

19 maja 2017 r.

Dr Marek Benio

**Zwyczajowe miejsce wykonywania pracy pracownika delegowanego  
zamiast Delegowania przekraczającego 24 miesiące  
Poprawka do art. 2a Propozycji Komisji Europejskiej kierunkowej zmiany  
tzw. dyrektywy podstawowej 96/71/WE ws. pracowników delegowanych**

Art. 2a

**Zwyczajowe miejsce wykonywania pracy<sup>1</sup>**

Państwo członkowskie, na terytorium którego delegowany jest pracownik uznaje się za państwo, w którym zazwyczaj świadczy pracę, jeśli pracownik w zakresie zabezpieczenia społecznego podlega ustawodawstwu tego państwa.

*Text proposed by the Commission*

- ~~The following Article 2a is added:~~

*Article 2a*

~~Posting exceeding twenty four months~~

~~1. When the anticipated or the effective duration of posting exceeds twenty four months, the Member State to whose territory a worker is posted shall be deemed to be the country in which his or her work is habitually carried out.~~

~~2. For the purpose of paragraph 1, in case of replacement of posted workers performing the same task at the same place, the cumulative duration of the posting periods of the workers concerned shall be taken into account, with regard to workers that are posted for an effective duration of at least six months.~~

*Amendment*

- The following Article 2a is added:

*Article 2a*

***Habitual place of work***

***A Member State to whose territory a worker is posted shall be deemed to be a country in which his work is habitually carried out if he is subject to social security legislation of that country.***

<sup>1</sup> Wersja w j. angielskim jest zaczerpnięta ze źródeł prawa i oficjalnych dokumentów Parlamentu Europejskiego i Komisji Europejskiej. Wersja polska jest własnym tłumaczeniem autora opartym o źródła prawa już obowiązującego, np. używam sformułowań zaczerpniętych z Rozporządzenia Rzym I zamiast błędnego tłumaczenia poprawki nr 288.

I. **Główne tezy:**

1. Polityczna obietnica KE: po 24 miesiącach pracownik delegowany ma być objęty prawem pracy państwa przyjmującego. 24 miesiące uczyni to prawo spójnym z zasadami koordynacji ubezpieczeń społecznych.
2. Poprawka – Art. 2a zmienia „tyko” kraj, w którym **pracownik zazwyczaj świadczy pracę**.
3. Rozporządzenie Rzym I (w szczególności art. 8) nadal pozostaje w mocy i nadal pozwala stronom wybrać prawo pracy (także po upływie 24 miesięcy).
4. Nadal taki wybór nie może pozbawić pracownika (niezbywalnych w drodze umowy) uprawnień ochronnych prawa pracy tego państwa, w którym **zazwyczaj świadczy pracę**.
5. Nadal – brak wyboru prawa przez strony nakazuje stosować prawo państwa, na terytorium którego **pracownik zazwyczaj świadczy pracę**. Jedynie w tym przypadku (braku wyboru) polityczna obietnica KE jest w pełni spełniona (jednak nie po 24 miesiącach lecz od pierwszego dnia oddelegowania).
6. Dyskusja w PE toczy się wokół długości tego okresu. Propozycje obejmują okresy 24, 12, 6, a nawet 1 miesiąc (vide poprawki w Komisji EMPL). Tymczasem wadliwa jest sama koncepcja przeniesienia zwyczajowego miejsca pracy *ex lege* do innego państwa członkowskiego i to niezależnie od woli stron stosunku pracy i od najsilniejszej więzi, a jedynie w zależności od czynnika czasu.
7. Najbardziej szkodliwe (podważające zasadę pewności prawa) elementy art. 2a to:
  - a. Anticipated duration (przewidywany okres)
    - i. Oznacza, że nie po 24 miesiącach lecz od pierwszego dnia pracy za granicą (to będzie większość przypadków w budownictwie i usługach dla przemysłu)
    - ii. Rodzi wątpliwości co do podmiotu przewidującego okres delegowania (pracodawca, pracownik, inspekcja pracy – kto antycypuje wiążąco?)
  - b. Cumulative duration (łącznie okres)
    - i. Czy można go przerwać, czy przerwa zeruje licznik '24, przerywa go na czas przerwy, czy przeciwnie – wlicza się do okresu 24 miesięcy?
    - ii. Czy inny pracownik musi być delegowany z tej samej firmy? Z tego samego państwa członkowskiego?
  - c. The same task at the same place
    - i. Jak bardzo szczegółowo miejsce jest tożsame?
    - ii. Jakie zadanie (praca) jest tą samą?
  - d. Replacement
    - i. Czy możliwe jest by celem zastąpienia jednego pracownika nie było ominięcie przepisów o przeniesieniu zwyczajowego miejsca pracy do państwa przyjmującego? Kto będzie oceniał cel zastąpienia? Ten sam problem występuje, niestety, także w interpretacji Art. 12 Rozporządzenia 883/2004/WE o koordynacji systemów ubezpieczenia społecznego.

## II. „Zazwyczaj świadczy pracę” – the work is habitually carried out

Zamiast nagłówka przytaczam precyzyjnie słowa użyte przez Komisję w propozycji (Art. 2a Rewizji), które są identyczne ze sformułowaniem użytym w Art. 8 Rozporządzenia Rzym I. Uznałem to za istotny punkt wyjścia, ponieważ ich interpretacja jest niejasna, a porównanie tekstu propozycji rewizji dyrektywy oraz rozp. Rzym I prowadzi do bardzo ważnego wniosku:

### **Sformułowanie użyte w Art. 2a (propozycji) rozmija się z polityczną deklaracją Komisji.**

Sam tytuł art. 2a *Posting exceeding twenty four months* sugeruje chęć ograniczenia stosowania prawa państwa wysyłającego do okresu delegowania nieprzekraczającego 24 miesięcy. Komisji chodziło o to, że długotrwała (i nieprzerwana) praca na terytorium jakiegoś państwa nie powinna być traktowana jako czasowa tylko dlatego, że pracodawca ma siedzibę w innym państwie członkowskim. To jest postulat, który można zaakceptować. Mało tego! Jest to postulat, który obecne reguły rozporządzenia Rzym I w pełni realizują. W razie braku wyboru prawa przez strony, nakazują one bowiem ustalać państwo, w którym pracownik zazwyczaj wykonuje pracę na podstawie *najsilniejszej więzi*. Sądzę, że nawet po krótszym niż dwa lata okresie nieprzerwanej pracy na terenie jakiegoś państwa członkowskiego można uznać, że więź z tym państwem jest silniejsza, niż więź z państwem wysyłającym, a nawet niż z państwem pochodzenia. Z drugiej strony, rodzaj pracy (np. planowany okres trwania projektu, do którego jest się zatrudnionym) uzasadnia dłuższy niż 2 lata okres wykonywania pracy. Sam okres delegowania jednak nie przesądza o zmianie państwa, w którym **pracownik zazwyczaj świadczy pracę**. Od czasu przyjęcia dyrektywy podstawowej *tymczasowe* świadczenie pracy było oceniane przez pryzmat woli i prawdopodobieństwa powrotu pracownika do pracy w państwie wysyłającym po wykonaniu usługi. Zatem to przede wszystkim, choć nie wyłącznie, okres trwania usługi determinował czy praca wykonywana na terenie innego państwa członkowskiego jest wykonywana tymczasowo czy trwale („zazwyczaj”).

Proponowana przez KE zmiana w fundamentalny sposób zmienia kryterium oceny - w którym państwie pracownik zazwyczaj świadczy pracę: z wieloaspektowego **kryterium najsilniejszej więzi** (Art. 8 ust. 4 Rzym I) na jednowątkowe **kryterium czasu** (Art. 2a Rewizji).

Art. 2a ust. 1 (Rewizji) nie tylko nie realizuje zapowiadanego celu objęcia prawodawstwem z zakresu prawa pracy, ale poprzez użycie sformułowania „*przewidywany*” przenosi **od pierwszego dnia delegowania** z mocy prawa miejsce, w którym pracownik zazwyczaj świadczy pracę do państwa członkowskiego, na terenie którego świadczy pracę **czasowo**. Tymczasem o delegowaniu pracownika można mówić tylko gdy te dwa państwa pozostają różne: *czasowo* wyklucza *zazwyczaj* i na odwrót. Inaczej mówiąc, żaden pracownik delegowany, wobec którego zastosujemy nowy art. 2a nie będzie już desygnałem definicji pracownika delegowanego, którym zgodnie z art. 2 ust. 1 dyrektywy podstawowej jest pracownik **czasowo** (*for a limited period*) a nie **zazwyczaj** (*habitually*) wykonujący pracę w innym państwie członkowskim niż **zazwyczaj** (*normally*).

Art. 2a, ust. 2 (Rewizji) wprowadza zasadę kumulatywnego ustalania okresu 24 miesięcy powołując się przy tym na pewność, że zastąpienie jednego pracownika przez innego ma zawsze na celu obejście prawa. Komisja przyjmuje założenie, potwierdzone w preambule, że KAŻDY usługodawca w przypadku KAŻDEGO pracownika delegowanego będzie obchodził ten cel używając do tego zastępowania oraz że nie można

oddelegować kolejno po sobie dwóch pracowników w innym celu, jak tylko w celu obejścia zasady wyrażonej w ust. 1.

*Obchodzenie* przepisów powinno być eliminowane przez służby kontrolne obu zainteresowanych państw członkowskich na podstawie ogólnego zakazu **nadużywania praw podmiotowych** wyrażonej np. w art. 5 polskiego KC i art. 8 KP:

---

Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

---

Jeżeli zatem dojdzie do obejścia przepisu przez zastępowanie, to i tak zabezpiecza przed tym art. 12 Rozporządzenia o koordynacji, który pracownika wysłanego wyłącznie w celu zastąpienia (czyli obejścia prawa) pozbawia prawa do ubezpieczenia społecznego w państwie wysyłającym. Ten przepis budzi wprawdzie nadal ogromne kontrowersje, gdy dochodzi do zastępowania, ale na jego tle pojawiła się interpretacja zamieszczona w „Praktycznym poradniku w sprawie ustalania ustawodawstwa mającego zastosowanie w zakresie ubezpieczeń społecznych”, zredagowanym przez Komisję Administracyjną przy KE, która ma walor tzw. wykładni autentycznej.

Poprawka do art. 2a nie wyważa otwartych drzwi. Państwa członkowskie używają sprawdzonego i ugruntowanego sposobu weryfikacji ustalania ustawodawstwa mającego zastosowanie w sprawach ubezpieczeń społecznych. Poprawka odsyła pośrednio również do tej metody zwalniając jednak z kosztownego i długotrwałego odrębnego (ponownego) badania tego samego stanu faktycznego na potrzeby ustalenia miejsca, w którym zazwyczaj pracownik wykonuje pracę. Jeśli zatem przy ocenie kryteriów art. 12 Rozp. 883/2004/WE okaże się, że pracownik został oddelegowany w celu zastąpienia innego pracownika delegowanego, to będzie on podlegał ubezpieczeniu społecznemu w państwie faktycznego wykonywania pracy (wg zasady ogólnej *lex loci laboris* wyrażonej w art. 11). Zastosowanie przepisu 2a w zaproponowanej przez nas wersji (poprawki) doprowadzi do stwierdzenia, że miejscem, w którym zazwyczaj świadczy pracę jest państwo przyjmujące, ponieważ tam zgodnie z art. 11 R. 883/2004/WE podlega ubezpieczeniu społecznemu.

Art. 2a w wersji zaproponowanej przez KE i utrzymanej przez sprawozdawczynię Agnes Jongerius i Elisabet Morin-Chartier jest szczególnie niebezpieczny dla pewności prawa. Jego znaczenie od początku niewyjaśnione przez Komisję Europejską nie doczekało się dogłębnej analizy skutków prawnych i ekonomicznych. Prosta wykładnia logiczna tego przepisu prowadzi do wniosku, że państwo członkowskie „wysyłające” będzie uznane za państwo, w którym pracownik zazwyczaj świadczy pracę jedynie w dwóch przypadkach:

1. Gdy pierwszy pracownik delegowany, po raz pierwszy w życiu jedzie wykonać pracę w miejsce, w którym nigdy przed nim żaden pracownik delegowany nie pracował dłużej niż 6 miesięcy.

2. Gdy przewidywany okres wykonania usługi **nie może** z obiektywnych przyczyn (nie wiadomo jakich) przekroczyć 24 miesięcy. Nie ma znaczenia fakt, że rzeczywisty okres delegowania nie przekroczył 24 miesięcy. Jeśli bowiem przewidywano, że okres delegowania będzie dłuższy niż 24 miesiące i przeniesiono miejsce zwyczajowego wykonywania pracy do państwa przyjmującego, to fakt, że faktyczny okres delegowania okazał się krótszy, nie przenosi *ex ante* zwyczajowego miejsca wykonywania pracy do państwa wysyłającego.

Najlepiej obrazuje to przykład kierowcy samochodu ciężarowego w transporcie międzynarodowym. Wykonując pracę, porusza się on po drodze, którą wcześniej z całą pewnością jechał już inny pracownik delegowany a jego zadanie jest identyczne z zadaniem tamtego kierowcy (the same task in the same place). Miejscem, w którym każdy kierowca zazwyczaj wykonuje pracę będzie tam gdzie aktualnie czasowo pracuje. Co więcej, przekraczając granice kolejnych państw członkowskich, miejsce w którym zazwyczaj wykonuje pracę będzie przemieszczało się razem z nim. Na marginesie warto sformułować postulat de lege ferenda, by pracownicy wysokiej mobilności (tacy jak kierowcy w transporcie międzynarodowym) mieli odrębną regulację chroniącą ich prawa, niezależną od geograficznego miejsca, w którym aktualnie przebywają wykonując swoją pracę.

Możliwa jest również taka interpretacja Art. 2a, zgodnie z którą pracownik delegowany nigdy nie będzie wykonywał swojej pracy **czasowo**, ale zawsze **zazwyczaj**... Co ciekawe, gdy wróci do kraju wysyłającego lub kraju pochodzenia, wróci tam z nim również miejsce, w którym zazwyczaj wykonuje pracę. Nota bene, w przypadku kierowców w transporcie międzynarodowym żadne pojedyncze państwo członkowskie nie jest miejscem zwyczajowego wykonywania pracy jeśli oceniać art. 8 ust 2 lub 4. Dlatego obecnie do tych pracowników stosujemy ust. 3 wiążący ich zwyczajowe miejsce wykonywania pracy z państwem, w którym znajduje się przedsiębiorstwo, które zatrudniło pracownika.

Poprawka Art. 2a w formie sugerowanej przez nas w znacznie większym stopniu realizuje cel polityczny rewizji i umożliwia przekształcenie czasowego wykonywania pracy w pracę wykonywaną zazwyczaj na terytorium państwa przyjmującego gdy przewidywany okres delegowania przekracza 24 miesiące, albo gdy jedynym celem oddelegowania pracownika jest zastąpienie innego pracownika, albo gdy straci związek podległości pracowniczej ze swoim pracodawcą, albo gdy jego pracodawca przestanie wykonywać godną odnotowania działalność w państwie wysyłającym, w którym ma siedzibę.

Wszystkie powyższe kryteria zaczerpnięto z art. 12 Rozporządzenia 883/2004/WE o koordynacji systemów ubezpieczeń społecznych, Rozporządzenia wykonawczego 987/2009/WE oraz Decyzji A2. Są to kryteria stosowane przy ustalaniu ustawodawstwa mającego zastosowanie w sprawach z ubezpieczenia społecznego do pracowników delegowanych. To do tych zasad (i kryteriów) odsyła poprawka. Tu także występuje *przewidywany* okres delegowania, jednak instytucją oceniającą ten element stanu faktycznego jest instytucja właściwa do spraw ubezpieczeń społecznych.

### III. Koordinacja w pigułce

Poniższe wyjaśnienia są uproszczone. Ich celem nie jest dogłębna analiza zasad koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego w przypadku pracowników delegowanych, a jedynie podkreślenie zasad, do których sugerowana poprawka nawiązuje.

Dwie z czterech zasad koordynacji są najistotniejsze z punktu widzenia pracownika delegowanego:

1. W sprawach ubezpieczenia społecznego (składki i świadczenia) stosujemy system **tylko jednego państwa** członkowskiego w danym czasie. Art. 11
2. Do pracowników delegowanych ma zastosowanie ustawodawstwo państwa członkowskiego, na terytorium którego **siedzibę ma pracodawca**. Art. 12

---

Art. 12 Reg. 883/2004/EU

1. A person who pursues an activity as an employed person in a Member State on behalf of an employer which normally carries out its activities there and who is posted by that employer to another Member State to perform work on that employer's behalf shall continue to be subject to the legislation of the first Member State, provided that the anticipated duration of such work does not exceed 24 months and that he/she is not sent to replace another posted person.

---

Warunkiem kontynuacji podlegania ubezpieczeniom społecznym państwa wysyłającego jest:

- (*shall continue*) wcześniejsze podleganie pracownika na 30 dni przed oddelegowaniem pod ten system ubezpieczeń społecznych (tytuł podlegania nie ma znaczenia).
- (*on behalf*) pozostawanie przez cały czas delegowania w relacji podporządkowania z pracodawcą
- (*normally carries out its activities there*) prowadzenie przez pracodawcę normalnej (godnej odnotowania) działalności na terenie państwa wysyłającego (w którym ma siedzibę). Bada się to przy pomocy proporcji obrotów krajowych i zagranicznych, wyboru prawa między stronami, języka i prawa umów, miejsca, w którym są biura, prowadzona jest rekrutacja pracowników i innych czynników świadczących o więzi gospodarczej pracodawcy z państwem wysyłającym.
- (*not sent to replace*) pracownik nie został oddelegowany w celu zastąpienia innego pracownika delegowanego.

Ponadto, w uzasadnionych przypadkach, instytucje łącznikowe obu zainteresowanych państw członkowskich mogą zawrzeć **porozumienie wyjątkowe** wydłużające ponad 24 miesiące okres podlegania pod ustawodawstwo państwa wysyłającego. Potrzebny jest konsensus, nie można tego zrobić jednostronnie. Zasadniczo zatem, po upływie 24 miesięcy, ubezpieczony będzie podlegał systemowi ubezpieczeń społecznych państwa (przyjmującego) wg zasady *lex loci laboris*.

Przepisy o koordynacji regulują także kwestie przerw w delegowaniu. Wprowadzają także dwumiesięczny okres, w którym jeśli pracownik nie pracuje na terenie innego państwa członkowskiego niż to, w którym podlega ubezpieczeniom społecznym (p. wysyłającego), to okres 24 miesięcy ulega przerwaniu i kolejny okres delegowania zaczyna się liczyć od początku.

Jedną z największych zalet systemu koordynacji jest zasada, że poświadczenie A1 wydane przez instytucję ubezpieczeń społecznych pozostaje w mocy dopóki ta instytucja, która je wydała nie wycofa go. Zasada gwarantująca pewność ochrony ubezpieczeniowej została potwierdzona wielokrotnie w orzecznictwie TSUE (ostatnio w wyroku w kontrowersyjnej sprawie pracowników statków żeglugi śródlądowej A-Rosa). Ta zasada podnosi pewność prawa i zaufanie obywateli do instytucji publicznych. Zabezpiecza przed sytuacją, w której ubezpieczony „wypada” z systemu i traci ochronę ubezpieczeniową oraz przed podwójnym ubezpieczeniem. Te dwie ostatnie cechy powinny także charakteryzować pojęcie miejsca, w którym zazwyczaj wykonywana jest praca. Pracownik w żadnym wypadku nie powinien mieć więcej niż jedno miejsce **zwyczajowego** wykonywania pracy i każdy pracownik na jednolitym rynku UE powinien mieć miejsce, w którym **zazwyczaj wykonuje** swoją pracę.

IV. Inne wersje tej samej poprawki – można je przedstawiać jako alternatywny kompromis, w zależności od stopnia akceptacji przez zainteresowanych

B. When the worker is subject to social security legislation of the receiving Member State, to whose territory a worker is posted, this Member State shall be deemed to be a country in which his or her work is habitually carried out.

Zaletą tej wersji jest konstrukcja zdania identyczna z pierwotną propozycją KE. Zamiast 24 miesięcy następuje odesłanie do systemu ubezpieczeń społecznych. Zachowano intencję (wymóg) spójności z koordynacją systemów zabezpieczenia społecznego.

C. The Member State to whose territory a worker is posted shall be deemed to be a country in which his or her work is habitually carried out unless he or she is subject to social security legislation of another Member State.

Uwaga! Wskazano „inne państwo członkowskie” a nie państwo wysyłające, ponieważ zgodnie z zasadami koordynacji decydującym kryterium determinującym ustawodawstwo jest siedziba pracodawcy.

D. The Member State whose law on social security is applicable to posted worker shall be deemed to be a country in which his or her work is habitually carried out.

Najprostsza wersja. Zapewnia całkowitą spójność z zasadami koordynacji ubezpieczeń społecznych. Uzależnimy miejsce zwyczajowego wykonywania pracy, które ma wpływ na zestaw uprawnień ochronnych pracownika delegowanego w zakresie prawa pracy od tych samych kryteriów, które stosujemy dla ustalenia ustawodawstwa mającego zastosowanie w sprawach ubezpieczenia społecznego.



W powyższych rozważaniach pominięto sytuacje przewidziane w Art. 13 Rozporządzenia 883/2004/WE, dotyczące pracowników wykonujących pracę w dwóch lub więcej państwach członkowskich, którzy mogą, ale nie muszą być pracownikami delegowanymi w rozumieniu dyrektywy podstawowej.