

Kraków, 11 stycznia 2016 r.

OPINIA STOWARZYSZENIA INICJATYWA MOBILNOŚCI PRACY DO PROJEKTU USTAWY O DELEGOWANIU PRACOWNIKÓW W RAMACH ŚWIADCZENIA USŁUG

Odnosząc się do przedstawionego projektu ustawy przedstawiamy zastrzeżenia oraz rekomendacje, które uznaliśmy za kluczowe w kontekście interesów polskiej gospodarki oraz polskich pracodawców i ich pracowników.

1. Definicja pojęcia „pracownik”

Poddany pod konsultacje społeczne projekt ustawy posługuje się określeniem „*pracownik*”. Projektodawca nie wprowadza jednak w jego treści definicji tego pojęcia.

Brak tej definicji może błędnie sugerować, iż należy odwołać się do pojęcia „*pracownika*” zdefiniowanego w art. 2 Kodeksu Pracy, zgodnie z którym „*pracownikiem jest osoba zatrudniona na podstawie umowy o pracę, powołania, wyboru, mianowania lub spółdzielczej umowy o pracę*”.

Tymczasem, zarówno dyrektywa podstawowa 96/71/WE, jak również dyrektywa wdrożeniowa 2014/76/WE w wersji angielskiej posługują się pojęciem „*worker*”, które jest znacznie szersze od pojęcia „*employee*”. Na gruncie prawa unijnego pojęcie „*worker*” obejmuje swoim zakresem osoby pracujące zarówno na podstawie umowy o pracę, jak i wszystkie osoby osobiście świadczące za wynagrodzeniem usługi w oparciu o inne umowy, z wyłączeniem osób samozatrudnionych.

Niezależnie od powyższego, z artykułu 4 pkt. 3 i 5 dyrektywy 2014/67/UE wprost wynika, że aby ocenić, czy pracownik jest rzeczywiście delegowany, należy „*kierować się między innymi faktami dotyczącymi wykonywania pracy, podporządkowania i wynagrodzenia pracownika, niezależnie od tego, w jaki sposób stosunek łączący strony jest określany w porozumieniu między nimi, niezależnie od tego, czy porozumienie to ma formę umowy czy nie*.”

Wyraźnym zamiarem unijnego prawodawcy nie było więc, żeby przepisy o delegowaniu pracowników obejmowały jedynie osoby zatrudnione w oparciu o umowę o pracę, ale

również wszystkie osoby wykonujące pracę zarobkową bez względu na stosunek prawny łączący je z podmiotem zlecającym tę pracę.

W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej pojęcie „*worker*” oznacza każdą osobę wykonującą usługi dla i pod kierownictwem innej osoby w zamian za wynagrodzenie („*a person performs services for and under the direction of another person in return for which he receives remuneration*” – ETS 66/85). Za pracownika Trybunał uznał nawet osobę, która w zamian za opiekę nad samym sobą angażowała się w działalność charytatywną wspólnoty religijnej. Z ostrożności należy dodać, że warunek „*pod kierownictwem*” ma na celu rozróżnienie osób zatrudnionych od osób samozatrudnionych i jego również należy traktować szeroko (ETS C-232/09).

W naszej opinii, brak jednoznacznego zdefiniowania pojęcia „*pracownik*” w konsultowanej ustawie może nieść za sobą bardzo negatywne skutki prawne dla polskich eksporterów usług. Należać do nich może m.in. nieuznawanie przez sądy krajowe osób zatrudnionych na podstawie umów zlecenie i delegowanych przez polskie przedsiębiorstwa do innych państw w ramach swobody świadczenia usług członkowskich za *pracowników* delegowanych – tego typu opaczne stanowisko pojawiało się już raz na gruncie orzecznictwa polskich sądów, a konkretnie w wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 15 lipca 2015 r., III AUz 172/14.

Polskie przedsiębiorstwa stały się europejskim potentatem w dziedzinie m.in. świadczenia usług opieki domowej nad osobami starszymi i niepełnosprawnymi. W tej branży umowa zlecenie jest jedyną umową odpowiadającą specyfice pracy personelu opiekuńczego, a jednocześnie pozbawiona jest znamion stosunku pracy, co w postępowaniach kontrolnych potwierdzała Państwowa Inspekcja Pracy. Szacuje się, że w tej branży zatrudnione jest około 15-20 tys. osób.

Sugerowane rozwiązanie: *Prosimy o rozważenie wprowadzenia w art. 2 definicji pojęcia „pracownik” uwzględniającej wszystkie osoby wykonujące pracę zarobkową bez względu na stosunek prawny łączący strony za wyjątkiem osób samozatrudnionych.*

2. Dodanie mechanizmów ochronnych zabezpieczających polskich pracodawców przed egzekucją kar nałożonych w sposób naruszający prawo polskie lub unijne

Zaproponowana w ustawie regulacja dotycząca wzajemnej pomocy w zakresie egzekwowania kar lub grzywien administracyjnych nałożonych w związku z naruszeniem przepisów dotyczących delegowania pracowników z terytorium RP w ramach świadczenia usług nie wprowadza mechanizmów, które w dopuszczalnym przez Dyrektywę stopniu zabezpieczyłyby polskie przedsiębiorstwa delegujące przed egzekucją kar lub grzywien, które nałożone zostały przez zagraniczne instytucje z naruszeniem prawa, a w

szczególności w sposób dyskryminujący i nieproporcjonalny (dyrektywa 2014/67/UE, art. 10 pkt 2).

Zaproponowana w opiniowanym projekcie ustawy regulacja *de facto* wprowadza pełny automatyzm egzekwowania kar i grzywien przez polski organ egzekucyjny. Tymczasem, zgodnie pkt 44 i 45 preambuły do Dyrektywy, wprowadzenie instrumentów transgranicznego egzekwowania kar lub grzywien administracyjnych oraz potrzeba ich uwspólnienia nie może ograniczać kompetencji państw członkowskich w zakresie ustalania swoich własnych systemów prawnych. Zatem państwo członkowskie może m.in. żądać uzupełnienia wniosku o egzekucję o tytuł wykonawczy umożliwiający jego egzekwowanie na terenie Polski. Implementowane przepisy nie powinny również skutkować zmianami obowiązku przestrzegania podstawowych praw do obrony oraz ogólnych zasad prawnych mających zastosowanie w tym zakresie, takich jak prawo do bycia wysłuchanym, prawo do skutecznego środka prawnego, prawo dostępu do bezstronnego sądu czy zasada *ne bis in idem*.

Uważamy, że aby ocenić negatywne skutki niewprowadzenia w opiniowanej ustawie mechanizmów ochronnych należy wziąć pod uwagę chociażby postępowanie Francji, która w celu zniechęcania zagranicznych (głównie polskich) firm usługowych do delegowania pracowników na swoje terytorium wypracowała system nieformalnych praktyk administracyjnych, w ramach których inspektorzy francuskiej inspekcji pracy, wykorzystując luki w prawie europejskim, m.in. informują francuskich klientów polskich firm o tym, że prowadzą one „nielegalną działalność”, nakłaniając ich w ten sposób do zarwania kontraktów. W przypadku niepowodzenia, przeprowadzana jest seria dyskryminacyjnych, represyjnych kontroli, które kończą się nałożeniem na polskiego pracodawcę i jego klienta ogromnych kar. Działaniom tym sprzyjają przepisy, które Francja wprowadziła do swojego systemu w ubiegłym roku. Przykładowo, 8 sierpnia 2015 r. do francuskiego kodeksu pracy wprowadzono zapis podwyższający maksymalną wysokość sumy kar, jakie mogą być nałożone na pracodawcę delegującego do Francji **z 10.000 EUR do 500.000 EUR** (*Code du travail - Article L1264-3 Modifié par LOI n°2015-990 du 6 août 2015 - art. 279*).

Wobec powyższego konieczne i niezbędne wydaje się wprowadzenie do polskiego prawa regulacji, które pozwalałyby polskim organom weryfikować zgodność z prawem kar i grzywien nakładanych przez zagraniczne instytucje. W przeciwnym wypadku zagraniczne instytucje kontrolne będą, rękami polskiego organu egzekucyjnego, doprowadzać polskich pracodawców do upadłości, nakładając na nich dyskryminacyjne i nieproporcjonalne kary i grzywny za każde drobne naruszenie.

Po pierwsze, zasadne byłoby wprowadzenie regulacji pozwalającej weryfikować, czy polska firma dysponowała skutecznymi narzędziami obrony swoich praw w postępowaniu zakończonym nałożeniem kary lub grzywny administracyjnej. Czy

postępowanie zostało prowadzone z jej udziałem, czy była prawidłowo zawiadomiona, czy miała możliwość dostępu do akt postępowania, czy decyzja o nałożeniu kary bądź grzywny została przetłumaczona na język polski, czy uwzględnione zostały złożone przez nią wnioski dowodowe. Ocena powyższych okoliczności powinna być dokonywana przez pryzmat obowiązujących na terenie RP zasad prawnych.

Niedochowanie przez organ wnioskujący podstawowych zasad prawnych odnoszących się do uprawnień delegującego pracodawcy powinno stanowić podstawę do odmowy wszczęcia postępowania bądź zawieszenia toczącego się.

Powyższe jest uzasadnione tym bardziej treścią art. 17 pkt c) Dyrektywy, który pozwala odmówić wykonania wniosku o egzekucję w sytuacji, gdy „*nie przestrzegano zapisanych w konstytucji współpracującego państwa członkowskiego podstawowych praw i wolności przysługujących pozwanym oraz mających do nich zastosowanie zasad prawnych*”. Tymczasem, przepis ten został wprowadzony do projektu ustawy w formie ograniczonej do sytuacji nie przestrzegania „*zapisanych w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej podstawowych praw i wolności przysługujących stronom*”. Owe zasady prawne, o których mowa w Dyrektywie, a które zostały pominięte w opiniowanej ustawie, mogą być przecież wyinterpretowane z całego ustawodawstwa, a nie tylko z zapisów Konstytucji RP.

Po drugie, można rozważyć wprowadzenie regulacji obligującej organ wnioskujący do uzyskania potwierdzenia wykonalności takiego tytułu w Polsce w odrębnym postępowaniu na terenie Polski. W ramach tego postępowania mogłoby nastąpić sprawdzenie spełnienia *przestrzegania zapisanych w konstytucji RP podstawowych praw i wolności przysługujących pozwanym oraz mających do nich zastosowanie zasad prawnych.*

Dodatkowo należy zauważyć, iż w proponowanym projekcie Ustawy ustawodawca nie określił, czy pomiędzy „dowiedzeniem się” o prowadzonej egzekucji a wszczęciem takiego postępowania i podjęciem działań egzekucyjnych polski pracodawca będzie mógł ustosunkować się do wniosku oraz będzie miał możliwość złożyć odwołanie. Organ powinien dostarczyć przedsiębiorcy, wobec którego prowadzona jest egzekucja, także same dokumenty będące podstawą prowadzenia postępowania a nie tylko informacje o nich.

Naszym zdaniem istotne jest, żeby zakwestionowanie lub odwołanie z mocy samego prawa prowadziło do zawieszenia postępowania nie do czasu wydania decyzji przez odpowiedni podmiot, ale do czasu prawomocnego zakończenia postępowania toczącego się z zakwestionowania bądź odwołania. Zaś w przypadku, gdy sprawa zostanie skierowana do Trybunału Sprawiedliwości UE, do czasu zakończenia postępowania przed Trybunałem. Tym samym uważamy, iż odwołania powinny być kierowane do wiadomości podmiotu egzekwującego, tak aby wiedział, że postępowanie zostało zakwestionowane i należy wstrzymać się z egzekucją do prawomocnego zakończenia postępowania.

Ponadto należałoby wprowadzić regulację, zgodnie z którą zajęcie wierzytelności byłoby możliwe dopiero po zawiadomieniu o wszczęciu egzekucji i upływie określonego czasu. Nie może dochodzić do sytuacji, w której o tym, że nałożona została kara lub grzywna, polski pracodawca delegujący pracowników za granicę dowiaduje się w momencie zajęcia jego rachunku.

Skoro w dyrektywie 2014/67/UE jest zapis o tym, że wniosek o egzekucję może być złożony, gdy organ egzekwujący nie jest w stanie wyegzekwować bądź powiadomić o nałożeniu kary lub grzywny administracyjnej, to tym samym uważamy, iż w Ustawie powinien znaleźć się zapis o tym, że organ wnioskujący powinien przedłożyć stosowne dowody potwierdzające spełnienie tych przesłanek (bezskuteczność egzekucji, potwierdzenie nieodebrania korespondencji w terminie).

Sugerowane rozwiązanie: niezbędne jest wprowadzenie do opiniowanej ustawy zapisów zabezpieczających polskich pracodawców delegujących pracowników za granicę przed egzekucją kar nałożonych w sposób niezgodny z polskim i unijnym prawem, chociażby poprzez:

- *nałożenie na organ państwa członkowskiego obowiązku uzyskania potwierdzenia wykonalności tytułu będącego podstawą do egzekucji,*
- *stworzenie mechanizmu pozwalającego polskiemu pracodawcy, wobec którego został skierowany wniosek o egzekucję, na ustosunkowanie się do wniosku, przed podjęciem przez organ egzekwujący działań egzekucyjnych,*
- *obowiązek organu egzekwującego do przedłożenia polskiemu pracodawcy, w stosunku do którego został skierowany wniosek o egzekucję, kompletu dokumentów dołączonych przez organ wnioskujący do wniosku,*
- *odwołania bądź wnioski kwestionujące powinny być przesyłane do wiadomości organu egzekwującego, który po otrzymaniu takiego wniosku powinien zawiesić egzekucję z urzędu do czasu prawomocnego zakończenia postępowania w tej sprawie,*
- *obowiązek dołączania do wniosku przez organ egzekwujący dowodów potwierdzających, że organ egzekwujący nie był w stanie wyegzekwować tej kwoty bądź powiadomić o nałożeniu kary bądź grzywny.*

3. Wyznaczenie Państwowej Inspekcji Pracy jako organu współpracującego w zakresie egzekucji kar i grzywien administracyjnych

Naszym zdaniem kompetencje związane z realizowaniem wniosków o egzekucję kar i grzywien administracyjnych nałożonych za granicą na polskie przedsiębiorstwa delegujące oraz wniosków o powiadomienie w sprawie nałożenia kary lub grzywny

administracyjnej powinno zostać powierzone Państwowej Inspekcji Pracy, jako podmiotowi najbardziej kompetentnemu w zakresie regulacji dotyczących przestrzegania praw pracowniczych.

Zgodnie z art. 19 ust. 1 dyrektywy 2014/67/UE egzekwowanie kar powinno nastąpić na zasadach, na jakich normalnie tego typu kary się egzekwuje. W Polsce tego typu kary i grzywny normalnie są zaś egzekwowane przez Państwową Inspekcję Pracy, a nie Izbę Skarbową.

Ponadto, należy wskazać, iż zgodnie z art. 17 pkt c) dyrektywy 2014/67/UE z 15 maja 2014 r. organ, do którego należy wykonanie wniosku o egzekucję nałożonej kary lub grzywny administracyjnej może odmówić wykonania wniosku, w przypadku gdy nie przestrzegano zapisanych w konstytucji współpracującego państwa członkowskiego podstawowych praw i wolności przysługujących pozwanym oraz mających do nich zastosowanie zasad prawnych.

Oznacza to, że proces egzekucji kary lub grzywny administracyjnej nie może następować w sposób automatyczny, rutynowy. Polski organ egzekwujący karę lub grzywnę administracyjną przed podjęciem egzekucji powinien zbadać, czy nie doszło do naruszenia zasad prawnych przysługujących polskiemu przedsiębiorcy jako stronie w tego typu sprawach. Naszym zdaniem, Izba Skarbowa w Poznaniu, której powierzono funkcję Centralnego biura łącznikowego, a która jest ściśle wyspecjalizowanym organem podatkowym, który nie zajmuje się problematyką naruszenia praw pracowniczych, nie będzie w stanie kompetentnie ocenić, czy istnieją podstawy do wstrzymania się z egzekucją nałożonej na polskiego pracodawcę delegującego kary za naruszenie prawa o delegowaniu pracowników za granicą. Powierzenie wykonywania wniosków organowi podatkowemu może prowadzić do sytuacji, że nakładane na polskich przedsiębiorców za granicą kary i grzywny dochodzące nawet do 500.000 EUR będą egzekwowane bezrefleksyjnie i machinalnie.

Ponadto, niezrozumiałe jest, dlaczego wszystkie kompetencje związane z egzekwowaniem przestrzegania przepisów o delegowaniu pracowników na terytorium oraz z terytorium RP zostały powierzone Państwowej Inspekcji Pracy, zaś egzekwowanie kar i grzywien administracyjnych nakładanych na polskie przedsiębiorstwa przez zagraniczne instytucje zostały przekazane Izbie Skarbowej w Poznaniu. Jest to rozwiązanie niespójne systemowo.

Sugerowane rozwiązanie: Realizowanie wniosków o egzekucję kar i grzywien administracyjnych nałożonych za granicą na polskie przedsiębiorstwa delegujące pracowników oraz wniosków o powiadomienie w sprawie nałożenia kary lub grzywny administracyjnej powinno zostać powierzone Państwowej Inspekcji Pracy.

4. Zastąpienie sformułowania „tymczasowo” trafniejszym „czasowo”

W projekcie ustawy dla określenia pracownika delegowanego Projektodawca używa sformułowania „pracownik tymczasowo skierowany do pracy”.

Prawo europejskie świadomie nie wprowadza definicji pojęcia tymczasowości, natomiast w potocznym pojęciu języka polskiego oznacza ono „mający trwać krótko”. Tymczasem dyrektywa 96/71/WE w Artykule 2 pkt 1 definiuje pracownika delegowanego jako „pracownika, który przez ograniczony okres wykonuje swoją pracę na terytorium innego Państwa Członkowskiego”. W treści Dyrektywy zazwyczaj używane jest natomiast określenie „czasowo delegowany do innego państwa”.

Dyrektywa 96/71 w swojej treści odnosi się również do pracowników tymczasowych zatrudnianych przez przedsiębiorstwa zatrudnienia tymczasowego. W naszej ocenie pojęcia te mogą być ze sobą mylone, wprowadzać zamęt pojęciowy, czy nawet próby szukania przez krajowe sądy definicji tymczasowego delegowania w polskich przepisach o zatrudnianiu pracowników tymczasowych.

Sugerowane rozwiązanie: Proponujemy zastąpienie używanego w opiniowanej ustawie określenia „tymczasowo” trafniejszymi określeniami „czasowo” lub „przez ograniczony czas”.

Przygotowanie:

dr Marek Benio
Wiceprezes Stowarzyszenia Inicjatywa Mobilności Pracy
Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie
marek.benio@inicjatywa.eu

Stefan Schwarz
Prezes Stowarzyszenia Inicjatywa Mobilności Pracy
stefan.schwarz@inicjatywa.eu

Łukasz Kania
Radca Prawny Stowarzyszenia Inicjatywa Mobilności Pracy
lukasz.kania@inicjatywa.eu