w aspekcie zarówno obiektywnym, jak i subiektywnym<sup>15</sup>. Uwzględnieniu podlegają okoliczności merytoryczne, jak też reguły ogólne postępowania, w tym zasady praworządności, a także interes organu oraz interes strony<sup>16</sup>. Przy odczytywaniu treści tego pojęcia należy sięgnąć przede wszystkim do przepisów regulujących cele i zadania Policji oraz szczególny status funkcjonariuszy danej formacji, w tym wymagania stawiane funkcjonariuszom<sup>17</sup>. Z art. 1 ust. 1 ustawy o Policji wynika, że Policja jest umundurowaną i uzbrojoną formacją służącą społeczeństwu i przeznaczoną do ochrony bezpieczeństwa ludzi oraz do utrzymywania bezpieczeństwa i porządku publicznego. Zgodnie z art. 1 ust. 2 pkt 1–4 tej ustawy do podstawowych zadań formacji należy m.in. ochrona życia i zdrowia ludzi oraz mienia przed bezprawnymi zamachami naruszającymi te dobra; ochrona bezpieczeństwa i porządku publicznego (...); inicjowanie i organizowanie działań mających na celu zapobieganie popełnianiu przestępstw i wykroczeń oraz zjawiskom kryminogennym i współdziałanie w tym zakresie z organami państwowymi, samo-

14 Wyrok NSA z dnia 23.02.2016 r., I OSK 1643/14; A. Korcz-Maciejko, W. Maciejko, Postępowanie w sprawach osobowych w Policji, Wrocław 2010, s. 309–310.

15 Wyrok NSA z dnia 29.01.2016 r., I OSK 1640/14, Lex nr 2032729; wyrok WSA w Warszawie z dnia 7.12.2007 r., II SA/Wa 1603/07, Lex nr 50117.

16 Wyrok NSA z dnia 29.01.2016 r., I OSK 1491/14, Lex nr 2032723.

17 Wyrok NSA z dnia 9.01.2015 r., I OSK 2149/13, Lex nr 1678265; wyrok NSA z dnia 11.01.2017 r., I OSK 2386/16, Lex nr 2317241

rządowymi i organizacjami społecznymi; wykrywanie przestępstw i wykroczeń oraz ściganie ich sprawców. Realizacja tego rodzaju zadań wymaga, aby policjantami były osoby o odpowiednich kwalifikacjach merytorycznych oraz posiadające niezbędną zdolność fizyczną i psychiczną do służby w tej formacji. Przy tym służbę w Policji mogą pełnić wyłącznie obywatele polscy o nieposzlakowanej opinii (art. 25 ust. 1 ustawy o Policji). Jakikolwiek wątpliwości co do posiadania takiego przymiotu dyskwalifikują policjanta jako osobę zdolną do prawidłowego wykonywania obowiązków służbowych. Składa on ślubowanie, w którym zobowiązuje się między innymi do godnego zachowania w służbie i poza nią oraz należytej dbałości o dobro formacji, do której przystępuje. Ustawodawca w interesie policjantów szczegółowo określa dopuszczalne przyczyny zwolnienia ich ze służby. Jednocześnie dostrzega również potrzebę prowadzenia racjonalnej polityki kadrowej w interesie Policji oraz konieczność wyposażenia organów tej formacji w instrumenty prawne niezbędne do podejmowania działań zmierzających do budowania autorytetu państwa i zaufania obywateli do jego organów<sup>18</sup>.

W ocenie przesłanki „ważny interes służby” należy uwzględnić okoliczności dotyczące zachowania się funkcjonariusza w służbie i w życiu prywatnym bądź zdarzenia, które uniemożliwiają lub utrudniają pełnienie służby<sup>19</sup>. Przesłanka ta może wynikać z okoliczności niezawinionych przez funkcjonariusza, jednakże o zwolnieniu ze służby zdecydują potrzeby danej formacji mundurowej<sup>20</sup>. Sens, znaczenie oraz sposób zastosowania przesłanki „ważny interes służby” należy do organu w kontekście danej sprawy. Oznacza to, że organ musi dokonać analizy stanu faktycznego i ocenić, czy zdarzenia kwalifikowane ujemnie w świetle przepisów prawa, a także zasad deontologii zawodu policjanta i etosu służby w Policji, nie zawsze zawinione przez policjanta, uzasadniają rozwiązanie stosunku służbowego z tym funkcjonariuszem<sup>21</sup>.

Interes służby to zbiór wartości, na straży których Policja, jako państwowa formacja zbrojna, powinna stać, realizując swoje ustrojowe zadania polegające na stosowaniu prawa w dziedzinie bezpieczeństwa i porządku publicznego. W interesie służby policyjnej leży, aby każdy funkcjonariusz był nieskazitelny pod względem przestrzegania porządku prawnego (art. 27 ust. 1 ustawy o Policji), strzegł tajemnicy prawnie chronionej, honoru i godności Policji, a także dbał o dobre imię służby. Interes służby to wartość polegająca na stałym spełnianiu przez funkcjonariusza wymogów stawianych charakterowi osoby ubiegającej się o przyjęcie do służby, takich jak nieposzlakowana opinia. Interes służby jest prawnym dobrem, które wchodzi w skład

18 Wyrok TK z dnia 19.10.2004 r., K 1/04, OTK-A 2004/9/93.

19 Wyrok NSA z dnia 1.12.1994 r., III ARN 65/94, OSNP 1995 r., nr 3, poz. 31.

20 Wyrok NSA z dnia 27.10.2016 r., I OSK 1111/15, Lex nr 2177174.

21 Wyrok NSA z dnia 4.07.2018 r., I OSK 40/18, Lex nr 2531191.



dobra znacznie bardziej pojemnego, określonego w art. 7 k.p.a. jakim jest interes społeczny<sup>22</sup>.

Naruszenie interesu powinno mieć formę kwalifikowaną – „ważnego” interesu służby. Nie każde więc naruszenie lub zagrożenie spowodowane między innymi nagannym działaniem funkcjonariusza może prowadzić do zwolnienia ze służby na podstawie naruszenia ważnego interesu służby. Dopiero naruszenia lub zagrożenia o najcięższym charakterze, o znaczeniu globalnym, dezintegrującym działanie całej formacji lub całej jednostki organizacyjnej, posiadają walor ważnego interesu służby<sup>23</sup>.

W teorii prawa przyjmuje się, że immanentną cechą klauzul generalnych jest to, że odsyłają pozasystemowo do jakiś ocen. „Interes służby” stanowi klauzulę generalną, natomiast umieszczony w jego sąsiedztwie zwrot niedookreślony „ważny” pełni funkcję modyfikującą treść tej klauzuli generalnej, w której kontekście zostały użyte. W takiej sytuacji najpierw należy ustalić rodzaj klauzuli generalnej przez odeślanie do ocen, następnie określić jej wielkość w związku z użyciem tak nieostrej nazwy jak „ważny”<sup>24</sup>.

W nauce „nieostrość” nazw (jako szczególny przejaw ich niedookreśloności) jest środkiem uelastyczniającym tekst prawny przez stworzenie swoistego luzu decyzyjnego<sup>25</sup>.

Użycie przez ustawodawcę takiego ogólnego sformułowania pozwala organom na odpowiednią ocenę stanu faktycznego, ocenę każdego indywidualnego przypadku, aby mogły zdecydować o kontynuacji dalszego trwania stosunku służbowego. Ponadto w ten sposób ujawnia się także potrzeba ochrony interesu służby (interesu społecznego) jako interesu nadrzędnego.

W orzecznictwie wyrażony został pogląd, iż pierwszeństwo ochrony przysługuje formacji mundurowej nawet wówczas, gdy sprzeciwia się to interesowi funkcjonariusza. Zwolnienie ze służby jest wówczas środkiem gwarantującym danej formacji mundurowej w sposób optymalny wypełnienie statutowych zadań<sup>26</sup>.

Zastosowanie przesłanki „ważnego interesu służby” powinno nastąpić dopiero wówczas, gdy nie zachodzi żadna z korzystniejszych przesłanek fakultatywnego zwolnienia ze służby. Pierwszeństwo mają więc inne rodzaje przesłanek fakultatywnego zwolnienia ze służby, np. nabycie prawa do emerytury z tytułu osiągnięcia 30 lat wy-

22 A. Korcz-Maciejko, W. Maciejko, *Postępowanie...*, *op. cit.*, s. 310–311.

23 *Ibidem*, s. 311.

24 A. Choduń, Klauzule generalne i zwroty niedookreślone, wybrane zagadnienia teoretyczne, (w:) A. Choduń, A. Gormułowicz, A. Skoczylas, Klauzule generalne i zwroty niedookreślone w prawie podatkowym i administracyjnym. Wybrane zagadnienia teoretyczne orzecznicze, Warszawa 2013, s. 31; szerzej zob. T. Zieliński, Klauzule generalne w prawie pracy, Warszawa 1988.

25 S. Wronkowska, M. Zieliński, *Komentarz do zasad techniki prawodawczej*, Warszawa 2004, s. 280.

26 Wyrok WSA w Warszawie z dnia 31.01.2012 r., II SA/Wa 2008/11, Legalis nr 466244; wyrok NSA z dnia 12.07.2019 r., I OSK 710/17, Lex nr 2700862.

sługi emerytalnej. Ogólna przesłanka powinna mieć zastosowanie dopiero wówczas, gdy w ocenie przełożonych funkcjonariusz nie powinien pełnić służby z przyczyn pozamerytorycznych, ale nie można zwolnić go ze służby na innej fakultatywnej lub obligatoryjnej podstawie<sup>27</sup>. Taka przesłanka może być stosowana wyjątkowo, tylko w tych przypadkach, gdy dalsze pozostawanie w służbie z oczywistych względów nie jest możliwe, a pozostałe przepisy nie pozwalają na zwolnienie<sup>28</sup>.

W decyzji o zwolnieniu organ powinien szczegółowo wyjaśnić, na czym polega ważny interes służby i dlaczego postępowanie funkcjonariusza go naruszyło<sup>29</sup>.

## 2. Stany faktyczne uznane za naruszenie ważnego interesu służby

Z orzecznictwa wynikają następujące przykłady okoliczności, które zostały uznane za uzasadniające zwolnienie ze służby z powodu ważnego interesu służby. Jedną z pierwszoplanowych przyczyn jest długotrwała nieobecność policjanta w służbie, ale przede wszystkim zwolnienie ze służby uzasadniają negatywne skutki długotrwałych i stale powtarzających się absencji chorobowych. Rodzą one bowiem konieczność wyznaczenia zastępstw, zapewnienia dni wolnych za pełnioną służbę przez pozostałych funkcjonariuszy za służbę w zwiększonym wymiarze<sup>30</sup>. Może to zatem dezorganizować pracę jednostki i uniemożliwiać wywiązywanie się z ustawowych obowiązków, a tym samym wypełniać przesłankę ważnego interesu służby usprawiedliwiającą zwolnienie policjanta ze służby<sup>31</sup>. W takiej sytuacji dalsze pozostawanie funkcjonariusza w służbie nie gwarantuje należytego wykonywania obowiązków przez niego, jak i jednostkę, w której pełni służbę, stąd zwolnienie go ze służby leży w interesie służby<sup>32</sup>.

Negatywnie jest ocenianych także wiele okoliczności związanych z karalnością czynów, których dopuścił się funkcjonariusz. Pozostawienie w służbie w Policji funkcjonariusza podejrzanego o popełnienie przestępstwa, choćby nieumyślnego, sprzeciwia się zachowaniu zaufania społeczeństwa do Policji jako formacji stojącej na straży praworządności. Wymaga tego charakter zawodu policjanta oraz szczególne obowiązki funkcjonariuszy związane zarówno z zachowaniem na służbie, jak i poza

27 Wyrok z NSA z dnia 24.02.1991 r., II SA 1188/91, Lex nr 1687441; wyrok NSA z dnia 27.10.2016 r., I OSK 1111/15, Lex nr 2177174; S. Płowucha, Stosunki służbowe w Policji. Zwolnienie policjanta ze służby, gdy wymaga tego ważny interes służby, „Przegląd Policyjny” 1997, nr 4, s. 53.

28 Wyrok NSA z dnia 15.11.1991 r., II SA 872/91, ONSA 1993, nr 1, poz. 8; wyrok WSA w Warszawie z dnia 21.12.2006 r., II SA/Wa 927/06, Lex nr 302709.

29 Wyrok NSA z dnia 24.02.1991 r., II SA 1188/91, Legalis nr 36801; wyrok WSA w Warszawie z dnia 30.08.2005 r., II SA/Wa 1488/04, Legalis nr 79014.

30 Wyrok NSA z dnia 28.11.2012 r., I OSK 662/12, Legalis nr 814574; wyrok NSA z dnia 27.10.2016 r., I OSK 1111/15, Legalis nr 1553678.

31 Por. wyrok NSA z dnia 28.07.2017 r., I OSK 2515/16, Lex nr 2388630.

32 Wyrok NSA z dnia 11.07.2017 r., I OSK 2613/16, Lex nr 2429537.

nią<sup>33</sup>. Funkcjonariusz, któremu postawiono zarzut dotyczący oskarżenia o popełnienie przestępstwa ściganego z urzędu, traci przymiot „nieskazitelności charakteru”. Pozostawienie go w służbie narusza ważny interes w służbie<sup>34</sup>. Jednakże nie można poprzestać na wskazaniu okoliczności wszczęcia postępowania karnego przeciwko funkcjonariuszowi i zastosowaniu w stosunku do niego tymczasowego aresztowania, lecz należy wskazać w sposób niebudzący wątpliwości, że dalsza służba funkcjonariusza będzie naruszać dobro służby<sup>35</sup>. Zwolnienie policjanta ze służby z powodu ważnego interesu służby pozostaje bez związku z prowadzonym przeciwko niemu postępowaniem karnym, co oznacza, że zwolnienie może nastąpić także przed zakończeniem postępowania karnego, a rozstrzygnięcie sprawy karnej pozostaje bez wpływu na decyzję w przedmiocie zwolnienia ze służby<sup>36</sup>.

Ważny interes służby jest naruszony w sytuacji dopuszczenia do jej pełnienia osób, które nie dają rękojmi właściwego postępowania z informacjami niejawnymi, a więc takich, którym cofnięto wydanie poświadczenia bezpieczeństwa osobowego lub odmówiono go. W braku takiego poświadczenia należy upatrywać zagrożenia dla ważnego interesu służby<sup>37</sup>.

Policjanta jako osobę zdolną do prawidłowego wykonywania obowiązków służbowych dyskwalifikują jakiegokolwiek wątpliwości co do posiadania przez niego przymiotu nieposzlakowanej opinii. Wprowadzenie takiego wymogu jest uzasadnione specyfiką pracy w organach ścigania, a także celami, jakie formacja ta ma realizować. Policja ma bowiem gwarantować obywatelom ochronę przed wszelkimi działaniami sprzecznymi z prawem. Stąd funkcjonariusze powinni cieszyć się autorytetem w społeczeństwie, respektować zasady współżycia społecznego i dotrzymywać rotę ślubowania (art. 27 ust. 1 ustawy o Policji). Osoby te muszą znajdować się poza wszelkimi podejrzeniami o naruszenie prawa czy też naruszanie norm społecznych<sup>38</sup>.

Korzystanie ze świadczeń związanych z rodzicielstwem nie powinno być podstawą do zwolnienia funkcjonariusza z powodu ważnego interesu służby. Niemniej jednak nie dotyczy to sytuacji, gdy sekwencja zdarzeń pokazuje, iż policjant wykorzystuje tego rodzaju świadczenia tylko po to, aby nie podjąć służby. Taka sytuacja ma miejsce, gdy absencja chorobowa jest przeplatana długotrwałymi okresami zwolnień z powodu uprawnień związanych z rodzicielstwem. Korzystanie przez policjanta ze świadczeń związanych z rodzicielstwem służące tylko przedłużeniu okresu faktycznego pozostawania poza służbą, gdy sam policjant nie wykazuje zamiaru powrotu do wykonywania powierzonych mu zadań, stanowi przesłankę rozwiązania stosunku

33 Wyrok WSA w Warszawie z dnia 8.11.2013 r., II SA/Wa 10045/13, niepubl.

34 Wyrok WSA w Warszawie z dnia 17.04.2013 r., II SA/Wa 422/13, Legalis nr 715304; wyrok NSA z dnia 13.04.2011 r., I OSK 1886/10, Legalis nr 820347.

35 Wyrok WSA w Warszawie z dnia 21.06.2005 r., II SA/Wa 1443/04, Legalis nr 292928.

36 Wyrok NSA z dnia 16.01.2020 r., I OSK 2949/18, Lex nr 2782063.

37 Wyrok NSA z dnia 6.06.2014 r., I OSK 1117/13, Legalis nr 1328228.

38 Wyrok NSA z dnia 16.01.2020 r., I OSK 2748/18, Lex nr 2785284.

służbowego. Podkreślić należy, że ustawa o Policji dopuszcza możliwość zwolnienia ze służby nawet w przypadkach niezawinionych przez policjantów, gdy wymaga tego dobro formacji. Zatem przyczyny nieobecności policjanta w służbie nie mają znaczenia w kontekście oceny przesłanki „ważny interes służby”. Długotrwały brak dyspozycyjności policjanta, niezależnie od jego przyczyny, jest bowiem sprzeczny z interesem służby<sup>39</sup>.

Stwierdzenie nieprzydatności policjanta do służby nie musi ograniczać się wyłącznie do przypadków naruszenia obowiązków zawodowych w czasie pełnionej służby. Może być ono również uzasadnione każdym innym zachowaniem policjanta, nawet w czasie wolnym od służby, jeżeli takie zachowanie uniemożliwia kontynuowanie służby bez uszczerbku dla jej ważnych interesów. W omawianym trybie dopuszczalne jest zatem rozwiązanie stosunku służbowego z policjantem, który w ocenie przełożonych nie powinien pełnić służby z różnych przyczyn pozamerytorycznych i nie można zwolnić go ze służby na innej podstawie prawnej określonej w ustawie o Policji<sup>40</sup>.

Reasumując, należy zauważyć, że do zwolnienia z powodu ważnego interesu służby może dochodzić w związku z długotrwałymi nieobecnościami na służbie, postawieniem zarzutów w postępowaniu karnym, utratą nieposzlakowanej opinii, utratą poświadczenia bezpieczeństwa lub stwierdzeniem nieprzydatności do służby.

### 3. Tryb zwolnienia ze służby

Szczególny charakter przesłanki zwolnienia ze służby w postaci ważnego interesu służby przejawia się w tym, że organem właściwym do zwolnienia ze służby jest organ wyższego szczebla, jak właściwy komendant wojewódzki Policji (art. 45 ust. 1 ustawy o Policji), a nawet szef całej formacji mundurowej, jak Komendant Główny Straży Granicznej (art. 49 ust. 2 pkt 3 ustawy o SG). Zatem wyłączona jest właściwość organu I instancji. Daje to lepszą rękojmię podjęcia prawidłowej i pozbawionej cech dowolności decyzji przez podmiot o wysokiej randze<sup>41</sup>.

Innym wymogiem do zwolnienia ze służby z powodu ważnego interesu służby jest obowiązek zasięgnięcia opinii zakładowej organizacji związkowej przed wydaniem decyzji w sprawie zwolnienia ze służby (art. 43 ust. 3 ustawy o Policji; art. 47 ust. 3 ustawy o SG). Opinia zakładowej organizacji związkowej nie ma charakteru wiążącego dla organu, który w tym zakresie ma swobodę w jej uwzględnieniu. Jednakże przełożony powinien wyjaśnić w decyzji o zwolnieniu ze służby, dlaczego

39 Wyrok z dnia 05.12.2019 r., I OSK 2124/18, Lex nr 2764686.

40 Wyrok NSA z dnia 11.01.2017 r., I OSK 2386/16, Lex nr 2317241.

41 E. Mazurczak-Jasińska, Ustanie stosunku służbowego, (w:) T. Kuczyński, J. Stelina, E. Mazurczak-Jasińska (red.), *Stosunek służbowy*, t. 11, Warszawa 2011, s. 340.

nie uwzględnił opinii organizacji związkowej, choć mógł ją tylko rozważyć<sup>42</sup>. Opinia organizacji związkowej jest wydawana w formie uchwały zarządu i nie stanowi ona rozstrzygnięcia czy też opinii w rozumieniu art. 106 § 1 k.p.a. oraz nie warunkuje ona treści decyzji o zwolnieniu ze służby<sup>43</sup>. Obowiązek konsultacji sprowadza się do obowiązku zwrócenia się do organizacji związkowej o udzielenie opinii w przedmiocie planowanego przez organ zwolnienia funkcjonariusza ze służby. Dopuszczalność rozwiązania stosunku służbowego zależy od jej zasięgnięcia, a nie od uzyskania przedmiotowej opinii. Zasięgnięcie opinii jest obligatoryjne, ale wymóg ten oznacza jedynie, że organ, planując zwolnienie funkcjonariusza, ma obowiązek uprzedzić o tym organizację związkową i umożliwić jej zajęcie w tym zakresie stanowiska<sup>44</sup>.

W zakresie ustalenia, który funkcjonariusz podlega ochronie związku zawodowego oraz w zakresie innych praw związkowych funkcjonariuszy, stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 23 maja 1991 r. o związkach zawodowych<sup>45</sup> na podstawie delegacji ustawowych zawartych w pragmatykach służbowych.

## Wnioski

Stosowanie klauzul generalnych w postaci przyczyn uzasadniających zwolnienie ze służby rodzi wiele zagrożeń. Po pierwsze, powoduje, że zamknięte katalogi przyczyn fakultatywnego zwolnienia ze służby, które zawierają enumeratywnie wyliczone rodzaje przyczyn, mają jednocześnie charakter otwarty i elastyczny. Pozwala to jednak na ocenę takich stanów faktycznych, które nie są wyraźnie w nich przewidziane. Po drugie, może prowadzić do nadużyć, jeżeli przełożeni będą stosować je w sposób częsty jako narzędzie wymiany kadr.

Przesłanka ważnego interesu służby nie wskazuje, czy okoliczności będące jej podstawą leżą po stronie funkcjonariusza lub po stronie organu lub jednostki, czy są niezależne od obu stron. Poza tym mogą być to przyczyny zawinione lub niezawinione, wreszcie też niezależne od obu stron. Zwrot ten jest na tyle elastyczny, że pozwala uwzględnić zróżnicowane stany faktyczne, których wspólnym mianownikiem jest kryterium ważności. Powinny to więc być przyczyny posiadające odpowiednią rangę, o charakterze poważnym lub wręcz zagrażającym określonym dobrom. Ponadto muszą to być okoliczności sprzeciwiające się dobru służby, interesowi służby, natomiast interes funkcjonariusza nie musi być w tym przypadku chroniony. Wypada jednak zwrócić uwagę, że przesłanki o charakterze fakultatywnym, które ce-

42 W. Witoszko, *Ochrona...*, *op. cit.*, s. 171.

43 Wyrok WSA w Warszawie z dnia 9.10.2006 r., II SA/Wa 685/06, Lex nr 283567; wyrok WSA w Warszawie z dnia 24.11.2011 r., II SA/Wa 1701/11, Lex nr 1153526.

44 Wyrok WSA w Warszawie z dnia 28.02.2020 r., II SA/Wa 2421/19, Lex nr 3072398.

45 Tekst jedn. Dz.U. z 2019 r., poz. 263.

chuje uznaniowość, polegają na ważeniu przez organ interesu służby oraz interesu funkcjonariusza.

W związku z tym, że przesłanka ważnego interesu służby stanowi pojęcie ogólne, zaliczana jest do klauzul generalnych. Te zaś odwołują się do pewnych wartości, którym jest interes służby, dobro służby podlegające ocenie w świetle konkretnych okoliczności sprawy. W tym przypadku prymat zyskuje interes służby, zaś interes funkcjonariusza może zostać uwzględniony tylko wtedy, gdy nie koliduje z interesem służby.

#### BIBLIOGRAFIA

- Choduń A., Klauzule generalne i zwroty niedookreślone, wybrane zagadnienia teoretyczne, (w:) A. Choduń, A. Gormułowicz, A. Skoczylas, Klauzule generalne i zwroty niedookreślone w prawie podatkowym i administracyjnym. Wybrane zagadnienia teoretyczne orzecznictwa, Warszawa 2013.
- Korcz-Maciejko A., Maciejko W., Postępowanie w sprawach osobowych w Policji, Wrocław 2010.
- Mazurczak-Jasińska E., Ustanie stosunku służbowego, (w:) T. Kuczyński, J. Stelina, E. Mazurczak-Jasińska (red.), Stosunek służbowy, t. 11, Warszawa 2011.
- Płowucha S., Stosunki służbowe w Policji. Zwolnienie policjanta ze służby, gdy wymaga tego ważny interes służby, „Przegląd Policyjny” 1997, nr 4.
- Witoszko W., Ochrona trwałości stosunku służbowego funkcjonariuszy służb mundurowych i żołnierzy zawodowych, Białystok 2019.
- Wronkowska S., Zieliński M., Komentarz do zasad techniki prawodawczej, Warszawa 2004.
- Zieliński T., Klauzule generalne w prawie pracy, Warszawa 1988.





**Karol Łapiński**

Wyższa Szkoła Finansów i Zarządzania w Białymstoku, Polska

karol\_lapinski@wp.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3845-1988>

## Obiektywne przyczyny leżące po stronie pracodawcy jako przesłanka zawarcia „nielimitowanej” umowy o pracę na czas określony

Objective Reasons on the Part of the Employer as a Premise for Entering into an “Unlimited”  
Fixed-Term Employment Contract

**Abstract:** The current wording of Art. 25<sup>1</sup> § 4 point 4 of the Labor Code, valid since 22.02.2016, is an example of a general clause in labor law. At the same time, the “objective reasons” of the so-called “unlimited” fixed-term contracts entered into belong to the clauses that change their meaning depending on the person who applies an established rule of law. The use of “objective reasons on the part of the employer” on purpose to limit the abuse of “temporary employment” should generally be assessed as incorrect. According to this, the Court of Justice of the European Union may judge this regulation to be illegal according to Clause 5 of Council Directive 99/70 / EC of 28 June 1999, and as incompatible with the purpose and the effectiveness of the framework agreement. Therefore, it is necessary to replace the general clause used by the legislator with further, more specific premises of “objective reasons” for entering into “unlimited” fixed-term employment contracts.

**Keywords:** fixed-term employment contract, general clauses, objective reasons

**Słowa kluczowe:** umowa o pracę na czas określony, klauzule generalne, obiektywne przyczyny

### Uwagi wstępne

Umowy o pracę na czas określony zawierane z obiektywnych przyczyn były znane polskiemu prawu pracy już wcześniej, w tym w stanie prawnym obowiązującym do 21 lutego 2016 r. Analiza poprzedniego brzmienia regulacji art. 25<sup>1</sup> k.p.<sup>1</sup>

---

1 Ustawa z 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 1320).

pozwalala wyróżnić dwa rodzaje zatrudniania na czas określony: 1) kauzalne zatrudnienie okresowe (umowy zawierane ze względu na obiektywne powody – przypadki wymienione w § 3), 2) akauzalne zatrudnienie okresowe (umowy zawierane bez takich powodów – przepis § 1)<sup>2</sup>. Obiektywne powody zawarcia umowy o pracę występują również w dyrektywie Rady nr 99/70 z dnia 28 czerwca 1999 r. dotyczącej porozumienia ramowego z dnia 18 marca 1999 r. w sprawie pracy na czas określony, zawartego przez Europejską Unię Konfederacji Przemysłowych i Pracodawców (UNICE), Europejskie Centrum Przedsiębiorstw Publicznych (CEEP) oraz Europejską Konfederację Związków Zawodowych (ETUC)<sup>3</sup>. Dyrektywa, dążąc do ustanowienia skutecznych zasad zapobiegających nadużywaniu umów o pracę na czas określony, proponuje m.in. zastosowanie w tym celu przez państwa członkowskie jednego lub więcej z następujących środków: 1) obiektywne powody uzasadniające odnowienie takich umów lub stosunków pracy, 2) maksymalną łączną długość kolejnych umów o pracę lub stosunków pracy na czas określony, 3) liczbę odnowień takich umów lub stosunków. W związku z dalszym nadużywaniem w naszym kraju zatrudnienia okresowego ustawodawca stanął przed koniecznością nowelizacji przepisów Kodeksu pracy w tym obszarze. Bezpośrednią przyczyną wprowadzenia zmian stał się wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 marca 2014 r. w sprawie *Nierodzik* dotyczący nieuprawnionego zróżnicowania w Polsce okresów wypowiedzenia umów o pracę na czas określony i nieokreślony<sup>4</sup>. Obowiązująca od 22 lutego 2016 r. nowa treść art. 25<sup>1</sup> k.p. zachowała podział umów o pracę na czas określony na kauzalne i akauzalne. Jednakże – co istotne – w tym obszarze do dotychczasowych „nielimitowanych” umów zawieranych w celu zastępstwa pracownika w czasie jego usprawiedliwionej nieobecności w pracy, w celu wykonywania pracy o charakterze dorywczym lub sezonowym albo zadań realizowanych cyklicznie, ustawodawca po wykreśleniu zadań cyklicznych dodał umowy zawierane na okres kadencji, a co ważniejsze – umowy zawierane z obiektywnych przyczyn leżących po stronie pracodawcy. Ten ostatni przypadek budzi najwięcej wątpliwości ze względu na to, iż dla osiągnięcia określonego skutku w postaci ograniczenia nadużywania zatrudnienia okresowego posłużono się kolejną w polskim prawie pracy klauzulą generalną.

2 K. Łapiński, *Umowa o pracę na czas określony w polskim i unijnym prawie pracy*, Warszawa 2011, s. 155.

3 Dz. Urz. UE L 175 z 10 lipca 1999 r., s. 43–48.

4 Wyrok TS UE z 13 marca 2014 r. w sprawie *Małgorzata Nierodzik przeciwko Samodzielnemu Publicznemu Psychiatrycznemu Zakładowi Opieki Zdrowotnej im dr. Stanisława Deresza w Choroszczy*, C-38/13.

## 1. Klauzule generalne w prawie pracy

Klauzule generalne, rozumiane jako nieokreślone znaczeniowo zwroty będące częścią przepisu prawnego, upoważniające do korzystania przez podmiot stosujący prawo z kryteriów pozaprawnych, stanowią pojęcie wywodzące się z prawa cywilnego, jednak obecnie są szeroko stosowane w całym polskim prawodawstwie. Ich konstrukcja daje podstawę do uwzględniania w procesie decyzyjnym kryteriów niezdefiniowanych, ani ściśle określonych przez ustawodawcę, tj. zwyczajów, wartości moralnych czy kryteriów gospodarczych, nie narzucając podmiotowi wykorzystującemu klauzulę rodzaju wartości oraz ich oceny przy podejmowaniu decyzji<sup>5</sup>. Klauzule są zatem elementem tworzenia prawa i świadomego kreowania luzu decyzyjnego, który ma umożliwić przełamanie statyki regulacji prawnych przy uwzględnieniu zmieniających się uwarunkowań społeczno-gospodarczych<sup>6</sup>.

Konstrukcja oraz zasadność stosowania klauzul generalnych w polskim ustawodawstwie były wielokrotnie poddawane ocenie doktryny. Jej przedstawiciele wskazują, że odsyłanie do norm i ocen pozaprawnych bezsprzecznie jest nieuniknione przy tworzeniu systemu prawnego celem dostosowania sztywnych reguł ustawowych do potrzeb konkretnych przypadków, których ustawodawca nie mógł przewidzieć i unormować w abstrakcyjnie ujętych normach prawnych<sup>7</sup>. W istocie kryteria o charakterze ocennym stanowią nieodzowny element konstruowania każdego systemu. Wychodzenie poza schematy norm prawnych w sposób rzeczywisty wpływa na zwiększenie ich funkcjonalności, jednocześnie dając podstawy do podjęcia w konkretnej sprawie decyzji przez organ stosujący prawo lub wyznaczając adresatom norm prawnych wzory właściwych zachowań<sup>8</sup>.

Jako gwarancja elastyczności przepisów prawa pracy i ich dostosowania do zmieniających się warunków społeczno-gospodarczych klauzule generalne pojawiły się również w relacji pracownik – pracodawca. Jednocześnie wielość przepisów prawa pracy zawierających zwroty „niedookreślone” wzbudza obawę związaną w szczególności z relatywizmem postrzegania wartości, do których odsyłają, i jego wpływem na osłabianie funkcji ochronnej tych przepisów. Stosunek pracy stanowi przy tym jeden z najistotniejszych elementów funkcjonowania systemu prawnego, w którym ze względu na „słabszą pozycję” jednej ze stron (pracownika) przewidziano szereg uregulowań wyłączających dowolność działań drugiej strony (pracodawcy). W związku z powyższym wprowadzenie przez ustawodawcę klauzul generalnych w prawie pracy,

5 A. Kanadys, Podstawa rekonstrukcji treści klauzul generalnych. Przykład zasad współzycia społecznego, „*Studia Iuridica Lublinensia*” 2016, vol. XXV, nr 2, s. 98.

6 A. Szot, Klauzula generalna jako ponadgałęziowa konstrukcja systemu prawa, „*Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska*”, sectio G (Ius) 2016, vol. 63, nr 2, s. 294.

7 T. Zieliński, Klauzule generalne w nowym porządku konstytucyjnym, „*Państwo i Prawo*” 1997, z. 11–12, s. 134.

8 L. Leszczyński, Tworzenie generalnych klauzul odsyłających, Lublin 2000, s. 9.

w rzeczywistych stosunkach prawnych, może nie tylko powodować wątpliwości interpretacyjne i tym samym utrudniać lub uniemożliwiać korzystanie z przepisów zgodnie z ich celowością, ale także stwarzać jedynie pozorność ochrony pracownika czy pracodawcy. Żadna bowiem ocena społeczna nie może być w pełni jednolita. Ze względu również na pluralizm poglądów nie ma możliwości, aby wszyscy członkowie danej społeczności byli wyrazicielami tej samej hierarchii wartości.

Celem usystematyzowania funkcjonujących w prawie pracy zwrotów „niedookreślonych” i tym samym ułatwienia ich oceny przedstawiciele doktryny uznali za niezbędne dokonanie ich podziału oraz klasyfikacji. Za kryteria podziału przyjęto w szczególności: zastosowanie klauzul generalnych oraz kryterium ich skutków prawnych. W związku z tym przyjęto, że w prawie pracy funkcjonują klauzule powszechnego stosowania (dotyczące stosunków unormowanych zarówno kodeksem pracy, jak i regulacjami odrębnymi), klauzule ograniczonego zastosowania (obejmujące swym zakresem tylko niektóre stosunki prawa pracy) oraz klauzule przejściowego zastosowania (ustanowione na okres „przejściowy”, „wyjątkowy”)<sup>9</sup>. Z uwagi natomiast na kryterium skutków prawnych uznano, że klauzule wyznaczają granice wykonywania prawa, precyzują sposób wykonywania zobowiązań w prawie pracy, konkretyzują prawa i obowiązki stron stosunku pracy lub łagodzą rygoryzm przepisów w stosunkach pracy<sup>10</sup>.

W kontekście oceny „obiektywnych powodów leżących po stronie pracodawcy jako przesłanki zawierania „nielimitowanych” umów na czas określony wydaje się, że najistotniejsze jest wyodrębnienie klauzul generalnych: wymagających uwzględnienia w procesie realizacji norm prawnych reguł pozaprawnych (wyrzucić, powtórzenie) oraz zmieniających swój zakres znaczeniowy w zależności od tego, jakimi ocenami posługuje się podmiot stosujący prawo w konkretnej, indywidualnej sprawie (np. ważne powody, uza sadnione przyczyny, szczególne okoliczności)<sup>11</sup>.

W art. 8 k.p. ustawodawca przewidział zasadę prawa pracy, zawierającą w swojej treści klauzulę generalną odsyłającą do reguł pozaprawnych. Zgodnie z tym przepisem nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Jest to w zasadzie jedyna zasada zawarta w przepisach Kodeksu pracy, która w swojej konstrukcji umożliwia stronom odwołanie się do norm obyczajowych, moralnych i etycznych obowiązujących w danej społeczności w określonym czasie. Zasady współżycia społecznego w ujęciu wyżej wymienionego unormowania rozpatrywane są w dwóch aspektach – normatywnym i sytuacjoni-

9 T. Zieliński, *Klauzule...*, *op. cit.*, s. 85.

10 *Ibidem*, s. 141 i n.

11 A. Wypych-Żywicka, *Część ogólna prawa pracy, (w:) Zarys systemu prawa pracy, t. I*, K.W. Baran (red.), Warszawa 2010, s. 766.

stycznym<sup>12</sup>. W ujęciu pierwszym zasady współzycia społecznego są traktowane jako zespół norm lub reguł postępowania zbliżony do systemu norm prawnych. W ujęciu sytuacjonistycznym natomiast są postrzegane jako reguły, granice i kierunek oceny całokształtu okoliczności danego przypadku. W koncepcji tej między innymi słusznie podważa się zasadność katalogowania poszczególnych zasad ze względu na ich dynamiczny charakter i wskazuje, że niezbędne jest funkcjonowanie klauzuli zasad współzycia społecznego nie tylko w prawie pracy, ale w całym porządku prawnym.

Przepisy Kodeksu pracy i innych aktów prawa pracy przewidują natomiast szereg klauzul, które zmieniają swój zakres znaczeniowy w zależności od oceny podmiotu stosującego prawo. Zasadniczo ich funkcjonowanie w prawie pracy należy ocenić pozytywnie, przy czym z praktyki można jednocześnie wnioskować, że pozostawianie zbyt dużego luzu decyzyjnego stronom stosunku pracy, może prowadzić do licznych sporów interpretacyjnych. Ustawodawca klauzule tego rodzaju zawarł chociażby w przepisie art. 45 § 1 k.p., w myśl którego w razie ustalenia, że wypowiedzenie umowy o pracę zawartej na czas nieokreślony jest nieuzasadnione lub narusza przepisy o wypowiedzaniu umów o pracę, sąd pracy – stosownie do żądania pracownika – orzeka o bezskuteczności wypowiedzenia, a jeżeli umowa uległa już rozwiązaniu – o przywróceniu pracownika do pracy na poprzednich warunkach albo o odszkodowaniu, a także w regulacji art. 164 k.p., zgodnie z którą przesunięcie terminu urlopu może nastąpić na wniosek pracownika umotywowany ważnymi przyczynami lub z powodu szczególnych potrzeb pracodawcy, jeżeli nieobecność pracownika spowodowałaby poważne zakłócenia toku pracy. Niewątpliwie klauzulą tego rodzaju jest również przesłanka zawarcia „nielimitowanej” umowy o pracę na czas określony, tj.: „obiektywne przyczyny” leżące po stronie pracodawcy. Ustawodawca przewidział, że skorzystanie z uprawnienia przewidzianego w art. 25<sup>1</sup> § 4 pkt 4 k.p. wymaga dokonania oceny przez strony stosunku pracy (a w praktyce przez pracodawcę), nie zaś sięgnięcia do norm pozaprawnych. Ocena ta nie jest jednak ograniczona szczególnymi okolicznościami – okoliczności te muszą stanowić „obiektywne powody” leżące po stronie pracodawcy, których znaczenia można doszukiwać się w zasadzie jedynie w języku potocznym. Oznacza to tym samym, że przy konstruowaniu okresowej umowy „nielimitowanej” nie obowiązuje określony schemat i ramy postępowania. Odwołanie się w tym zakresie do klauzuli generalnej nie tylko stwarza zagrożenie dokonywania oceny subiektywnej, ale również w praktyce prowadzi do licznych rozbieżności w ocenie pomiędzy stronami stosunku pracy oraz organami nadzorującymi stosowanie prawa.

12 J. Nowacki, O normatywnych (abstrakcyjno-generalnych) i sytuacjonistycznych rozumieniach zasad współzycia społecznego?, (w:) T. Zieliński (red.), Z problematyki prawa pracy i polityki społecznej, t. III, Katowice 1980, s. 7 i n.

## 2. Obiektywne powody zawarcia umów na czas określony

Po nowelizacji art. 25<sup>1</sup> k.p. od 22 lutego 2016 r. w Kodeksie pracy istnieją trzy rodzaje ograniczeń w zawieraniu umów o pracę na czas określony. Przede wszystkim ustawodawca postanawia, że okres zatrudnienia na podstawie umowy o pracę na czas określony, a także łączny okres zatrudnienia na podstawie umów o pracę na czas określony zawieranych między tymi samymi stronami stosunku pracy nie może przekraczać 33 miesięcy, a łączna liczba tych umów nie może przekraczać trzech. Są to podstawowe mechanizmy ochronne odnoszące się do zdecydowanej większości umów o pracę zawieranych przez strony stosunku pracy bez istnienia szczególnych obiektywnych powodów<sup>13</sup>. Naruszenie jednego z tych limitów jest równoznaczne w skutkach prawnych z zawarciem umowy na czas nieokreślony. Natomiast zgodnie z regulacją art. 25<sup>1</sup> § 4 k.p. limity zatrudnienia okresowego nie znajdują zastosowania do umów zawieranych w warunkach istnienia „causy”, tj. obiektywnego powodu, a więc gdy umowa zawierana jest: 1) w celu zastępstwa pracownika w czasie jego usprawiedliwionej nieobecności w pracy, 2) w celu wykonywania pracy o charakterze dorywczym lub sezonowym. 3) w celu wykonywania pracy przez okres kadencji, 4) w przypadku gdy pracodawca wskaże obiektywne przyczyny leżące po jego stronie. Każda z powyższych kauzalnych umów o pracę na czas określony może być przy tym zawarta, jeżeli w danym przypadku służy to zaspokojeniu rzeczywistego okresowego zapotrzebowania i jest niezbędne w tym zakresie w świetle wszystkich okoliczności zawarcia umowy. Pierwsze trzy przypadki zawarcia umowy z powodu szczególnej „causy”, jako konkretnie sformułowane, wydają się uzasadnione i nie budzą większych zastrzeżeń. Natomiast zwraca uwagę fakt, że w unormowaniu tym znalazło się również ogólne określenie „obiektywnych przyczyn leżących po stronie pracodawcy”, które jest niezwykle szerokie. Pracodawca dla osiągnięcia konkretnego celu w postaci ograniczenia nieuprawnionego wykorzystywania zatrudnienia okresowego zdecydował się w tym przypadku na wykorzystanie mechanizmu klauzuli generalnej, przy czym jest to, jak już zauważono, przykład klauzuli zmieniającej swój zakres znaczeniowy w zależności od oceny podmiotu stosującego prawo. Dlatego należy odpowiedzieć na pytanie, czy to właściwe uregulowanie tego problemu.

W przepisie art. 25<sup>1</sup> § 4 pkt 4 k.p. zwraca uwagę przede wszystkim to, że przewidziana w nim przesłanka zawarcia „nielimitowanej” umowy o pracę na czas określony jest ogólna i trudna do zweryfikowania. Ustawodawca nie wskazuje bowiem, o jakie „obiektywne powody” leżące po stronie pracodawcy chodzi. Znaczenia tego zwrotu możemy doszukiwać się jedynie w języku potocznym, w którym oznacza on okoliczności, przyczyny niezależne od uczestników danego stosunku prawnego (stron). W związku z tym można zastanowić się nad samą konstrukcją analizowa-

13 Inaczej: Ł. Pisarczyk, Nowy model zatrudnienia terminowego w prawie pracy? Część 1, „Monitor Prawa Pracy” 2016, nr 4, s. 177–178.



nego przepisu w odniesieniu do potocznego znaczenia użytego w nim wyrażenia. Ustawodawca, wskazując na „obiektywne przesłanki”, łączy je bowiem z jedną ze stron stosunku pracy, tj. z pracodawcą, tym samym ograniczając powszechnie rozumianą „obiektywność”. Przy założeniu bowiem, że przesłanka ma być „obiektywna”, powinna być ona jednocześnie niezależna od każdej strony stosunku pracy. W sytuacji, gdy ma ona leżeć po stronie pracodawcy, przestaje mieć charakter neutralny. Niezależnie jednak od tego należy zgodzić się z poglądem, w myśl którego zwrot ten jest na tyle pojemny, że z pewnością w praktyce trudno będzie ustalić, co się za nim kryje<sup>14</sup>. W tym miejscu wypada dodać, że takie obawy w stosunku do projektowanego nowego brzmienia regulacji art. 25<sup>1</sup> § 4 pkt 4 k.p. wyraził już Sąd Najwyższy w swojej krytycznej opinii z dnia 15 maja 2015 r.<sup>15</sup> Warto przy tym zauważyć, że w doktrynie prawa pracy prezentowany jest również pogląd, w myśl którego w unormowaniu tym zawarty jest najbardziej dookreślony wyjątek z katalogu wymienionego w § 4, odwołujący się do obiektywnych przyczyn leżących po stronie pracodawcy. W moim przekonaniu zastosowana w tym przypadku klauzula generalna odwołująca się do niesprecyzowanych „obiektywnych powodów” nie pozwala na przyjęcie takiej oceny<sup>16</sup>. Po pierwsze bowiem można zadać zasadnicze pytanie, czym są owe „obiektywne przyczyny”? Czy na przykład dotyczą one problemów technicznych, organizacyjnych w danym zakładzie pracy? Czy może są one również związane ze strukturą pracodawcy, profilem jego działalności, kłopotami natury personalnej, finansowej itd. Wstępnie wydaje się, iż te „obiektywne powody” winny się ograniczać do względów natury technicznej i organizacyjnej. Po drugie, powstaje wątpliwość, kto ma oceniać to, czy w danym przypadku istnieją „obiektywne przyczyny” leżące po stronie pracodawcy. Jest to pytanie tym bardziej istotne, że – jak przyjmuje się w doktrynie prawa pracy – przewidziana w regulacji art. 29 § 1<sup>1</sup> k.p. potrzeba określenia w umowie kauzalnej szczególnego celu lub okoliczności jej zawarcia przez zamieszczenie informacji o obiektywnych przyczynach odnosi się do oświadczenia wiedzy pracodawcy, a nie oświadczenia woli stron stosunku pracy. Podpisanie przy tym umowy o pracę przez pracownika potwierdza jedynie jego zapoznanie się z przyczyną podaną przez pracodawcę i nie wyłącza późniejszego jej podważania, na przykład w postępowaniu przed sądem pracy o ustalenie istnienia stosunku pracy na podstawie umowy o pracę na czas nieokreślony<sup>17</sup>. Po trzecie, istotne jest to, kiedy te obiektywne

14 J. Stelina, Nowa koncepcja umowy o pracę na czas określony, „Państwo i Prawo” 2015, z. 11, s. 41–51.

15 Opinia SN z dnia 15 maja 2015 r. w sprawie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks pracy oraz niektórych innych ustaw, BSA III–021–149/15.

16 M. Tomaszewska, Komentarz do art. 25<sup>1</sup> k.p., (w:) K.W. Baran (red.), Kodeks pracy. Komentarz, t. I, Wyd. V, WKP 2020 Lex.

17 K. Jaśkowski, Nowa umowa o pracę na czas określony, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2015, nr 11, s. 6; J. Wiśniewski, Kilka refleksji dotyczących umowy o pracę na czas określony, „Studia Prawnoustrojowe UWM” 2018, z. 42, s. 37.



powody powinny istnieć. W tym obszarze należy opowiedzieć się za stanowiskiem, w myśl którego obiektywne powody winny występować w momencie zawierania umowy o pracę. Późniejsze ich pojawienie się nie powinno mieć wpływu na możliwość wyłączenia danej umowy na czas określony z limitów zatrudnienia okresowego. Zasadniczo umowa o pracę na czas określony niezawierająca informacji o obiektywnych powodach jej zawarcia podlega ograniczeniom przewidzianym w art. 25<sup>1</sup> § 1 k.p. Jednakże dopuszczalne wydaje się późniejsze wprowadzenie do umowy w drodze porozumienia stron obiektywnych przyczyn, które istniały w chwili zawierania umowy, a nie zostały w niej ujęte przez przeoczenie<sup>18</sup>. Taka możliwość zdaje się wynikać z zasady swobody zawierania umów i powszechnie była dopuszczana w przypadku uchylonego z dniem 21 lutego 2016 r. przepisu art. 33 k.p.<sup>19</sup> Natomiast taka zmiana umowy o pracę nie jest możliwa w drodze wypowiedzenia warunków pracy w trybie art. 42 k.p. Wynika to przede wszystkim z faktu, iż takie postanowienie nie mieści się w kategorii ściśle rozumianych warunków pracy. Jednocześnie okoliczność zapisania lub nie w umowie informacji o obiektywnych powodach jej zawarcia ma kluczowe znaczenie dla sytuacji prawnej pracownika. Dlatego ma on prawo poznać ją w momencie zawierania umowy, a nie w trakcie trwania stosunku pracy, na przykład w związku ze zmieniającymi się okolicznościami prowadzonej przez pracodawcę działalności.

Użycie przez ustawodawcę w unormowaniu art. 25<sup>1</sup> § 4 pkt 4 k.p. klauzuli generalnej powoduje, że w obrocie prawnym będzie musiało dochodzić do sporów co do tego, czy w danym stanie faktycznym rzeczywiście wystąpiły obiektywne powody zawarcia umowy o pracę na czas określony, tym bardziej że zawarcie takiej umowy jest uzasadnione, gdy spełnione są aż trzy nieostre przesłanki ustanowione przez prawodawcę. Otóż poza „obiektywnymi powodami” zawarcie umowy musi służyć zaspokojeniu rzeczywistego okresowego zapotrzebowania i być niezbędne w tym zakresie w świetle wszystkich okoliczności zawarcia umowy. Dlatego już w piśmiennictwie prawa pracy występują bardzo różne oceny tego, jakie okoliczności w praktyce mogą być uznane za przyczyny obiektywne zatrudnienia okresowego. Na przykład niektórzy przedstawiciele doktryny uznają, że przykładem obiektywnych przyczyn zawarcia umowy na czas określony jest realizacja inwestycji (choćby budowlanych, remontowych), realizacja kolejnych przedsięwzięć czy kontraktów, zewnętrzne finansowanie działalności pracodawcy, czasowy wzrost zapotrzebowania na pracę oraz problemy z obsadą stanowisk w poszczególnych jednostkach organizacyjnych<sup>20</sup>. Natomiast inni autorzy podnoszą, że co do zasady obiektywnym powodem zatrudnienia okresowego nie może być sam fakt zewnętrznego finansowania działalności

18 M. Rylski, Przeciwdziałanie nadużywaniu umów o pracę na czas określony po nowelizacji kodeksu pracy, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2016, nr 11, s. 24.

19 Odmienne: Ł. Pisarczyk, Nowy..., *op. cit.*, s. 180.

20 *Ibidem*, s. 179.

pracodawcy, w tym wynagrodzeń pracowników<sup>21</sup>. W literaturze przedmiotu pojawił się również apel, aby przesłankę zewnętrznego finansowania rozumieć wąsko, tzn. z pominięciem przychodów ze sprzedaży towarów i usług w ramach prowadzonej działalności, polegającej na realizacji poszczególnych kontraktów, które jednocześnie stanowią źródło finansowania zakładów<sup>22</sup>.

Powyższe różne oceny co do możliwych obiektywnych powodów zatrudnienia okresowego wskazują na to, iż użycie w przepisie art. 25<sup>1</sup> § 4 pkt 4 k.p. klauzuli generalnej może budzić uzasadnione wątpliwości. Konstrukcja taka jawi się przede wszystkim jako mało skuteczna w ograniczaniu nieuprawnionego zawierania umów o pracę na czas określony. Dlatego też w tym zakresie należy zgodzić się z poglądami tych przedstawicieli doktryny prawa pracy, którzy podnoszą, że posłużenie się przez ustawodawcę określeniem „obiektywne przyczyny leżące po stronie pracodawcy” rodzi wątpliwość, czy cel regulacji w postaci ochrony pracowników przed nadmiernym zawieraniem umów okresowych nie został spełniony tylko iluzorycznie. Przy tym autorzy ci słusznie podnoszą, iż wykorzystanie przez prawodawcę w tej regulacji niedookreślonego pojęcia daje pole do różnorodnej interpretacji i nadużyć ze strony części pracodawców<sup>23</sup>.

Na temat obiektywnych powodów zawierania umów o pracę na czas określony wypowiadają się również sądy. Na przykład w uzasadnieniu wyroku z dnia 22 sierpnia 2018 r. Sąd Najwyższy uznał, że przykładem obiektywnej przesłanki jest konieczność zatrudnienia osoby posiadającej określone uprawnienia w sytuacji, gdy zatrudnienie to jest związane z realizacją projektów unijnych czy realizacją zadań publicznych<sup>24</sup>. Z kolei w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Siedlcach z dnia 28 listopada 2019 r. zauważono między innymi, iż przystępowanie przez pracodawcę do przetargów na przygotowywanie i dostarczanie żywności nie może mieć wpływu na sytuację pracowników. W rozpatrywanym stanie faktycznym pracodawca zawierał z pracownikami umowy terminowe, chociaż prowadzona przez niego działalność miała charakter stały i po realizacji jednego kontraktu zawierany był kolejny, a po nim następny. Dlatego cały czas po stronie pracodawcy istniała potrzeba zatrudniania pracowników do obsługi kontrahentów. W związku z tym Sąd doszedł do przekonania, że w przypadku przyjęcia argumentacji pracodawcy o braku możliwości zatrudnienia pracownika na czas nieokreślony w takich warunkach pracownik mógłby świadczyć pracę na rzecz danego podmiotu w ramach kolejnych umów o pracę na czas określony przez sześć i więcej lat i przez cały ten czas zatrudniony byłby na podsta-

21 M. Ryłski, *Przeciwdziałanie...*, *op. cit.*, s. 23–24.

22 L. Krysińska-Wnuk, *Umowa o pracę na czas określony – wybrane aspekty przeciwdziałania nadużyciom przy zawieraniu umowy*, (w:) G. Goździewicz (red.), *Umowa o pracę a umowa o zatrudnienie*, WKP 2018 Lex.

23 *Ibidem*.

24 Wyrok SN z dnia 22 sierpnia 2018 r., III PK 66/17, Lex nr 2549369.

wie umowy o pracę na czas określony uwarunkowany okresem trwania kolejnych kontraktów zawieranych przez pracodawcę. Dlatego też zdaniem Sądu tego rodzaju zatrudnienie na podstawie umowy o pracę na czas określony z powołaniem się na regulację art. 25<sup>1</sup> § 4 pkt 4 k.p. stanowi obejście przepisów o zawieraniu umów o pracę na czas nieokreślony<sup>25</sup>. Tymczasem Sąd Najwyższy wielokrotnie podkreślał w oparciu o przepisy polskiego i unijnego prawa pracy, że umowa o pracę na czas określony powinna być wyjątkiem od zasady zatrudnienia na czas nieokreślony, stosowanym wówczas, gdy istnieją obiektywne okoliczności uzasadniające zatrudnienie terminowe. Umowy terminowe są bowiem traktowane jako formuła zatrudnienia, która jest dla pracownika mniej korzystna niż zatrudnienie bezterminowe. Podstawowym celem umowy terminowej jest zaś związanie się nią przez strony stosunku prawnego tylko do pewnego terminu, który jest dla nich dogodny i – co do zasady – zależny od ich woli<sup>26</sup>.

Odnosząc się do sytuacji zawierania umów o pracę na czas określony z powołaniem na zawarcie kolejnego kontraktu czy zamówienia jako obiektywnego powodu zatrudnienia okresowego, wypada zauważyć, że duża część przedsiębiorców prowadzi swoją działalność właśnie w takim systemie. Dotyczy to na przykład firm budowlanych, sprzętających, cateringowych czy podmiotów zajmujących się ochroną. Przykładowo dany przedsiębiorca przystępuje do kolejnych przetargów na ochronę kolejnych obiektów w ciągu 4 lat. Po otrzymaniu zlecenia na realizację usługi zawiera z pracownikami umowy o pracę na czas określony na ten okres z powołaniem się na obiektywne powody zawarcia umowy na czas określony leżące po stronie pracodawcy. Następnie po czterech latach sytuacja powtarza się i ci sami pracownicy są zatrudniani na podstawie kolejnych umów o pracę na czas określony 4 lat ze wskazaniem obiektywnych przesłanek, o których mowa w art. 25<sup>1</sup> § 4 pkt 4 k.p. W tym kontekście przyjęcie podglądu uznającego za obiektywny powód zatrudnienia okresowego samego faktu zawarcia przez pracodawcę kolejnego kontraktu produkcyjnego, usługowego czy handlowego wydaje się stać w sprzeczności z ideą ograniczania nadużyć przy zawieraniu umów o pracę na czas określony. Taka okoliczność może być szczególną przesłanką wówczas, gdy pracodawca zawiera dodatkowy kontrakt, na przykład na usługi, których dotychczas nie wykonywał, a wyjątkowo musi zrealizować przy okazji swojej podstawowej działalności, przy czym ta dodatkowa usługa ma charakter jednorazowy, przejściowy, okresowy. Natomiast trudno zgodzić się z założeniem, iż podmioty realizujące kontrakty mogą za każdym razem do ich realizacji zatrudniać pracowników na podstawie umów o pracę na czas określony uzasadnione obiektywnie przez sam fakt takiego modelu prowadzenia działalności. Gdyby przyjąć takie założenie, doszłoby do sytuacji, w której w firmach budowlanych, sprzętających, cateringowych, dozoru i ochrony, poza niewielką liczbą osób wykonujących

25 Wyrok SO w Siedlcach z dnia 28 listopada 2019 r., IV Pa 31/19, Lex 2984947.

26 Por. wyrok SN z dnia 22 sierpnia 2018 r., III PK 66/17, Lex nr 2549369.

prace administracyjne w ich siedzibach, pracownicy nie mogliby być zatrudnieni na podstawie umów o pracę na czas nieokreślony. Tymczasem ani ustawodawca polski, ani unijny nie zakłada, że regulacje prawne mające ograniczać nadużywanie umów o pracę na czas określony nie obejmują jakichkolwiek rodzajów pracodawców czy grup pracowników. Ponadto warto zauważyć, że dopuszczenie tak szerokich możliwości zawierania „nielimitowanych” umów o pracę na czas określony stanowiłoby częściowe „przerzucenie” ryzyka prowadzenia działalności z pracodawcy na pracownika, którego rodzaj umowy byłby uzależniony od rodzaju działalności prowadzonej przez pracodawcę.

Uwzględniając powyższe, właściwe jest stwierdzenie, że w świetle regulacji art. 25<sup>1</sup> § 4 pkt 4 k.p. określenie obiektywnych okoliczności uzasadniających nielimitowane zawieranie umów o pracę na czas określony zostało w zasadzie scedowane na orzecznictwo sądowe. Takie rozwiązanie rodzi niebezpieczeństwo nadużywania przez pracodawców zatrudnienia okresowego<sup>27</sup>, przy czym ryzyka tego mogą nie ograniczyć skutecznie tak przewidziane w art. 29 § 1<sup>1</sup> k.p. wskazywanie w umowie szczególnych okoliczności jej zawarcia, jak i wynikający z art. 25<sup>1</sup> § 5 k.p. obowiązek zawiadomienia właściwego okręgowego inspektora pracy, w formie pisemnej lub elektronicznej, o zawarciu umowy o pracę z obiektywnych powodów wraz ze wskazaniem przyczyn zawarcia takiej umowy w terminie 5 dni roboczych od dnia jej zawarcia. Taki wniosek wynika z ograniczonych możliwości weryfikowania przez inspektora pracy nadużyć w stosowaniu nielimitowanego zatrudnienia z powodu przesłanek obiektywnych<sup>28</sup>. W celu sprawdzenia prawidłowości treści umowy zawartej na czas określony konieczne będzie przeprowadzenie czynności kontrolnych. Jednakże zmiana podstawy zatrudnienia na przykład na umowę o pracę na czas nieokreślony w praktyce będzie zasadniczo wymagała skierowania do sądu pracy pozwu o ustalenie istnienia stosunku pracy na podstawie umowy bezterminowej (art. 63<sup>1</sup> k.p.c.<sup>29</sup> w zw. z art. 10 ust. 1 pkt 11 ustawy z dnia 13 kwietnia 2007 r. o Państwowej Inspekcji Pracy<sup>30</sup>), przy czym w świetle uchwały Sądu Najwyższego z dnia 24 września 2020 r. inspektorowi pracy na podstawie art. 63<sup>1</sup> k.p.c. nie przysługuje uprawnienie do wytoczenia na rzecz obywatela powództwa obejmującego żądanie ustalenia treści sto-

27 A. Ludera-Ruszel, Ocena nowej regulacji umowy o pracę na czas określony – pozytywny kierunek zmian czy utrzymanie status quo?, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2016, nr 2, s. 30; M. Rylski, Przeciwdziałanie..., *op. cit.*, s. 25; K. Karpiński, Terminowość umów o pracę na czas określony – analiza na gruncie stanu prawnego sprzed i po nowelizacji oraz orzecznictwa, „Kortowski Przegląd Prawniczy” 2016, nr 3, s. 90.

28 M. Rylski, Obowiązki informacyjne pracodawcy związane z zawieraniem umów o pracę po nowelizacji Kodeksu Pracy, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2017, z. 2, s. 2.

29 Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 1575).

30 Ustawa z dnia 13 kwietnia 2007 r. o Państwowej Inspekcji Pracy (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 1251).

sunku pracy lub sposobu ustania stosunku pracy<sup>31</sup>. Pomijając ze względu na charakter niniejszego opracowania kwestię słuszności stanowiska Sądu Najwyższego w zakresie braku uprawnień organu Państwowej Inspekcji Pracy do wniesienia pozwu o ustalenie istnienia stosunku pracy o określonej treści (w tym na podstawie umowy o pracę na czas nieokreślony), należy zauważyć, iż przewidziany w tym zakresie przez ustawodawcę mechanizm kontrolny raczej nie będzie skutecznie zapobiegał nadużywaniu zatrudnienia okresowego z powołaniem się na jego obiektywne powody. W tym kontekście zasadne wydają się wątpliwości co do tego, że poważniejsze sankcje grożą pracodawcy za niepowiadomienie okręgowego inspektora pracy o zawarciu umowy ze względu na obiektywne przyczyny niż za nieuzasadnione zawarcie takiej umowy<sup>32</sup>. Otóż zgodnie z regulacją art. 281 pkt 1a k.p.: kto, będąc pracodawcą lub działając w jego imieniu, nie zawiadamia właściwego okręgowego inspektora pracy, w formie pisemnej lub elektronicznej, o zawarciu umowy o pracę, o której mowa w art. 25<sup>1</sup> § 4 pkt 4, wraz ze wskazaniem przyczyn zawarcia takiej umowy, w terminie 5 dni roboczych od dnia jej zawarcia, podlega karze grzywny od 1000 zł do 30 000 zł. Takich czy zbliżonych konsekwencji nie przewidziano natomiast w przypadku powoływania się przez pracodawcę na nieistniejące obiektywne przyczyny zatrudnienia okresowego.

W tym miejscu należy wskazać, że w świetle regulacji art. 25<sup>1</sup> § 3 k.p. w przypadku przekroczenia limitów zatrudnienia okresowego z § 1, uważa się, że pracownik odpowiednio od dnia następującego po upływie okresu 33 miesięcy zatrudnienia okresowego lub od dnia zawarcia czwartej umowy o pracę na czas określony jest zatrudniony na podstawie umowy o pracę na czas nieokreślony. Przyjęcie takiego rozwiązania miało na celu zwiększenie efektywności ochrony pracownika. W doktrynie prawa pracy słusznie zwrócono uwagę, że w tym zakresie wątpliwości budzi nieprzewidzenie przez ustawodawcę sankcji nieważności w stosunku do umów, które przewidują zatrudnienie powyżej 33 miesięcy<sup>33</sup>. W związku z tym taka umowa do upływu 33 miesięcy jest uznawana za umowę o pracę na czas określony. Natomiast przepisy Kodeksu pracy nie wskazują wprost konsekwencji niewskazania w umowie o pracę na czas określony obiektywnych powodów jej zawarcia. W związku z tym należy przyjąć, że umowa taka jest ważna, ale pracodawca nie ma wówczas możliwości wykorzystania wyjątków określonych art. 25<sup>1</sup> § 4 k.p. W konsekwencji umowa ta podlega limitom zatrudnienia okresowego (3 umowy i 33 miesiące)<sup>34</sup>. Z kolei w przypadku zawarcia w umowie o pracę na czas określony pozornego obiektywnego powodu taka umowa powinna zostać uznana za jedną z trzech, a jej okres obowiązywania być wliczony do 33 miesięcy, o których mowa w art. 25<sup>1</sup> § 1 k.p. Za zbyt daleko idący na-

31 Uchwała SN z dnia 24 września 2020 r., III PZP 1/20, LEX nr 3054452.

32 L. Florek, Komentarz do art. 25<sup>1</sup> k.p., (w:) Kodeks pracy. Komentarz, wyd. VII, WKP 2017 Lex.

33 Ł. Pisarczyk, Nowy model zatrudnienia terminowego w prawie pracy? Część 2, „Monitor Prawa Pracy” 2016, nr 5, s. 233.

34 M. Tomaszewska, Komentarz do art. 25<sup>1</sup> k.p.,..., *op. cit.*

leży przy tym uznać postulat, aby w takim przypadku zastosować „sankcję” w postaci uznania każdej takiej umowy za zawartą na czas nieokreślony<sup>35</sup>. W obowiązującym stanie prawnym ustawodawca nie przewidział takich skutków. Z kolei w przypadku, gdyby w związku z przekroczeniem obowiązujących limitów zatrudnienia okresowego pracodawca kwestionował przekształcenie umowy o pracę na czas określony w umowę na czas nieokreślony, wymagałoby to wystąpienia do sądu pracy z roszczeniem o ustalenie istnienia stosunku pracy na podstawie umowy na czas określony<sup>36</sup>.

Zastosowana w art. 25<sup>1</sup> § 4 pkt 4 k.p. klauzula generalna mająca ograniczać nadużywanie umów o pracę na czas określony zdaje się budzić wątpliwości również w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Otóż na przykład w wyroku z dnia 4 lipca 2006 r. Trybunał uznał, że pojęcie „obiektywne powody” w rozumieniu art. 5 ust. 1 lit. a porozumienia ramowego musi być rozumiane jako odnoszące się do precyzyjnych i konkretnych okoliczności charakteryzujących określoną działalność, a zatem mogące uzasadniać w tym szczególnym kontekście wykorzystanie kolejnych umów o pracę na czas określony. Okoliczności te przy tym mogą w szczególności wynikać ze szczególnego charakteru zadań, dla wykonania których zawarto umowy, oraz ich swoistych cech lub w odpowiednim przypadku z realizacji zasadnych celów polityki socjalnej państwa członkowskiego. Natomiast ustawodawczy lub wykonawczy przepis krajowy, który zawierałby jedynie ogólne i abstrakcyjne zezwolenie na wykorzystanie umów o pracę na czas określony, nie byłby zgodny z tymi wymogami. Taki przepis o wyłącznie formalnym charakterze, który nie uzasadnia w sposób szczegółowy wykorzystania kolejnych umów o pracę na czas określony poprzez wskazanie obiektywnych czynników związanych z charakterem danej działalności i warunkami jej wykonywania, rodzi rzeczywiste zagrożenie nadużyć tego rodzaju umów, a zatem nie jest zgodny z celem i skutecznością (*effet utile*) porozumienia ramowego.<sup>37</sup> Podobne stanowisko w tym zakresie TSUE zajął w wyroku z 14 września 2016 r., stwierdzając między innymi, że pojęcie „obiektywnych powodów” należy odnosić do ściśle określonych i konkretnych okoliczności charakteryzujących daną działalność, które mogą uzasadniać w tym szczególnym kontekście wykorzystywanie kolejnych umów na czas określony. Należy przy tym podkreślić, że przepis krajowy, który poprzestałby na ogólnym zezwoleniu na zawieranie kolejnych umów o pracę na czas określony, powodowałby rzeczywiste zagrożenie nadużyć tego rodzaju umów i byłby niezgodny z celem i skutecznością porozumienia ramowego<sup>38</sup>. Uwzględniając powyższe, obowiązujące brzmienie regulacji art. 25<sup>1</sup> § 4 pkt 4 k.p. wy-

35 K. Jaśkowski, E. Maniewska, Komentarz do art. 25<sup>1</sup> k.p., (w:) Komentarz aktualizowany do Kodeksu pracy, 2020 Lex.

36 Tak: L. Florek, Komentarz do art. 25<sup>1</sup> k.p.,..., *op. cit.*

37 Wyrok TS UE z 04 lipca 2006 r. w sprawie *Adeneler i inni*, C-212/04.

38 Wyrok TS UE z 14 września 2016 r. w sprawie *Maria Elena Pérez López vs. Comunidad de Madrid*, C 16/15.



daje się właśnie takim „przepisem krajowym, który zawiera jedynie ogólne i abstrakcyjne zezwolenie na wykorzystanie umów o pracę na czas określony”.

Co więcej, tak ogólne sformułowanie przesłanki zawierania „nielimitowanych” umów o pracę na czas określony (z wykorzystaniem klauzuli generalnej) może prowadzić do nadużywania takiego zatrudnienia okresowego, w tym do zaspokajania stałych potrzeb pracodawcy. Tymczasem w wyroku z dnia 19 marca 2020 r. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej stwierdził między innymi, iż klauzulę 5 Porozumienia ramowego w sprawie pracy na czas określony, stanowiącego załącznik do dyrektywy 1999/70/WE, należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie ustawodawstwu i orzecznictwu krajowemu, na mocy których kolejne odnowienie stosunków pracy zawieranych na czas określony uważa się za uzasadnione „obiektywnymi powodami” w rozumieniu pkt 1 lit. a tej klauzuli jedynie na tej podstawie, że odnowienie to odpowiada podstawom zatrudnienia wskazanym w tym ustawodawstwie, czyli względem konieczności, pilności lub celowi realizacji programów o charakterze tymczasowym, koniunkturalnym lub nadzwyczajnym w zakresie, w jakim takie ustawodawstwo i orzecznictwo krajowe nie zapobiega temu, by dany pracodawca zaspokajał w praktyce za pomocą takich odnowień stałe i długookresowe potrzeby kadrowe<sup>39</sup>. W tym kontekście warto zauważyć, że obecne brzmienie przepisu art. 25<sup>1</sup> § 4 pkt 4 k.p. wydaje się być wykorzystywane w obrocie prawnym przez część pracodawców (przede wszystkim przedstawicieli firm budowlanych, sprzątających, cateringowych, podmiotów zajmujących się ochroną) do „zaspokajania” stałych czy długofalowych potrzeb kadrowych. Podmioty te stosują umowy o pracę zawierane na czas określony „z obiektywnych powodów” do realizacji niemal wszystkich kontraktów czy usług świadczonych w ramach prowadzonej działalności gospodarczej.

Należy przy tym dodać, że w zasadzie ustawodawca polski nie przewidział skutecznych mechanizmów kontrolnych wobec sytuacji, w których dochodzi do zatrudnienia okresowego z powołaniem się na obiektywne powody. Takich możliwości nie ma na pewno na etapie podpisywania umowy pracownik, przy czym, jak już zaznaczono, umieszczana w umowie informacja o szczególnych powodach zawarcia umowy na czas określony (art. 29 § 1<sup>1</sup> k.p.) jest traktowana jak oświadczenie wiedzy pracodawcy, który jako jedyny zna prawdę na ten temat. Ponadto faktyczne uprawnienia inspektora pracy w tym zakresie również są ograniczone.

Z tego względu ewentualne zakwestionowanie istnienia obiektywnych powodów zawarcia umowy o pracę na czas określony zasadniczo jest możliwe jedynie poprzez wniesienie pozwu do sądu o ustalenie istnienia stosunku pracy na podstawie umowy bezterminowej przez pracownika lub inspektora pracy. Jednakże w praktyce większość takich stanów faktycznych nie znajdzie rozstrzygnięcia w sądzie pracy. Za interesowane osoby czy organy Państwowej Inspekcji Pracy nawet w przypadku uza-

39 Wyrok TS UE z 19 marca 2020 r. w sprawach połączonych *Domingo Sánchez Ruiz*, C-103/18 i *Berta Fernández Álvarez i in.*, C-429/18.



sadnionych wątpliwości wobec istnienia obiektywnych przyczyn zawarcia umowy na czas określony, co do zasady, zrezygnują z drogi sądowej ze względu na niepewność końcowego rozstrzygnięcia, czas konieczny do prawomocnego zakończenia postępowania czy koszty procesu. Dodatkowo na zachowanie inspektora pracy w tym obszarze wpływ może mieć przywołana uchwała Sądu Najwyższego z dnia 24 września 2020 r., przy czym ta niepewność orzeczenia sądowego wynika przede wszystkim z zastosowania w art. 25<sup>1</sup> § 4 pkt 4 k.p. klauzuli generalnej, która może zmieniać swój zakres znaczeniowy w zależności od oceny podmiotu stosującego prawo. Powyższe powoduje, że to, co dla jednego inspektora pracy czy składu orzekającego w sądzie pracy nie jest obiektywnym powodem zatrudnienia okresowego, będzie nim dla innego inspektora czy innego składu sądu. Problem ten dotyczy również samych stron stosunku pracy, które mogą różnie oceniać w tym zakresie takie same obiektywne przyczyny zatrudnienia okresowego (np. w jednym „zakładzie pracy”). Dlatego też znakomita większość umów o pracę na czas określony z informacją o obiektywnych przyczynach ich zawarcia pozostanie poza kontrolą tak organów Państwowej Inspekcji Pracy, jak i sądu. Tak więc „przerzucenie” przez polskiego ustawodawcę na judykaturę ciężaru ustalenia tego, jakie sytuacje w konkretnym przypadku uzasadniają nieograniczone zawieranie umów o pracę na czas określony, jawi się jako sprzeczne z prawem unijnym. Warto przytoczyć w tym obszarze stanowisko Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyrażone w wyroku z dnia 14 września 2016 r., w którym uznano między innymi, że ciążący na pracowniku zatrudnionym na czas określony w przypadku stwierdzenia naruszenia wynikającego z wykorzystywania kolejnych umów o pracę na czas określony obowiązek wniesienia nowego powództwa – w razie potrzeby przed innym sądem – w celu określenia stosownej sankcji jawi się jako niezgodny z zasadą skuteczności, ponieważ w sposób konieczny wynikają z niego dla pracownika niedogodności proceduralne dotyczące w szczególności kosztów, czasu trwania postępowania i zasad reprezentacji<sup>40</sup>. Powyższe orzeczenie znajduje odpowiednie zastosowanie do przyjętego w Polsce jedyne go możliwego w praktyce sposobu weryfikacji zasadności umów o pracę zawieranych na czas określony z obiektywnych przyczyn leżących po stronie pracodawcy.

Warto zauważyć, że część przedstawicieli doktryny prawa pracy uznaje, że polska regulacja art. 25<sup>1</sup> § 4 pkt 4 k.p. pozwala na sprawdzenie tego, czy zawarcie umowy faktycznie służy zaspokojeniu rzeczywistych potrzeb pracodawcy, czy prowadzi do osiągnięcia celu i czy jest w tym zakresie niezbędne. Zwracają oni uwagę na to, że w każdym przypadku zawarcia obiektywnie uzasadnionej umowy na czas określony konieczna jest indywidualna ocena łącznego spełnienia dwóch przesłanek: rzeczywistego okresowego zapotrzebowania pracodawcy i niezbędności w świetle wszystkich okoliczności zawarcia umowy. Przesłanki te mają przy tym wypełniać niedookre-

40 Wyrok TS UE z 14 września 2016 r. w sprawach *Florentina Martinez i Juan Carlos Castrejana López*, C-184/15 i C-197/15.

ślony zwrot „obiektywnych powodów” konkretną treścią, bowiem zawarcie na tej podstawie umowy na czas określony musi służyć zaspokojeniu rzeczywistego okresowego zapotrzebowania pracodawcy i być niezbędne przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności<sup>41</sup>. Przede wszystkim należy zauważyć, że w praktyce większość stanów faktycznych pozostanie poza kontrolą inspektora pracy czy sądu, a więc do takiego „sprawdzenia” *de facto* nie dojdzie. Ponadto stanowisko to wydaje się nie do końca trafne w związku z tym, że zakłada, iż strony stosunków pracy będą zawierać umowy na czas określony z obiektywnych przyczyn jedynie wówczas, gdy one rzeczywiście wystąpią. Tymczasem doświadczenia płynące z praktyki pokazują, że nie zawsze tak jest. Okazuje się bowiem, że nie wszyscy uczestnicy obrotu prawnego w każdym przypadku stosują obowiązujące przepisy prawa zgodnie z ich celem. Dodatkowo w moim przekonaniu przesłanki w postaci „rzeczywiste okresowe zapotrzebowanie” i „niezbędność w świetle wszystkich okoliczności” stanowią kolejne swoiste klauzule generalne. Tak więc *de facto* to „doprecyzowanie” treści „obiektywnych powodów” odbywa się za pomocą dwóch kolejnych niedookreślonych zwrotów, które mogą być interpretowane odmiennie w poszczególnych stanach faktycznych czy też przez strony stosunku pracy, inspektorów pracy, sądy pracy. Inaczej rzecz ujmując, w przypadku tego unormowania jedna ogólna przesłanka jest „uściślana” przez dwie kolejne, co raczej nie zapewnia skutecznego ograniczania nadużyć w zawieraniu umów o pracę na czas określony z obiektywnych powodów.

W doktrynie prawa pracy obecny jest dodatkowo pogląd, zgodnie z którym wątpliwości może budzić sam sposób zastosowania w regulacjach art. 25<sup>1</sup> k.p. trzech przewidzianych przez klauzulę 5 porozumienia ramowego mechanizmów ograniczania nieuprawnionego zawierania umów o pracę na czas określony. Zwolennicy takiego stanowiska wskazują, że problem ten wynika przede wszystkim z błędnego traktowania przez polskiego ustawodawcę charakteru przesłanki „uzasadnionych przyczyn”. Otóż w akcie unijnym ma ona charakter ochronny, natomiast w art. 25<sup>1</sup> k.p. różnicuje umowy na zwykłe i szczególne, a ponadto jest przesłanką wyłączającą stosowanie pozostałych dwóch środków ochronnych<sup>42</sup>. Uznając, co do zasady, za zgodny z dyrektywą zastosowany w Kodeksie pracy „mieszany system” ograniczeń nadużyć w zawieraniu umów okresowych, należy przychylić się do słuszności tego stanowiska w odniesieniu do umów zawieranych „z obiektywnych przyczyn leżących po stronie pracodawcy”<sup>43</sup>. Unormowanie art. 25<sup>1</sup> § 4 pkt 4 k.p., będące kolejną klauzulą generalną w polskim prawie pracy, stwarza bowiem tak szerokie możliwości zawierania „nielimitowanych” umów o pracę na czas określony, że w wielu sytuacjach może *de facto* niweczyć ochronę przed nadużywaniem zatrudnienia okresowego wprowadzaną przez dwa pozostałe limity z art. 25<sup>1</sup> § 1 k.p.

41 K. Jaśkowski, E. Maniewska, Komentarz do art. 25<sup>1</sup> k.p. ..., *op. cit.*

42 J. Stelina, Nowa..., *op. cit.*, s. 41–51.

43 Por. K. Łapiński, Umowa..., *op. cit.*, s. 264–268.

W takim stanie rzeczy należy przyjąć, że zastosowany przez polskiego ustawodawcę w przepisie art. 25<sup>1</sup> § 4 pkt 4 k.p. sposób reglamentacji zatrudnienia okresowego może zostać w przyszłości uznany przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej za sprzeczny z dyrektywą Rady nr 99/70 z dnia 28 czerwca 1999 r. Sprzeczność ta będzie wynikiem tego, że takie ograniczenie, z zastosowaniem klauzuli generalnej, jest niezgodne z celem i zasadą skuteczności (*effet utile*) porozumienia ramowego.

## Uwagi końcowe

Przede wszystkim należy podkreślić, że unormowanie zawarte w art. 25<sup>1</sup> § 4 pkt 4 k.p. stanowi przykład kolejnej klauzuli generalnej w prawie pracy. Dodatkowo współistnieje ona z wymienionymi w § 4 dwoma kolejnymi klauzulami ogólnymi w postaci „rzeczywistego okresowego zapotrzebowania” i „niezbędności w świetle wszystkich okoliczności zawarcia umowy”. „Obiektywne powody” należą przy tym do charakterystycznych dla prawa pracy klauzul, które zmieniają swój zakres znaczeniowy w zależności od oceny podmiotu stosującego prawo.

Ponadto *de lege lata* można postawić tezę, że użycie przez polskiego ustawodawcę klauzuli generalnej w postaci „obiektywnych przyczyn leżących po stronie pracodawcy” dla osiągnięcia konkretnego celu w postaci ograniczenia nadużywania w kraju zatrudnienia okresowego jest nietrafne. W praktyce w wielu stanach faktycznych pracodawcy, jako silniejsza strona stosunku pracy, mogą doprowadzić do zamieszczenia w umowach o pracę na czas określony informacji o obiektywnych powodach ich zawarcia, które nie istnieją lub są co najmniej dyskusyjne. Przewidziane przy tym odpowiednio w art. 29 § 1<sup>1</sup> k.p. i art. 25<sup>1</sup> § 5 k.p. instytucje umieszczenia w umowie informacji o szczególnym uzasadnieniu umowy na czas określony i informowania okręgowego inspektora pracy o obiektywnym powodzie zawarcia umowy okresowej w znakomitej większości przypadków nie zapewnią skutecznej weryfikacji zasadności wyłączenia limitów dotyczących zatrudnienia okresowego.

Dodatkowo pozostawienie *de facto* sądom pracy kontroli zasadności stosowania umów o pracę na czas określony w związku z obiektywnymi powodami powoduje, że w praktyce zdecydowana większość takich umów nigdy nie zostanie zweryfikowana w tym zakresie.

Uwzględniając powyższe użycie w przepisie art. 25<sup>1</sup> § 4 pkt 4 k.p. klauzuli generalnej w postaci „obiektywnych przyczyn leżących po stronie pracodawcy” może zostać uznane w przyszłości przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej za niezgodne z klauzulą V dyrektywy Rady 99/70/WE z dnia 28 czerwca 1999 r. dotyczącej Porozumienia ramowego w sprawie pracy na czas określony. Trybunał może dojść do takich wniosków przede wszystkim w związku z tym, że przyjęty w tym unormowaniu mechanizm okazuje się niezgodny z celem i skutecznością (*effet utile*) porozumienia ramowego.

Dlatego też *de lege ferenda* należy postulować zastąpienie użytej przez prawodawcę w art. 25<sup>1</sup> § 4 pkt 4 k.p. klauzuli generalnej ewentualnymi kolejnymi skonkretyzowanymi obiektywnymi przesłankami zawarcia „nielimitowanych” umów o pracę na czas określony.

#### BIBLIOGRAFIA

- Florek L., Komentarz do art. 25<sup>1</sup> k.p., (w:) Kodeks pracy. Komentarz, wyd. VII, WKP 2017 Lex.
- Jaśkowski K., Nowa umowa o pracę na czas określony „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2015, nr 11.
- Jaśkowski K., Maniewska E., Komentarz do art. 25<sup>1</sup> k.p., (w:) Komentarz aktualizowany do Kodeksu pracy, 2020 Lex.
- Kanadys A., Podstawa rekonstrukcji treści klauzul generalnych. Przykład zasad współżycia społecznego, „Studia Iuridica Lublinensia” 2016, vol. XXV, nr 2.
- Karpiński K., Terminowość umów o pracę na czas określony – analiza na gruncie stanu prawnego sprzed i po nowelizacji oraz orzecznictwa, „Kortowski Przegląd Prawniczy” 2016, nr 3.
- Krysińska-Wnuk L., Umowa o pracę na czas określony – wybrane aspekty przeciwdziałania nadużyciom przy zawieraniu umowy, (w:) G. Goździewicz (red.), Umowa o pracę a umowa o zatrudnienie, WKP 2018 Lex.
- Leszczyński L., Tworzenie generalnych klauzul odsyłających, Lublin 2000.
- Ludera-Ruszel A., Ocena nowej regulacji umowy o pracę na czas określony – pozytywny kierunek zmian czy utrzymanie status quo?, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2016, nr 2.
- Łapiński K., Umowa o pracę na czas określony w polskim i unijnym prawie pracy, Warszawa 2011.
- Nowacki J., O normatywnych (abstrakcyjno-generalnych) i sytuacionistycznych rozumieniach zasad współżycia społecznego?, (w:) T. Zieliński (red.), Z problematyki prawa pracy i polityki społecznej, t. III, Katowice 1980.
- Pisarczyk Ł., Nowy model zatrudnienia terminowego w prawie pracy? Część 1, „Monitor Prawa Pracy” 2016, nr 4.
- Pisarczyk Ł., Nowy model zatrudnienia terminowego w prawie pracy? Część 2, „Monitor Prawa Pracy” 2016, nr 5.
- Rylski M., Przeciwdziałanie nadużywaniu umów o pracę na czas określony po nowelizacji kodeksu pracy, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2016, nr 11.
- Rylski M., Obowiązki informacyjne pracodawcy związane z zawieraniem umów o pracę po nowelizacji Kodeksu pracy, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2017, z. 2.
- Stelina J., Nowa koncepcja umowy o pracę na czas określony, „Państwo i Prawo” 2015, z. 11.
- Szot A., Klauzula generalna jako ponadgałęziowa konstrukcja systemu prawa, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska”, sectio G (Ius), 2016, vol. 63, nr 2.
- Tomaszewska M., Komentarz do art. 25<sup>1</sup> k.p., (w:) K.W. Baran (red.), Kodeks pracy. Komentarz, t. I, wyd. V, WKP 2020 Lex.
- Wiśniewski J., Kilka refleksji dotyczących umowy o pracę na czas określony, „Studia Prawnoustrojowe UWM” 2018, z. 42.

Wypych-Żywicka A., Część ogólna prawa pracy, (w:) Zarys systemu prawa pracy, t. I, K.W. Baran (red.), Warszawa 2010.

Zieliński T., Klauzule generalne w nowym porządku konstytucyjnym, „Państwo i Prawo” 1997, z. 11–12.



**Katarzyna Żywolewska**

Uniwersytet w Białymstoku, Polska

k.zywolewska@uwb.edu.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-6839-4320>

## Przywrócenie do pracy na poprzednich warunkach a prawo do urlopu wypoczynkowego na podstawie orzecznictwa Sądu Najwyższego i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej

Reinstatement to Work under Previous Conditions and the Right to Holiday Leave  
on the Basis of the Case Law of the Supreme Court and the Court of Justice  
of the European Union

**Abstract:** This essay concerns analysis of specified provisions of the Labor Code and international acts regarding annual leave, as well as the case law of the Supreme Court and the decisions of the CJEU, in order to address the following question: With regard to an employee employed in Poland, with whom the employer unjustifiably terminated the employment contract, and whom the Labor Court reinstated under previous conditions upon the employee's request, should the time from the termination of the employment contract to the employee's reinstatement under the previous conditions be included in the seniority for which the employee is entitled to vacation leave? The conclusion is that, in accordance with the adopted jurisprudence of the Supreme Court, the periods of unemployment due to unlawful termination of an employment contract, from the date of the termination of employment to the date of undertaking work after reinstatement, do not affect the right to vacation leave. A different opinion arises from the CJEU decision discussed here. It should be emphasized that the rule expressed by the CJEU is not applied under Polish labor law.

**Keywords:** reinstatement of the employee to work under previous conditions, the right to vacation leave

**Słowa kluczowe:** przywrócenie pracownika do pracy na poprzednich warunkach, prawo do urlopu wypoczynkowego



## Uwagi wstępne

Urlop wypoczynkowy jest uprawnieniem pracownika. Jest coroczną, płatną i nieprzerwaną przerwą w pracy. Polega na zwolnieniu pracownika z obowiązku świadczenia pracy w celu regeneracji sił, odnowy psychicznej i fizycznej, z zachowaniem prawa do wynagrodzenia.

Z art. 66 ust 2 Konstytucji<sup>1</sup> wynika, że pracownik ma prawo do określonych w ustawie dni wolnych od pracy i corocznych płatnych urlopów; maksymalne normy czasu pracy określa ustawa. Jest nią Kodeks pracy<sup>2</sup>. Do podstawowych zasad prawa pracy (w art. 14 k.p.) ustawodawca zaliczył prawo pracownika do wypoczynku, który zapewniają przepisy o czasie pracy, dniach wolnych od pracy oraz o urloпах wypoczynkowych. Zasady nabycia prawa, wymiaru i realizacji prawa do urlopu wypoczynkowego zostały zawarte w dziale siódmym Kodeksu pracy.

Prawo do urlopu wypoczynkowego w źródłach prawa międzynarodowego jest przedmiotem konwencji nr 132 Międzynarodowej Organizacji Pracy z dnia 24 czerwca 1970 r. dotyczącej corocznych płatnych urlopów (zrewidowana). W prawie Unii Europejskiej istotne znaczenie mają tu Karta praw podstawowych UE<sup>3</sup> (art. 31) oraz Dyrektywa 2003/88 WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 4 listopada 2003 r., dotycząca niektórych aspektów organizacji czasu pracy<sup>4</sup> (art. 7). Spośród zawartych w nich przepisów na szczególną uwagę w związku z omawianym zagadnieniem zasługują:

- art. 3 ust 3 Konwencji Nr 132 Międzynarodowej Organizacji Pracy, stanowiący, że wymiar urlopu w żadnym wypadku nie będzie mniejszy niż trzy tygodnie robocze za jeden rok pracy;
- art. 2 ust 3 Europejskiej Karty Społecznej<sup>5</sup>, stanowiący o obowiązku zapewnienia corocznego co najmniej dwutygodniowego płatnego urlopu;
- art. 7 Dyrektywy 2003/88, z której wynika obowiązek zapewnienia pracownikom przez państwa członkowskie corocznego płatnego urlopu w wymiarze co najmniej czterech tygodni, przy czym nie może on być zastąpiony wypłatą

---

1 Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483 ze zm.).

2 Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r., poz. 1320 ze zm.), zwana dalej k.p.

3 Karta praw podstawowych UE z dnia 7 grudnia 2000 r. (Dz. Urz. UE 2016 C 202, 389), por. A. Błachnio-Parzych, J. Jendrośka, I.C. Kamiński, K. Kowalik-Bańczyk, S. Majkowska-Szulc, M. Malczewska, J. Maliszewska-Nienartowicz, D. Miąsik, L. Mitrus, A.M. Potyrała, N. Półtorak, E. Skibińska, J. Sobczak, W. Sobczak, M. Szablowska, M. Szwarc, M. Tomaszewska, A. Wnukiewicz-Kozłowska, I. Ziulczyk-Nierubca, (w:) A. Wróbel (red.), Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz, wyd. 2, 2020, Legalis.

4 Dyrektywa 2003/88/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 4 listopada 2003 r. dotycząca niektórych aspektów organizacji czasu pracy (Dz.U. 2003, L 299).

5 Europejska Karta Społeczna sporządzona w Turynie dnia 18 października 1961 r.

ekwiwalentu pieniężnego, z wyjątkiem przypadku, gdy stosunek pracy ulega rozwiązaniu.

## 1. Nabycie prawa do urlopu i jego wymiar w przepisach Kodeksu pracy

Zasady nabycia prawa do urlopu w Polsce określa art. 153 k.p. Pracownik, który podjął pierwszą w życiu pracę, nabywa prawo do urlopu wypoczynkowego po przepracowaniu każdego miesiąca w wymiarze 1/12, a do kolejnych urlopów z początkiem każdego roku kalendarzowego. Ustawodawca w art. 155<sup>1</sup> k.p. uregulował zasady wykorzystania urlopu wypoczynkowego w wymiarze proporcjonalnym w przypadku rozwiązania umowy o pracę w trakcie roku kalendarzowego i podjęcia zatrudnienia w tym samym roku na rzecz innego pracodawcy.

Zasadą jest, że pracownik wykorzystuje urlop wypoczynkowy w naturze w tym roku, w którym nabył do niego prawo. Pracownikowi przysługuje ekwiwalent pieniężny jedynie w przypadku niewykorzystania przysługującego mu urlopu z powodu rozwiązania lub wygaśnięcia stosunku pracy (art. 171 k.p.).

Z przepisów kodeksu pracy wynika, że wymiar urlopu wypoczynkowego jest uzależniony od stażu pracy pracownika i tzw. okresów zaliczalnych, m.in. z tytułu rodzaju ukończonej szkoły. Wymiar urlopu wypoczynkowego to 20 dni, gdy ustalony staż jest krótszy niż 10 lat, a 26 dni – gdy wynosi co najmniej 10 lat (art. 154 § 1 k.p.). Zaliczenie okresu zatrudnienia do stażu pracy nie jest niczym uwarunkowane, co oznacza, że wlicza się do niego wszystkie okresy poprzedniego zatrudnienia bez względu na podstawę prawną stosunku pracy, sposób i przyczyny jego ustania oraz przerwy w zatrudnieniu (art. 154<sup>1</sup> § 1 k.p.). Staż ten stanowi prostą sumę wszystkich okresów zatrudnienia<sup>6</sup>.

Spośród wielu okresów zaliczalnych do stażu urlopowego, wpływającego na jego wymiar, warto w szczególności wskazać – oprócz okresów nauki w szkole ponadpodstawowej (art. 155 k.p.) – na okres urlopu bezpłatnego udzielonego pracownikowi na podstawie art. 174<sup>1</sup> k.p., okres pobierania świadczeń z ubezpieczenia społecznego, po ustaniu zatrudnienia pracownicy w ciąży (art. 177 § 4 k.p.), okresy pobierania zasiłku dla bezrobotnych i stypendiów pobieranych w okresie szkolenia, stażu i przygotowania zawodowego dorosłych (art. 79 u.p.z.<sup>7</sup>), okresy wykonywania przez skazanego odpłatnego zatrudnienia, z wyłączeniem pracy wykonywanej na podsta-

6 Por. K. Rączka, (w:) M. Gersdorf, K. Rączka, M. Rączkowski, Kodeks pracy. Komentarz, Warszawa 2010, s. 725; A. Bigaj, Prawo do urlopu wypoczynkowego, Warszawa 2015; M. Nowak, Urlop wypoczynkowy jako instrument realizacji prawa pracownika do odpoczynku, Łódź 2018.

7 Ustawa z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 1409), zwana u.p.z.

wie umów cywilnoprawnych (art. 128 k.k.w.<sup>8</sup> – to unormowanie dotyczy okresów pracy przypadających od 1.09.1998 r.; warunkiem zaliczenia okresów pracy skazanych przypadających przed tą datą jest wykonywanie pracy w wymiarze czasu pracy nie niższym niż połowa wymiaru obowiązującego pracownika w danym zawodzie), wlicza się także niektóre okresy prowadzenia indywidualnego gospodarstwa rolnego (art. 1 ustawy z dnia 20 lipca 1990 r. o wliczaniu okresów pracy w indywidualnym gospodarstwie rolnym do pracowniczego stażu pracy<sup>9</sup>)<sup>10</sup>.

W przypadku zmiany pracodawców w ciągu roku kalendarzowego lub wystąpienia okresów niewykonywania pracy powodujących ograniczenie uprawnień urlopowych wymiar kolejnego urlopu określają przepisy art. 155<sup>1</sup>–155<sup>3</sup> k.p. Okoliczności te mają lub mogą mieć wpływ tylko na wymiar urlopu i określenie pracodawcy obowiązującego do jego udzielenia<sup>11</sup>.

## **2. Przywrócenie do pracy na poprzednich warunkach a prawo do urlopu wypoczynkowego**

Z uwagi na przedmiot artykułu należy poddać analizie przepisy kodeksu pracy w zakresie urlopu wypoczynkowego przysługującego pracownikowi w sytuacji, gdy pracodawca bezprawnie rozwiązał z nim umowę o pracę (za wypowiedzeniem lub bez wypowiedzenia), a sąd przywrócił go do pracy na poprzednich warunkach lub zasądził odszkodowanie. Na szczególną uwagę zasługują zasady zaliczenia okresu pozostawania bez pracy do wymiaru urlopu, w związku z czym nasuwa się pytanie: czy okres, za który sąd zasądził odszkodowanie lub wynagrodzenie – w tym za cały okres od rozwiązania umowy o pracę do przywrócenia pracownika do pracy na poprzednich warunkach – należy wliczyć do stażu pracy, od którego uzależniony jest wymiar urlopu wypoczynkowego? Czy za okres pozostawania bez pracy w związku z wyrokiem przywracającym pracownika do pracy przysługuje pracownikowi prawo do urlopu wypoczynkowego po podjęciu pracy?

Zasadą jest wliczenie do okresu zatrudnienia okresu pozostawania bez pracy, za które pracownik otrzymał wynagrodzenie w związku z wyrokiem przywracającym do pracy. W przypadku zasądzenia alternatywnego roszczenia – odszkodowania – wliczany jest do okresu zatrudnienia okres, za który przyznano odszkodowanie (art. 51 k.p.).

8 Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 53), zwana k.k.w.

9 Ustawa z dnia 20 lipca 1990 r. o wliczaniu okresów pracy w indywidualnym gospodarstwie rolnym do pracowniczego stażu pracy (Dz.U. z 1990 r. Nr 54, poz. 310 ze zm.).

10 A. Kosut (w:) K.W. Baran (red.), Kodeks pracy. Komentarz, t. 2, wyd. V, WKP 2020.

11 Por. K. Jaśkowski, (w:) K. Jaśkowski, E. Maniewska, Komentarz aktualizowany do Kodeksu pracy, LEX/el 2021.

W doktrynie przyjęto, że należne pracownikowi wynagrodzenie z omawianego tytułu stanowi z mocy ustawy szczególną odmianę „wynagrodzenia za pracę”, do którego pracownik ma prawo, ponieważ nie wykonał jej z winy pracodawcy. Stąd też użyte w art. 47 k.p. określenie „wynagrodzenie za czas pozostawania bez pracy” należy rozumieć jako wynagrodzenie za czas niemożności świadczenia pracy u pracodawcy, który dokonał wypowiedzenia niezgodnego z prawem<sup>12</sup>. Wysokość tego wynagrodzenia, jak też odszkodowania zasądzanego w związku z bezprawnym rozwiązaniem umowy o pracę, jest zróżnicowana. Uzależniona jest od rodzaju i sposobu bezprawnie rozwiązanej umowy o pracę (w tym długości okresu wypowiedzenia). Jedynie pracownicy objęci szczególną ochroną przed wypowiedzeniem mają prawo do wynagrodzenia za cały czas pozostawania bez pracy w omawianych okolicznościach (art. 47 i 57 § 2 k.p.).

Wysokość wynagrodzenia za czas pozostawania bez pracy w przypadku podjęcia pracy w wyniku przywrócenia pracownika do pracy wynosi:

- 1) w razie bezprawnego wypowiedzenia umowy o pracę na czas nieokreślony maksymalnie za 2 miesiące, a gdy okres wypowiedzenia wynosił 3 miesiące, to maksymalnie za 1 miesiąc (art. 47 k.p.);
- 2) w razie bezprawnego rozwiązania bez wypowiedzenia umowy o pracę minimalnie za 1 a maksymalnie za 3 miesiące (art. 57 k.p.);
- 3) w razie bezprawnego rozwiązania bez wypowiedzenia przez pracodawcę umowy o pracę zawartej na czas określony przysługuje wyłącznie odszkodowanie w wysokości wynagrodzenia za czas, do którego umowa miała trwać, nie więcej jednak niż za okres wypowiedzenia, jeżeli upłynął już termin, do którego umowa miała trwać, lub gdy przywrócenie do pracy byłoby niewskazane ze względu na krótki okres, jaki pozostał do upływu tego terminu (art. 59 k.p.).

Okres, za który zasądzane jest odszkodowanie w razie bezprawnie rozwiązanej za wypowiedzeniem umowy na czas określony, obejmuje czas, do którego umowa ta miała trwać – maksymalnie za 3 miesiące (art. 50 § 3 i 4 k.p.). W sytuacji, gdy umowę rozwiązano bez wypowiedzenia, okres, za który przysługuje odszkodowanie, ustala się następująco: gdy umowa była zawarta na czas nieokreślony – w wysokości wynagrodzenia za okres wypowiedzenia (art. 58 k.p.), a gdy umowa zawarta była na czas określony – w wysokości wynagrodzenia za czas, do którego umowa miała trwać, nie więcej jednak niż za okres wypowiedzenia (art. 58 k.p.).

Po przeanalizowaniu orzeczeń Sądu Najwyższego stwierdzić można, że linia orzecznicza w zakresie zaliczenia okresu pozostawania bez pracy przez pracownika, z którym pracodawca z naruszeniem prawa rozwiązał umowę o pracę, jest w zasadzie jednolita. W szczególności analizie poddane zostały te orzeczenia, które dotyczyły

12 Por. L. Florek, T. Zieliński, (w:) L. Florek (red.), Kodeks pracy. Komentarz, WKP 2017.

prawa do urlopu po przywróceniu pracownika do pracy. W uchwale z dnia 4 kwietnia 1995 r.<sup>13</sup> Sąd Najwyższy orzekł, że prawo do urlopu wypoczynkowego zależy od pozostawania w stosunku pracy, więc w czasie pozostawania bez pracy pracownik nie nabywa prawa do urlopu wypoczynkowego.

W innym orzeczeniu ustalił charakter prawny okresu nieświadczenia pracy pomiędzy bezprawnym zwolnieniem pracownika a przywróceniem go do pracy. W wyroku z dnia 16 czerwca 2011 r.<sup>14</sup> Sąd Najwyższy orzekł, że „okres pozostawania bez pracy”, o którym mowa w art. 51 § 1 k.p. oraz w art. 57 § 4 k.p. (w odniesieniu do rozwiązania umowy o pracę bez wypowiedzenia), jest okresem nieświadczenia pracy u pracodawcy, który dokonał wypowiedzenia lub rozwiązał bez wypowiedzenia umowę niezgodnie z prawem. Okres ten nie jest okresem zatrudnienia ani okresem uznawanym za okres zatrudnienia, lecz jedynie podlega wliczeniu do okresu zatrudnienia. Z wyroku Sądu Najwyższego z dnia 14 marca 2006 r.<sup>15</sup> wynika, że pracownik przywrócony do pracy orzeczeniem sądu nie nabywa prawa do urlopu wypoczynkowego za okres pozostawania bez pracy określony w art. 51 § 1 k.p.

Z uchwały Sądu Najwyższego z dnia 28 września 1990 r.<sup>16</sup> wynika z kolei, że pracownik nie uzyskuje prawa do urlopu wypoczynkowego w okresie, za który przyznano mu odszkodowanie na podstawie art. 56 k.p., czyli w sytuacji bezprawnego rozwiązania przez pracodawcę umowy o pracę bez wypowiedzenia. W uzasadnieniu tej uchwały Sąd Najwyższy podkreślił, że artykuł 51 § 2 k.p. poleca jedynie wliczenie tego okresu do okresu zatrudnienia. Nie tworzy natomiast fikcji prawnej, że jest on takim okresem jak okres świadczenia pracy. Skoro więc okres, za który zasądzone odszkodowanie z art. 56 k.p., jest okresem pozostawania bez pracy, to nie można w czasie tego okresu – zdaniem Sądu Najwyższego – nabyć uprawnień urlopowych.

Podsumowując, okresy pozostawania bez pracy z powodu bezprawnego rozwiązania umowy o pracę, za które zasądzone zostało wynagrodzenie lub odszkodowanie, nie podlegają zdaniem Sądu Najwyższego zaliczeniu do stażu, od którego zależy nabywanie prawa do urlopu wypoczynkowego.

---

13 Uchwała SN z dnia 4 kwietnia 1995 r I PZP 10/95, OSNAPiUS 1995, nr 18, poz. 228.

14 Wyrok SN z dnia 16 czerwca 2011 r I PK 272/10, LEX nr 1001283, tak też wyrok SN z dnia 3 lutego 2016 r., I PK 27/15, OSNP 2017, nr 8, poz. 96.

15 Wyrok SN z dnia 14 marca 2006 r., I PK 144/05, OSNP 2007, nr 5–6, poz. 68, tak też wyrok SN z dnia 10 marca 2010 r., II PK 265/09, LEX nr 602244 oraz wyrok SN z dnia 12 kwietnia 2007 r., I PK 261/06, LEX nr 509048.

16 Uchwała SN z dnia 28 września 1990 r., III PZP 15/90, OSNC 1991, nr 4, poz. 45.

### 3. Prawo do płatnego urlopu po przywróceniu do pracy w świetle wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 25 czerwca 2020 roku

Z uwagi na przedmiot tejsze publikacji celowa jest analiza wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 25 czerwca 2020 r. Zagadnienie, które było przedmiotem postępowania, sprowadzało się do ustalenia, czy w świetle prawa UE w przypadku ustania stosunku pracy ze względu na niezgodną z prawem przyczynę leżącą po stronie pracodawcy i przywrócenia przez sąd pracownika do pracy za okres, jaki upłynął od tego niezgodnego z prawem działania pracodawcy do następującego po nim przywrócenia do pracy, przysługiwać powinien pracownikowi płatny urlop wypoczynkowy. Kolejnym poddanym analizie przez ten Trybunał problemem było prawo pracownika przywróconego do pracy i ponownie zwolnionego do ekwiwalentu pieniężnego za niewykorzystany przed zakończeniem tego drugiego stosunku pracy urlop wypoczynkowy należny za okres pomiędzy poprzednim zwolnieniem a przywróceniem do pracy (połączone przez TS sprawy C-762/18<sup>17</sup> – dotycząca skarżącej z Bułgarii oraz C-37/19<sup>18</sup>, dotycząca zwolnionej z pracy Włoszki).

Trybunał Sprawiedliwości uznał, że odpowiedź na złożone wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w zakresie zadanych pytań będzie przydatna dla rozstrzygnięcia sporów zawisłych przed sądami odsyłającymi i uznał je za dopuszczalne. Mając na uwadze zapadłe orzeczenie, a także przedstawione w poprzedniej części artykułu przepisy polskiego kodeksu pracy w zakresie odpowiadającym jego przedmiotowi, orzecznictwo Sądu Najwyższego i stanowiska dogmatyki, uważam, że celowe jest przytoczenie sentencji wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 25 czerwca 2020 r., jak również przybliżenie argumentacji stanowiącej jego uzasadnienie.

Trybunał podkreślił, że w świetle dyrektywy 2003/88 (art. 7 ust. 1) oraz Karty praw podstawowych (art. 31 ust. 2) poza wszelkim sporem jest prawo każdego pracownika do corocznego płatnego urlopu, którego celem jest umożliwienie mu odpoczynku od wykonywania zadań wyznaczonych w umowie o pracę oraz zapewnienie okresu wytchnienia i wolnego czasu. Cel ten bazuje na założeniu, że pracownik faktycznie świadczył pracę w trakcie okresu rozliczeniowego. W związku z tym wymiar corocznego płatnego urlopu powinien być obliczany w odniesieniu do okresów rzeczywistego świadczenia pracy, zgodnie z umową o pracę<sup>19</sup>. W niektórych jednak sytuacjach Trybunał odchodził od tego związku z uwagi na fakt, iż istnieją okoliczności niezależne od woli pracownika, w których prawo do corocznego płatnego urlopu nie może zostać przez państwo członkowskie uzależnione od warunku polegającego

17 C-762/18 – Varhoven kasationsien sad na Republika Bulgaria.

18 C-37/19 – Iccrea Banca.

19 Podobnie wyrok TSUE z dnia 4 października 2018 r., Dicu, C-12/17, pkt 28.



na obowiązku rzeczywistego świadczenia pracy. Za takie uznał na przykład zwolnienie chorobowe<sup>20</sup> czy urlop macierzyński<sup>21</sup>.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, przy rozważaniu pytania postawionego w niniejszej sprawie Trybunał analizował, czy „sytuacja pracownika, który nie miał możliwości świadczenia pracy ze względu na fakt zwolnienia go w sposób niezgodny z prawem, a następnie przywrócenia do pracy na mocy orzeczenia sądu, różni się zasadniczo od sytuacji pracownika, który nie może świadczyć pracy z powodu choroby lub urlopu macierzyńskiego”. Trybunał nie doszukał się „zasadniczej różnicy” w istocie analizowanych stanów, stwierdzając, że we wszystkich tych przypadkach nieobecność w pracy pracownika była niemożliwa do przewidzenia i niezależna od jego woli. Uznał więc, że nie wydaje się słuszne, aby pracownik, którego pozbawiono możliwości wykonywania pracy w wyniku niezgodnego z prawem działania pracodawcy, ponosił tego negatywne konsekwencje w zakresie urlopu (tzn. pracownik świadczyłby pracę w tym okresie, a więc nie byłoby naruszone jego prawo do corocznego płatnego urlopu).

Konkluzją tych rozważań jest stwierdzenie, że „w sytuacji, gdy przepisy krajowe przewidują, że pracownik zwolniony niezgodnie z prawem musi zostać przywrócony do pracy, art. 7 ust. 1 dyrektywy 2003/88 i art. 31 ust. 2 Karty praw podstawowych stoją na przeszkodzie ustawodawstwu krajowemu, orzecznictwu lub praktykom krajowym, zgodnie z którymi pracownik nie jest uprawniony do corocznego płatnego urlopu za okres od dnia zwolnienia do dnia przywrócenia do pracy”. Oznacza to, że pracownik zwolniony w sposób niezgodny z prawem, a następnie przywrócony przez sąd do pracy, musi mieć zagwarantowane prawo do corocznego płatnego urlopu także za okres od dnia zwolnienia do dnia przywrócenia go do pracy.

Mając na uwadze powyższe orzeczenie, przepisy polskiego kodeksu pracy oraz linię orzeczniczą sądu Najwyższego i poglądy wyrażone w literaturze przedmiotu (przedstawione w drugiej części artykułu), stwierdzić należy, że są one odmienne od stanowiska zajętego przez TSUE. Jest to konsekwencją polskiej regulacji prawnej (art. 51 k.p. w zw. z art. 47, 47<sup>1</sup>, 57 – 59 k.p.). Zdaniem Trybunału cały okres pomiędzy niezgodnym z prawem rozwiązaniem stosunku pracy a przywróceniem pracownika przez sąd do pracy powinien być do celów urlopowych potraktowany tak, jak okres rzeczywistego wykonywania obowiązków pracowniczych. Pracownik powinien mieć zatem prawo żądania corocznego urlopu wypoczynkowego w pełnym wymiarze nabytym w okresie pomiędzy zwolnieniem a przywróceniem do pracy.

Drugim zagadnieniem, którym w tej sprawie zajmował się TS, było uprawnienie do ekwiwalentu za urlop wypoczynkowy należny pracownikowi przywróconemu do pracy w razie, gdyby po podjęciu pracy został on ponownie zwolniony, zanim

---

20 Tak np. wyroki TSUE z dnia 20 stycznia 2009 r., Schultz-Hoff i in., C-350/06 i C-520/06, pkt 14 lub z dnia 4 października 2018, Dicu, C-12/17, pkt 29.

21 Tak też wyrok TSUE z dnia 18 marca 2004 r., Merino Gómez, C-342/01, pkt 33, 41.



zdążył wykorzystać należny mu w związku z przywróceniem do pracy urlop. Odpowiedź na to pytanie jest konsekwencją poglądu wyrażonego w pierwszej części wyroku. Trybunał zwrócił jednak uwagę na możliwość nawiązania w okresie pomiędzy niezgodnym z prawem zwolnieniem pracownika a przywróceniem go do pracy stosunku pracy z innym pracodawcą. Uznał, że wtedy nie przysługuje mu prawo żądania od pierwszego pracodawcy wypłaty ekwiwalentu. Uzasadnił to tak, że pracownik zarówno nie powinien ponosić negatywnych konsekwencji w zakresie prawa do urlopu na skutek niezgodnych z prawem działań pracodawcy, jak i nie powinien być „wynagradzany” poprzez zapewnienie mu ekwiwalentu pieniężnego w zamian za coroczny płatny urlop w większym wymiarze niż ten, do którego miałby prawo, gdyby zwolnienie nie miało miejsca.

## Podsumowanie

Podsumowując, stwierdzić należy, że zasada wyrażona przez TSUE w omówionym wyroku nie jest stosowana na gruncie polskiego prawa pracy.

Zgodnie z przyjętą linią orzeczniczą Sądu Najwyższego okresy pozostawania bez pracy z powodu bezprawnego rozwiązania umowy o pracę od dnia ustania zatrudnienia do dnia podjęcia pracy po przywróceniu nie mają wpływu na prawo do urlopu. Nawet okresy, za które zasądzone zostało wynagrodzenie lub odszkodowanie, nie podlegają zaliczeniu do stażu, od którego zależy nabycie prawa do urlopu wypoczynkowego. Okresy te podlegają jednak wliczeniu do okresu zatrudnienia. Ustawodawca – w ocenie SN – nie stworzył natomiast fikcji prawnej, że są one pod względem prawnym takimi samymi okresami jak okres świadczenia pracy. Skoro więc okres, za który zasądzone wynagrodzenie (art. 51 k.p.) lub odszkodowanie (z art. 56 k.p.), jest okresem pozostawania bez pracy, to nie można w czasie tego okresu – zdaniem Sądu Najwyższego – nabyć uprawnień urlopowych, czyli za okres, jaki upłynął od niezgodnego z prawem działania pracodawcy, w wyniku którego rozwiązana została umowa o pracę, do następującego po nim przywróceniu do pracy, pracownikowi w Polsce nie przysługuje płatny urlop wypoczynkowy.

## BIBLIOGRAFIA

- Bigaj A., *Prawo do urlopu wypoczynkowego*, Warszawa 2015.
- Florek L., Zieliński T., (w:) Florek L. (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, WKP 2017.
- Jaśkowski K., (w:) K. Jaśkowski, E. Maniewska, *Komentarz aktualizowany do Kodeksu pracy*, LEX/el 2021.
- Ćwiertniak B., Góral Z., Kosut A., Książek D., Kuba M., Lekston M., Musiała A., Perdeus W., Piątkowski J., Prusinowski P., Stefański K., Tomaszewska M., Włodarczyk M., Wyka T., Baran K.W., (w:) Baran K.W. (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, t. 2, wyd. V, WKP 2020.

Nowak M., Urlop wypoczynkowy jako instrument realizacji prawa pracownika do odpoczynku, Łódź 2018.

Rączka K., (w:) M. Gersdorf, K. Rączka, M. Raczkowski, Kodeks pracy. Komentarz, Warszawa 2010.

Błachnio-Parzych A., Jendrośka J., Kamiński I.C., Kowalik-Bańczyk K., Majkowska-Szulc S., Malczewska M., Maliszewska-Nienartowicz J., Miąsik D., Mitrus L., Potyrała A.M., Półtorak N., Skibińska E., Sobczak J., Sobczak W., Szablowska M., Szwarz M., Tomaszewska M., Wnukiewicz-Kozłowska A., Ziulczyk-Nierubca I., (w:) A. Wróbel (red.), Karta praw podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz, wyd.2, 2020, Legalis.

**Michał Skóra**

Uniwersytet Rzeszowski, Polska

mskora@ur.edu.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-2701-5945>

## **Ewolucja pojęcia niepełnosprawności w unijnym i polskim prawie pracy**

The Evolution of the Notion of Disability in EU and Polish Labor Law

**Abstract:** This article analyses the notion of disability in Polish and EU labor law. In the first part of the study, the author characterizes the evolution of this notion based on the interpretation made by the Court of Justice of the European Union. The second part presents the process of development of the definition of disability in Polish law: from disability to the concept contained in the Act on Social and Vocational Rehabilitation and Employment of Persons with Disabilities, and the vocational rehabilitation and employment of disabled people.

**Keywords:** disability, employment, labor law

**Słowa kluczowe:** niepełnosprawność, zatrudnienie, prawo pracy

### **Wprowadzenie**

Definiując niepełnosprawność, można wyróżnić model medyczny oraz model społeczny. Pierwszy z nich określa niepełnosprawność jako bezpośrednią konsekwencję uszkodzenia lub choroby. Drugi zaś wskazuje, że niepełnosprawność powstaje w wyniku ograniczeń, których doświadczają osoby nią dotknięte. Ograniczenia te odnoszą się także do sfery życia zawodowego, z której osoby niepełnosprawne są często wykluczone<sup>1</sup>.

---

1 K. Kurowski, Niepełnosprawność i osoba niepełnosprawna – od medycznego do społecznego modelu niepełnosprawności, (w:) A. Błaszczak (red.), Najważniejsze wyzwania po ratyfikacji przez Polskę Konwencji ONZ o Prawach Osób Niepełnosprawnych. Biuletyn Rzecznika Praw Obywatelskich nr 10, Warszawa 2012, s. 8 i n.

Prawom osób z niepełnosprawnościami poświęcony jest szereg aktów prawnych, które odnoszą się głównie do zakazu dyskryminacji oraz do praw związanych z zapewnieniem tym osobom udziału w szeroko pojętym życiu społecznym. Brak jest jednak w wielu z nich objaśnienia znaczenia definicji „niepełnosprawności”. W opracowaniu omówiona zostanie modyfikacja pojęcia „niepełnosprawności” w kontekście jej wykładni dokonanej przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE). Celem artykułu jest prześledzenie ewolucji pojęcia „niepełnosprawności” w Polsce, od regulacji dotyczącej inwalidztwa po przepisy ustawy o rehabilitacji społecznej i zawodowej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych. Zasadne wydaje się udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy zmiana podejścia do postrzegania niepełnosprawności z modelu medycznego na model społeczny została odzwierciedlona w prawnych regulacjach?

Główną metodą zastosowaną w artykule jest metoda prawno-dogmatyczna. Jako pomocniczą posłużono się metodą historyczną. Analiza przepisów została wzbogacona o wykładnię orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE oraz orzecznictwa polskiej judykatury.

## 1. Definicja niepełnosprawności w prawie unijnym

Wyjaśnienie pojęcia „niepełnosprawności” ma istotne znaczenie z uwagi na fakt, że nie istnieje jednolita definicja tego terminu w prawie UE. W konsekwencji oznacza to brak jednolitego systemu orzeczniczego we wszystkich państwach Unii Europejskiej. Niepełnosprawność jako kryterium objęte zakazem dyskryminacji nie została również zdefiniowana w dyrektywie Rady 2000/78/WE<sup>2</sup> ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudniania i pracy. Problemem jest również fakt, że regulacje UE nie odsyłają w tej kwestii do regulacji krajowych<sup>3</sup>.

Pojęcie niepełnosprawności zostało ukształtowane na gruncie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. W wyroku w sprawie *Chacon Navas*<sup>4</sup> TSUE zaznaczył, że niepełnosprawność „należy rozumieć jako ograniczenie wynikające konkretnie z naruszenia funkcji fizycznych, umysłowych lub psychicznych, które stanowi przeszkodę dla danej osoby w uczestnictwie w życiu zawodowym”. Za uważać należy, że niniejsze orzeczenie zostało wydane przed ratyfikacją przez Unię

2 Dyrektywa Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy (DZ.U.U.E.L.2000.303.16 z 02.12.2000).

3 M. Szablowska-Juckiewicz, *Zatrudnianie osób niepełnosprawnych – ocena rozwiązań w prawie polskim z perspektywy międzynarodowych i unijnych standardów*, „Studia Prawnoustrojowe” 2015, nr 28, s. 218.

4 Wyrok TS UE z dnia 11 lipca 2006 r. w sprawie *Sonia Chacon Navas przeciwko Eures Colectividades SA*, C-13/05.

Europejską<sup>5</sup> Konwencji Organizacji Narodów Zjednoczonych o prawach osób niepełnosprawnych<sup>6</sup>. Artykuł 1 stanowi, że przez „osobę niepełnosprawną” należy rozumieć: „osoby mające długotrwale naruszoną sprawność fizyczną, umysłową, intelektualną lub w zakresie zmysłów, co może w oddziaływaniu z różnymi barierami utrudniać im pełny i skuteczny udział w życiu społecznym, na zasadzie równości z innymi osobami”. Punkt e) preambuły powyższej konwencji wskazuje, że niepełnosprawność „jest pojęciem ewoluującym i że niepełnosprawność wynika z interakcji między osobami z dysfunkcjami a barierami wynikającymi z postaw ludzkich i środowiskowymi, które utrudniają tym osobom pełny i skuteczny udział w życiu społeczeństwa, na zasadzie równości z innymi osobami”. Ponadto warto podkreślić, że Trybunał Sprawiedliwości uszczegółowił pojęcie „niepełnosprawności”, rozróżniając go z pojęciem „choroba”, które to na gruncie dyrektywy nie może być uznane za przyczynę zakazującą dyskryminacji<sup>7</sup>. Podsumowując, sformułowana przez TSUE definicja nie ma uniwersalnego charakteru. Stosowana może być jedynie w oparciu o dyrektywę 2000/78/WE<sup>8</sup>.

W orzeczeniu w sprawie *Coleman*<sup>9</sup> TS UE wskazał, że wykładni przepisów dyrektywy 2000/78/WE nie należy dokonywać w odniesieniu wyłącznie do osób, które same są niepełnosprawne. Zakaz dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność obejmuje również osoby związane z osobą niepełnosprawną, np. rodziców dziecka niepełnosprawnego. Jest to tzw. dyskryminacja przez asocjacje<sup>10</sup>.

Trybunał w połączonych sprawach *Ring and Werge*<sup>11</sup> orzekł, że pojęcie niepełnosprawności „należy interpretować w ten sposób, że obejmuje ono stan patologiczny

5 Decyzja Rady nr 2010/48/WE z dnia 26 listopada 2009 r. w sprawie zawarcia przez Wspólnotę Europejską Konwencji Narodów Zjednoczonych o prawach osób niepełnosprawnych (Dz. Urz. UE L 23 z dnia 27 stycznia 2010). Szerzej na ten temat: T. Dubowski, *The European Union and the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Selected Institutional Aspects of Implementation*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2018, vol. 23, nr 4, s. 169–186.

6 Przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne ONZ 13 grudnia 2006 r. w Nowym Jorku. Ratyfikowana przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 6 września 2012 r. (Dz.U. z 2012 r. poz. 1169).

7 M. Bulterman, *Selected Legislation and Jurisprudence European Courts: CJEC 2006/6, Case C-13/05, Sonia Chacón Navas/Eurest Colectividades*, „European Journal of Health Law” 2006, nr 13, s. 278–279.

8 J. Maliszewska-Nienartowicz, *Zakaz dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność w świetle w wyroków TS w sprawach Coleman i Chacón Navas*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2011, nr 8, s. 32.

9 Wyrok TSUE z dnia 17 lipca 2008 r. w sprawie *S. Coleman przeciwko Attridge Law, Steve'owi Law*, C-303/06.

10 A. Ludera-Ruszel, *Dyskryminacja ze względu na niepełnosprawność w zakresie dostępu do zatrudnienia*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2014, nr 8, s. 22–23.

11 Wyrok TS UE z 11 kwietnia 2013 r. w połączonych sprawach, *HK Danmark działający w imieniu Jette Ring przeciwko Dansk almennyttigt Boligselskab oraz HK Danmark, działający w imieniu Lone Skouboe Werge przeciwko Dansk Arbejdgiverforening, działającemu w imieniu Pro Display A/S w upadłości*, C-335/11 i C-337/11.

spowodowany chorobą zdiagnozowaną medycznie jako uleczalna lub nieuleczalna w przypadku gdy choroba ta powoduje ograniczenie wynikające w szczególności z osłabienia funkcji fizycznych, umysłowych lub psychicznych, które w oddziaływaniu z różnymi barierami może utrudniać danej osobie pełne i skuteczne uczestnictwo w życiu zawodowym na równych zasadach z innymi pracownikami i gdy ograniczenie to ma charakter długotrwały”. Z jednej strony wyrok ten doprecyzowuje definicję „niepełnosprawności” wypracowaną w orzeczeniu *Chacon Navas*, a także uznaje, że przewlekła choroba mieści się w jej definicji, z drugiej zaś ogranicza przywołaną definicję jedynie do sfery życia zawodowego ze względu na fakt, że regulacje prawa unijnego chronią osoby niepełnosprawne jedynie na płaszczyźnie zatrudnienia<sup>12</sup>. Ponadto TSUE podkreślił w uzasadnieniu do przywołanego wyżej wyroku, że niepełnosprawność nie powinna oznaczać całkowitego wyłączenia z zarobkowania oraz życia zawodowego. W konsekwencji stan zdrowia umożliwiający wykonywanie pracy w niepełnym wymiarze czasu pracy może również zawierać się w definicji niepełnosprawności.

Z kolei w orzeczeniu *Z. v. A Government Department*<sup>13</sup> Trybunał wskazał, że dyrektywę 2000/78/WE należy interpretować w oparciu o przepisy konwencji ONZ o prawach osób niepełnosprawnych. Ponadto istotnym wydaje się fakt, że na gruncie dyrektywy pojęcia „niepełnosprawności” nie należy rozumieć wyłącznie jako brak możliwości wykonywania pracy zawodowej, ale również jako przeszkodę w jej wykonywaniu<sup>14</sup>.

Co więcej, w wyroku wydanym w sprawie *Glatzel*<sup>15</sup> Trybunał wskazał, że pojęcie to nie zostało zdefiniowane w Karcie praw podstawowych Unii Europejskiej<sup>16</sup>, a następnie odwołał się do wcześniejszego orzecznictwa w tym zakresie. Dodatkowo w opinii do wyroku Rzecznik Generalny wskazał, że niepełnosprawność należy: „określać nie według stopnia upośledzenia, ale w świetle skutków, jakie to upośledzenie pociąga za sobą w konfrontacji z określonym kontekstem społecznym lub środowiskiem. Tym samym należy skoncentrować się na tym skutku, a nie na samym upośledzeniu jako takim”<sup>17</sup>. W rezultacie upośledzenie lub osłabienie

12 J. Maliszewska-Nienaratowicz, Discrimination based on disability: comment on HK Danmark v. Dansk almennyttigt Boligselskab and Dansk Arbejdgiverforening (cases C-335/11 and C-337/11), „Polish Review of International and European Law, 2013, vol. 2, nr 4, s. 86.

13 Wyrok TS UE z dnia 18 marca 2014 r. w sprawie *Z. v. A Government department, The Board of management of a community school*, C-363/12.

14 L. Mitrus, Niepełnosprawność jako przedmiot regulacji prawa pracy, (w:) M. Bosak (red.) Prawo a niepełnosprawność. Wybrane aspekty, Warszawa 2015, s. 9.

15 Wyrok TS UE z dnia 22 maja 2014 r., w sprawie *Wolfgang Glatzel przeciwko Freistaat Bayern*, C-356/12.

16 Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 326/02 z 26.10.2012).

17 Opinia Rzecznika Generalnego YVES'A Bota przedstawiona w dniu 18 lipca 2013 r. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=139686&pageIndex=0&doclang=pl&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=17964832> (22.04.2021).

nie funkcji fizycznych, psychicznych lub umysłowych nie zawsze będzie stanowić o niepełnosprawności.

Następnym orzeczeniem, w którym sąd unijny zajął stanowisko w zakresie definicji niepełnosprawności, jest sprawa *Fag og Arbejde*<sup>18</sup>. Trybunał stwierdził, że pojęcie niepełnosprawności „należy rozumieć jako odnoszące się nie tylko do braku możliwości wykonywania danej działalności zawodowej, ale również do przeszkody w wykonywaniu takiej działalności”. Zwrócić należy również uwagę na opinię Rzecznika Generalnego, który wskazał, że „pojęcie niepełnosprawności w rozumieniu dyrektywy 2000/78 jest obiektywne, a więc nie jest uzależnione od okoliczności, czy owa niepełnosprawność powstała wskutek „własnego działania”, to znaczy czy dana osoba przyczyniła się do jej powstania<sup>19</sup>”. Ponadto Trybunał nie wykluczył uznania otyłości za niepełnosprawność, w szczególności gdy utrudnia ona pracownikowi pełny i skuteczny udział w życiu zawodowym na równi z innymi osobami, a także kiedy spełnia wszystkie kryteria zawarte w definicji niepełnosprawności<sup>20</sup>.

Z kolei w wyroku w sprawie *Daoudi*<sup>21</sup> TSUE wskazał, że jeżeli skutkiem wypadku są ograniczenia, które są spowodowane osłabieniem funkcji fizycznych, umysłowych lub psychicznych, utrudniają życie zawodowe oraz są długotrwałe, to będą się one mieściły w zakresie pojęciowym niepełnosprawności. Natomiast ze względu na postanowienia Konwencji ONZ warte rozważenia byłoby rozszerzenie zakresu podmiotowego definicji o udział osoby niepełnosprawnej również poza sferę zawodową.<sup>22</sup> Wpisałoby się to niewątpliwie w model społeczny postrzegania niepełnosprawności.

## 2. Niepełnosprawność w prawie polskim

W polskim porządku prawnym nie od początku funkcjonował termin „niepełnosprawność”. Początkowo stosowany był termin „inwalida”. W rozumieniu pierw-

18 Wyrok TS UE z dnia 18 grudnia 2014 r. w sprawie *Fag og Arbejde (FOA) przeciwko Kommunernes Landsforening (KL)*, C-354/13.

19 Opinia Rzecznika Generalnego Niila JAASKINENA przedstawiona w dniu 17 lipca 2014 r. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=155125&pageIndex=0&doclang=pl&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=10616823> (24.04.2021 r.)

20 J. Maliszewska-Nienaratowicz, Dyskryminacja pracownika ze względu na otyłość stanowiącą niepełnosprawność – glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 18 grudnia 2014 r. w sprawie C-354/13 *Fag og Arbejde (FOA) przeciwko Kommunernes Landsforening*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2015, nr 11, s. 50.

21 Wyrok TS UE z dnia 1 stycznia 2016 r. w sprawie *Mohamed Daoudi przeciwko Bootes Plus SL, Fondo de Garantia Salarial, Misterio Fiscal*, C-395/15.

22 J. Maliszewska-Nienartowicz, Długotrwałe ograniczenie zdolności do pracy a pojęcie niepełnosprawności – glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 1 grudnia 2016 r. w sprawie C-395/15 *Mohamed Daoudi przeciwko Bootes Plus SL, Fondo de Garantia Salarial, Misterio Fiscal*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2017, nr 4, s. 33.



szej polskiej ustawy ubezpieczeniowej<sup>23</sup> inwalidą był ten, kto „wskutek choroby, ułomności fizycznej albo umysłowej bądź też wskutek upadku sił fizycznych lub umysłowych stał się niezdolnym do zarobkowania własną pracą jedną trzecią tego, co zarabia w danej miejscowości osoba w pełni sił fizycznych i umysłowych o podobnym wykształceniu i uzdolnieniu”. Niezależnie od stanu zdrowia za inwalidę uważana była również osoba, która ukończyła 65 rok życia oraz osoba, która ukończyła 60 rok życia pod warunkiem przebycia w ubezpieczeniu 750 tygodni z odpowiednią składką<sup>24</sup>. Po II wojnie światowej pojęcie to występowało w dekreście Rady Państwa<sup>25</sup> oraz w ustawie o powszechnym zaopatrzeniu emerytalnym pracowników i ich rodzin<sup>26</sup>. W rozumieniu powyższej ustawy inwalidą była osoba częściowo lub całkowicie niezdolna do wykonywania pracy z powodu stałego lub długotrwałego naruszenia sprawności organizmu. Natomiast termin „osoba niepełnosprawna” pojawił się po raz pierwszy w uchwale Sejmu Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej w 1982 r.<sup>27</sup> Akt ten nie definiował powyższego pojęcia. Warty podkreślenia jest fakt, że Sejm PRL uznał, że osobom niepełnosprawnym nie zapewnia się pełnej możliwości uczestnictwa w życiu zawodowym i społecznym, także zwrócił uwagę na zatrudnianie tej kategorii osób w otwartych zakładach pracy, przy jednoczesnej pomocy ze strony państwa dla tych zakładów, np. w postaci ulg<sup>28</sup>. Definicja powyższego pojęcia zawarta jest w Karcie Osób Niepełnosprawnych<sup>29</sup>. Artykuł 1 uchwały stanowi, że osobami niepełnosprawnymi są osoby, których sprawność fizyczna, psychiczna lub umysłowa trwale lub okresowo utrudnia, ogranicza lub uniemożliwia życie codzienne, naukę pracę, a także pełnienie ról społecznych.

Kodeks pracy<sup>30</sup> również nie definiuje „niepełnosprawności”. Pojęcie to zostało wyjaśnione na potrzeby ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych<sup>31</sup>. Niepełnosprawność została określona jako trwała

23 Ustawa z dnia 28 marca 1933 r. o ubezpieczeniu społecznym (Dz.U. Nr 51, poz. 396).

24 I. Jędrasik-Jankowska, *Ubezpieczenie społeczne, t. 2: Ubezpieczenie rentowe. Ubezpieczenie emerytalne*, Warszawa 2003, s. 40–41.

25 Dekret Rady Państwa z dnia 25 czerwca 1954 r. o powszechnym zaopatrzeniu emerytalnym pracowników i ich rodzin (Dz.U. Nr 30, poz. 116). Akt ten definiuje inwalidę jako pracownika, który stał się niezdolny do pracy wskutek wypadku przy pracy, choroby zawodowej lub innej przyczyny. Ponadto dekret wprowadzał trzy grupy inwalidzkie.

26 Ustawa z dnia 23 stycznia 1968 r. o powszechnym zaopatrzeniu emerytalnym pracowników i ich rodzin (Dz.U. z 1968 r. Nr 3, poz. 6).

27 Uchwała Sejmu Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej z dnia 16 września 1982 r. w sprawie inwalidów i osób niepełnosprawnych (M.P. z 1982 r. Nr 22, poz. 188).

28 M. Skóra, *Ewolucja pojęcia niepełnosprawności na gruncie prawa polskiego*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego. Seria prawnicza” 2020, nr 112, Prawo 30, s. 248.

29 Uchwała Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 1 sierpnia 1997 r. Karta Praw Osób Niepełnosprawnych (M.P. z 1997 r. Nr 50, poz. 475).

30 Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (tekst jedn. Dz.U. z 1974 r. Nr 24, poz. 141 ze zm.).

31 Ustawa z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (tekst jedn. Dz.U. z 1997 r. Nr 123, poz. 776 ze zm.).

lub okresowa niezdolność do wypełniania ról społecznych z powodu stałego lub długotrwałego naruszenia sprawności organizmu, w szczególności powodująca niezdolność do pracy. Ponadto ustawodawca wyznaczył zakres przedmiotowy, określając, że przepisy dotyczą osób, których niepełnosprawność została potwierdzona jednym ze wskazanych orzeczeń:

- o zakwalifikowaniu przez organy orzekające do jednego z trzech stopni niepełnosprawności,
- o całkowitej lub częściowej niezdolności do pracy,
- o niepełnosprawności, wydanym przed ukończeniem 16 roku życia.

Ustawa wprowadza trzy stopnie niepełnosprawności: lekki, umiarkowany oraz znaczny. Na gruncie art. 4 do lekkiego stopnia niepełnosprawności zalicza się osobę o naruszonej sprawności organizmu, powodującej w sposób istotny obniżenie zdolności do wykonywania pracy w porównaniu do zdolności, jaką wykazuje osoba o podobnych kwalifikacjach zawodowych z pełną sprawnością psychiczną i fizyczną, lub mającą ograniczenia w pełnieniu ról społecznych dające się kompensować przy pomocy wyposażenia w przedmioty ortopedyczne, środki pomocnicze lub środki techniczne. Do umiarkowanego stopnia niepełnosprawności można zakwalifikować osobę z naruszoną sprawnością organizmu, niezdolną do pracy albo zdolną do pracy jedynie w warunkach pracy chronionej lub wymagającą czasowej albo częściowej pomocy innych osób w celu pełnienia ról społecznych. Natomiast do znacznego stopnia niepełnosprawności zalicza się osobę z naruszoną sprawnością organizmu, niezdolną do pracy albo zdolną do pracy jedynie w warunkach pracy chronionej i wymagającą, w celu pełnienia ról społecznych, stałej lub długoterminowej opieki i pomocy innych osób w związku z niezdolnością do samodzielnej egzystencji. Doktryna w każdym ze stopni wskazuje na trzy elementy: medyczny (naruszenie sprawności organizmu), ekonomiczny (niezdolność do pracy albo zdolność do pracy jedynie w warunkach chronionych) i społeczny (niezdolność albo ograniczona zdolność do pełnienia ról społecznych)<sup>32</sup>.

Z terminem „niepełnosprawność” łączy się termin „niezdolność do pracy”<sup>33</sup>. Pojęcie to zostało zdefiniowane przez ustawodawcę w art. 12 ust. 1 ustawy o emeryturach i rentach z FUS<sup>34</sup>. W rozumieniu przepisów niezdolną do pracy „jest osoba, która całkowicie lub częściowo utraciła zdolność do pracy zarobkowej z powodu naruszenia sprawności organizmu i nie rokuje odzyskania zdolności do pracy po prze-

32 M. Paluszkiwicz, Orzekanie o niepełnosprawności, (w:) M. Włodarczyk (red.), Ustawa o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych. Komentarz, Warszawa 2015, s. 77–78.

33 Ze względu na fakt, że w polskim systemie prawnym funkcjonują dwa odrębne systemy orzecznicze.

34 Ustawa z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 53).

kwalifikowaniu”. Prawodawca wyróżnił niezdolność całkowitą i częściową. Zgodnie z brzmieniem art. 12 ust. 2 całkowicie niezdolną do pracy jest osoba, która utraciła zdolność do wykonywania jakiegokolwiek pracy. Natomiast częściowo niezdolną do pracy jest osoba, która w znacznym stopniu utraciła zdolność do pracy zgodnej z poziomem posiadanych kwalifikacji (art. 12 ust. 3).

„Niepełnosprawność” i „niezdolność do pracy” są to niewątpliwie różne kategorie pojęciowe. Terminy te uregulowane zostały odmiennymi normami prawnymi oraz podlegają odrębnym zasadom orzekania. Warto jednak nadmienić, że prawo zezwala na traktowanie orzeczeń o niezdolności do pracy na równi z orzeczeniami o stopniach niepełnosprawności, tj.: 1) orzeczenie o całkowitej niezdolności do pracy z orzeczeniem o znacznym stopniu niepełnosprawności oraz 2) orzeczenie o częściowej niezdolności do pracy z orzeczeniem o lekkim stopniu niepełnosprawności. Uznawalność ta ma jednak charakter jednostronny<sup>35</sup>. Zostało to potwierdzone w orzeczeniach sądowych<sup>36</sup>. W praktyce pojawiają się problemy w przypadku, gdy osoba legitymująca się orzeczeniem o niepełnosprawności w stopniu znacznym lub umiarkowanym przy uwzględnieniu tych samych schorzeń dostaje odmowę przyznania orzeczenia o niezdolności do pracy<sup>37</sup>. Sąd Najwyższy wielokrotnie podkreślał, że przy ocenie niezdolności do pracy właściwy organ nie może pominąć ustalonego stopnia niepełnosprawności<sup>38</sup>.

Podsumowując, polskie ustawodawstwo oparte jest na założeniach modelu medycznego niepełnosprawności. Powyższe definicje kładą nacisk na dysfunkcje organizmu i ograniczenia osoby niepełnosprawnej. Niezdolność do wypełniania ról społecznych skutkuje dla tej grupy osób brakiem możliwości pełnego uczestnictwa w życiu społecznym oraz zawodowym. Jest to sprzeczne z założeniami konwencji, opartej na społecznym modelu niepełnosprawności. Dodatkowo termin „niezdolność do pracy” jest mało precyzyjny. Osoba całkowicie niezdolna do pracy może podjąć zatrudnienie po dopuszczeniu przez lekarza medycyny pracy.

35 A Napiórkowska, Niezdolność do pracy w ubezpieczeniu społecznym a niepełnosprawność, (w:) A. Giedrewicz-Niewińska, M. Szablowska-Juckiewicz (red.), *Zatrudnienie osób niepełnosprawnych*, Warszawa 2014, s. 61–62.

36 Wyrok NSA z dnia 26 lipca 2001 r., II SA 386/01, LEX nr 121926, a także Wyrok SN z dnia 8 maja 2008 r., I UK 369/07, LEX nr 437368.

37 H. Pławucka, Niezdolność do pracy i niepełnosprawność w przepisach prawa socjalnego, (w:) M. Seweryński, J. Stelina (red.), *Wolność i sprawiedliwość w zatrudnieniu. Księga pamiątkowa poświęcona Prezydentowi Rzeczypospolitej Polskiej Profesorowi Lechowi Kaczyńskiemu*, Gdańsk 2012, s. 243.

38 Wyrok SN z dnia 14 czerwca 2012 r., I UK 17/12, LEX nr 1229807.

## Wnioski końcowe

Istnieje wiele definicji pojęcia niepełnosprawności, które formułowane są przez przedstawicieli różnych dyscyplin naukowych, takich jak: medycyna, psychologia, socjologia i pedagogika. Niepełnosprawność jest również przedmiotem badań prowadzonych przez doktrynę prawa pracy. Prawne pojęcie niepełnosprawności daje możliwość korzystania przez te osoby ze specjalnych uprawnień, zarezerwowanych wyłącznie dla tej grupy społecznej<sup>39</sup>. Uzyskanie orzeczenia o niepełnosprawności skutkuje otrzymaniem odrębnego statusu pracowniczego m.in. w zakresie norm czasu pracy i urlopów wypoczynkowych.

Reasumując powyższe rozważania, należy wskazać, że jak dotąd podjęto wiele prób zdefiniowania niepełnosprawności w prawie unijnym oraz polskim systemie prawnym. Działania te nie skutkowały jednak przyjęciem uniwersalnej oraz powszechnie akceptowanej definicji. Określenia znane z modelu medycznego, tj. „kaleka”, „niedorozwinięty”, „upośledzenie”, zostały zastąpione pojęciami, które przyczyniają się do integracji społecznej osób niepełnosprawnych.<sup>40</sup> Odnosząc się do regulacji polskich, należałoby rozważyć zastąpienie określenia „osoba niepełnosprawna” terminem „osoba z niepełnosprawnością”. Istotą jest wskazanie, że niepełnosprawność stanowi tylko jedną z cech jednostki. Jest to tendencja panująca obecnie w międzynarodowych regulacjach prawnych. Przykładowo angielski tytuł Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych brzmi: „*Convention on the Right of the Persons with Disabilities*”<sup>41</sup>.

W kontekście ustawodawstwa unijnego, należy zwrócić uwagę na kilka kwestii. Po pierwsze, pojęcie „niepełnosprawność” w zakresie orzecznictwa TSUE przeszło ewolucję od modelu medycznego po model społeczny. W przytoczonej powyżej definicji w orzeczeniu w sprawie *Chacon Navas* Trybunał skupił się na stanie zdrowia jednostki, a nie na akcie dyskryminacji. W konsekwencji jednostki musiały udowodnić, że spełniają określone kryteria – mogą zostać zakwalifikowane do grupy osób niepełnosprawnych, następnie zaś, że są dyskryminowane<sup>42</sup>. Było to niespójne z założeniami społecznego modelu niepełnosprawności, akcentowanymi w kolejnych orzeczeniach TSUE. Jednakże proces ten jest zbyt opieszale, nie stanowi także rozwiązania umożliwiającego zdefiniowanie niepełnosprawności dla celów dyskryminacyjnych<sup>43</sup>.

39 M. Paluszkiwicz, Prawne pojęcie niepełnosprawności, „*Studia Prawno-Ekonomiczne*” 2015, t. XCV, s. 78.

40 A. Trzyna, Ewolucja pojęcia niepełnosprawności, (w:) M. Bosak (red.), *Prawo a niepełnosprawność. Wybrane aspekty*, Warszawa 2015, s. 84.

41 K. Kurowski, *Wolność i prawa człowieka i obywatela z perspektywy osób z niepełnosprawnościami*, Warszawa 2014, s. 21.

42 L. Waddington, *Case C-13/05, Chacon Navas v. Eurest Colectividades SA*, „*Common Market Law Review*” 2007, vol. 44, nr 2, s. 487–499.

43 D. Schiek, *Internacionality and the Notion of Disability in EU Discrimination Law*, „*Common Market Law Review*” 2016, vol. 53, nr 1, s. 62.

Po drugie, należy wskazać na jednolity i autonomiczny charakter omawianego pojęcia w prawie UE. Trafny jest pogląd Justyny Maliszewskiej-Nienaratowicz, że „orzeczenie niepełnosprawności zgodnie z kryteriami określonymi w prawie państw członkowskich nie jest zatem decydujące, ale sąd krajowy musi ustalić również, czy spełnione są wymogi wskazane w orzecznictwie TS<sup>44</sup>”.

W końcu należy zwrócić uwagę na brak jednolitej definicji niepełnosprawności uznanej przez wszystkie kraje członkowskie UE. Trybunał Sprawiedliwości w sprawie *Conejero*<sup>45</sup> wskazał, że uznanie za osobę niepełnosprawną w rozumieniu prawa krajowego nie przesądza o tym, że dana osoba jest niepełnosprawna w rozumieniu dyrektywy 2000/78. Orzecznictwo TSUE w omawianym zakresie ogranicza się jedynie do sfery zawodowej. Natomiast postanowienia konwencji dotyczą wszystkich sfer życia osób niepełnosprawnych. Wydaje się, że właściwą drogą byłoby obranie przez TS UE linii orzeczniczej, zgodnie z którą niepełnosprawność nie ograniczałaby się wyłącznie do życia zawodowego<sup>46</sup>.

Zawarte w ustawie o rehabilitacji społecznej i zawodowej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych definicje „niepełnosprawności” oraz „stopni niepełnosprawności” nie uwzględniają interakcji osób niepełnosprawnych z przeszkodami występującymi w środowisku<sup>47</sup>. Wymienić należy tu m.in. bariery architektoniczne, edukacyjne, zawodowe i osobiste. Ponadto krajowe prawodawstwo zwraca uwagę na dysfunkcje danej osoby, a także wyklucza możliwość wypełniania ról społecznych przez niepełnosprawnych. Jest to sprzeczne z regulacjami międzynarodowymi. Poza tym warto nadmienić, że polski ustawodawca, definiując niepełnosprawność, powinien podjąć działania legislacyjne zmierzające do pełnego uwzględnienia standardów ratyfikowanej konwencji ONZ o prawach osób niepełnosprawnych w kierunku odchodzenia od modelu medycznego na rzecz społecznego modelu niepełnosprawności. Przykładem może być wprowadzona do kodeksu wyborczego<sup>48</sup> definicja wyborcy niepełnosprawnego<sup>49</sup>, wzorowana na przepisach konwencji ONZ. Ponadto kluczowe wydaje się przyjęcie jednej uniwersalnej definicji niepełnosprawności<sup>50</sup>.

44 J. Maliszewska-Nienartowicz, Niedozwolone kryteria różnicujące. Niepełnosprawność, (w:) J. Maliszewska-Nienartowicz (red.), System Prawa Unii Europejskiej, t. 6: Prawo antydyskryminacyjne, Warszawa 2020, s. 402.

45 Wyrok TSUE z dnia 18 stycznia 2018 r. w sprawie *Carlos Enrique Ruiz Conejero v. Ferroservicios Auxiliares SA i Ministerio Fiscal*, C-270/16.

46 J. Maliszewska-Nienartowicz, Niedozwolone..., *op. cit.*, s. 402.

47 K. Kurowski, Niepełnosprawność..., *op. cit.* s. 11.

48 Ustawa z dnia 5 stycznia 2011 r. kodeks wyborczy (tekst jedn. Dz.U. z 2011 r. poz. 21, nr 113).

49 Kodeks wyborczy definiuje wyborcę niepełnosprawnego jako: „wyborcę o ograniczonej sprawności fizycznej, psychicznej, umysłowej lub w zakresie zmysłów, która utrudnia mu wzięcie udziału w wyborach”.

50 A. Mokrzycka, Regulacje europejskie i prawo polskie a kryteria definiowania niepełnosprawności w kontekście zatrudnienia osób niepełnosprawnych, „Studia z zakresu prawa pracy i polityki spo-

Dodatkowo działalność podejmowana przez prawodawcę powinna zmierzać do wprowadzenia nowego – jednego – systemu orzekania o niepełnosprawności w oparciu o przepisy konwencji, którego zadaniem będzie pobudzenie aktywności zawodowej tej grupy osób. Reasumując powyższe rozważania, należy wskazać, że polskie ustawodawstwo z zakresu prawa pracy gwarantuje podstawowe prawa osobom niepełnosprawnym. Konsekwencją pełnego wdrożenia przepisów konwencji ONZ mogą być zmiany w prawie, mające na celu bardziej skuteczną ochronę osób niepełnosprawnych<sup>51</sup>.

#### BIBLIOGRAFIA

- Bulterman M., Selected Legislation and Jurisprudence European Courts: CJEC 2006/6, Case C-13/05, Sonia Chacón Navas/Eurest Colectividades, „European Journal of Health Law” 2006, nr 13.
- Dral A., Ochrona pracowników niepełnosprawnych, (w:) K.W. Baran (red.), System Prawa Pracy, t. 10: Międzynarodowe Publiczne Prawo Pracy. Standardy Europejskie, Warszawa 2019.
- Dubowski T., The European Union and the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Selected Institutional Aspects of Implementation, „Białostockie Studia Prawnicze” 2018, vol. 23, nr 4.
- Jędrasik-Jankowska J., Ubezpieczenie społeczne, t. 2: Ubezpieczenie rentowe. Ubezpieczenie Emerytalne, Warszawa 2003.
- Kurowski K., Niepełnosprawność i osoba niepełnosprawna – od medycznego do społecznego modelu niepełnosprawności, (w:) A. Błaszczak (red.), Najważniejsze wyzwania po ratyfikacji przez Polskę Konwencji ONZ o Prawach Osób Niepełnosprawnych. Biuletyn Rzecznika Praw Obywatelskich nr 10, Warszawa 2012.
- Kurowski K., Wolność i prawa człowieka i obywatela z perspektywy osób z niepełnosprawnościami, Warszawa 2014.
- Ludera-Ruszel A., Dyskryminacja ze względu na niepełnosprawność w zakresie dostępu do zatrudnienia, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2014, nr 8.
- Maliszewska-Nienartowicz J., Długotrwałe ograniczenie zdolności do pracy a pojęcie niepełnosprawności – glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 1 grudnia 2016 r. w sprawie C-395/15 Mohamed Daoudi przeciwko Bootes Plus SL, Fondo de Garantía Salarial, Ministerio Fiscal, „Europejski Przegląd Sądowy” 2017, nr 4.
- Maliszewska-Nienartowicz J., Dyskryminacja pracownika ze względu na otyłość stanowiącą niepełnosprawność – glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 18 grudnia 2014 r. w sprawie C-354/13 Fag og Arbejde (FOA) przeciwko Kommunernes Landsforening, „Europejski Przegląd Sądowy” 2015, nr 11.

---

łecznej”, Rocznik 2003/2004, s. 369, a także A. Żak, Prawne pojęcie niepełnosprawności, „Studia z zakresu prawa pracy i polityki społecznej”, Rocznik 2003/2004, s. 355.

51 K. Roszewska, The implementation of the Rights of Persons with Disabilities to Employment on the Basis of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD), „Białostockie Studia Prawnicze” 2019, vol. 24, nr 2, s. 98–99.



- Maliszewska-Nienartowicz J., Discrimination based on disability: comment on HK Danmark v. Dansk almennyttigt Boligselskab and Dansk Arbejdgiverforening (cases C-335/11 and C-337/11), „Polish Review of International and European Law” 2013, vol. 2, nr 4.
- Maliszewska-Nienartowicz J., Zakaz dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność w świetle wyroków TS w sprawach Coleman i Chacón Navas, „Europejski Przegląd Sądowy” 2011, nr 8.
- Maliszewska-Nienartowicz J., Niedozwolone kryteria różnicujące. Niepełnosprawność, (w:) J. Maliszewska-Nienartowicz (red.), System Prawa Unii Europejskiej, t. 6: Prawo antydyskryminacyjne, Warszawa 2020.
- Napiórkowska A., Niezdolność do pracy w ubezpieczeniu społecznym a niepełnosprawność, (w:) A. Giedrewicz-Niewińska, M. Szablowska-Juckiewicz (red.), Zatrudnienie osób niepełnosprawnych, Warszawa 2014.
- Mitrus L., Niepełnosprawność jako przedmiot regulacji prawa pracy, (w:) M. Bosak (red.) Prawo a niepełnosprawność. Wybrane aspekty, Warszawa 2015.
- Mokrzycka A., Regulacje europejskie i prawo polskie a kryteria definiowania niepełnosprawności w kontekście zatrudnienia osób niepełnosprawnych, „Studia z zakresu prawa pracy i polityki społecznej”, Rocznik 2003/2004.
- Paluszkiewicz M., Orzekanie o niepełnosprawności, (w:) M. Włodarczyk (red.), Ustawa o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych. Komentarz, Warszawa 2015.
- Paluszkiewicz M., Prawne pojęcie niepełnosprawności, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2015, t. XCV.
- Pławucka H., Niezdolność do pracy i niepełnosprawność w przepisach prawa socjalnego, (w:) M. Seweryński, J. Stelina (red.), Wolność i sprawiedliwość w zatrudnieniu. Księga pamiątkowa poświęcona Prezydentowi Rzeczypospolitej Polskiej Profesorowi Lechowi Kaczyńskiemu, Gdańsk 2012.
- Roszevska K., The implementation of the Rights of Persons with Disabilities to Employment on the Basis of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD), „Białostockie Studia Prawnicze” 2019, vol. 24, nr 2.
- Schiek D., Internacionality and the Notion of Disability in EU Discrimination Law, „Common Market Law Review” 2016, vol. 53, nr 1.
- Skóra M., Ewolucja pojęcia niepełnosprawności na gruncie prawa polskiego, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego. Seria prawnicza” 2020, nr 112, Prawo 30.
- Szablowska-Juckiewicz M., Zatrudnianie osób niepełnosprawnych – ocena rozwiązań w prawie polskim z perspektywy międzynarodowych i unijnych standardów, „Studia Prawnoustrojowe” 2015, nr 28.
- Trzyna A., Ewolucja pojęcia niepełnosprawności, (w:) M. Bosak (red.), Prawo a niepełnosprawność. Wybrane aspekty, Warszawa 2015.
- Waddington L., Case C-13/05, Chacon Navas v. Eures Colectividades SA, „Common Market Law Review” 2007, vol. 44, nr 2.
- Żak A., Prawne pojęcie niepełnosprawności, „Studia z zakresu prawa pracy i polityki społecznej”, Rocznik 2003/2004.



## Contributors

**Tereza Antlová** – studied at the Faculty of Law, Masaryk University, Czech Republic. She currently studies in the Department of Labor Law and Social Security Law there as a PhD student, and works as a trainee lawyer. On a scholarly level, she focuses mainly on the topic of dependent work.

**Krzysztof Baran** – professor, head of the Labor Law and Social Policy Department of the Jagiellonian University, Poland. He is the author of numerous publications on labor law and acts as Editor-in-Chief of *The Labor Law System*, a fifteen-volume publication fundamental for Polish labor law.

**Michal Blažek** – studied at the Faculty of Law, Masaryk University. He currently studies in the Department of Labor Law and Social Security Law there as a PhD student, and also teaches subjects related to labor law. He works as a judge's associate at the Supreme Court of the Czech Republic.

**Aneta Giedrewicz-Niewińska** – Associate Professor in the Faculty of Law, Department of Labor Law and Social Insurance University of Bialystok, Poland.

**Jan Horecký** – Head of the Department of Labor Law and Social Security Law at the Faculty of Law, Masaryk University, Brno. He is a member of the Czech Society for Labor Law and Social Security Law and a member of the Committee of Experts of the Society for Collective Bargaining and Labor Law. He is an editor of the *Central European Journal of Labour Law and Personnel Management*.

**Jana Komendová** – Assistant Professor in the Department of Labor Law and Social Security Law at the Faculty of Law, Masaryk University, Brno. She is a member of the Czech Society for Labor Law and Social Security Law.

**Viktor Križan** – Associate Professor in the Department of Labor Law and Social Security Law at the Faculty of Law, Trnava University, Slovak Republic.

**Karol Łapiński** – Doctor of Law, University of Finance and Management in Białystok, Poland, an attorney-at-law, a specialist in the field of labor law, and the author of several publications (including academic monographs), opinions and elaborations in the area of employment protection law.

**Krzysztof Prokop** – Associate Professor in the Institute of Political and Administrative Sciences, Siedlce University of Natural Sciences and Humanities, Poland.

**Iwona Sierocka** – Associate Professor in the Faculty of Law at the University of Białystok, head of the Labor Law and Social Insurance Institute, Poland.

**Michał Skóra** – Assistant in the Department of Labor and Social Insurance Law of the Institute of Legal Sciences, University of Rzeszów, Poland, preparing a doctoral dissertation on legal aspects of employing disabled people.

**Charles Szymanski** – Lecturer and professor of law at the Faculty of Law of the Vytautas Magnus University in Kaunas, Lithuania. Practicing lawyer and professor of law in the United States of America. His scientific interests focus on European, international and comparative labor law as well as on the Alternative Dispute Resolution.

**Wioletta Witoszko** – Associate Professor in the Faculty of Law, Institute of Labor Law and Social Insurance University of Białystok, Poland. She is Coordinator at the Center of Judicial Practices at the Faculty of Law, University of Białystok. She is also a court mediator in employment matters.

**Roman Zapletal** – Graduated *summa cum laude* with a Master's degree from the Faculty of Law, Palacký University, Olomouc, Czech Republic. PhD student in the Department of Labor Law and Social Security Law at the Faculty of Law, Masaryk University, Brno.

**Katarzyna Żywolewska** – Assistant Professor in the Faculty of Law, Institute of Labor Law and Social Insurance University of Białystok, Poland.

## Noty o autorach

**Tereza Antlová** – absolwentka Wydziału Prawa Uniwersytetu Masaryka, obecnie doktorantka w Katedrze Prawa Pracy i Prawa Ubezpieczeń Społecznych na Wydziale Prawa Uniwersytetu Masaryka oraz aplikantka prawnicza zainteresowania naukowe skupiają się głównie wokół problematyki pracy zależnej.

**Krzysztof Baran** – profesor, kierownik Katedry Prawa Pracy i Polityki Społecznej Uniwersytetu Jagiellońskiego, autor wielu publikacji z zakresu prawa pracy oraz redaktor naczelny „Systemu Prawa Pracy”.

**Michał Błażek** – absolwent Wydziału Prawa Uniwersytetu Masaryka, obecnie doktorant w Katedrze Prawa Pracy i Prawa Ubezpieczeń Społecznych Wydziału Prawa Uniwersytetu Masaryka; asystent sędziego w Sądzie Najwyższym Republiki Czeskiej.

**Aneta Giedrewicz-Niewińska** – profesor Uniwersytetu w Białymstoku, Wydział Prawa, Zakład Prawa Pracy i Ubezpieczeń Społecznych.

**Jan Horecký** – kierownik Katedry Prawa Pracy i Prawa Ubezpieczeń Społecznych na Wydziale Prawa Uniwersytetu Masaryka w Brnie, członek Czeskiego Towarzystwa Prawa Pracy i Prawa Ubezpieczeń Społecznych oraz członek Komitetu Ekspertów Towarzystwa Układów Zbiorowych i Prawa Pracy; redaktor „Central European Journal of Labour Law and Personal Management”.

**Jana Komendová** – adiunkt w Katedrze Prawa Pracy i Prawa Ubezpieczeń Społecznych na Wydziale Prawa Uniwersytetu Masaryka w Brnie, członek Czeskiego Towarzystwa Prawa Pracy i Ubezpieczeń Społecznych.

**Viktor Križan** – profesor nadzwyczajny w Katedrze Prawa Pracy i Prawa Ubezpieczeń Społecznych na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Trnavie na Słowacji.

**Karol Łapiński** – doktor nauk prawnych, wykładowca w Wyższej Szkole Finansów i Zarządzania w Białymstoku, radca prawny, specjalista w zakresie prawa pracy; autor

kilkudziesięciu publikacji (w tym monograficznych), opinii i opracowań z zakresu prawnej ochrony pracy.

**Krzysztof Prokop** – profesor uczelni, Uniwersytet Przyrodniczo-Humanistyczny w Siedlcach, Instytut Nauk o Polityce i Administracji.

**Iwona Sierocka** – profesor Uniwersytetu w Białymstoku, kierownik Zakładu Prawa Pracy i Ubezpieczeń Społecznych na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Białymstoku.

**Michał Skóra** – asystent w Zakładzie Prawa Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Instytutu Nauk Prawnych Uniwersytetu Rzeszowskiego. Przygotowuje dysertację dokorską dotyczącą prawnych aspektów zatrudniania osób niepełnosprawnych.

**Charles Szymanski** – wykładowca i profesor na Wydziale Prawa Uniwersytetu Witolda Wielkiego w Kownie, prawnik praktyk i profesor prawa w Stanach Zjednoczonych. Jego zainteresowania badawcze koncentrują się na europejskim, międzynarodowym i porównawczym prawie pracy oraz na alternatywnych sposobach rozstrzygania sporów.

**Wioletta Witoszko** – doktor habilitowana, adiunkt w Zakładzie Prawa Pracy i Ubezpieczeń Społecznych na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Białymstoku, koordynator Centrum Praktyk Sądowych na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Białymstoku. Jest mediatorem sądowym w sprawach pracowniczych.

**Roman Zapletal** – absolwent Wydziału Prawa Uniwersytetu Palackiego w Ołomuńcu w Czechach. Obecnie jest o doktorantem w Katedrze Prawa Pracy i Prawa Ubezpieczeń Społecznych na Wydziale Prawa Uniwersytetu Masaryka w Brnie.

**Katarzyna Żywolewska** – doktor nauk prawnych, adiunkt w Zakładzie Prawa Pracy i Ubezpieczeń Społecznych na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Białymstoku.