

Kraków, 3 czerwca 2013 r.

Inicjatywa Mobilności Pracy

Opinia na temat kompromisowych poprawek do projektu dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie egzekwowania dyrektywy 96/71/WE dotyczącej delegowania pracowników w ramach świadczenia usług

Ogólna ocena

Zdaniem Inicjatywy Mobilności Pracy poprawki kompromisowe w projekcie dyrektywy wdrożeniowej w zakresie delegowania pracowników zapewnią bardzo dobrą równowagę pomiędzy ochroną praw pracowniczych i ochroną wolności świadczenia usług w ramach Unii Europejskiej.

Wyrażamy jednak głębokie zaniepokojenie brzmieniem zapisu w art. 3.3 (e) (poprawka AA), który de facto doprowadzi do zablokowania transgranicznego świadczenia usług, poprzez zastąpienie **czasowego** charakteru delegowania **jednorazowym** charakterem delegowania. Zapis ten w obecnym brzmieniu w naszej opinii wychodzi poza zapisy dyrektywy podstawowej 96/71/WE, która mówi o **czasowym** charakterze delegowania.

W dokumencie brakuje również rozwiązania problemu delegowania pracowników przez tzw. **spółki-skrzynki pocztowe**. Podczas debaty pani poseł Danuta Jazłowiecka zwróciła uwagę na fakt, iż żaden z polityków ani partnerów społecznych nie zaproponował dotychczas definicji, która pozwoliłaby skuteczniej wykrywać ten rodzaj nadużyć. Mając to na uwadze, Inicjatywa Mobilności Pracy podjęła się opracowania takiego rozwiązania. Zostało ono przedstawione w osobnym dokumencie załączonym do niniejszej opinii.

Uwagi do kompromisów

1) Poprawka kompromisowa AA do art. 3.3 (e)

„(e) żadnych wcześniejszych okresów, podczas których na tym stanowisku pracował ten lub inny oddelegowany pracownik;”

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 polegających na permanentnym obsadzaniu określonych stanowisk pracownikami delegowanymi, co byłoby sprzeczne pojęciem **czasowego wykonywania prac** w ramach umowy zawartej między przedsiębiorstwem delegującym i odbiorcą usług w państwie przyjmującym.

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

Tymczasem zapis proponowany w poprawce kompromisowej AA wprowadza radykalną i niestosowaną dotychczas interpretację pojęcia **czasowego delegowania**, przekształcając je de facto w **jednorazowe delegowanie**. Wyrzuca tym samym poza ramy delegowania większość usług, w szczególności tych o charakterze sezonowym, cyklicznym oraz takich, których charakter wymaga pracy wahałkowej.

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 cech permanentności.

Zgodnie z zapisem w poprawce kompromisowej AA w art. 3.3. (e) **NIE JEST TO DELEGOWANIE**, gdyż we wcześniejszych okresach na tym samym stanowisku (zbieracz winogron) pracował już ten lub inny delegowany pracownik.

Zapis w poprawce kompromisowej AA w art. 3.3. (e) wyłącza z delegowania wszelkie 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 wahałkowej

Istnieją rodzaje usług, które **nie mogą być wykonywane przez tego samego pracownika** przez cały okres trwania usługi. Wynika to z charakteru i specyfiki pracy. Jeżeli charakter pracy jest obciążający dla pracownika, niezbędny jest wahałkowy 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 przykładem czasowego delegowania zgodnego z Dyrektywą 96/71/WE, które nie ma cech permanentności.

Zgodnie z zapisem w poprawce kompromisowej AA w art 3.3. (e) **NIE JEST TO DELEGOWANIE**, gdyż we wcześniejszych okresach na tym samym stanowisku (opiekun osoby starszej) pracował już ten lub inny delegowany pracownik.

Zapis w poprawce kompromisowej AA w art. 3.3. (e) blokuje wszystkie 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 w krótkich odcinkach czasu.

W naszej opinii zaproponowany w poprawce kompromisowej AA w art. 3.3. (e) zapis nie wzmacnia **CZASOWEGO charakteru** delegowania, lecz wprowadza **JEDNORAZOWY charakter delegowania** i w tym zakresie wychodzi poza zapisy dyrektywy podstawowej 96/71/WE. Warto tutaj przypomnieć, że zamiarem deklarowanym przez Parlament Europejski i Komisję jest unikanie przepisów, które są niezgodne z dyrektywą podstawową 96/71/WE.

Propozycja zmiany

Zapis w poprawce kompromisowej AA w art. 3.3(e) prowadzi naszym zdaniem do błędnej nadinterpretacji pojęcia „zastępowania”, odchodząc tym samym od postanowień Dyrektywy 96/71. Nasze propozycje:

- **usunięcie punktu (e)** w artykule 3.3, ponieważ dyrektywa 96/71 jest w tym zakresie wystarczająca i nigdy nie spowodowała problemów interpretacyjnych.

Jeśli usunięcie tego zapisu okaże się niemożliwe, powinny zostać rozważone następujące zmiany:

- **zastąpienie przez zapis** nawiązujący do propozycji Komisji IMCO, który brzmi:
„czy delegowany pracownik nie zastępuje innego delegowanego pracownika”
- **zmodyfikowanie obecnego zapisu** do następującej formy:
„czy powtarzała się sytuacja, w której na **tym samym** stanowisku **i bez przerw** pracował ten sam lub inny pracownik delegowany, **którego okres delegowania skończył się**”.

2) Poprawka kompromisowa AA do art. 3.3. (f):

„(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 deklaracyjną decyzją administracyjną, co oznacza, że nie tworzy (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 być on traktowany jako pracownik delegowany** do momentu, aż formularz A1 w wyniku postępowania administracyjnego zostanie anulowany.

Formularz A1, jako dokument potwierdzający delegowanie, nie może jednocześnie służyć jako element do określenia, czy mamy do czynienia z delegowaniem. Innymi słowy, nie może być stosowany jako "faktyczny element charakteryzujący tą pracę".

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.

Obecny przepis zawarty w art. 3.3. (f) zagraża zaufaniu pracowników do instytucji zabezpieczenia społecznego państwa wysyłającego, która poświadcza formularze A1.

Obecny przepis zawarty w art. 3.3. (f) **osłabia rangę formularza A1** i powoduje, że nie będzie on już stanowił dla pracownika potwierdzenia legalnego delegowania, a będzie jedynie spełnieniem jednego z wielu elementów, potwierdzających fakt, że delegowanie ma miejsce.

Zapis w art 3.3. (f) osłabia rolę formularza A1 z dokumentu potwierdzającego, że mamy do czynienia z delegowaniem, do roli jednego z wielu elementów świadczących za tym, że możemy mieć do czynienia z delegowaniem. Spowoduje to – wbrew zamiarom ustawodawcy – wzrost liczby nadużyć i przypadków obchodzenia przepisów przez nieuczciwe firmy delegujące oraz rozwój szarej strefy.

Propozycja zmiany

Jako Inicjatywa Mobilności Pracy 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 powyższa modyfikacja tego przepisu okaże się niemożliwa, należy naszym zdaniem 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.”

3) Dylemat „may” czy „shall”?

Naszym zdaniem dyskusja na temat wyboru między słowami „may” i „shall” w artykule 3.2. i 3.3. nie uzależnia już stosowania zamkniętej lub otwartej listy elementów kontrolnych. Obie bowiem mogą zostać uzupełnione przez Państwa Członkowie, a obowiązek powiadamiania Komisji o elementach uzupełniających spełnia warunek przejrzystości prawa.

Istnieje jednak mocny argument za tym, by użyć słowa „may” w punktach 3.2. i 3.3. Słowo „shall” wymaga bowiem od miejscowych organów kontroli przedstawienia dogłębnej analizy ponad miliona pracowników delegowanych i ponad 100 000 firm delegujących. Czy posiadamy zasoby i armię urzędników kontroli, by wypełnianie tego obowiązku przekazać Państwom Członkowskim?

Słowo „may” daje możliwość kontroli, zaś słowo „shall” nakłada obowiązek na wszystkie Państwa Członkowskie, który naszym zdaniem jest niemożliwy do wypełnienia. Używanie słowa „shall” sparaliżuje wszystkie instytucje kontrolne już w pierwszych kilku przypadkach, pozostawiając resztę rynku pracy UE (nie tylko pracowników delegowanych) bez należytej kontroli.

Przygotowanie:

dr Marek Benio
Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie
Katedra Gospodarki i Administracji Publicznej

Stowarzyszenie Inicjatywa Mobilności Pracy
Plac Wolnica 13/10, 30-060 Kraków
tel.: 668 681 954
e-mail: kontakt@inicjatywa.eu

www.inicjatywa.eu

www.koordinacja.org

Niniejsza opinia została skonsultowana z organizacjami:

- **Polskie Forum HR**
- **Związek Pracodawców Ogólnopolski Konwent Agencji Pracy**
- **Izba Pracodawców Polskich**