

„Lekarstwo gorsze niż sama choroba, czyli przyszłość delegowania w świetle projektu nowej dyrektywy wdrożeniowej”

I Ogólnopolska Konferencja „Koordynacja systemów zabezpieczenia społecznego”
Sesja plenarna, Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie, 11 kwietnia 2013 r.

Nowy duch dyrektywy wdrożeniowej

Jestem przedsiębiorcą. Dlatego w mojej wypowiedzi będę starał się przedstawić punkt widzenia przedsiębiorców.

Zacznę od naszych frustracji – one są ważne, ponieważ wszyscy je odczuwamy w kontekście prac Parlamentu Europejskiego nad nową dyrektywą wdrożeniową dot. delegowania pracowników w ramach świadczenia usług. Określenia „nowa dyrektywa” używam świadomie, ponieważ moim zdaniem projekt dyrektywy wdrożeniowej zaproponowany przez Komisję Europejską wykracza poza zapisy dyrektywy podstawowej, całkowicie zmieniając jej „ducha”.

Dla nas, polskich przedsiębiorców wolny rynek jest polem gry, na którym funkcjonujemy stosując się do ustalonych reguł. Dla mnie rynek wewnętrzny oznacza, że gdy pójdę do najbliższego sklepu spożywczego, będę mógł kupić w nim francuskie wino. Z drugiej strony, gdy francuski plantator poszukuje pracowników tymczasowych na zbiory winogron, to może on skorzystać z usług mojej agencji zatrudnienia równie swobodnie, jak ja mogę kupić jego produkt w sklepie w Krakowie. Bez nadmiernych barier ani dyskryminacji. Taka sytuacja dla mnie jest naturalna i sprawiedliwa.

Dla nas, polskich przedsiębiorców świadczących usługi na obszarze rynku wewnętrznego, delegowanie jest podstawowym narzędziem. Bez niego nie możemy funkcjonować. Zastanawiałem się przed konferencją, czy istnieją jakieś usługi, które można świadczyć bez delegowania. Na pewno tak. Przykładem mogą być choćby zdalne tłumaczenia, które można realizować i przysyłać drogą e-mailową. Jednak absolutna większość usług wymaga fizycznej obecności pracownika w miejscu realizacji zlecenia. Nawet usługi programistyczne zawsze kończą się wdrożeniem u klienta.

Prawda jest taka, że bez narzędzia, którym jest delegowanie, prawie żadne polskie przedsiębiorstwo nie będzie mogło świadczyć swoich usług na rynku wewnętrznym. A chcielibyśmy to robić, tak samo jak chcemy kupować francuskie wina, holenderskie kwiaty czy fińskie masełka.

Jako ekonomista czuję się w obowiązku dodać, że wymienione przeze mnie kwiaty, wina i masełka to przykłady ograniczonych zasobów, które występują ekskluzywnie w poszczególnych państwach członkowskich. Holendrzy mają kwiaty, Francuzi wina i sery, a Polska ma dobrą, wykwalifikowaną siłę roboczą. Każdy kraj ma inne ograniczone zasoby, które oferuje na rynku wewnętrznym. Sprawiedliwe jest,

gdy państwa członkowskie mogą je oferować na równych warunkach bez dyskryminacji. Tak funkcjonujący rynek wewnętrzny przynosi korzyści i prowadzi do rozwoju wszystkich państw Unii Europejskiej.

Czytając dyrektywę podstawową (96/71/WE) miałem odczucie, że jest ona bardzo pozytywna i prorozwojowa. Co prawda, wprowadza pewne ograniczenia w mobilności pracowników, ale jej „ducha” i intencję ustawodawcy można odczytać choćby przytaczając używane w niej czasowniki: „**ułatwianie korzystania ze swobody**”, „**przewycięzanie przeszkód**”, „**stymulowanie przenikania gospodarczego**”, „**unikanie utrudnień**” czy „**propagowanie mobilności pracowników i bezrobotnych**”.

Pozwolę sobie zacytować jeden punkt z dyrektywy podstawowej:

*„celem delegowania jest **uniknięcie** przez pracowników, pracodawców i instytucje **problemów i utrudnień**, które powstałyby w skutek zastosowania zasady ogólnej.”*

Otóż delegowanie służy do tego, by było mniej problemów! Nie tylko dla nas, przedsiębiorców, ale również dla instytucji zabezpieczenia społecznego i przede wszystkim dla samych pracowników. Oczywiście, delegowanie jest wyjątkiem od zasady ogólnej. Jednak dla nas ten wyjątek jest bardzo istotny, ponieważ warunkuje nasze istnienie na rynku wewnętrznym.

Duch dyrektywy wdrożeniowej, formalnie jedynie doprecyzowującej dyrektywę podstawową, to zupełnie nowy, inny duch. Opisują go czasowniki, które dominują w jej treści: „**zwalczać**”, „**zniechęcać**”, „**nie dopuszczać**”, „**uniemożliwiać**”, „**odstraszać**”. Czytając projekt przygotowany przez Komisję Europejską wyraźnie czujemy, że kryzys zupełnie zmienił priorytety i nastroje polityczne w Europie. Te czasowniki pokazują realny zamiar, jaki towarzyszy wprowadzeniu tej dyrektywy. Ten zamiar jest dla nas – polskich przedsiębiorców – przerażający.

Patologia, czyli nowa definicja delegowania

Odnoszę wrażenie, że w świadomości wielu polityków, związków zawodowych czy instytucji zabezpieczenia społecznego zaczęła funkcjonować nieoficjalnie alternatywna definicja delegowania, która brzmi:

*„Delegowanie to **patologia** polegająca na wykorzystywaniu luk prawnych do **obchodzenia przepisów i nadużyć** przez przedsiębiorstwa, powodująca **naruszanie** praw pracowniczych i **nieuczciwą** konkurencję na rynku wewnętrznym.”*

Jako polski przedsiębiorca zadaję sobie pytanie, czy to nasza wina? Nasza, czyli małych i mikroprzedsiębiorstw, których w Polsce jest najwięcej? Wydaje mi się, że nie. Wyroki Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, które przytaczane są jako przyczyna podjęcia walki z patologiami w delegowaniu nie dotyczyły małych i mikroprzedsiębiorstw.

Gdy poszukamy w przeszłości głośnych przypadków łamania praw pracowników delegowanych, to okaże się, że przytaczająca większość dotyczyła pracowników zatrudnianych na czarno lub delegowanych przez spółki-skrzynki kontaktowe, zakładane w Polsce przez średnie i duże zagraniczne firmy. Nadużycia ze strony polskich przedsiębiorstw delegujących trudno znaleźć.

Winni nadużyć będą ukarani?

Faktem jest, że nadużycia występują. Weźmy jako przykład casus, który miał miejsce w 2012 roku. Przypadek zdarzył się w Essen w Niemczech i dotyczył podwykonawstwa w branży budowlanej. 50 delegowanych z Polski pracowników nocowało w noclegowniach, ponieważ polski pracodawca porzucił ich, nie wypłacając wynagrodzeń. Okazuje się, że tym „polskim” pracodawcą był niemiecki przedsiębiorca

budowlany, który był właścicielem „polskiej” spółki delegującej, a jednocześnie był klientem, do którego pracownicy zostali oddelegowani. Był to więc klasyczny przykład spółki-skrzynki pocztowej, które są piętnowane przez obowiązujące obecnie przepisy.

Inny przypadek miał miejsce w Danii. W tym kraju trzech na czterech pracowników, którzy ponieśli śmierć na budowach w ubiegłym roku, to Polacy. W jednym z przypadków duński pracodawca pozwolił wezwać karetkę pogotowia dopiero po przebraniu ofiary wypadku w nierobocze ubranie, by nie było śladu, że wypadek zdarzył się w pracy. Pracownicy ci byli samozatrudnionymi niezależnymi przedsiębiorcami pracującymi na zlecenie duńskiego zleceniodawcy.

W obu powyższych przypadkach nie sposób dopatrzeć się winy polskich firm świadczących usługi transgraniczne. A spółki-skrzynki pocztowe? Z definicji są to spółki zakładane przez firmy z krajów przyjmujących. Potwierdza to opinia Komitetu Regionów, która do najczęstszych patologii zalicza tworzenie przez wielkie międzynarodowe koncerny platform do delegowania, zakładanych w krajach o niższych kosztach pracy.

Moje pytanie brzmi: czy polskie firmy świadczące usługi transgraniczne staną się ofiarami walki z nadużyciami dokonywanymi przez wielkie firmy z państw przyjmujących? Byłoby to bardzo niesprawiedliwe – nie tylko dla 15 000 polskich firm, które mogą zbankrutować i 300 000 pracowników delegowanych, którzy prawdopodobnie stracą pracę – ale również dla przyszłości polskiej gospodarki, dla której eksport usług ma ogromne znaczenie.

Interesariusze w walce o uczciwe delegowanie

Istnieje kilka grup interesów zaangażowanych w delegowanie pracowników. Przedstawię je na przykładzie Francji.

Pierwszą grupą są **przedsiębiorstwa usługowe z państw przyjmujących**. Są one reprezentowane przez organizacje takie, jak przykładowo PRISME (Professionnels de l'intérim, services et métiers de l'emploi). Jest to instytucja zrzeszająca francuskie agencje zatrudnienia, która od lat lobbuje za ograniczeniem dostępu do francuskiego rynku zagranicznym agencjom zatrudnienia, między innymi poprzez ograniczenie delegowania. Dlaczego ta instytucja ma takie stanowisko? Ponieważ reprezentuje interesy swoich członków, którzy walczą z konkurencją o klientów i rynek. Mają do tego pełne prawo.

Francuskie **związki zawodowe** również reprezentują interesy swoich członków. A oni bardzo obawiają się napływu taniej siły roboczej ze wschodu, która w ich przekonaniu pozbawi ich pracy. Z tego krótkowzrocznego punktu widzenia delegowanie jest dla nich zjawiskiem wyłącznie szkodliwym.

Ważną rolę odgrywają też **instytucje kontrolne**. Słuchałem wypowiedzi pewnego inspektora pracy, który podczas jednego z posiedzeń Komisji Rynku Wewnętrznego i Ochrony Konsumentów powiedział, że gdy podczas kontroli natyka się na pracowników delegowanych, to jest sfrustrowany tym, że musi napisać pismo do instytucji państwa wysyłającego i wstrzymać kontrolę aż do momentu otrzymania odpowiedzi. Chciałby działać bardziej elastycznie i od razu móc ustalić, czy przedsiębiorstwo delegujące spełnia warunki do delegowania (czyli na przykład prowadzi normalną działalność w kraju wysyłającym) bez wiążącej mu ręce konieczności czekania na wyniki kontroli przeprowadzanej przez odpowiednią instytucję państwa wysyłającego. Ten inspektor ma prawo zabiegać o zwiększenie swoich uprawnień. Ale jeśli je otrzyma, to skąd pewność, że nie będzie ich nadużywał? Osobiście mam co do tego duże obawy.

Problem według mnie nie polega na tym, że poszczególne grupy interesów – związki zawodowe, organizacje pracodawców czy instytucje kontrolne – głośno artykułują i walczą o swoje interesy. Problem pojawia się wtedy, gdy politycy zaczynają te jednostronne roszczenia realizować. Gra toczy się tutaj przecież nie tylko o prawa pracowników i uczciwą konkurencję, ale przede wszystkim o rynki zbytu i klientów.

Primum non nocere

Chciałbym przejść do omówienia zapisów dyrektywy wdrożeniowej, które w mojej ocenie są najbardziej niebezpieczne dla przedsiębiorców. W tym celu przygotowałem materiał pomocniczy pt. „Przepis na lek gorszy niż sama choroba”. W sposób symboliczny ilustracja ta pokazuje to, czego najbardziej się obawiamy w związku z projektem dyrektywy.

Przypominam, że potrzeba uchwalenia dyrektywy wdrożeniowej podyktowana była koniecznością zagwarantowania przestrzegania praw pracowników delegowanych. Wydaje mi się, że wkraść się tutaj pewien logiczny błąd, ponieważ gwarancja oznacza całkowitą, stuprocentową pewność. Jediną więc gwarancją nienaruszania praw pracowników delegowanych jest brak pracowników delegowanych. W pozostałych sytuacjach zawsze będzie istniał pewien odsetek pracowników, którzy staną się ofiarami naruszenia ich praw.

Uważam, że wszystkie proponowane przez Komisję zapisy dyrektywy wdrożeniowej doprowadzą do lepszego przestrzegania praw pracowników. Stanie się to jednak za cenę niewspółmiernych obciążeń i ryzyka dla przedsiębiorstw delegujących. Najbardziej niebezpieczne jest jednak ŁĄCZNE zastosowanie proponowanych rozwiązań.

Nawiązując do symboliki leku, wydaje się, że Komisja Europejska uznała za cel pokonanie za wszelką cenę choroby, którą jest niezagwarantowanie przestrzegania praw pracowników delegowanych. W tym celu zdecydowała się zastosować wszelkie dostępne środki łącznie, przy czym istnieje duże prawdopodobieństwo, że wystarczające byłoby zastosowanie jednego lub dwóch składników. KE chce jednak prewencyjnie zastosować wszystkie. Pytanie, czy pacjent taką terapię przeżyje? To wydaje się być dla autorów dyrektywy mniej istotne.

Pierwsza mikstura

Niewspółmierne ryzyko dla usługodawców transgranicznych i ich klientów

Składniki:

1. Otwarta lista kryteriów delegowania (art. 3)
2. Otwarta lista krajowych środków kontrolnych (art. 9)
3. Solidarna odpowiedzialność rozdzielna (art. 12)

Skutki uboczne:

Połączenie tych przepisów oznacza dla przedsiębiorstw delegujących i ich klientów oznacza brak jakichkolwiek reguł gry. W efekcie lokalny inspektor pracy prowadzący kontrolę w państwie przyjmującym będzie podejmował decyzję o tym, czy mamy do czynienia z legalnym delegowaniem czy też nie, w oparciu o otwartą listę orientacyjnych elementów, którą dopasuje indywidualnie do konkretnego przypadku.

Dodajmy do tego solidarną odpowiedzialność, czyli zapis, który umożliwi każdej instytucji, wobec której firma delegująca nie wywiązała się ze zobowiązań finansowych, żądanie pokrycia ich bezpośrednio od naszego klienta z państwa przyjmującego.

Zatem lokalny inspektor może wydać decyzję opartą o jego subiektywną opinię bazującą na dowolnych przesłankach, które jego zdaniem wskazują, że pracownicy nie są delegowani. A skoro nie ma delegowania, to pojawia się konieczność zapłacenia składek na przykład we Francji, o które tamtejsza instytucja zabezpieczenia społecznego zwróci się do polskiej firmy delegującej. Ta z dużym prawdopodobieństwem złoży wniosek o upadłość, a wtedy instytucja francuska zwróci się o uregulowanie płatności do klienta, który również ogłosi bankructwo. Czy takie sytuacje będą się często zdarzały? Nie,

ponieważ świadomi ogromnego i niewymiernego ryzyka klienci po prostu nie będą korzystali z usług przedsiębiorstw zagranicznych.

Reasumując, połączenie odpowiedzialności solidarnej z otwartymi listami środków kontrolnych i kryteriów delegowania de facto zablokuje delegowanie. Oczywiście w teorii przepisów prawnych będzie ono nadal możliwe, jednak w praktyce odrzucą je zarówno firmy chcące wysłać swoich pracowników za granicę, a także – a raczej przede wszystkim – dotychczasowi i potencjalni klienci przedsiębiorstw delegujących.

Druga proponowana mikstura

Pozbawienie konkurencyjności usługodawców transgranicznych

Składniki:

1. Złożona procedura wnioskowania o formularze A1 (obowiązująca obecnie Decyzja A2)
2. Obowiązek wyznaczania negocjatora ze związkami zawodowymi (art. 9)
3. Tłumaczenie i przechowywanie w państwie przyjmującym dokumentacji (art. 9)

Skutki uboczne:

Połączenie długotrwałej i skomplikowanej procedury wnioskowania o formularze A1 (które są dokumentami poświadczającymi, że pracownik został objęty systemem zabezpieczenia społecznego kraju wysyłającym) razem z dodatkowymi obowiązkami spowoduje, że usługi firm świadczących transgraniczne usługi przestaną w mojej ocenie być konkurencyjne.

Weźmy jako przykład mały zakład spawalniczy z Krakowa, który otrzymał zapytania na wykonanie specjalistycznych, bardzo pilnych prac spawalniczych od klientów z Francji, Szwecji, Niemiec i Portugalii. Zgodnie z powyższymi zapisami zakład ten, aby mógł podjąć się wykonania tych zleceń, musi najpierw wypełnić bardzo skomplikowane wnioski o wydanie druków A1 przez ZUS. Jeśli uda mu się przez to przebrnąć, to stanie przed koniecznością przetłumaczenia dokumentacji firmy na cztery języki i zatrudnienia w czterech państwach czterech prawników-negocjatorów. Przy tak sformułowanych przepisach, jakie proponuje Komisja Europejska, wydaje się, że zamiarem autorów jest skłonienie właściciela wspomnianego zakładu spawalniczego do wynajęcia czterech biur, w których będą owi negocjatorzy przebywali i pilnowali złożonej tam dokumentacji.

Nasuwają mi się tutaj dwa proste pytania:

- Czy cena, którą nasz przykładowy zakład będzie mógł zaproponować za wykonanie usługi, będzie nadal konkurencyjna w stosunku do ofert firm lokalnych?
- Zlecenia są bardzo pilne i liczy się każdy dzień. Jak szybko nasz zakład będzie mógł rozpocząć realizację usługi w świetle powyższych obowiązków?

W rzeczywistości taki zapis będzie faworyzował przedsiębiorstwa delegujące, które mają już swoje biura w krajach docelowych – czyli duże międzynarodowe firmy oraz spółki-skrzynki kontaktowe, którym przecież nowa dyrektywa miała przeciwdziałać. Jest dla mnie całkowicie niezrozumiałe, dlaczego Komisja Europejska nie tylko wbrew swoim deklaracjom nie zwalcza nieuczciwych praktyk na rynku delegowania, ale co więcej je premiuje i ułatwia, promując szkodliwe spółki-skrzynki.

Ostatnia, trzecia mikstura

Dyskryminacja transgranicznych usługodawców

Składniki:

1. Otwarta lista kryteriów delegowania (art. 3)
2. Otwarta lista krajowych środków kontrolnych (art. 9)
3. Narzucona solidarna odpowiedzialność (art. 12)

Skutki uboczne:

Mikstura ta jest szokującym koncentratem dyskryminacji. Narzucona solidarna odpowiedzialność oznacza, że pracownik delegowany jest obciążony ryzykiem odpowiedzialności solidarnej nawet wtedy, jeśli w kraju, do którego został oddelegowany, takiego mechanizmu w stosunku do innych pracowników i ich pracodawców nie stosuje się!

Wyobraźmy sobie, że nasz przykładowy zakład spawalniczy z Krakowa chciałby wziąć udział w przetargu na duże zlecenie w Czechach. W tym kraju nie stosuje się przepisu o odpowiedzialności zbiorowej w stosunku do firm rodzimych. Jakie zatem szanse na wygranę tego przetargu ma nasz zakład spawalniczy, który jest dyskryminowany względem konkurentów niemal w każdym możliwym obszarze? Oczywiście jest to pytanie retoryczne, ponieważ odpowiedź wszyscy znamy.

Konsekwencje wprowadzenia otwartej listy krajowych środków kontrolnych chciałbym pokazać na własnym przykładzie. Jeśli do mojej firmy przyjdzie inspektor z polskiej inspekcji pracy, to spotkam się z nim w siedzibie mojej firmy. Będę mógł z nim rozmawiać i uczestniczyć w czynnościach kontrolnych. Znam polskie prawo – tutaj mam też całą infrastrukturę, zasoby i prawników, którzy mi doradzają w tego typu sytuacjach. Gdy inspektor pracy przyjdzie na kontrolę w miejscowości Sundsvall w północnej Szwecji, gdzie usługę wykonuje dwóch delegowanych przez moją firmę spawaczy – moje możliwości obrony i uczestnictwa w kontroli są znacznie bardziej ograniczone, o ile w ogóle istnieją. Dlatego zamknięta lista kontrolna jest niezbędna, aby uchronić przedsiębiorstwa delegujące przed dyskryminacją.

Fundamentalna wartość mobilności pracy

Słuchając wypowiedzi posłów w Komisji Rynku Wewnętrznego i Ochrony Konsumentów (IMCO) i Komisji ds. Zatrudnienia (EMPL) można być pewnym, że nie mają oni zamiaru dyskryminować ani krzywdzić uczciwych firm delegujących. Problem jednak polega na tym, że to nie oni będą potem wdrażać stworzone przez siebie przepisy – zrobi to lokalny inspektor pracy w małej miejscowości na południu Francji, który nie widzi makroekonomicznych zależności ani nie zna podniosłych idei promowania mobilności pracy. To ten człowiek, wyposażony w ogromne uprawnienia będzie prawo stosował w imię ideałów, z którymi się identyfikuje – z patriotyzmem gospodarczym na czele. Tym samym będzie on starał się chronić „swoich”, utrudniając położenie „obcych”. My, przedsiębiorcy najbardziej boimy się właśnie tego rodzaju nadużyć.

W moim przekonaniu prawo polskich przedsiębiorstw do swobodnego świadczenia usług na rynku wewnętrznym jest dla polskiej gospodarki najcenniejszą wartością, jaką przyniosło wejście Polski do UE. Musimy tę wartość za wszelką cenę chronić. Jestem przekonany, że wejście w życie dyrektywy wdrożeniowej w kształcie proponowanym przez Komisję Europejską, związki zawodowe oraz niektóre grupy parlamentarne może Polskę tej wartości bezpowrotnie pozbawić.

Polscy przedsiębiorcy popierają dążenie do zagwarantowania praw pracowników delegowanych. Nie popieramy natomiast przepisów, które w imię ochrony tej wartości:

- **pozbawią firmy delegujące konkurencyjności** poprzez nałożenie na nie nieproporcjonalnych obciążeń finansowych i administracyjnych,
- **wywołają niepewność prawną**, która doprowadzi do zwiększenia ryzyka prowadzenia działalności i zniechęcenia klientów do korzystania z usług firm z innych państw członkowskich,
- **będą stanowić otwartą furtkę do nadużyć** i praktyk dyskryminacyjnych ze strony instytucji krajów przyjmujących,
- **przyczynią się do rozwoju szarej strefy**, która jest środowiskiem sprzyjającym groźnym przestępstwom handlu ludźmi oraz współczesnego niewolnictwa.

Wierzę, że swoboda przedsiębiorczości i świadczenia usług, która jest jedną z ideologicznych podstaw Unii Europejskiej zostanie zachowana i będzie mogła w dalszym ciągu przyczynić się do rozwoju gospodarczego Europy.