

Dr Tomasz Bakalarz

Uniwersytet Wrocławski

ORCID: 0000-0002-7499-1260

e-mail: tomasz.bakalarz@uwr.edu.pl

Umowne ograniczenie możliwości zatrudniania pracowników

No-hire agreement

Streszczenie

Dopuszczalność zawierania umów między przedsiębiorcami o powstrzymanie się od zatrudniania określonej kategorii pracowników budzi szereg wątpliwości. Zarzuca się im niedopuszczalną ingerencję w sferę wolności gospodarczej oraz wolności pracy. Autor weryfikuje powyższy zarzut, zmierzając do wykazania, iż autonomiczna decyzja przedsiębiorcy o zobowiązaniu się do niezatrudniania pracowników kontrahenta nie stanowi *per se* naruszenia wolności pracy zarówno od strony pracodawcy, jak i od strony pracownika. Autor ujmuje wolność pracy w aspekcie horyzontalnym, jako wartości urzeczywistniającej się w zasadach współżycia społecznego. Teza ta stanowi punkt odniesienia przy ocenie ważności porozumienia ograniczającego możliwość zatrudnienia oraz jego wpływu na sytuację prawną pracownika.

Słowa kluczowe

wolność wyboru miejsca pracy, swoboda działalności gospodarczej, ograniczenie zatrudnienia, swoboda zawierania umów

JEL: K31

Wprowadzenie

Nawiązaniu stałych stosunków gospodarczych niejednokrotnie towarzyszy transfer informacji dotyczących sposobu świadczenia usług, modelu biznesowego, budowania marki, jej ochrony, zarządzania zasobami ludzkimi itp. Zaznajomienie się ze specyfiką funkcjonowania przedsiębiorstw pozostających w tego typu stosunkach staje się istotnym atutem pracownika, którego wysiłkiem wykonywana jest usługa na rzecz kontrahenta pracodawcy. Doświadczony, sprawdzony w realizacji zadań pracownik staje się niezbędnym elementem funkcjonowania przedsiębiorstwa, którego utrata może stanowić niekwestio-

Abstract

The evaluation of no-hire agreement raises a number of concerns. Polish jurisprudence presents a view that this agreement is an unacceptable interference in the sphere of economic freedom and freedom of work. In this text, the author verifies the above legal view. He shows that the entrepreneur's autonomous decision to undertake not to employ the contractor's employees does not constitute a breach of freedom of work, *per se*. The author analyzes freedom of work in a horizontal aspect, as a value that becomes reality in the principles of social coexistence. This argument serves as a reference for assessing the validity of an agreement restricting employment opportunities and its impact on the legal position of the employee.

Keywords

freedom to choose a place of work, freedom of economic activity, limiting of hiring, freedom to contract

waną stratę. Przy wyborze środków prawnych zabezpieczających przed taką sytuacją konieczne jest uwzględnienie specyfiki wynikającej z trudności w zawłaszczeniu przez pracodawcę wiedzy i doświadczenia pracownika. Elementy wiedzy ogólnej, wykształcenia czy kwalifikacji pracownika lub jego naturalne umiejętności albo uzdolnienia nie stanowią informacji zastrzeżonej w ramach tajemnicy pracodawcy bądź tajemnicy przedsiębiorstwa. Związek wiedzy i doświadczenia ze sferą osobistą pracownika wymusza przyjęcie środków prawnych ingerujących w obszar wolności, ograniczając swobodę w dysponowaniu własnymi talentami, umiejętnościami czy doświadczeniem. Na pierwszy plan wysuwa się w takim kon-

tekście środek prawny w postaci zakazu konkurencji po ustaniu stosunku pracy, jednak w obrocie prawnym można zaobserwować także próby zabezpieczania interesów przedsiębiorcy przez umowne ograniczenie możliwości zatrudniania pracowników partnera biznesowego.

Przykładowy kontrakt przewidywałby, że w czasie trwania umowy o współpracę między przedsiębiorcami lub łącznie z okresem po jej wygaśnięciu, bez względu na formę jej rozwiązania, przedsiębiorcy zobowiązują się do niezatrudniania aktualnych lub byłych pracowników drugiej strony. W razie naruszenia wskazanego zakazu strona naruszająca zobowiązuje się do zapłaty kary umownej. Powyższa klauzula umowna, znana w literaturze obcej jako „no-hire” bądź „no-poach agreement”, budzi wątpliwości w wielu systemach prawnych, z uwagi na jej bezpośredni wpływ na sferę wolności gospodarczych (swobodę wyboru miejsca pracy oraz swobodę działalności gospodarczej)¹. Niniejszy artykuł stanowi krytyczną analizę dopuszczalności stosowania porozumienia ograniczającego możliwość zatrudniania w kontekście ingerencji w sferę wolności przedsiębiorców i pracowników.

Cel porozumienia ograniczającego możliwość zatrudniania

Cel umowy to stan rzeczy, jaki strony zamierzają osiągnąć przez realizację uprawnień i obowiązków składających się na zobowiązanie (Machnikowski, 2019, s. 579). Sąd Najwyższy w wyroku z 26 marca 2002 r., III KKN 801/00 (OSNC 2003/3/41), podkreślił, że chociaż cel umowy nie musi wynikać z treści zawartej umowy, to jednak jest niezbędne, aby można było go wywieść z jej treści. Cel umowy nie musi natomiast być celem wspólnym dla obu stron. Wystarczy, że do jego osiągnięcia dąży jedna ze stron umowy, a druga jest tego świadoma lub — biorąc pod uwagę okoliczności zawarcia umowy oraz jej treść — powinna być świadoma (Radwański i Trzaskowski, 2019, s. 307).

Postulowanym celem porozumienia ograniczającego możliwość zatrudniania pracowników kontrahenta jest ochrona aktywów niematerialnych przedsiębiorstwa, szczególnych informacji, wiedzy i doświadczenia pracowników świadczących usługę na rzecz kontrahenta. Zabezpieczenie interesów przedsiębiorcy, który poczynił niezbędne nakłady na wykształcenie pracowników, umożliwił im uzyskanie doświadczenia zawodowego, udostępnił specjalistyczną wiedzę, należy uznać za cel usprawiedliwiony, tak w ujęciu prawnym jak i ekonomicznym. Wskazany cel pozostaje także w związku z uprzednim stosunkiem, w ramach którego była świadczona usługa między przedsiębiorcami. Strony omawianego porozumienia zgadzają się na samoograniczenie swobody gospodarczej oraz swobody wyboru pracowników w okresie następującym po ustaniu współpracy.

Z treści porozumienia nie wynika wprost, jaki skutek wywoła zobowiązanie przedsiębiorców w sferze praw osób trzecich. Pracownik nie jest stroną tego porozumienia. Nie zmierza ono bezpośrednio do ograniczenia swobody wyboru miejsca pracy przez pracownika. Tak ujmowany efekt może być potraktowany jako skutek porozu-

mienia bądź jako obiektywny stan rzeczy, na który strony porozumienia się godzą. W literaturze jest prezentowany pogląd, iż celem umowy powinny być także tzw. cele obiektywne, szczególnie gdy obiektywnie wiadomo — choć nie jest to celem umowy — że osiągnięty dzięki umowie stan rzeczy będzie społecznie szkodliwy (Trzaskowski, 2005, s. 186)². Wydaje się jednak zasadne, by obiektywnie zaistniała konsekwencja zachowań stron umowy uznać za uboczny skutek, istniejący stan rzeczy, wynikający ze złożoności relacji prawnych. Tym samym za cel porozumienia należałoby uznać jedynie czasowe samoograniczenie możliwości zatrudniania w związku z ochroną interesu kontrahenta, i ten cel powinien zostać poddany ocenie z punktu widzenia art. 353¹ k.c. oraz art. 58 k.c. Natomiast sytuacja prawna osób trzecich, będąca wynikiem zachowania stron porozumienia, powinna być oceniana z perspektywy naruszenia obowiązków powszechnych.

Umowne ograniczenie możliwości zatrudniania a wolność pracy

W myśl art. 353¹ k.c. umowa podlega ocenie moralnej zarówno ze względu na treść, jak i ze względu na stan rzeczy, który ma być osiągnięty przez wykonanie zobowiązania, a który jest znany obu stronom zawierającym umowę (Machnikowski, 2019, s. 603). Jednym z kryteriów moralnej oceny zobowiązania jest wolność człowieka. Z moralnego punktu widzenia za niedopuszczalne należy uznać umowy znacznie ograniczające wolność człowieka, szczególnie w tej sferze, w której wyraża się jego indywidualność, urzeczywistnia się możliwość samorealizacji. Za taką sferę należy uznać realizowanie własnych celów gospodarczych (wolność gospodarcza) oraz celów zawodowych (wolność wyboru miejsca pracy).

Konstytucja RP gwarantuje wolność podejmowania decyzji o wyborze i wykonywaniu zawodu oraz miejsca pracy (art. 65 ust. 1), a także swobodę zatrudnienia (art. 65 ust. 2). Jak przyjął Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 23 czerwca 1999 r. (K 30/98, OTK 1999/5/101), wolność pracy w ujęciu pozytywnym obejmuje zarówno możliwość wyboru rodzaju pracy (aspekt kwalifikacyjny), wyboru pracodawcy (aspekt podmiotowy), jak i decydowania o miejscu zatrudnienia (aspekt przestrzenny). Pozytywny aspekt zasady wolności pracy nie wyraża się tylko w dozwolonej aktywności człowieka, ale i w nienakładaniu na jednostki szczególnych, nieproporcjonalnych i niesprawiedliwych obowiązków we wspomnianym zakresie. W przypadku ingerencji władz publicznych w sferę wolności pracy w grę wchodzi kryteria wskazane w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Trybunał Konstytucyjny dodał, że wolność pracy rodzi ograniczenia po stronie władzy publicznej, a nie bezpośrednio po stronie pracodawców. Powołując się na art. 65 ust. 1 Konstytucji RP, nie można narzucać prywatnym pracodawcom obowiązków wobec potencjalnych pracowników, w tym obowiązku zatrudnienia (wyrok TK z 24 stycznia 2001 r., SK 30/99, OTK 2001/1/3).

W myśl art. 10 § 1 k.p. każdy ma prawo do swobodnie wybranej pracy. Nikomu, z wyjątkiem przypadków okre-

ślonych w ustawie, nie można zabronić wykonywania zawodu. Norma wyrażona w art. 10 k.p. koresponduje z gwarancjami konstytucyjnymi wolności wyboru pracy. W aspekcie podmiotowym kodeksowa swoboda wyboru pracy oznacza swobodę wyboru podmiotu, na którego rzecz ma być wykonywana praca. W kolizji z wolnością pracy będą zatem pozostawać sytuacje, gdy ograniczony jest krąg podmiotów zatrudniających, u których można ubiegać się o pracę, bądź też narzucona jest praca u jednego z nich. Aby respektować wolność pracy, musi być więc zagwarantowany swobodny wybór kontrahenta oraz swobodne przyjęcie złożonej przez niego propozycji zatrudnienia (Góral, 2018, s. 79).

W literaturze prawa pracy zwrócono uwagę, że zasada wolności pracy, wyrażona w art. 10 § 1 k.p., jak i art. 65 ust. 1 i 2 Konstytucji RP, może być także rozpatrywana od strony pracodawcy, i oznacza swobodę podmiotu zatrudniającego doboru pracowników, równoznaczną z dobrowolnością nawiązania stosunku pracy oraz prawem jego rozwiązania, którego prawidłowość podlega kontroli sądowej. Swobodę pracodawcy w zakresie doboru pracowników można również uzasadnić konstytucyjną zasadą wolności prowadzenia działalności gospodarczej (Florek, 1997, s. 208; Kuczyński, 1999). Wskazane wartości o randze konstytucyjnej statuuja pozycję pracodawcy jako podmiotu samodzielnego w podejmowaniu decyzji o zatrudnieniu.

Analizując zasadę wolności pracy wyrażoną w art. 10 § 1 k.p. w kontekście umownego jej ograniczenia, zaznaczono, że przepis art. 10 k.p. należy postrzegać jako skierowany do państwa, a nie do innych uczestników obrotu prawnego, a zatem nie może być on punktem odniesienia dla oceny niezgodności z prawem (Sobczyk, 2014, s. 34). Takie określenie adresata normy nie pozwala na bezpośrednie i samodzielne stosowanie jej w relacjach między podmiotami prywatnymi (Trzaskowski, 2005, s. 202). Należy jednak mieć na uwadze, że przepisy art. 10 k.p., jak i art. 65 ust. 1 i 2 Konstytucji RP stanowią prawny wyraz postawy moralnej, gwarantującej jednostce możliwość zabezpieczenia bytu oraz samorealizacji (Sobczyk, 2014, s. 34). Jest to niewątpliwie wartość, którą ustawodawca ceni szczególnie, jako element aksjologii systemu społecznego. W tym ujęciu ewentualne umowne ograniczenie wolności (pracy bądź działalności gospodarczej) powinno być krytycznie ocenione pod kątem zasad współżycia społecznego zarówno w zakresie granic swobody zawierania umów (art. 353¹ k.c.), jak i ważności czynności prawnej (art. 58 § 2 k.c.), przy uwzględnieniu jako dyrektywy interpretacyjnej norm gwarantujących wyższe wolności w ustawie zasadniczej (w szczególności nakaz szanowania wolności osób trzecich — art. 31 ust. 2 Konstytucji RP).

Za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego uznaje się umowy, które wywołują tzw. efekt dławiący (kneblujący). Jak przyjął Sąd Najwyższy w wyroku z 5 marca 2019 r., II CSK 58/18 (OSNC 2019/12/125), objęte zasadą swobody kontraktowej umowy obligacyjne, których należyte wykonanie opatrzone jest sankcją majątkową w postaci odpowiedzialności odszkodowawczej, nie

mogą być instrumentem nadmiernego — w aspekcie czasowym lub przedmiotowym — ograniczenia wolności lub uzależnienia podmiotów prawa cywilnego. Tak jak niedopuszczalna byłaby próba obligacyjnego skrępowania wolności osoby fizycznej zmierzająca do nadania jej — choćby tylko w sferze obligacyjnej — quasi-niewolniczego statusu, tak też niedopuszczalne jest krępowanie swobody gospodarczej przedsiębiorcy w takim stopniu, że traci on w całości albo istotnej części swą niezależność (por. wyroki SN z 20 maja 2004 r., II CK 354/03, OSNC 2005/5/91, z 24 czerwca 2014 r., I CSK 431/13, LEX nr 1511100 i z 16 września 2016 r., IV CSK 751/15, LEX nr 2109289) lub zagrożone są podstawy jego ekonomicznej egzystencji (tzw. umowy dławiące). O tym, czy wynikające z umowy skrępowanie swobody dłużnika jest nadmierne, a więc wywołuje skutek dławiący, decyduje całościowa ocena, w ramach której należy uwzględnić z jednej strony zakres dotychczasowej i potencjalnej działalności dłużnika, a z drugiej — zakres przedmiotowo-podmiotowy, geograficzny i czasowy zakazu, surowość towarzyszącej jego naruszeniu sankcji oraz ewentualne dodatkowe korzyści czerpane przez dłużnika.

Umowne ograniczenie możliwości zatrudnienia między przedsiębiorcami, jako dobrowolne skrępowanie swobody w prowadzeniu działalności gospodarczej bądź swobody wyboru pracownika, nie jest *per se* nieważne, jako sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Jak wskazał Sąd Najwyższy, samoograniczenie nie może być jednak nadmierne, na tyle doniosłe, że zaburzałoby istotę swobód. Przypisanie skutku dławiącego musi być konsekwencją szczególnych ustaleń faktycznych, przy uwzględnieniu testu proporcjonalności i celowości ograniczeń. W przypadku ograniczenia swobody w zatrudnieniu efekt „dławiący” mógłby wchodzić w grę wówczas, gdy charakter stałych stosunków gospodarczych między przedsiębiorcami oraz charakterystyka rynku, na którym przedsiębiorcy funkcjonują, kreowałyby ścisłą więź zależności opartą na specjalistycznym outsourcingu kadry wysoko wykwalifikowanej. Uzależnienie funkcjonowania przedsiębiorcy od usług specjalistycznych, dostarczanych przez kontrahenta, przy jednoczesnym porozumieniu czasowo ograniczającym możliwość zatrudnienia pracowników tegoż kontrahenta, tworzy stan rzeczy, który Sąd Najwyższy w wyżej cytowanym wyroku porównał do ograniczenia wolności osoby fizycznej. Ta ścisła relacja przedmiotowa, uzupełniona o dodatkowe kryteria, tj. długotrwałość zakazu, wysokość kary umownej za naruszenie porozumienia, pozwala na przypisanie umowie między przedsiębiorcami charakteru nadmiernego ograniczenia swobody w doborze kadr. Wielość kryteriów progowych wymaganych dla powyższej kwalifikacji sprawia jednak, że są to sytuacje wyjątkowe.

Opisany efekt nie wystąpi wówczas, gdy ocena stanu faktycznego pozwoli na przyjęcie, iż przedsiębiorca zachowuje swobodę na rynku pracy przy doborze niezbędnej mu siły roboczej, a ograniczenie dotyczy sprecyzowanego kręgu obecnych lub byłych pracowników kontrahenta. Gdy specyfika rynku daje rzeczywistą możliwość wyboru pracownika spoza zastrzeżonej grupy, choćby

przy poniesieniu dodatkowych kosztów związanych z doszkoleniem, wówczas ograniczenie możliwości zatrudnienia nie powinno zostać ocenione jako nadmierne.

Powyższe konkluzje odnoszą się do skutku „dławiącego” w sferze wolności przedsiębiorcy. Specyfika ograniczenia możliwości zatrudnienia wymusza jednak rozszerzenie pola badawczego na wolność osób trzecich (hipotetycznego pracownika). Zaniechanie przedsiębiorcy jako powstrzymanie się od działań, które należą do jego sfery prawnie dozwolonych zachowań, nie sprowadza się jedynie do bierności wobec wierzyciela, ale także wobec pracowników bądź byłych pracowników wierzyciela. W tym ujęciu zachowanie przedsiębiorcy, zgodnie z treścią zobowiązania, wpływa na sytuację prawną zastaną na rynku przez kandydata do zatrudnienia.

Ograniczenie możliwości zatrudnienia a wiedza kandydata do zatrudnienia

Przyznanie osobie fizycznej swobody w wyborze miejsca pracy, co do zasady, nie wiąże się z roszczeniem o konkretne zatrudnienie. Przepis art. 11 k.p. wymaga, by stosunek pracy wynikał ze zgodnej woli obu stron. Brak roszczenia o zatrudnienie stawia kandydata na pracownika w pozycji osoby przystępującej do negocjacji w celu zawarcia umowy o pracę. Negocjacji z podmiotem, który teoretycznie powinien dysponować pełną swobodą w decydowaniu o zatrudnieniu.

W literaturze zwrócono uwagę, że warunkiem rzeczywistej swobody w wyborze miejsca pracy jest wstępne dysponowanie przez kandydata określonym zasobem informacji. Jak stwierdza A. Sobczyk, posiadanie wiedzy o rzeczywistym stanie rzeczy usuwa stan niepewności, co pozwala na dokonywanie wolnych wyborów. W tym sensie wolność człowieka urealniana się nawet wtedy, gdy informacje, jakie otrzymuje na temat swojej sytuacji, są dla niego niekorzystne (Sobczyk, 2015, s. 216).

W kontekście ograniczenia wolności pracy umową między przedsiębiorcami nasuwa się wątpliwość co do obowiązku udzielenia kandydatowi na pracownika informacji o obowiązywaniu takiego porozumienia. A. Sobczyk, analizując problem wstępnego informowania kandydata o dostępnej pracy, proponuje, by sięgnąć w tej materii do art. 24 k.c. Wolność pracy (jako dobro osobiste) realizuje się już w samym prawie do żądania informacji o tym, czy praca jest w ogóle dostępna. Wolność pracy byłaby więc rozumiana jako wolność poszukiwania pracy, w której kontekście pracodawca staje się zobowiązany do współpracy z poszukującym (Sobczyk, 2015, s. 224–225). Posłużenie się konstrukcją właściwą dla ochrony dóbr osobistych przed bezprawnym działaniem osoby trzeciej budzi wątpliwości. Tożsamy skutek, w postaci powinności udzielenia niezbędnych informacji kandydatowi do zatrudnienia, można osiągnąć bez odwołania do art. 24 k.c. Przyjmując, że nawiązanie stosunku pracy, szczególnie w przypadku kadry wysoko wykwalifikowanej, może nastąpić w drodze negocjacji, warto mieć na uwadze przepis art. 72 § 2 k.c. Z przepisu statuującego odpowiedzialność za *culpa in contrahendo*, należy wywieść, stanowiący pod-

stawę tej odpowiedzialności, obowiązek prowadzenia negocjacji w zgodzie z dobrymi obyczajami. Powinność ta ma wymiar aktywny (nakaz zachowania), nie zaś pasywny (zakaz naruszenia) jak w przypadku ochrony dóbr osobistych. W literaturze prawa cywilnego zwrócono uwagę na kwestię obowiązku informacyjnego między negocjującymi, wykraczającego poza zakres obowiązków prawem przewidzianych (Krajewski, 2019, s. 903). T. Targosz zaznacza, że naruszenie obowiązków informacyjnych stanowi centralną i w praktyce najważniejszą kategorię przypadków jaką można zaliczyć do zakresu instytucji *culpa in contrahendo*. Naruszeniem obowiązków przedkontraktowych może być sytuacja, w której istnieje stan zaufania kontrahenta do pewnego stanu rzeczy (w analizowanym przypadku — stan zaufania kandydata na pracownika co do pełnej swobody pracodawcy w wyborze kadr), a zarazem negocjujący (pracodawca) nie przekazuje informacji mającej oczywiście istotne znaczenie dla utrzymania wskazanego stanu zaufania drugiej strony [kandydata] (por. Targosz, 2010, s. 129). Umowa ograniczająca możliwość zatrudnienia, jako okoliczność wyjątkowa, stanowi istotny element zakłócający wstępne założenie negocjacji, tj. pełną swobodę w podjęciu decyzji o zatrudnieniu.

Ograniczenie możliwości zatrudnienia a dyskryminacja w zatrudnieniu

Zawarcie analizowanej umowy prowadzi do wyodrębnienia kategorii osób, wobec których przedsiębiorca-dłużnik musi powstrzymać się od zatrudnienia. Grupa ta cechuje się uprzednim zatrudnieniem u wierzyciela. Chcąc wykonać umowę, dłużnik jest zobowiązany do odmowy zatrudnienia kandydata posiadającego wyżej opisaną cechę. Nasuwa się wątpliwość, czy taka postawa pracodawcy jest zgodna z zasadą równego traktowania w zatrudnieniu. Katalog zawarty w art. 18^{3a} § 1 k.p. jest katalogiem otwartym, który oprócz cech osobistych zawiera także cechy związane z sytuacją zawodową (zatrudnienie na czas określony lub nieokreślony, zatrudnienie w pełnym lub w niepełnym wymiarze czasu pracy). Należy uznać, że kryterium uprzedniego zatrudnienia u konkretnego pracodawcy uzupełnia katalog z art. 18^{3a} § 1 k.p.

Interpretacja przepisów o dyskryminacji pozwala na wyróżnienie kilku przesłanek usprawiedliwiających różnicowanie sytuacji prawnej pracowników bądź kandydatów do zatrudnienia. Działanie pracodawcy powinno być umotywowane obiektywnymi powodami. Powinno być proporcjonalne do osiągnięcia zgodnego z prawem celu różnicowania. Dodatkowo kryterium różnicowania musi być rzeczywistym i decydującym wymogiem zawodowym.

W omawianym przypadku rozróżnienie kandydatów do zatrudnienia jest konieczne dla należytego wykonania zobowiązania, tj. powstrzymania się od nawiązania stosunku pracy z daną kategorią osób. Jest to powód rzeczywisty, usprawiedliwiony interesem pracodawcy jako dłużnika względem osoby trzeciej. Różnicowanie nie jest poddyktowane wymogiem zawodowym. Pośrednio jest ono podjęte w celu ochrony interesu osoby trzeciej, czyli wierzyciela przedsiębiorcy zabezpieczającego własne zasoby

niematerialne. Ocena dopuszczalności takiego rozróżnienia nie może się odbyć bez testu proporcjonalności, co wymaga wyważenia, czy przyjęty środek realizacji celu służy ochronie usprawiedliwionych potrzeb, czy jego zasięg nie wykracza poza to, co konieczne w celu tej ochrony i zarazem pozostaje w rozsądnej proporcji do obciążeń kandydata do zatrudnienia. Ten zabieg wymusza nie tyle ustosunkowanie się do umowy zawartej między przedsiębiorcami, lecz także do skutków, jakie wykonanie zobowiązania wywołuje w sferze wolności kandydata do zatrudnienia. Uznanie, że skutki te są nadmierne, czyli istotnie ograniczają kandydata do zatrudnienia w korzystaniu z przysługującej mu wolności, daje podstawy do przyjęcia, iż odmowa zatrudnienia stanowi naruszenie zasady równości w zatrudnieniu, a w konsekwencji rodzi odpowiedzialność odszkodowawczą (art. 18^{3d} k.p.). Sytuacja taka jednak nie zachodzi, gdy specyfika rynku, doświadczenia zawodowego kandydata etc. umożliwiają mu ubieganie się o zatrudnienie u przedsiębiorcy nieobjętego porozumieniem.

Ograniczenie możliwości zatrudnienia a zakaz konkurencji po ustaniu stosunku pracy

Przez zobowiązanie do powstrzymania się od zatrudnienia wierzyciel dąży do ochrony własnych interesów związanych z aktywami niematerialnymi przedsiębiorstwa. Zmierza jednocześnie do zachowania przewagi konkurencyjnej wobec kontrahenta. W układzie podmiotowym takiej umowy nie występuje pracownik, będący *de facto* nośnikiem szczególnych informacji i doświadczenia. Zobowiązując hipotetycznego, przyszłego pracodawcę do niezatrudnienia pracownika posiadającego szczególnie ważne informacje, przedsiębiorca-wierzyciel osiąga zbliżony efekt do obciążenia własnych pracowników klauzulą konkurencyjną.

Elementem świadczenia w przypadku obu porozumień jest powstrzymanie się dłużnika od działań, które należą do jego sfery prawnie dozwolonych zachowań. Zobowiązaniem z umowy ograniczającej możliwość zatrudnienia jest przedsiębiorca (hipotetyczny pracodawca), zaś w przypadku klauzuli konkurencyjnej — pracownik (były pracownik, hipotetyczny kandydat do zatrudnienia). Obie umowy ingerują w sferę wolności pracy, tak w ujęciu pracodawcy (doboru pracowników), jak i pracownika (wyboru miejsca pracy). Skala ingerencji jest jednak istotnie różna.

Klauzula konkurencja ogranicza m.in. zagrożenia dla interesów byłego pracodawcy związane z zatrudnieniem pracownika u kontrahenta pracodawcy, zabezpiecza przed ujawnieniem informacji, jakie pracownik uzyskał w trakcie zatrudnienia. Tę samą funkcję należy przypisać umownemu ograniczeniu możliwości zatrudnienia. Istotną różnicą obu umów jest sposób sprecyzowania zakazanego działania. Porozumienie między przedsiębiorcami dotyczy zakazu zatrudniania określonej grupy pracowników, nie ingerując jednak w możliwość zatrudnienia osób spoza tego grona. Wierzyciel zabezpiecza się jedynie

przed możliwością wykorzystania wiedzy i doświadczenia własnych pracowników w działalności konkretnego pracodawcy (dłużnika). Klauzula konkurencyjna może zaś stanowić znacznie szerszą ingerencję w wybór miejsca pracy pracownika, obejmującą szerszy krąg podmiotów prowadzących względem pracodawcy działalność konkurencyjną.

Szczególnym elementem treści klauzuli konkurencyjnej jest zobowiązanie byłego pracodawcy do zapłaty odszkodowania. Z punktu widzenia pracodawcy świadczenie to stanowi zapłatę za ochronę „konkurencyjnych” interesów lub własnej pozycji rynkowej. Z punktu widzenia pracownika odszkodowanie jest wartością rekompensującą ograniczenie zasady wolności pracy (Prusinowski, 2014, s. 97). Dobrowolne ograniczenie wolności pracy odbywa się w tym przypadku nie tylko za bezpośrednią zgodą pracownika, lecz także za rekompensatą pieniężną. Umowa zawarta między przedsiębiorcami, choć mogąca wywołać w ograniczonym zakresie zbliżony skutek, pozostawia pracownika poza swoją treścią, nie zapewniając stosownej rekompensaty.

Powyższe spostrzeżenia skłaniają do postawienia pytania, czy czynność prawna zawarta między przedsiębiorcami, wywołująca skutki w sferze wolności osób trzecich w zbliżonej skali co umowa uregulowana przepisami kodeksu pracy, nie zmierza do obejścia prawa. Przez czynność prawną mającą na celu obejście ustawy należy rozumieć czynność wprowadzającą zakaz ustawowy, ale przedsięwziętą w celu osiągnięcia skutku zakazanego przez ustawę. Jak podkreśla się w doktrynie, czynność mająca na celu obejście ustawy zawiera pozór zgodności z ustawą, ponieważ jej treść nie zawiera elementów wprost sprzecznych z ustawą, ale skutki, które wywołuje i które objęte są zamiarem stron, naruszają zakazy lub nakazy ustawowe. Chodzi tu o zakazy lub nakazy wynikające z norm bezwzględnie obowiązujących oraz semiimperatywnych (wyrok SN z 23 lutego 2006 r., II CSK 101/05, LEX nr 180197). Regulacja kodeksu pracy nie jest wyłączną, prawnie dopuszczalną formą ochrony interesów pracodawcy przez ograniczenie możliwości zatrudnienia. Zauważa się, że pracowniczy zakaz konkurencji nie wyłącza stosowania do zatrudnionego innych umownych regulacji dotyczących zbliżonej materii. Ograniczenia w zakresie prowadzenia działalności konkurencyjnej stanowią wspólną kompozycję, która służy obrotowi prawnemu (Prusinowski, 2014, s. 34). Nieważne byłoby jedynie takie ograniczenia w podejmowaniu przyszłego zatrudnienia, którym nie towarzyszyłyby uzasadnione, realne i aktualne przyczyny, lub jeśli doszłoby do wprowadzenia istotnych życiowych ograniczeń dla osoby (pracownika) bez ważnego powodu lub bez rekompensaty. Ocena ważności takiej umowy powinna być więc dokonywana *ad casum* (Sobczyk, 2014, s. 34).

Brak nakazu zawierania umowy o zakazie konkurencji po ustaniu stosunku pracy, odmienny układ podmiotowy, odmienny zakres związania umową, zgodność z prawem celu umowy ograniczającej możliwość zatrudnienia, porównywalnie mniej dotkliwy zakres ingerencji w wolność pracy po stronie pracownika dają podstawy do przyjęcia, że umowa ograniczająca możliwość zatrudnienia pracow-

ników nie jest czynnością prawną zawartą w celu obejścia ustawy, tj. przepisów o klauzuli konkurencyjnej zawartych w art. 101² k.p.

Ograniczenie możliwości zatrudniania a zawarcie umowy o pracę

Zawarcie umowy o pracę przez przedsiębiorcę obowiązującego do powstrzymania się od zatrudniania z osobą, która jest objęta umownym wyłączeniem, stanowi niewykonanie zobowiązania. Umowa zawarta między przedsiębiorcami wywołuje skutki *inter partes*. Ewentualne jej niewykonanie przez nawiązanie stosunku pracy z osobą objętą umownym wyłączeniem otwiera przed wierzycielem możliwość przymusowego egzekwowania zachowania dłużnika zgodnie z treścią zobowiązania bądź możliwość dochodzenia odszkodowania. Analizowane porozumienie nie wpływa jednak na ważność umowy o pracę³. Wierzyciel z tytułu umowy ograniczającej możliwość zatrudniania nie dysponuje środkami prawnymi umożliwiającymi zakwestionowanie umowy zawartej między dłużnikiem a byłym pracownikiem wierzyciela. Powyższe dowodzi, że analizowane porozumienie nie jest bezwzględnie barierą swobody wyboru miejsca pracy. Nie wyklucza legalności zatrudnienia.

Wierzyciel ma jednak uprawnienie do żądania spełnienia świadczenia przez dłużnika, a w przypadku niewykonania tego prawa podmiotowego — do jego przymusowej realizacji. Roszczenie o zachowanie zgodnie z treścią zobowiązania jest kierowane wobec przedsiębiorcy, którego obowiązkiem było powstrzymanie się od zatrudnienia. Nakaz przywrócenia stanu zgodnego z treścią zobowiązania wiąże się z oczekiwaniem, że przedsiębiorca-dłużnik rozwiąże zawartą umowę o pracę. Brak dobrowolnego wykonania powyższego nakazu daje podstawę do przymusowego jego wyegzekwowania, przy wykorzystaniu przepisów o egzekucji świadczeń niepieniężnych.

Sformułowanie świadczenia w umowie między przedsiębiorcami jako powstrzymanie się od zatrudniania, bez wyraźnego wyartykułowania obowiązku rozwiązania umowy o pracę zawartej niezgodnie z porozumieniem, wyklucza możliwość stosowania art. 64 k.c. w związku z art. 1047 k.p.c. W grę wchodziłby za to przepis art. 1051 k.p.c., którego zastosowanie byłoby konsekwencją powództwa, w którym wierzyciel-przedsiębiorca domagałby się rozwiązania stosunku pracy zawartego przez dłużnika wbrew umowie ograniczającej możliwość zatrudniania. Także zastosowanie przepisu art. 1051 k.p.c. nie pozwala na unieważnienie umowy o pracę. Nie jest to również środek umożliwiający rozwiązanie jej przez osobę trzecią.

Realizując roszczenie wierzyciela i przywracając stan zgodny z treścią zobowiązania, dłużnik powinien dążyć do rozwiązania stosunku pracy. Zasadniczo doszłoby do rozwiązania umowy za wypowiedzeniem dokonanym przez pracodawcę. W razie konieczności podania przyczyny uzasadniającej (art. 30 § 4 k.p.), niezbędne byłoby powołanie się na umowę ograniczającą możliwość zatrudniania bądź orzeczenie sądowe (stosownie do art. 1051 k.p.c.). W przeciwnym razie podany powód zwolnienia nie byłby rzeczywisty. Przytoczenie powyższej przyczyny uzasadnia-

jącej aktualizuje poruszony uprzednio problem różnicowania sytuacji pracowników (kandydatów). W razie ustalenia, że różnicowanie pracowników w oparciu o porozumienie między przedsiębiorcami nie jest obiektywnie uzasadnione i proporcjonalne co do prawnie dopuszczalnego celu, otwiera się możliwość kwestionowania wypowiedzenia jako dyskryminującego. W przeciwnym razie wypada rozważyć możliwość zastosowania przez pracownika przepisu art. 8 k.p. Powołanie się na nadużycie prawa podmiotowego — prawa pracodawcy do wypowiedzenia umowy musi się wiązać z dodatkowymi, szczególnymi warunkami. Skoro hipotezą normy art. 8 k.p. objęte są przypadki nadużycia, a nie obrazy prawa, to regulacja ta nie dotyczy sytuacji, gdy określony podmiot narusza przepisy prawa materialnego. Konstrukcja ta obejmuje przypadki, w których zachowanie określonego podmiotu spełnia formalnie wszystkie wymagania przewidziane przepisem prawa, natomiast z innych — pozaprawnych — względów (np. społecznych czy moralnych) zachowanie to nie zasługuje na ochronę (wyrok SN z 20 stycznia 2011 r., I PK 135/10, LEX nr 794776). Na tym polu aktualne pozostają wcześniejsze rozważania wskazujące na sprzeczność z zasadami współżycia społecznego (w tym poszanowaniem wolności) zachowań, które formalnie zgodne z prawem, z uwagi na całokształt okoliczności i skalę ingerencji w sferę wolności człowieka, jawią się jako dławiące wolność pracy (nadmiernie ograniczające wolność wyboru miejsca pracy).

Podsumowanie

Przedsiębiorca zobowiązujący się nie zatrudniać danej kategorii osób dobrowolnie ogranicza przysługującą mu wolność w sferze doboru pracowników. W tym aspekcie analizowane porozumienie odnosi się do wolności pracy ujmowanej od strony pracodawcy. Należy zauważyć, że umowa ograniczająca możliwość zatrudniania *per se* nie stanowi nadmiernej ingerencji w sferę wolności przedsiębiorcy. Umowa między przedsiębiorcami nie jest nieważna tylko z tego powodu, że wpływa na sytuację prawną dłużnika dysponującego swobodą gospodarczą bądź na sferę wolności kandydata do zatrudnienia. Nie jest to umowa, której cel jest sprzeczny z ustawą, gdyż ustawa nie wyklucza możliwości czasowego samoograniczenia własnej sfery wolności. W wyniku zawartego porozumienia przedsiębiorca nie zrzeka się przysługującego mu prawa do zatrudniania, a jedynie zobowiązuje się względem drugiej strony do niewykonywania tegoż prawa w określonym czasie, pod rygorem kary umownej. Zawarcie umowy o pracę wbrew zobowiązaniu nie może być skutecznie kwestionowane przez wierzyciela przedsiębiorcy. Umowa ograniczająca możliwość zatrudniania nie blokuje kandydata do zatrudnienia w realizacji wolności. Pracownik może zawrzeć umowę o pracę z przedsiębiorcą zobowiązanym względem swojego kontrahenta do powstrzymania się od zatrudniania. Zawarta między nimi umowa jest ważna, mimo iż fakt zatrudnienia będzie tożsamy z niewykonaniem zakazu.

Odmowa zatrudnienia bądź wypowiedzenie umowy o pracę, motywowane koniecznością wykonania umowy

względem innego przedsiębiorcy, znajduje swoje uzasadnienie w zakresie wolności działalności gospodarczej, choć wywiera wpływ na możliwość wyboru miejsca pracy przez pracownika. Wpływ ten może zostać uznany za nadmierny po spełnieniu dodatkowych warunków: ustalenia, że odmowa zatrudnienia jest środkiem nieproporcjonalnym względem prawnie dopuszczalnego celu (tj. ochrony interesów konkurencyjnych kontrahenta) bądź że wypowiedzenie umowy o pracę, choć uzasadnione, jest przejawem nadużycia prawa podmiotowego (zachowaniem sprzecznym z zasadami współżycia społecznego). Wykorzystanie ustawowych gwarancji wolności wyboru miejsca pracy (zasady równego traktowania, konstrukcji nadużycia prawa) urzeczywistnia ochronę wolności pracy, chroniąc pracownika przed nadmierną ingerencją ze strony osób trzecich.

Ocena porozumienia ograniczającego możliwość zatrudnienia wymaga wyważenia wartości, takich jak wol-

ność gospodarcza oraz swoboda wyboru miejsca pracy. Wartości te należy odnieść, w relacjach horyzontalnych między podmiotami prawa prywatnego, do klauzuli generalnej zasad współżycia społecznego. Użycie klauzuli generalnej zarówno w art. 353¹ k.c., jak i w art. 58 § 2 k.c. bądź w art. 8 k.p. daje możliwość dokonania niezbędnych szacunków. Pozwala na poczynienie korekt w zakresie prawnie dopuszczalnych stosunków zobowiązaniowych, z uwzględnieniem poszanowania dla istoty wolności oraz proporcjonalności skali ograniczeń w relacji do usprawiedliwionego celu. Jedynie szczegółowa ocena okoliczności, z poszanowaniem wolności gospodarczej przedsiębiorców oraz wolności pracowników, daje możliwość uznania, że umowne ograniczenie możliwości zatrudnienia jest nadmierne (wywołujące tzw. efekt dławiący), a co za tym idzie nieproporcjonalne, zaprzeczające istocie wolności. Brak takiej oceny czyni osąd o ważności porozumienia przedwczesnym.

Przypisy/Notes

¹ Wyroki Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 20 marca 1998 r., I ACa 136/98, OSA 1999/1/1; Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 8 listopada 2013 r., I ACa 809/13, LEX nr 1428260; Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 23 kwietnia 2015 r., I ACa 134/15, LEX nr 1782050; Sądu Apelacyjnego Kalifornii z 25 czerwca 2007 r. w sprawie VL Systems, Inc. v. Unisen, Inc, 152 Cal. App. 4th 708 (2007); spór między Kristen Ion a Pizza Hut, toczący się przed Sądem we Wschodnim Teksasie, ostatecznie umorzony 16 lipca 2018 r. (Case 4: 17-cv-00788).

² Przeciwny pogląd prezentuje P. Machnikowski, uznając, iż tak ujmowany cel jest w rzeczywistości skutkiem umowy (Machnikowski, 2019, s. 580–581).

³ Co podkreślił A. Sobczyk, odnosząc się do tezy wyrażonej w wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 20 marca 1998 r. (I ACa 136/98, OSA 1999/1/1). Umowa, którą analizował sąd, nie kreowała zakazu zatrudnienia pracownika, lecz jedynie zobowiązanie wzajemne do niezatrudniania. W przypadku zatrudnienia wbrew umowie, umowa o pracę byłaby oczywiście ważna (por. Sobczyk, 2014, s. 35).

Bibliografia/References

- Florek, L. (1997). Konstytucyjne gwarancje uprawnień pracowniczych. *Państwo i Prawo*, (11–12).
- Góral, Z. (2018). Prawo do pracy jako zasada prawa rynku pracy. W: K. W. Baran i M. Włodarczyk (red.), *System prawa pracy. Tom VIII. Prawo rynku pracy*. Warszawa.
- Krajewski, M. (2019). Zobowiązania powstające podczas zawierania umów. W: K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań — część ogólna. System prawa prywatnego. Tom 5*. Warszawa.
- Kuczyński, T. (1999). Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 20 marca 1998 r., I ACa 136/98. *Orzecznictwo Sądów Polskich*, (3).
- Machnikowski, P. (2019). Treść umowy. W: K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań — część ogólna. System prawa prywatnego. Tom 5*, Warszawa.
- Prusinowski, P. (2014). W: Z. Góral i P. Prusinowski, *Zakaz konkurencji w prawie pracy*. Warszawa.
- Radwański, Z. i Trzaskowski, R. (2019). Treść czynności prawnej W: Z. Radwański i A. Olejniczak (red.), *Prawo cywilne — część ogólna. System prawa prywatnego. Tom 2*. Warszawa.
- Sobczyk, A. (2014). W: A. Sobczyk (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*. Warszawa.
- Sobczyk, A. (2015). *Wolność pracy i władza*. Warszawa.
- Targosz, T. i Włodarska-Dziurzyńska, K. (2010). *Umowy przenoszące autorskie prawa majątkowe*. Warszawa.
- Trzaskowski, R. (2005). *Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych*. Kraków.

Dr Tomasz Bakalarz, doktor nauk prawnych, adiunkt w Zakładzie Prawa Pracy Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, asystent sędziego Sądu Najwyższego w Izbie Pracy i Ubezpieczeń Społecznych. W pracy naukowej zajmuje się głównie zagadnieniami indywidualnego prawa pracy, problematyką podporządkowania pracowniczego, zatrudnieniem w szkolnictwie wyższym, twórczością pracowniczą oraz ochroną własności intelektualnej.

Dr Tomasz Bakalarz, doctor of legal sciences, assistant professor at the Department of Labour Law at the Faculty of Law, Administration and Economics of the University of Wrocław, assistant to a Supreme Court judge at the Chamber of Labour and Social Insurance. In his scientific work, he focuses on the issues of individual labour law, the issues of employee subordination, employment in higher education, employee creativity and the protection of intellectual property.