

Warszawa, 12 listopada 2013 r.

Szanowny Pan  
Władysław Kosiniak-Kamysz  
Minister Pracy i Polityki Społecznej

*Szanowny Panie Ministrze,*

Inicjatywa Mobilności Pracy, Ogólnopolski Konwent Agencji Pracy, Polska Izba Handlu, Polskie Forum HR oraz Stowarzyszenie Agencji Zatrudnienia wyrażają **głębokie zaniepokojenie** kierunkiem prac nad projektem dyrektywy wdrożeniowej w sprawie egzekwowania dyrektywy 96/71/WE dotyczącej delegowania pracowników w ramach świadczenia usług.

Jesteśmy zgodni, że dyrektywa w kształcie zaproponowanym przez Parlament Europejski **nie służy pierwotnemu celowi** uchwalenia dyrektywy, którym jest walka z nielegalnym zatrudnieniem i spółkami-skrzynkami pocztowymi, ale wprowadza obciążenia, które *de facto* **uniemożliwią polskim przedsiębiorstwom** – zwłaszcza sektora MSP – świadczenie usług w ramach rynku wewnętrznego Unii Europejskiej.

Ponadto podkreślamy, że część zapisów zawartych w projekcie dyrektywy jest **niezgodna z obowiązującym prawem**, gdyż:

- jest **sprzeczna** z postanowieniami dyrektywy podstawowej 96/71/WE
- ma charakter **protekcjonistyczny**
- ma charakter **dyskryminacyjny**

Polska jest największym eksporterem usług w UE, dlatego nie chcemy i nie możemy biernie przyglądać się sytuacji, która doprowadzi do **upadku** co najmniej 15 tysięcy polskich firm i **likwidacji** około 340 000 miejsc pracy.

Dlatego **jednogłośnie apelujemy** o podjęcie wszelkich skutecznych działań zmierzających do **wykreślenia zapisów**, które prowadzą do wykluczenia z rynku wewnętrznego Unii Europejskiej rzetelnych polskich przedsiębiorstw – nie zaś do lepszej ochrony pracowników delegowanych.

W załączeniu przesyłamy stanowisko dotyczące kluczowych zapisów w projektowanej dyrektywie oraz propozycję zapisów skutecznie ograniczających problem spółek-skrzynek pocztowych.

Z wyrazami szacunku,

*Stefan Schwarz*



Stefan Schwarz  
Prezes Zarządu



Waldemar Nowakowski  
Prezes Zarządu



Anna Wicha  
Prezes Zarządu



Jarosław Adamkiewicz  
Prezes Zarządu



Dawid Seifert  
Prezes Zarządu

# Stanowisko szczegółowe

Poniżej przedstawiamy nasze zastrzeżenia i rekomendacje, które uważamy za kluczowe w kontekście projektu dyrektywy będącego obecnie przedmiotem negocjacji w Radzie.

## 1. Artykuł 3.2.e)

*„any previous periods during which the post was filled by the same or another (posted) worker”*

Punkt ten nawiązuje do zapisów dyrektywy 96/71/WE, która w art. 3 mówi o **czasowym delegowaniu** pracowników w celu wykonywania pracy na terytorium innego Państwa Członkowskiego niż to, na terenie którego normalnie są zatrudnieni.

Pojęcie **czasowego delegowania** doprecyzowuje Rozporządzenie podstawowe 883/2004 w art. 12:

*„Osoba, która wykonuje działalność jako pracownik najemny w Państwie Członkowskim w imieniu pracodawcy, który normalnie tam prowadzi swą działalność, a która jest delegowana przez tego pracodawcę do innego Państwa Członkowskiego do wykonywania pracy w imieniu tego pracodawcy, nadal podlega ustawodawstwu pierwszego Państwa Członkowskiego, pod warunkiem że przewidywany czas takiej pracy **nie przekracza 24 miesięcy** i że osoba ta **nie jest wysłana, by zastąpić inną delegowaną osobę.**”*

W rozporządzeniu wykonawczym 987/2009 pojęcie „zastąpić inną delegowaną osobę” nie zostało dodatkowo doprecyzowane, gdyż nie budziło dotąd problemów interpretacyjnych. Służy ono bowiem wzmocnieniu **czasowego charakteru delegowania** i wyeliminowaniu obejścia przepisów, które polega na permanentnym obsadzaniu określonych stanowisk u odbiorcy usług pracownikami delegowanymi. Byłoby to sprzeczne z pojęciem **czasowego wykonywania prac** w ramach umowy zawartej między przedsiębiorstwem delegującym i odbiorcą usług w państwie przyjmującym.

Innymi słowy, celem ustawodawcy było **zapobieganie niekończącej się rotacji** kolejnych pracowników delegowanych na **te same miejsca pracy i do tych samych celów**, a tym samym przeciwdziałanie przekształcaniu czasowego charakteru delegowania w **permanentny**.

Tymczasem zapis proponowany w projekcie dyrektywy wdrożeniowej wprowadza **absurdalną** i niestosowaną dotychczas interpretację pojęcia **czasowego delegowania**, przekształcając je *de facto* w **delegowanie jednorazowe**. Wyrzuca tym samym poza ramy delegowania większość usług – w szczególności tych o charakterze sezonowym, cyklicznym oraz takich, których charakter wymaga pracy wahadłowej.

Należy mocno podkreślić, że analizowany zapis nie zakazuje ponownego delegowania na to samo stanowisko, a jedynie **uniemożliwia skorzystanie** z przewidzianego w art. 12 Rozporządzenia 883/2004 **wyjątku** przez drugiego i kolejnych pracowników delegowanych do pracy na stanowisku lub w miejscu, w którym pracował kiedyś inny pracownik delegowany. Należy go zatem rozumieć jako **zakaz pozostania (drugiego) pracownika delegowanego w systemie zabezpieczenia społecznego państwa wysyłającego** i powrót w przypadku tego pracownika do ogólnej zasady określania właściwego porządku prawnego – *lex loci laboris*.

Rozwiązanie takie jest **nielogiczne i sprzeczne z intencją** koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego, która ma **zapobiegać fragmentaryzacji okresów ubezpieczenia pracowników migrujących** w przypadku, gdy zatrudnienie na terenie innego Państwa Członkowskiego ma **charakter czasowy** – a do takiej sytuacji dochodzi w szczególności w przypadku pracowników delegowanych.

---

Dlaczego zatem pracownik, **delegowany jako pierwszy do wykonania usługi** – która ma charakter kompleksowy, rotacyjny lub sezonowy – może korzystać z dobrodziejstwa koordynacji, a **drugi pracownik wysłany w celu dokończenia usługi** kompleksowej rozpoczętej przez wcześniej delegowanego pracownika będzie skazany na fragmentaryzację okresów swojego ubezpieczenia i przeniesienie się do ubezpieczenia społecznego innego Państwa Członkowskiego, skoro też jest pracownikiem delegowanym?

---

Z problemem zastępowania ściśle wiąże się **zasada** przyjęta w przepisach o koordynacji systemów ubezpieczenia społecznego **zapobiegająca fragmentaryzacji okresów ubezpieczenia**.

Rzekome doprecyzowanie tego zapisu w projekcie dyrektywy wdrożeniowej, jest *de facto* **zmianą prawa materialnego i wyłącza z ubezpieczenia społecznego państwa wysyłającego** każdego pracownika delegowanego na stanowisko, na którym kiedykolwiek wcześniej pracował jakikolwiek inny pracownik delegowany. Z punktu widzenia przedsiębiorcy delegującego w dobrej wierze i zgodnie z prawem swojego pracownika w celu świadczenia usługi na terenie innego Państwa Członkowskiego oznacza to **niepewność obrotu prawnego**. Ani pracodawca, ani ZUS nie mogą dowiedzieć się, czy wcześniej na danym stanowisku pracy wykonywał pracę jakikolwiek inny pracownik delegowany z jakiegokolwiek innego przedsiębiorstwa na terenie jakiegokolwiek Państwa Członkowskiego.

Dotychczasowe przepisy pozwalały **Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych** trafnie i jednoznacznie określić porządek prawny, którego Państwa Członkowskiego będzie właściwy dla objęcia ubezpieczeniem. Potwierdzeniem tego było wydanie **druku A1**, jeśli właściwy okazał się porządek prawny państwa wysyłającego. Po ewentualnej zmianie przepisów takie ustalenie stanie

się **niemożliwe**, co w razie wyjazdu za granicę w celu świadczenia usługi może doprowadzić do pozbawienia pracownika delegowanego **konstytucyjnego prawa do ubezpieczenia społecznego**. Mówiąc potocznie, wypadnie on z obu systemów i nie dojdzie do negatywnego sporu kompetencyjnego.

Art. 12 i 13 cytowanego rozporządzenia przewidują **wyjątki od reguły *lex loci laboris***, które nie dają możliwości wyboru porządku prawnego ani ubezpieczonemu, ani jego pracodawcy, ani instytucji ubezpieczeniowej (ZUS), lecz ustalają jednoznacznie, kiedy pracownik delegowany pozostaje w systemie zabezpieczenia społecznego państwa wysyłającego. Kwestionowany przepis projektu dyrektywy wdrożeniowej **wprowadza niepewność** w tej dziedzinie i tym samym **obniża zaufanie do prawa i utrudnia jednoznaczną ocenę** stanu faktycznego instytucji ubezpieczeniowej ustalającej właściwe ustawodawstwo.

## Przykłady praktyczne

### a. usługi o charakterze sezonowym

Każdego roku właściciele winnic w Austrii, Francji, Niemczech, Włoszech, Portugalii, Hiszpanii i innych krajach zatrudniają pracowników fizycznych na **okres intensywnego zbioru winogron**. Gdy lokalna siła robocza okazuje się być niewystarczająca, szukają podwykonawców lub wynajmują pracowników z agencji zatrudnienia – w tym z innych Państw Członkowskich.

Czasowy wynajem pracowników fizycznych na stanowisko „**zbieracz winogron**” na 3-6 tygodni każdego kolejnego roku jest całkowicie dozwolonym – by nie napisać – **typowym przykładem czasowego** delegowania zgodnego z dyrektywą 96/71/WE, które nie ma żadnych cech permanentności.

Zgodnie z analizowanym zapisem **nie jest to delegowanie**, gdyż we wcześniejszych okresach na tym samym stanowisku (zbieracz winogron) pracował już ten lub inny delegowany pracownik.

Zapis ten zatem **wyłącza z delegowania usługi świadczone sezonowo lub cyklicznie**, nawet jeśli cykliczność oznacza, że są one świadczone rzadko, ale w powtarzających się krótkich odcinkach czasu (np. przez miesiąc co roku, przez tydzień co trzy miesiące, etc.).

## b. usługi, których charakter wymaga pracy wahadłowej

Istnieje wiele rodzajów usług, które **nie mogą być wykonywane przez tego samego pracownika** przez cały okres trwania usługi. Wynika to z charakteru i specyfiki pracy. Jeżeli praca jest obciążająca dla pracownika, niezbędny jest wahadłowy system pracy, w którym pracownicy wymieniają się w określonych odcinkach czasu – na przykład co dwa tygodnie. Przykładem takiej usługi jest opieka nad osobami starszymi w miejscu ich zamieszkania. Z uwagi na duże obciążenie psychiczne towarzyszące tej pracy opiekunowie osób starszych wymieniają się na stanowisku pracy w systemie:

pacjent 1 – urlop – pacjent 2 – urlop – pacjent 1.

W ramach świadczenia usług opieki nad osobami starszymi wymiana pracowników stosowana jest, by chronić **prawo pracowników do wypoczynku** i zapobiegać nadgodzinom.

Świadczenie usług opieki nad osobami starszymi (pod warunkiem, że nie przekracza ona 24 miesięcy) jest typowym przykładem czasowego delegowania zgodnego z dyrektywą 96/71/WE, które **nie ma cech permanentności**.

Zgodnie z analizowanym zapisem **nie jest to delegowanie**, gdyż we wcześniejszych okresach na tym samym stanowisku (opiekun osoby starszej) pracował już ten lub inny delegowany pracownik.

Zapis ten zatem **wyłącza z delegowania usługi, w których ze względu na ochronę pracowników stosuje się system pracy wahadłowej**, czyli takiej, w której pracownicy w ramach świadczenia usługi muszą wymieniać się cyklicznie w krótkich odcinkach czasu.

---

Wyrażamy głębokie zaniepokojenie brzmieniem zapisu w art. 3.3 (e), który *de facto* doprowadzi do zablokowania transgranicznego świadczenia usług, poprzez zastąpienie **czasowego** charakteru delegowania **jednorazowym** charakterem delegowania.

---

Zapis w art. 3.3 (e) w obecnym brzmieniu w naszej opinii wychodzi poza zapisy dyrektywy podstawowej 96/71/WE, która mówi o czasowym **charakterze** delegowania.

---

## Rekomendacja

Zapis w art. 3.3 (e) prowadzi naszym zdaniem do **błędnej nadinterpretacji** pojęcia „zastępowania”, zaprzeczając tym samym przepisom dyrektywy podstawowej.

Nasze propozycje:

- **usunięcie punktu (e)** w artykule 3.3

Jeśli usunięcie tego zapisu okaże się niemożliwe:

- **zastąpienie** przez zapis zgodny z propozycją IMCO: “czy delegowany pracownik nie zastępuje innego delegowanego pracownika”
- **zmodyfikowanie** obecnego zapisu zgodnie z przykładem z „Praktycznego poradnika”: „*czy wielokrotnie powtarzała się sytuacja, w której na tym samym stanowisku, wyłącznie [exclusively] i bez przerw [without interruptions] pracował ten sam lub inny pracownik delegowany, którego okres delegowania zakończył się*”.

## 2. Art. 3.3. (f) [EMPL]:

*„(f) posiadanie ważnego formularza A1, wydawanego dla oddelegowanego pracownika”*

Formularz A1 jest wydawany na żądanie pracodawcy lub pracownika. Fakt ten sugeruje, że formularz A1 jest czysto **deklaratywną decyzją administracyjną**, co oznacza, że nie tworzy (nie konstytuuje) prawa, a jedynie deklaruje jego istnienie.

Poświadczony przez instytucję właściwą formularz A1 potwierdza, że posiadający go pracownik został oddelegowany w rozumieniu dyrektywy 96/71/WE. Dokument ten **jest wiążący dla instytucji kontrolnych** państwa przyjmującego, dopóki nie zostanie anulowany przez instytucję, która go wydała.

Nawet jeżeli właściwa instytucja Państwa Członkowskiego przyjmującego uzna, że elementy charakteryzujące delegowanie nie zostały spełnione, to w sytuacji, gdy pracownik ma ważny formularz A1, **musi on być traktowany jako pracownik delegowany** do momentu, aż formularz A1 w wyniku postępowania administracyjnego zostanie anulowany.

---

Poświadczony formularz A1 jest dokumentem potwierdzającym delegowanie. Nie może zatem służyć jako jeden z wielu **orientacyjnych elementów w całościowej ocenie** tego, czy mamy do czynienia z delegowaniem.

---

## Przykład praktyczny

Firmy delegujące od wielu lat edukują pracowników na temat **bezpiecznej i legalnej pracy za granicą**. Przekonują one pracowników do każdorazowego upewniania się, że pracodawca, który wysyła ich za granicę, **zapewnia im formularz A1**. Tylko ważny formularz A1 gwarantuje bowiem, że pracodawca oddelegował pracownika zgodnie z prawem.

Formularz A1 jest zatem kojarzony przez pracowników delegowanych z **bezpieczeństwem** i legalną pracą za granicą i oznacza, że pracodawca deleguje zgodnie z przepisami. Brak formularza A1 jest sygnałem, że pracodawca delegujący może być nierzetelny. Taka konotacja jest korzystna z punktu widzenia walki z **nadużyciami i obchodzeniem przepisów**.

Zapis zawarty w art. 3.3. (f) zagraża **zaufaniu pracowników** do instytucji zabezpieczenia społecznego państwa wysyłającego, która poświadcza formularze A1. **Ponadto deprecjonuje znaczenie formularza A1** i powoduje, że nie będzie on już stanowił dla pracownika potwierdzenia legalnego delegowania. Spowoduje to – wbrew zamiarom ustawodawcy – **wzrost liczby nadużyć** i przypadków obchodzenia przepisów przez nieuczciwe firmy delegujące oraz rozrost nierejestrowanego zatrudnienia.

## Rekomendacja

Proponujemy rozpoczęcie artykułu 3 od słów:

*„3. Jeśli formularz A1 nie został poświadczony dla oddelegowanego pracownika, w celu oceny, czy pracownik oddelegowany tymczasowo wykonuje swoją pracę w innym Państwie Członkowskim niż to, w którym normalnie pracuje, **rozpatrywane są wszystkie okoliczności faktyczne charakteryzujące tę pracę oraz sytuacja pracownika.**”*

Jeśli wprowadzenie powyższej modyfikacji tego przepisu okaże się niemożliwe, należy rozważyć dodanie punktu:

*„4. Posiadanie ważnego druku A1, wydanego dla pracownika delegowanego, stanowi potwierdzenie spełnienia elementów wymienionych w punktach 2 i 3 do momentu jego anulowania lub unieważnienia przez instytucję, która go poświadczyła.”*

### 3. Art. 9

Postulujemy pozostawienie zamkniętej listy środków kontrolnej. Stoimy na stanowisku, że przyznanie Państwom Członkowskim prawa do wprowadzania wszelkich wymogów administracyjnych i środków kontrolnych, jakie będą uważały za skuteczne, umożliwi państwom niechętnym delegowaniu wykorzystywanie środków kontrolnych w **celach protekcyjnych**, a wśród usługodawców spowoduje **niepewność prawną**.

Państwa Członkowskie niechętnie delegowaniu od dawna wykorzystują instytucje kontrolne do **dyskryminowania zagranicznych usługodawców**. Powszechnie znane są wśród firm delegujących przypadki, gdy kontrolerzy, nie mogąc znaleźć żadnych naruszeń, żądali od zagranicznego usługodawcy przedstawiania jadłospisu pracowników delegowanych, czy mierzyli linijkami odległość między łózkami w hotelu pracowniczym. Niektórzy klienci korzystający z zagranicznych usługodawców skarżą się na permanentne kontrole w okresach, gdy korzystają z pracowników delegowanych.

### 4. Art. 9.1.(b), (c) i (d)

Wymogi przechowywania kopii dokumentów w państwie przyjmującym oraz wskazania w tym państwie osoby wyznaczonej do kontaktów są **nonsensowne**, a przede wszystkim **nadmiernie obciążają firmy delegujące**.

Oba te obowiązki de facto zmuszają przedsiębiorstwa delegujące do **tworzenia trwałej infrastruktury w każdym państwie**, w którym świadczą lub zamierzają świadczyć usługi. Osoba zatrudniona i wyznaczona do kontaktów musi przecież gdzieś pracować, a dokumentacja musi być przechowywana w bezpiecznym miejscu i na bieżąco uzupełniana (choćby przez osobę wyznaczoną do kontaktów).

Dla przedsiębiorstw usługowych wymóg ten ma następujące **negatywne skutki**:

1. Umowy bilateralne o unikaniu podwójnego opodatkowania z reguły w art. 5 definiują pojęcie tzw. **zagranicznego zakładu podatkowego**. Posiadanie przez przedsiębiorstwo w danym państwie **stałej placówki** jest uznawane za zagraniczny zakład podatkowy. **Wynajęte pomieszczenie jest uznawane za stałą placówkę**. Posiadanie zakładu podatkowego oznacza dla przedsiębiorstwa ogromne obciążenia organizacyjne związane z podleganiem pod wszystkie przepisy systemu podatkowego tego państwa.
2. Tworzenie przez przedsiębiorstwo usługowe **stałej placówki** w państwie, do którego deleguje lub zamierza delegować pracowników **zaprzecza idei czasowego charakteru delegowania**.



Żądanie od kierowcy ciężarówki wożenia przy sobie ksera swoich akt osobowych i potwierdzeń przelewów swojego wynagrodzenia jest wymogiem kuriozalnym – podobnie zresztą, jak obowiązek tłumaczenia tych dokumentów na język każdego państwa, przez który ten kierowca przejeżdża. Propozycja komisji EMPL idzie nawet dalej i nakłada dodatkowy **obowiązek składania notyfikacji** w każdym państwie, przez które zamierza przejechać, **z wyprzedzeniem co najmniej 5 dni**.

## Rekomendacja

W art. 9.2.(b) postulujemy zmianę na zapis proponowany przez IMCO:

*(b) „an obligation to keep or make available within a reasonable period of time and/or retain, at the choice of the services provider, copied in paper or electronic form of the employment contract (or an equivalent document within the meaning of Directive 91/533, including, where appropriate or relevant, the additional information referred to in Article 4 of that Directive), payslips, time-sheets and proof of payment of wages or copies of equivalent documents, issued in accordance with the national law of the Member State of establishment (...)”*

W art. 9.1.a) [EMPL] postulujemy usunięcie fragmentu „in the host Member State”:

*(a) „An obligation to designate a contact person ~~in the host Member State~~, acting as the representative of the posting company, who can be contacted by the competent authorities of the host Member State (...)”*

## Przykład praktyczny

Mały zakład spawalniczy z Krakowa, który **zatrudnia 5 pracowników** i specjalizuje się w specjalistycznym spawaniu elementów aluminiowych **otrzymał zapytania ofertowe** od trzech firm z Portugalii, Norwegii oraz Słowacji. Zapytania dotyczą wykonania serii spawów, które wymagać będą pracy jednego spawacza przez okres 2-4 tygodni.

Wspomniany zakład, by podjąć się wykonania tych zleceń, zanim podpisze kontrakty, będzie musiał **przetłumaczyć dokumentację firmy na trzy języki**, zrekrutować i **zatrudnić trzech pracowników do kontaktów**, po jednym w każdym z trzech państw i **wynająć pomieszczenia**, by następnie złożyć w nich przetłumaczoną dokumentację. Realnie będzie na to potrzebował ok. 2 miesiące oraz poniesie ogromne koszty.

Zatem zakład spawalniczy *de facto* nie będzie w stanie wykonać tych usług, ponieważ **koszty, czas i ryzyko** będą dla klientów nieakceptowalne. Oferta zakładu spawalniczego z Krakowa nie została wybrana, gdyż **nie będzie konkurencyjna** w porównaniu z ofertą lokalnych przedsiębiorstw.

## 5. Art. 12

**Odpowiedzialność solidarna**, którą obarczeni są klienci korzystający z usług przedsiębiorstw delegujących, może pozytywnie wpłynąć na **ochronę pracowników delegowanych**. Nie może ona jednak różnić się od tej, jakiej będą podlegać, gdy skorzystają z usług przedsiębiorstw lokalnych. W przeciwnym wypadku zapis ten, zamiast chronić pracowników delegowanych, będzie **drastycznie dyskryminował przedsiębiorstwa delegujące**, a w szczególności całkowicie pozbawiał je konkurencyjności.

## Rekomendacja

Postulujemy – zgodnie z propozycją IMCO – skreślenie art. 12.

Przygotowanie:

**Stefan Schwarz**

stefan.schwarz@inicjatywa.eu

Stowarzyszenie Inicjatywa Mobilności Pracy

**dr Marek Benio**

marek.benio@uek.krakow.pl

Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie

Katedra Gospodarki i Administracji Publicznej

## Skuteczniejsze zapobieganie naruszeniom przepisów poprzez rozszerzenie definicji firmy-skrzynki pocztowej.

Spółki-skrzynki pocztowe są jednym z **najbardziej problematycznych naruszeń zapisów** o delegowaniu pracowników w ramach świadczenia usług. Ich wykrywanie jest trudne, ponieważ w przepisach **brakuje skutecznej definicji**, która umożliwiałaby kompetentnym instytucjom na obiektywne i skuteczne odróżnianie ich od normalnie działających przedsiębiorstw.

## Normalna działalność w państwie delegującym

Osoba, która pracuje jako pracownik najemny na terytorium państwa członkowskiego w imieniu pracodawcy, który normalnie prowadzi swą działalność w tym państwie, a która jest wysłana przez tego pracodawcę do innego państwa członkowskiego, aby wykonać tam pracę dla tego pracodawcy, nadal podlega ustawodawstwu państwa delegującego.

Określając, czy przedsiębiorstwo prowadzi normalnie działalność w państwie delegującym, należy wziąć pod uwagę **różne kryteria charakteryzujące działalność** prowadzoną przez to przedsiębiorstwo. Sprawdza się to poprzez **analizę szeregu czynników** takich, jak:

- miejsce, w którym delegujące przedsiębiorstwo ma siedzibę,
- miejsce, w którym rekrutowani są pracownicy,
- miejsce, w którym zawierana jest większość umów z klientami,
- obroty osiągnięte przez delegujące przedsiębiorstwo w państwie delegującym,
- liczba umów wykonywanych przez delegujące przedsiębiorstwo w państwie delegującym,
- sprawdzenie, czy pracodawca delegujący jest faktycznym pracodawcą danego pracownika.

## Obchodzenie przepisów przez firmy-skrzynki pocztowe

Typowym przykładem obchodzenia przepisów w zakresie prowadzenia normalnej działalności w państwie delegującym jest sytuacja, gdy przedsiębiorstwo prowadzące działalność w państwie o wysokich kosztach pracy **rejestruje spółkę zależną** w państwie o niskich kosztach pracy, jedynie po to, by **przez nią zatrudniać i delegować pracowników** do swojego przedsiębiorstwa macierzystego.

Potwierdza to Opinia Komitetu Regionów (2013/C 17/12), która stwierdza, że jednym z najczęstszych mechanizmów obchodzenia przepisów pracy są:

- **fikcyjne przedsiębiorstwa** rejestrowane w kraju, który rzekomo ma być państwem wysyłającym;

- stosowana przez niektóre wielkie koncerny metoda polegająca na **tworzeniu platform pracowników oddelegowanych** w postaci **spółek zależnych** zarejestrowanych w państwie o przepisach podatkowych i socjalnych korzystnych z finansowego punktu widzenia, z której następnie oddelegowuje się pracowników.

## Przykłady praktyczne

### Przykład A

Zarejestrowane i prowadzące działalność w Niemczech duże przedsiębiorstwo budowlane „BAU-SERVICE GmbH” realizuje na terenie Niemiec kontrakt na budowę szkoły. W ramach realizacji kontraktu korzysta z usług podwykonawcy „BAU-SERVICE POLSKA SP. Z O.O.”, której zleca różne prace budowlane. Z rejestru przedsiębiorstw wynika, że właścicielem i członkiem zarządu obu spółek jest ta sama osoba;

### Przykład B

Duże francuskie przedsiębiorstwo z branży informatycznej „IT-SERVICE SARL” zatrudnia w swoim biurze w Paryżu 200 programistów. Są oni oddelegowani przez spółkę „IT-SERVICE PORTUGAL S.A.”, której „IT-SERVICE SARL” na zasadzie outsourcingu zleca wykonywanie prac programistycznych. Spółki są powiązane kapitałowo. Spółka „IT-SERVICE PORTUGAL S.A.” uzyskuje 20% swoich obrotów z tytułu świadczenia usług na terenie Portugalii. Pozostałe 80% uzyskuje z tytułu umów realizowanych dla „IT-SERVICE FRANCE SARL”.

## Analiza

Należy zastanowić się, **jakie cechy odróżniają przedsiębiorstwa prowadzące normalną działalność gospodarczą na zasadach rynkowych od spółek-skrzynek pocztowych służących jako platformy do delegowania pracowników.**

Przykładowe **cechy działalności normalnej** prowadzonej na zasadach rynkowych:

- firma reklamuje swoje usługi i prowadzi ich aktywną **sprzedaż**,
- firma posiada co najmniej **kilku różnych klientów**,
- **klienci zmieniają się** (jedne kontrakty kończą się, zawierane są nowe).

Przykładowe **cechy działalności fikcyjnej** prowadzonej na zasadach platformy do delegowania:

- firma **nie reklamuje** swoich usług i nie prowadzi aktywnej sprzedaży w państwie delegującym,
- firma świadczy usługi na rzecz jednego lub **grupy stałych kontrahentów**,
- w strukturze przychodów firmy przeważa sprzedaż na rzecz **jednego lub kilku stałych klientów**,
- firma jest ze swoimi klientami **powiązana osobowo lub kapitałowo**.

## Wnioski

W celu ustalenia, czy firma delegująca jest spółką-skrzynką kontaktową czy przedsiębiorstwem prowadzącym normalną działalność na zasadach rynkowych, należy ustalić, czy w ramach prowadzonej działalności:

*wyłącznie lub w przeważającym zakresie deleguje pracowników do jednego lub kilku stałych kontrahentów, z którymi jest powiązana kapitałowo lub osobowo,*

lub

*całość lub przeważającą część obrotu w państwie przyjmującym osiąga z tytułu realizacji usług na rzecz kontrahenta lub kontrahentów, z którymi jest powiązana kapitałowo lub osobowo.*

Definicja ta oczywiście **nie może zastąpić** obecnie stosowanych kryteriów charakteryzujących normalną działalność prowadzoną w państwie w którym ma siedzibę, a **jedynie je uzupełniać**.

## Mocne strony

- **szybkość i łatwość weryfikacji** przez instytucję właściwą na etapie poświadczania formularza A1 w oparciu o informacje podane we wniosku,
- **obiektywne kryteria oceny** na podstawie analizy przedstawionych przez przedsiębiorstwo faktur i umów z kontrahentami,
- obejście możliwe tylko poprzez **bardzo skomplikowane mechanizmy**, np. zakładanie spółek-skrzynek na podstawione osoby (tzw. słupy),
- **oparcie się** na istniejącej w przepisach podatkowych **definicji podmiotów powiązanych kapitałowo lub osobowo**,
- możliwość **weryfikacji wstecz** na podstawie danych księgowych.

- Co ważne, za powiązanie osobowe uważa się również powiązanie poprzez **członków rodziny** i najbliższych krewnych.

## Słabe strony

- brak możliwości jednoznacznej interpretacji określenia „**w przeważającym zakresie**”,
- możliwość obejścia przez **tworzenie łańcuchów wielu podmiotów** lub zakładanie spółek na podstawione osoby.

## Podsumowanie

Zaproponowane kryterium wydaje się być **obiektywnym** i relatywnie **prostym** w stosowaniu  **dodatkowym narzędziem**, które ułatwiłoby wykrywanie delegowania przez spółki-skrzynki kontaktowe. W szczególności dotyczy to najpowszechniejszej ich odmiany, czyli **platform do delegowania** zakładanych przez duże przedsiębiorstwa.

Ogromną zaletą tego kryterium jest jego **obiektywizm**. Nie sposób wyobrazić sobie, by w ramach normalnych mechanizmów wolnego rynku, przedsiębiorstwo usługowe świadczyło usługi w innym państwie wyłącznie lub w przeważającej mierze na rzecz przedsiębiorstw, z którymi jest powiązane kapitałowo lub osobowo. Takie przedsiębiorstwo nie może zostać uznane za normalnie prowadzącą działalność w państwie delegującym, a zatem jest firmą-skrzynką pocztową.

Przygotowanie:

**Stefan Schwarz**

stefan.schwarz@inicjatywa.eu

Stowarzyszenie Inicjatywa Mobilności Pracy