mobilność pracy
mobilność usług

Tom 2

Od konfliktu wartości
do wartości komplementarnych

pod redakcją Marka Benio

Kraków 2016

Wydawca:
Stowarzyszenie Inicjatywa Mobilności Pracy
Plac Wolnica 13/10, 31-060 Kraków, Polska
www.inicjatywa.eu
kontakt@inicjatywa.eu

Redaktor naukowy:
Marek Benio.

Autorzy: Marek Benio, Dorota Dzienisiuk, Marzena Farion Rzeźniczak, Maciej Gnela, Danuta Jazłowiecka, Marcin Kiełbasa, Stefan Schwarz, Robert Śliwa, Marianne Thyssen, Magdalena Zgłobica.

Publikacja przygotowana w ramach projektu badawczego finansowanego przez Narodowe Centrum Nauki pt. „Zastosowanie interaktywnych metod rządzenia w kształtowaniu polityki społecznej" nr UMO-2011/03/B/HS5/00899

© 2016 Stowarzyszenie Inicjatywa Mobilności Pracy
ISBN 978-83-939267-1-8

I Wartości komplementarne. Swoboda świadczenia usług na wewnętrznym rynku Unii Europejskiej i ochrona praw pracowników delegowanych ze szczególnym uwzględnieniem prawa do zabezpieczenia społecznego i ochrony zdrowia.

Dorota Dzienisiuk
Kwalifikacja osoby migrującej jako wykonującej pracę najemną lub na własny rachunek w celu ustalenia ustawodawstwa właściwego – wybrane problemy w polskim orzecznictwie 7

Robert Śliwa
Prawo pracownika migrującego do opieki zdrowotnej 28

Maciej Gnela
Usługi transgraniczne w zamówieniach publicznych 53

Marzena Farion Rzeźniczak
Dobre praktyki zarządzania w polskich przedsiębiorstwach świadczących transgraniczne usługi opieki nad osobami starszymi w Niemczech 64

II Polityka oparta na faktach

Marek Benio
Koszty pracy pracowników delegowanych 79

Marek Benio, Marcin Kiełbasa, Stefan Schwarz, Magdalena Zgłobica
Nowelizacja dyrektywy o delegowaniu pracowników: analiza projektu Komisji Europejskiej i oceny skutków regulacji 92

III Dialog interesariuszy i polityków o kształtowaniu europejskiej polityki społecznej w dziedzinie mobilności pracy i usług

Marianne Thyssen
Fairer Rules and Level Playing Field 109

Danuta Jazłowiecka
O politykę opartą na danych 118

Marek Benio
Mobilność pracy i usług oczami państw wysyłających. Test na konflikt i komplementarność podstawowych wartości Unii Europejskiej 122

Stefan Schwarz
Swoboda świadczenia usług w zderzeniu z protekcjonizmem i dyskryminacją 131

Słowo wstępne

Drodzy Czytelnicy,

Delegowanie pracowników w ramach swobody świadczenia usług wymaga od przedsiębiorców i ich pracowników zrozumienia trzech systemów prawa: europejskiego, prawa państwa prowadzenia działalności oraz prawa państwa wykonywania pracy czy usługi. W dodatku trzeba zrozumieć każdy z tych systemów na co najmniej trzech płaszczyznach: warunków pracy, zabezpieczenia społecznego i kwestii podatkowych. Jeśli funkcjonowanie bez popełniania błędów w takim gąszczu regulacji nie jest łatwe, to cóż dopiero powiedzieć o kształtowaniu polityki społecznej. Wielość interesariuszy, podmiotów, na które wpływają te zasady pośrednio i bezpośrednio jest trudna do wyobrażenia. Nie ma tu mowy o jakimś bipolarnym konflikcie wartości, ani o możliwości wynegocjowania kompromisu. W stanowieniu prawa europejskiego mamy w Parlamencie Europejskim przedstawicieli różnych światopoglądów i krajów, w Radzie, przedstawicieli rządów poszczególnych państw członkowskich. Na straży interesu wspólnoty jaką jest Unia Europejska i jej cztery fundamentalne wolności rynkowe stoi Komisja Europejska.

Kształtowanie kierunków polityki społecznej bez zaangażowania możliwie wszystkich podmiotów, na które będzie ona miała wpływ skazana jest na brak akceptacji wspólnotowego prawa i rosnące rozczarowanie projektem europejskim. Przed takim scenariuszem chcieliby uchronić Unię Europejską autorzy niniejszej książki. Oczywiście z zachowaniem stosownej skromności.

Drugi tom *Mobilność pracy. Mobilność usług* jest rezultatem transferu wiedzy między środowiskami nauki, biznesu, administracji i polityki. Składają się nań cztery rozdziały naukowe, jedna analiza skutków regulacji wykonana przez ekspertów europejskiego think-tanku Inicjatywa Mobilności Pracy, raport z badań pilotażowych dostarczających danych potrzebnych do wyborów politycznych opartych na faktach. Tom 2 zamykają trzy wykłady polemiczne ilustrujące interakcje różnych środowisk w kształtowaniu nowych zasad delegowania pracowników: Komisarz Marianne Thyssen (administracja), Danuty Jazłowieckiej (polityka), Marka Benio (nauka) oraz Stefana Schwarza (przedsiębiorcy). Taka konstrukcja książki doskonale wpisuje się w cele projektu badawczego finansowanego przez Narodowe Centrum Nauki pt. „Zastosowanie interaktywnych metod rządzenia w kształtowaniu polityki społecznej" nr UMO-2011/03/B/HS5/00899.

Część naukowa

Dwa pierwsze rozdziały części naukowej przedstawiają zasady zabezpieczenia społecznego i ubezpieczenia zdrowotnego pracowników delegowanych i pracowników migrujących. Rozdziały autorstwa Doroty Dzienisiuk i Roberta Śliwy doskonale kreślą tło potrzebne do

zrozumienia kolejnej inicjatywy Komisji Europejskie, która w czasie wydawania niniejszego tomu była prezentowana Parlamentowi Europejskiemu i Radzie, a mianowicie nowelizacji rozporządzeń w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego. Rozdział Macieja Gneli wyjaśnia europejskie zasady udzielania zamówień publicznych, które są jedną z ważniejszych dróg do rozwoju mobilności usług na jednolitym rynku. Ocena na ile zasady te znoszą a na ile wznoszą bariery w swobodzie świadczenia usług pozostawiona jest Czytelnikowi. Marzena Farion Rzeźniczak przedstawia w swoim rozdziale dobre praktyki w usługach opieki domowej nad osobami starszymi świadczonej transgranicznie. Branża niezwykle ważna społecznie i delikatna ze względu na fakt, że najsłabszymi podmiotami są w niej odbiorca usługi (konsument) oraz pracownik. Warto dodać, że branża ta nie ma odrębnej regulacji na poziomie unijnym i stosujemy do niej te same zasady co w usługach budowlanych czy w usługach wysokich technologii.

Część empiryczna

W drugiej części książki Czytelnik zapozna się z danymi i analizami, których autorzy dostarczają politykom w celu oparcia ich wyborów politycznych na faktach. Ten rodzaj oddolnej interwencji obywatelskiej świata nauki i interesariuszy jest nowatorską formą interaktywnego rządzenia. Badania i analiza nie są bowiem zlecane, ani finansowane przez autora inicjatywy ustawodawczej.

Materiały źródłowe

Aby ułatwić Czytelnikowi zrozumienie wielopłaszczyznowego konfliktu interesów i przekonać do poszukiwania wartości, które łączą oponentów, książkę zamykają trzy wykłady otwierające III Europejski Kongres Mobilności Pracy.

W imieniu zespołu Autorów życzę inspirującej lektury.

Marek Benio

Kraków, styczeń 2017

I

Wartości komplementarne

Swoboda świadczenia usług na wewnętrznym rynku Unii Europejskiej i ochrona praw pracowników delegowanych ze szczególnym uwzględnieniem prawa do zabezpieczenia społecznego i ochrony zdrowia

Dorota Dzienisiuk
Uniwersytet Warszawski

Kwalifikacja osoby migrującej jako wykonującej pracę najemną lub na własny rachunek w celu ustalenia ustawodawstwa właściwego – wybrane problemy w polskim orzecznictwie

W rozporządzeniu 1408/71 "pracownika najemnego" i "osobę prowadzącą działalność na własny rachunek" zdefiniowano jako osobę, która jest „ubezpieczona". W rozporządzeniu 883/2004 zrezygnowano z definiowania tych pojęć na rzecz dookreślenia „pracy najemnej" i „pracy na własny rachunek", która ma być „traktowana jako taka do celów stosowania ustawodawstwa", ale tekst przepisów nie wiąże jej z objęciem ubezpieczeniem. Polski Sąd Najwyższy ostatnio odwołuje się do orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE (ETS) ustalonego na podstawie rozporządzeniu 1408/71 poprzez przyjęcie, że istotne jest, czy dana osoba „weszła w stosunki ubezpieczenia społecznego o charakterze transgranicznym" (wyrok SN, 6.6.2013, II UK 333/12).

Ewentualny związek objęcia danej osoby ubezpieczeniem z zakwalifikowaniem jej jako wykonującej pracę najemną lub na własny rachunek wpływa na określenie ustawodawstwa właściwego w sytuacji, gdy w danym państwie osoba ta nie podlega zabezpieczeniu społecznemu ze względu na krajowe postanowienia określające zakres zabezpieczenia. Pośrednio wpływa to na możliwość uznania, czy osoba taka

może być uznana za pracownika delegowanego. W tekście przytoczono argumenty przemawiające za uznaniem takiej sytuacji za „podleganie ustawodawstwu" wskazanemu przez normy kolizyjne rozporządzenia 883/2004.

Wprowadzenie

W orzecznictwie i w literaturze z zakresu koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego w Unii Europejskiej problematyka definicji „pracownika" zajmuje wiele miejsca. Była szczególnie ważna początkowo, w kontekście zakresu podmiotowego koordynacji (rozporządzeń), a w mniejszym stopniu przy określaniu ustawodawstwa właściwego. Z technicznego i merytorycznego punktu widzenia pojęcia „pracownik" i „praca najemna", ich zastosowanie i koncepcja ulegały ewolucji.

W przeszłości wiązano „pracownika" z ubezpieczeniem w ramach pracowniczego systemu zabezpieczenia społecznego. Obecnie brak jest takiej definicji, a wskazanie sposobu rozumienia pojęcia „praca najemna" służy określeniu ustawodawstwa właściwego, nie przesądzając, czy ustawodawstwo to gwarantuje, że osoba w danej sytuacji jest objęta ubezpieczeniem. Może się więc okazać, że osoba, której rozporządzenia koordynujące wskazały ustawodawstwo właściwe, nie spełnia nałożonych przez to ustawodawstwo warunków do objęcia ubezpieczeniem. Mimo wykonywania pracy zarobkowej (najemnej lub na własny rachunek) w sytuacji z elementem europejskim nie ma zagwarantowanej ochrony w sferze zabezpieczenia społecznego ze względu na ukształtowanie krajowego systemu zabezpieczenia społecznego.

Problem ten jest bardzo złożony z teoretycznego punktu widzenia, a przy tym istotny dla mechanizmów koordynacji. Przede wszystkim ma bardzo poważne konsekwencje praktyczne. Wiąże się z określeniem ustawodawstwa właściwego w sytuacji, gdy w państwie wykonywania pracy lub zawarcia umowy dana osoba nie podlega zabezpieczeniu społecznemu ze względu na postanowienia określające zakres zabezpieczenia w danym państwie (np. rozmiar wykonywanej pracy lub uzyskiwany przychód[1], zbieg tytułu ubezpieczenia z prawem do świadczeń[2]; wyłączenie ze względu na dodatkowe okoliczności – np. polscy zleceniobiorcy będący studentami lub uczniami w wieku do 26 lat[3]). Determinuje zatem również dalsze konsekwencje danej sytuacji, np. czy ustawodawstwo danego państwa może być dla zainteresowanego nadal właściwe po wyjeździe danej osoby do innego państwa jako „pracownika delegowanego", przy spełnieniu pozostałych warunków wymaganych do

[1] Np. zbyt mały, by objąć daną osobę ubezpieczeniem; zob. np. F. Pennings, European Social Security Law, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland 2010, str. 33.

[2] Np. w Polsce osoby prowadzące pozarolniczą działalność i mające ustalone prawo do emerytury - art. 9 ust. 5 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych, t. jedn. **Dz.U. 2013 poz. 1442 z późn. zm.; dalej jako: ustawa systemowa.**

[3] Art. 6 ust. 4 ustawy systemowej, zob. wyrok SN z dnia 4 września 2013 r., II UK 28/13.

uznania danej osoby za pracownika delegowanego. Dotyczy to także sytuacji, gdy dana osoba była objęta systemem zabezpieczenia społecznego danego państwa w niewielkim zakresie, np. w Polsce jedynie ubezpieczeniem zdrowotnym[4], i to nie z tytułu pracy, lecz jako członek rodziny lub uczeń.

Kwalifikacja osób objętych koordynacją

W rozporządzeniu nr 3 z 1958 r. dotyczącym zabezpieczenia społecznego pracowników migrujących[5] nie było potrzeby oddzielania pracowników od innych osób wykonujących pracę. Było ono wydane na podstawie postanowień art. 51 Traktatu Rzymskiego o swobodzie przepływu pracowników i tylko do tej kategorii osób przemieszczających się było skierowane. Rozporządzenie nr 3 z 1958 r. (tekst pierwotny) obejmowało tylko pracowników. Nie zawierało definicji pracownika, choć definiowało niektóre kategorie pracowników (pracownik przygraniczny, pracownik o potwierdzonych kwalifikacjach w zawodach węgla i stali), wskazując cechy szczególne w ramach ogólnej kategorii pracowników. Rozporządzenie znajdowało zastosowanie jedynie wobec pracowników, którzy „podlegają lub podlegali ustawodawstwu" jednego lub kilku państw członkowskich (art. 4). Przewidywało zakaz kumulacji świadczeń tego samego rodzaju za jeden i ten sam okres ubezpieczenia obowiązkowego (art. 11). W określaniu ustawodawstwa właściwego działała podstawowa zasada, że pracownicy zatrudnieni na terytorium jednego państwa członkowskiego podlegają ustawodawstwu tego państwa, nawet jeżeli zamieszkują na terytorium innego państwa członkowskiego lub jeżeli ich pracodawca lub przedsiębiorstwo, które ich zatrudnia znajduje się na terytorium innego państwa członkowskiego (art. 12).

Rozporządzenia stosowano do pracowników, ale nie było ich definicji, więc żeby realizować uprawnienia osób migrujących ETS dążył do szerokiego ujmowania pracowników i określania zakresu podmiotowego rozporządzeń, zwłaszcza dla ustalania prawa do świadczeń w sytuacji przejściowego niewykonywania pracy. Dla potrzeb koordynacji, podobnie jak i swobody przepływu pracowników i prawa pracy przyjmowano, że zakres pojęcia „pracownik" nie może należeć do kompetencji krajowych, gdyż wtedy każde państwo członkowskie mogłoby samodzielnie modyfikować znaczenie pojęcia i wyłączać ochronę przyznaną przez Traktat w stosunku do niektórych kategorii pracowników. Gdyby znaczenie tego pojęcia było określane przez prawo krajowe postanowienia Traktatu byłyby pozbawione znaczenia

[4] Np. członkowie rad nadzorczych posiadający miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej podlegają obowiązkowo ubezpieczeniu zdrowotnemu na podstawie art. 66 ust. 1 pkt 35 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, t. jedn. Dz. U. 2008 Nr 164, poz. 1027, dalej jako: ustawa zdrowotna; nie podlegają jednak obowiązkowi ubezpieczeń społecznych.

[5] Dz.Urz. 30, 16/12/1958, str. 561–596, OJ 30, 16/12/1958, p. 563–596 (IT).

i skuteczności oraz zniweczone. Dlatego „pracownik" to pojęcie o ponadnarodowym znaczeniu[6].

W rozporządzeniu Rady (EWG) nr 1408/71 z dnia 14 czerwca 1971 roku w sprawie stosowania systemów zabezpieczenia społecznego do pracowników najemnych, osób prowadzących działalność na własny rachunek oraz do członków ich rodzin przemieszczających się we Wspólnocie[7] zdefiniowano pojęcie „pracownika", a następnie, po objęciu koordynacją osób wykonujących pracę na własny rachunek[8], także tę kategorię osób. Definicja była wspólna. Określenia „pracownik najemny" i „osoba prowadząca działalność na własny rachunek" oznaczały odpowiednio każdą osobę, która jest „ubezpieczona" w ramach odpowiedniego systemu lub wykonuje odpowiednie zajęcie. Pracownikiem lub osobą prowadzącą działalność była zatem osoba objęta ubezpieczeniami – „należąca do systemu" zabezpieczenia społecznego danego państwa. Ustawodawstwo właściwe było określone dla nich wspólnie – według łącznika miejsca wykonywania pracy. Różnice dotyczyły sytuacji szczegółowych: wykonywania pracy w różnych państwach lub wykonywania jednocześnie pracy w ramach stosunku pracy i na własny rachunek. Zakresem podmiotowym byli objęci pracownicy najemni, osoby prowadzące działalność na własny rachunek oraz studenci, którzy podlegali ustawodawstwu jednego lub kilku państw członkowskich. Określenie "ustawodawstwo" oznaczało w odniesieniu do każdego Państwa Członkowskiego ustawy, rozporządzenia i inne przepisy oraz wszelkie obowiązujące lub przyszłe środki wykonawcze, odnoszące się do działów i systemów zabezpieczenia społecznego objętych zakresem przedmiotowym rozporządzenia. Regulacja zasad przyznawania świadczeń, zwłaszcza z tytułu choroby, również była powiązana ze kwalifikacją osób jako pracowników lub osób prowadzących działalność na własny rachunek (ubezpieczeni).

Osoby, do których stosowano rozporządzenie podlegały (z wyjątkami) ustawodawstwu tylko jednego państwa członkowskiego (art. 13). Pracownik najemny zatrudniony na terytorium jednego państwa członkowskiego podlegał ustawodawstwu tego państwa, nawet jeżeli zamieszkiwał na terytorium innego państwa lub jeżeli przedsiębiorstwo lub pracodawca, który go zatrudniał miał swoją zarejestrowaną siedzibę lub miejsce prowadzenia działalności na terytorium innego państwa. Podobnie zasada *lex loci laboris* dotyczyła osób prowadzących działalność

---

[6] Wyrok Trybunału z dnia 19 marca 1964 r. w sprawie 75-63, *M.K.H. Unger, małżonce R. Hoekstra przeciwko Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten te Utrecht*, Zb. Orz. 1964, str. 347.

[7] Dz.Urz. WE L 28 z 30 stycznia 1997 roku, s. 1 *z późn. zm.; specjalne wydanie polskie: rozdział 5, t. 3, s. 3.*

[8] Rozporządzenie Rady (EWG) nr 1390/81 z dnia 12 maja 1981 r. rozszerzające zakres stosowania rozporządzenia (EWG) nr 1408/71 w sprawie stosowania systemów zabezpieczenia społecznego do pracowników najemnych i ich rodzin przemieszczających się we Wspólnocie na osoby prowadzące działalność na własny rachunek oraz członków ich rodzin, Dz.Urz. L 143, 29/05/198, str. 1 –32.

na własny rachunek: osoba prowadząca działalność na własny rachunek na terytorium jednego państwa członkowskiego podlega ustawodawstwu tego państwa, nawet jeżeli zamieszkuje na terytorium innego państwa.

Rozporządzenie dotyczyło więc osób podlegających ustawodawstwu, ale zdefiniowanych jako osoby ubezpieczone. Jeżeli dana osoba z różnych względów nie podlegała ubezpieczeniu w danym państwie, nie była objęta zakresem stosowania rozporządzeń[9]. Określanie ustawodawstwa właściwego opierało się na ścisłym związku pojęć pracownik/osoba prowadząca działalność na własny rachunek, ustawodawstwo i zatrudnienie/prowadzenie działalności.

W rozporządzeniu nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego[10] zrezygnowano z definiowania pojęć „pracownik" i „osoba prowadząca działalność na własny rachunek" na rzecz dookreślenia „pracy najemnej" i „pracy na własny rachunek", która – według brzmienia przepisów - ma być „traktowana jako taka do celów stosowania ustawodawstwa", a nie wiązać się z objęciem ubezpieczeniem.

Rozporządzenia nr 3 z 1958 r. i 1408/71 były skierowane do osób aktywnych zawodowo[11] oraz członków ich rodzin, którym przysługiwały prawa pochodne. Natomiast w rozporządzeniu nr 883/2004 założono, że ma ono dotyczyć głównie przemieszczających się obywateli państw członkowskich, „którzy podlegają lub podlegali ustawodawstwu jednego lub kilku Państw". Ewentualna aktywność i jej forma ma jedynie wskazywać sposób określania ustawodawstwa właściwego i szczególne zasady udzielania świadczeń. Zmienił się także kontekst normatywny. W Unii Europejskiej deklarowana jest swoboda przepływu osób, a nie tylko pracowników. Wypływa to również z postanowień Traktatu, które są wskazywane jako podstawa wydania rozporządzeń. Ustanowiony system koordynacji ma zapewniać uprawnienia „pracownikom najemnym i osobom prowadzącym działalność na własny rachunek oraz uprawnionym osobom od nich zależnym" (obecnie art. 48 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej[12]).

Objęcie koordynacją osób podlegających zabezpieczeniu społecznemu w państwach członkowskich usunęło potrzebę i presję, by ETS uznawał daną osobę za pracownika lub osobę prowadzącą działalność na własny rachunek nawet w okresach niewykonywania pracy. Przestało być również ważne, by pojęcia te były rozumiane jednakowo na terytorium całej Unii. Uprawnienia osoby przemieszczającej się nie są już uzależnione od takiej kwalifikacji. Pozostał jednak problem przy określaniu „pracy

[9] F. Pennings, European Social Security Law, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland 2010, str. 33.

[10] Dz.U. L 166 z 30.04.2004 z późn. zm., sprostowanie: L 200 z 07.06.2004, str. 1; specjalne wydanie polskie: Rozdział 05 Tom 5 str. 72.

[11] *W określonych formach, o stopniowo rozszerzanym zakresie : w formie pracy podporządkowanej, potem na własny rachunek, potem studentów.*

[12] *Dz. Urz. UE C 326 z 26.10.2012 r., s. 47.* Zob także obecny art. 352 Traktatu.

najemnej" lub „pracy na własny rachunek". Nie jest to istotne dla objęcia danej osoby koordynacją, ale dla wskazania ustawodawstwa właściwego, przy czym znaczenie może mieć nawet rozróżnienie między obydwiema kategoriami ze względu na nieco inne zasady określania ustawodawstwa właściwego w sytuacjach złożonych (art. 13 ust. 1 a art. 13 ust. 2 rozp. 883/2004).

Zgodnie z art. 2 ust. 1 rozp. 883/2004 stosuje się je do obywateli Państwa Członkowskiego, bezpaństwowców i uchodźców mieszkających w Państwie Członkowskim, którzy podlegają lub podlegali ustawodawstwu jednego lub kilku Państw Członkowskich oraz do członków ich rodzin i osób pozostałych przy życiu. Rozporządzenie stosuje się do całego ustawodawstwa odnoszącego się do poszczególnych działów zabezpieczenia społecznego (art. 3 ust. 1). Ustawodawstwo jest zdefiniowane przez odniesienie aktów prawnych do zabezpieczenia społecznego, ale należy zaznaczyć, że rodzajem (*genus*) zawężonym przez cechę gatunkową odniesienia się do zabezpieczenia społecznego, są akty prawne. Określenie „ustawodawstwo" oznacza bowiem, w odniesieniu do każdego państwa, przepisy ustawowe, wykonawcze i inne oraz obowiązujące środki wykonawcze odnoszące się do działów systemu zabezpieczenia społecznego (art. 1 lit. l). Z literalnego zestawienia wynika zatem, że rozporządzenie stosuje się do osób „podlegających przepisom" państw członkowskich. Postanowienia tytułu II rozporządzenia wskazują, którego państwa przepisy należy uznać za właściwe. Te, już krajowe, przepisy materialne wskazują, czy dana osoba jest objęta ubezpieczeniem i czy z tego tytułu podlega obowiązkowi składkowemu i czy ewentualnie ma prawo do świadczeń. Świadczenia te są udzielane zgodnie z postanowieniami tytułu III rozporządzenia.

Rezygnacja w rozporządzeniu 883/2004 z pojęcia „pracownik" na rzecz „pracy najemnej" występującej wyraźnie w kontekście wskazywania ustawodawstwa właściwego, a nie określania zakresu podmiotowego rozporządzeń powiązanego z prawem do świadczeń, wywołało jeszcze jedną zmianą konstrukcyjną. Dla potrzeb regulacji prawa do świadczeń –(tytuł III rozporządzenia) wprowadzono pojęcie „ubezpieczony", które też ma inne niż intuicyjne znaczenie. Ubezpieczony, w odróżnieniu od ogółu osób objętych zakresem stosowania rozporządzeń, które podlegają ustawodawstwu, jest wyróżniony przez kryterium posiadania prawa do świadczeń.

Na potrzeby udzielania świadczeń z tytułu choroby, macierzyństwa i równoważnych świadczeń dla ojca oraz świadczeń z tytułu śmierci (działów ubezpieczenia społecznego objętych przepisami tytułu III, rozdział 1 i 3) wprowadzono osobne pojęcie „ubezpieczonego (art. 1 lit. c). Określenie to oznacza każdą osobę spełniającą warunki wymagane na podstawie ustawodawstwa Państwa Członkowskiego właściwego zgodnie z tytułem II, do posiadania prawa do świadczeń, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia. Nie jest więc wymagana aktywność zawodowa i dookreślenie jej rodzaju.

Określanie ustawodawstwa właściwego

Osoby, do których stosuje się rozporządzenie 883/2004 podlegają ustawodawstwu tylko jednego państwa członkowskiego. Ustawodawstwo to określane jest zgodnie z przepisami tytułu II rozporządzenia (art. 11 ust. 1). W przeciwieństwie do traktatowych postanowień o swobodzie przepływu pracowników, celem postanowień tytułu II rozporządzenia nie jest przyznanie jego adresatom szczególnych uprawnień, których w pewnych okolicznościach, państwo członkowskie mogłoby im odmówić. Jak orzekał ETS[13] w odniesieniu do art. 13 ust. 2 lit. a rozp. 1408/71, te postanowienia mają tylko wskazać ustawodawstwo krajowe, które ma być zastosowane, a nie określić warunki kreujące prawo lub obowiązek przynależności do systemu zabezpieczenia społecznego. Dlatego pojęcia pracownik i pracujący na własny rachunek nie mają jednolitej wspólnotowej definicji[14].

Osoba wykonująca w państwie członkowskim pracę najemną lub pracę na własny rachunek podlega ustawodawstwu tego państwa członkowskiego (art. 11 ust. 3 lit. a). Poszczególne rodzaje pracy są zdefiniowane w art. 1 rozporządzenia. Praca najemna[15] to wszelka praca lub sytuacja równoważna, traktowana jako taka do celów stosowania ustawodawstwa w zakresie zabezpieczenia społecznego państwa członkowskiego, w którym taka praca lub sytuacja równoważna ma miejsce (art. 1 lit. a). Analogicznie działalność na własny rachunek[16] to wszelka praca lub sytuacja równoważna, traktowana jako taka do celów ustawodawstwa w zakresie zabezpieczenia społecznego państwa członkowskiego, w którym taka praca lub sytuacja równoważna ma miejsce.

W rozporządzeniu 883/2004 wspólne z rozporządzeniem 1408/71 jest rozwiązanie, że ocena charakteru pracy dla potrzeb określenia ustawodawstwa właściwego jest dokonywana według ustawodawstwa państwa miejsca wykonywania pracy. Wobec wyraźnego odesłania w Rozporządzeniu 883/2004 do rozumienia tych pojęć w prawie krajowym, a więc konstrukcji zbliżonej do występującej w poprzednim rozporządzeniu 1408/71, aktualność zachowały ogólne zasady wynikające ze starszego orzecznictwa ETS. Trzeba jednak podkreślić, że zmieniło się brzmienie rozporządzeń. W art. 1 brak obecnie definicji „pracownika najemnego" i "osoby prowadzącej działalność na własny rachunek". Za to w przepisach tytułu II rozporządzenia pozostał zapis o „osobie wykonującej w państwie członkowskim pracę

[13] Wyrok Trybunału (szósta izba) z dnia 3 maja 1990 r. w sprawie C-2/89, *Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank przeciwko M. G. J. Kits van Heijningen*, Zb Orz. 1990 I-01755, pkt 19.

[14] Wyrok Trybunału (piąta izba) z dnia 30 stycznia 1997 r. w sprawie C-340/94; *E.J.M. de Jaeck przeciwko Staatssecretaris van Financiën*, Zb. Orz. 1997 I-00461; pkt 27-28.

[15] W jęz. ang.: 'activity as an employed person'; fr. «*activité salariée*», niem. "*Beschäftigung*".

[16] W jęz. ang.: '*activity as a self-employed person*', fr. «*activité non salariée*», niem. "*selbstständige Erwerbstätigkeit*".

najemną lub pracę na własny rachunek". Różnica między tymi sformułowaniami była przedmiotem szczegółowej analizy ETS w sprawach De Jaeck i Hervein, w których zapadły wyroki w 1997 r. Obecne brzmienie przepisów, zaproponowane wkrótce po tych wyrokach ETS i odpowiadające dokonanym w nich ustaleniom, nie może więc być uznane za przypadkowe.

Trybunał potwierdzał, że pojęcia działalności pracownika najemnego i działalności prowadzonej na własny rachunek w rozumieniu art. 13 i nast. rozporządzenia nr 1408/71, odnoszą się działalności uznawanych za takie dla celów stosowania ustawodawstwa zabezpieczenia społecznego państwa członkowskiego, na którego terytorium działalność taka jest wykonywana[17]. Trybunał, po rozważeniu różnic w sformułowaniach występujących w art. 1 i 2 oraz w tytule II rozporządzenia 1408/71 uznał, że logiczna i spójna wykładnia zakresu podmiotowego rozporządzenia oraz ustanowionego systemu norm kolizyjnych wymaga, by zwroty z tytułu II interpretować w świetle definicji z art. 1 rozporządzenia. Dlatego tak, jak w definicji „pracownika" występuje odesłanie do krajowego systemu zabezpieczenia społecznego, tak samo pojęcie „działalności" powinno odsyłać do działalności uznawanej za taką według ustawodawstwa stosowanego w zakresie zabezpieczenia społecznego w państwie członkowskim, na którego terytorium działalność jest wykonywana.

Argumentem przeciwko jednolitemu wspólnotowemu rozumieniu tych pojęć było to, że w niektórych przypadkach do osób ubezpieczonych w jednym z państw jako pracownicy lub osoby prowadzące działalność na własny rachunek, a zatem objętych zakresem podmiotowym rozporządzenia, nie byłoby możliwe zastosowanie norm kolizyjnych z tytułu II, gdyż nie byłyby objęte zakresem stosowania postanowień Traktatu o swobodzie przepływu (wówczas art. 48 lub art. 52)[18]. Dotyczyłoby to np. sytuacji, gdy działalność jest wykonywana na tak małą skalę, że powinna być traktowana jako czysto marginalna i pomocnicza, np. dlatego, że dana osoba ma inne źródła utrzymania[19]. Obecne brzmienie przepisów rozporządzenia 883/2004 nie posługuje się pojęciem pracownika jako osoby ubezpieczonej, a dzięki oddzieleniu objęcia ubezpieczeniem od „osoby, która ma podlegać ustawodawstwu" pozwala na stosowanie norm kolizyjnych w stosunku do wszystkich osób objętych swobodą przemieszczania się.

---

[17] Wyroki ETS z dnia 30 stycznia 1997 r.: w sprawie C-340/94 de Jaeck, pkt 22-23, 34; a także w sprawie C-221/95 *Institut National d'Assurances Sociales pour Travailleurs Indépendants (Inasti) przeciwko Claude Hervein i Hervillier S.A.*, Zb. Orz. 1997 I-00609, pkt 22; Wyrok Trybunału (czwarta izba) z dnia 27 września 2012 r. w sprawie C-137/11 *Partena ASBL przeciwko Les Tartes de Chaumont-Gistoux SA*, pkt 50.

[18] Wyrok ETS w sprawie C-340/94 *de Jaeck*, pkt 29.

[19] Wyrok Trybunału z dnia 23 marca 1982 r. w sprawie 53/81, *D.M. Levin przeciwko Staatssecretaris van Justitie*, Zb. Orz. 1982 01035, pkt. 17.

Wydaje się również, że obecne brzmienie rozporządzeń inaczej niż poprzednio narzuca kolejność i wagę poszczególnych czynności zmierzających do ustalenia sytuacji danej osoby w zakresie zabezpieczenia społecznego. W sprawie de Jaeck (pkt 32) ETS przyjął pogląd Komisji, że status „pracownika" lub „osoby prowadzącej działalność na własny rachunek" może być ostatecznie ustalony dopiero po określeniu ustawodawstwa właściwego. A celem tytułu II jest właśnie wskazanie tego ustawodawstwa, dlatego w tym tytule było uzasadnione unikanie tych zwrotów i odnoszenie się, ogólniej, do osób, które wykonują pracę *('personnes qui exercent une activité salariée', 'personnes qui exercent une activité nonsalariée')*. W większości przypadków rodzaj działalności pokrywa się z przynależnością do systemu zabezpieczenia społecznego jako odpowiednio pracownik lub osoba prowadząca działalność na własny rachunek. Przypomnijmy, że obecnie tytuł II rozporządzenia 883/2004 wykorzystuje takie same zwroty, ale nie ma już znaczenia kwalifikacja danej osoby jako „pracownika" lub „osoby prowadzącej działalność" związana z ubezpieczeniem – kwalifikuje się pracę, którą dana osoba wykonuje.

Określenie miejsca wykonywania działalności zawodowej danej osoby poprzedza kwalifikację tej działalności jako działalności pracownika najemnego lub działalności prowadzonej na własny rachunek. W dalszej kolejności warunkuje ono (zgodnie z ogólną zasadą) wyznaczenie właściwego ustawodawstwa (por. motyw dziesiąty rozporządzenia 1408/71)[20]. Ustalenie miejsca jest więc czynnością wstępną determinującą prawidłowość całego procesu i dlatego wykonywaną jednolicie na terytorium UE. Trybunał uznał, że w odróżnieniu od pojęć działalności pracownika najemnego i działalności prowadzonej na własny rachunek pojęcie miejsca wykonywania działalności należy uznać za podlegające nie ustawodawstwu państw członkowskich, ale prawu Unii, a więc także i jego wykładni dokonywanej przez Trybunał. Gdyby bowiem pojęcie to podlegało również ustawodawstwom państw członkowskich, kryterium, które pojęcie to stanowi, mogłoby być definiowane lub interpretowane przez dane państwa w sposób sprzeczny i prowadzić w odniesieniu do określonej osoby do łącznego stosowania kilku ustawodawstw do tej samej działalności. Taki zaś zbieg groziłby nałożeniem na zainteresowanego obowiązku uiszczenia podwójnych składek na zabezpieczenie społeczne w odniesieniu do tego samego dochodu i stawiałby w niekorzystnej sytuacji pracownika, który skorzystał z określonego w prawie Unii prawa do swobodnego przepływu, co byłoby w sposób oczywisty sprzeczne z celami rozporządzenia nr 1408/71[21]. Argumentacja ta przypomina zatem początkową argumentację na rzecz jednolitego rozumienia pojęcia „pracowników" dla celów koordynacji.

[20] Wyrok ETS w sprawie C-137/11 *Partena*, pkt 52.
[21] Wyrok ETS w sprawie C-137/11 *Partena*, pkt 53-54.

Kwalifikowanie pracy najemnej i działalności na własny rachunek w polskim orzecznictwie

W Polsce SN w wyroku z dnia 23 sierpnia 2007 r., I UK 68/07[22], stosując rozporządzenie 1408/71, odwołał się do wspólnotowej definicji pojęcia „pracownika" o jednolitym dla wszystkich państw członkowskich znaczeniu. Definicja taka jest ogólnie przyjęta przy interpretacji przepisów o swobodzie przepływu pracowników[23] (art. 48-51 Traktatu Rzymskiego). Dla celów stosowania koordynacji wyraźnie łączyła ona cechę „pracownika" z „osobami objętymi krajowymi systemami[24] zabezpieczenia społecznego[25]". W tym ujęciu pojęcie pracownika musi być definiowane według obiektywnych kryteriów, które wyróżniają stosunek zatrudnienia przez odniesienie do praw i obowiązków stron. Cechą konstytutywną jest to, że przez określony czas dana osoba świadczy pracę o pewnej wartości ekonomicznej na rzecz i pod kierownictwem innej osoby i za swoją pracę otrzymuje wynagrodzenie.

Zainteresowany świadczył pracę na podstawie umowy o pracę na terenie Niemiec i podlegał z tego tytułu ubezpieczeniu społecznemu[26] (art. 1 lit. a rozp. 1408/71). „Była to praca w niepełnym wymiarze czasu oraz stosownej do niego wysokości wynagrodzenia, ale - choćby ze względu na kilkuletni okres jej świadczenia - nie można uznać, aby nie miała ona wskazanych cech pracy najemnej." Sąd uznał, że zainteresowany, jako osoba będąca równocześnie pracownikiem najemnym na terytorium Niemiec oraz prowadząca działalność na własny rachunek w Polsce, nie podlegał ubezpieczeniu społecznemu z tytułu prowadzenia w Polsce pozarolniczej działalności gospodarczej na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 5 i art. 13 pkt 4 ustawy systemowej. W argumentacji SN zwraca uwagę połączenie wymogu wykonywania pracy i podlegania ubezpieczeniu społecznemu.

W nowszych rozstrzygnięciach nawiązuje się do objęcia ubezpieczeniem i orzecznictwa ETS wydanego na podstawie definicji zamieszczonej w rozporządzeniu 1408/71. W wyroku SN z dnia 6 września 2011 r., I UK 84/11[27] SN posługiwał się ustaleniami ETS w sprawie *Hervein*. Zakwalifikowanie konkretnej osoby jako "pracownika" lub "pracującego na własny rachunek" w rozumieniu rozporządzenia

[22] OSNP 2008/19-20/300.

[23] Np. o równym dostępie do zatrudnienia, czyli w związku z rozporządzeniem 1612/68: wyroki ETS: z dnia 3 lipca 1986 r., 66/85, w sprawie *Deborah Lawrie-Blum przeciwko Kraj Badenia-Wirtembergia*, ECR 1986, s. 2121; oraz z dnia 31 maja 1989 r., 344/87, w sprawie *I. Bettray przeciwko Staatssecretaris van Justitie*, ECR 1989, s. 1621.

[24] Nie ustawodawstwem, bo w rozporządzeniu 3 z 1958 r. ustawodawstwo nie było zdefiniowane.

[25] Wyrok ETS z dnia 19 marca 1964 r., w sprawie 75-63, *M.KH. Hoekstra (z domu Unger) przeciwko Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten*, ECR 1964, s. 347.

[26] W tej sprawie zainteresowany z tytułu pracy podlegał ubezpieczeniu społecznemu w niemieckiej instytucji ubezpieczeniowej DAK, która wypłaciła mu świadczenie odszkodowawcze w związku z niezdolnością do pracy powstałą wskutek wypadku, jakiego doznał na terytorium Niemiec.

[27] LEX nr 1102996.

należy do krajowego systemu zabezpieczenia społecznego, któremu podlega dana osoba, tak samo jak ustalenie znaczenia pojęć "praca wynagradzana" i "praca na własny rachunek". Owe pojęcia należy rozumieć w taki sposób, jak rozumiane są przy stosowaniu ustawodawstwa z dziedziny zabezpieczenia społecznego danego państwa członkowskiego, na którego terytorium ta praca jest wykonywana. To podejście może różnić się od definicji przyjętych w prawie pracy, ale musi być utrzymane jako jedyne właściwe.[28].

Tak więc o tym, czy w danym okresie zainteresowany posiadał status bezrobotnego, czy też był osobą prowadzącą własną działalność gospodarczą, decydują wyłącznie przepisy prawa danego państwa (np. niemieckiego). W tej sprawie decydujące było wyraźne potwierdzenie przez niemiecką instytucję ubezpieczeniową faktu zamieszkania oraz prowadzenia działalności na własny rachunek na terenie Niemiec.

Kwestia, czy podleganie ustawodawstwu musi wiązać się z ubezpieczeniem, i czy społecznym czy tylko zdrowotnym, nabrała szczególnego znaczenia w związku z pracą w wielu państwach i delegowaniem pracowników z Polski do pracy w innych państwach członkowskich. Tego dotyczyły sprawy, którymi ostatnio zajmował się Sąd Najwyższy.

Sąd mocno podkreśla rolę rzeczywistego objęcia danej osoby ubezpieczeniem i opłacania przez nią składek. W wyroku z dnia 6 czerwca 2013 r., II UK 333/12[29] SN uznał, że istotne jest, czy dana osoba „weszła w stosunki ubezpieczenia społecznego o charakterze transgranicznym przez jednoczesne wykonywanie działalności w różnych państwach i konieczne jest zbadanie, czy spełnia warunki ubezpieczenia ustanowione przez system zabezpieczenia społecznego w prawie krajowym wskazanym przez normy kolizyjne jako właściwe".

Wyrok z dnia 6 sierpnia 2013 r., II UK 116/13[30] dotyczył pracownika, który został zatrudniony przez polskiego pracodawcę w celu wykonywania pracy we Francji. Przed wyjazdem do Francji był on w Polsce uprawniony do świadczeń z ubezpieczenia zdrowotnego jako członek rodziny. Nie wykazał się tytułem do objęcia go ubezpieczeniem społecznym. Sąd uznał, że podleganie ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym siedzibę ma pracodawca można odnosić „jedynie do takiej osoby, która przed zatrudnieniem w celu oddelegowania do innego państwa członkowskiego posiada jakikolwiek tytuł do podlegania ubezpieczeniu, w tym także zdrowotnemu, choćby nie podlegała równocześnie ubezpieczeniu, np. z tytułu zatrudnienia (ubezpieczeniu społecznemu)."

[28] Por. wyrok ETS z w sprawie C-221/95 *Hervein i Hervillier.*
[29] OSNP 2014/3/47.
[30] LEX nr 1344467, G.Prawna 2013/152/6.

Przez podleganie ustawodawstwu państwa członkowskiego należy zatem rozumieć nie samo potencjalne "znajdowanie zastosowania wobec konkretnej osoby wszelkich norm, uregulowań oraz ogółu przepisów dotyczących zabezpieczenia społecznego", wynikające z faktu przebywania na terytorium danego państwa, w połączeniu z niestosowaniem do niej przepisów innego państwa, lecz spełnianie kryteriów przewidzianych w tych przepisach do objęcia systemem zabezpieczenia społecznego, które pociąga za sobą bycie podmiotem uregulowań w nich zawartych. W konsekwencji, dla uznania, że konkretna osoba podlega ustawodawstwu, konieczne jest podleganie przez tę osobę ubezpieczeniu, przy czym nie chodzi tu tylko o podleganie ubezpieczeniu społecznemu na podstawie przepisów ustawy systemowej (np. z tytułu pracy świadczonej na podstawie stosunku pracy lub umowy cywilnoprawnej), ale również o podleganie ubezpieczeniu zdrowotnemu na podstawie przepisów ustawy zdrowotnej. Uzupełnienie słowem "nadal" określa sytuację, w której osoba oddelegowana do innego państwa członkowskiego do wykonywania pracy w imieniu pracodawcy "nadal" będzie podlegać ustawodawstwu pierwszego państwa członkowskiego, a zatem jej status prawny nie ulegnie żadnej zmianie, co oznacza, że będzie "nadal" podlegać szeroko pojmowanemu ubezpieczeniu, analogicznie jak przed oddelegowaniem.

Zainteresowany zaś nie miał żadnych tytułów do ubezpieczenia w przyjętym przez Sąd znaczeniu w okresie bezpośrednio poprzedzającym zawarcie przez niego umowy o pracę i rozpoczęcie zatrudnienia na tej podstawie. Według SN nie można więc było do niego zastosować wyjątku dotyczącego delegowania pracowników.

W sprawie, w której zapadł wyrok SN z dnia 4 września 2013 r., II UK 28/13[31], polska spółka zawarła z dziewiętnastoletnią uczennicą Liceum Ogólnokształcącego umowę zlecenia na okres od 2 czerwca do 15 lipca 2011 r., która zobowiązała ją do pozyskiwania personelu dla zleceniodawcy. Umowę tę strony zawiesiły 2 czerwca 2011 r., a 8 czerwca zawarły kolejną umowę zlecenia, na mocy której zainteresowana przyjęła do wykonania świadczenie czynności opieki w okresie od 16 czerwca do 15 lipca 2011 r. nad wskazaną przez zleceniodawcę (spółkę) osobą zamieszkałą na terenie Niemiec. Zainteresowana nie była zgłoszona w Polsce do ubezpieczeń społecznych. Z uzasadnienia wyroku nie wynika, czy była zgłoszona do ubezpieczenia zdrowotnego. Z ustawy zdrowotnej wynika natomiast, że w takiej sytuacji przysługuje jej prawo do świadczeń zdrowotnych jako członkowi rodziny (art. 67 ust. 3) albo jako uczniowi (art. 66 ust. 1 pkt 17).

Sąd Najwyższy uznał, że nie można zastosować art. 12 ust. 1 rozp. 883/2004, ponieważ warunkiem dalszego podlegania polskim ubezpieczeniom społecznym w okresie świadczenia pracy najemnej w innym państwie UE jest uprzednie podleganie

[31] LEX nr 1375195.

obowiązkowym ubezpieczeniom społecznym osoby zainteresowanej w Polsce[32]. Przede wszystkim w Polsce zainteresowana, będąc uczennicą liceum ogólnokształcącego zatrudnioną na podstawie umowy zlecenia nie podlegała z mocy prawa (art. 6 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 6 ust. 4 ustawy systemowej) obowiązkowym ubezpieczeniom emerytalnemu i rentowym[33]. Zainteresowana nie uzyskała w Polsce zatem statusu ubezpieczonej, gdyż nie spełniała warunków do objęcia jej obowiązkowymi ubezpieczeniami emerytalnym i rentowymi. Nie zmieniło tej sytuacji prawnej delegowanie zleceniobiorczyni do pracy w Niemczech. Zainteresowana „nie podlegała obowiązkowo polskim ubezpieczeniom emerytalnemu i rentowym z mocy prawa (art. 6 ust. 4 ustawy systemowej) i dlatego nie miała obowiązku opłacania składek na ubezpieczenia społeczne. Oznaczało to, że zainteresowana nie korzystała ze zwolnienia z opłacania składek z tytułu prawnego, któremu z mocy prawa nie podlegała, przeto nie mogła nadal kontynuować polskiego tytułu ubezpieczeń społecznych w okresie jej delegowania przez skarżącą Spółkę do pracy najemnej na terenie Niemiec." Bez uprzedniego podlegania ustawodawstwu państwa wysyłającego, nie może ona w dalszym ciągu (nadal) podlegać dotychczasowemu ustawodawstwu (państwa wysyłającego) w okresie delegowania do pracy najemnej w innym państwie.

Uogólniając, uczniowie gimnazjów, szkół ponadpodstawowych lub studenci do ukończenia 26 lat życia wykonujący pracę na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej na podstawie umowy agencyjnej lub umowy zlecenia albo innej umowy o świadczenie usług, do której zgodnie z kodeksem cywilnym stosuje się przepisy dotyczące zlecenia, nie podlegają obowiązkowo polskim ubezpieczeniom emerytalnemu i rentowym (art. 6 ust. 4 ustawy systemowej), przeto także w okresie ich delegowania do pracy w innym państwie członkowskim UE nie są objęci polskim ustawodawstwem ubezpieczeń społecznych (art. 12 ust. 1 rozp. 883/2004).

Wątpliwości związane z kwalifikacją osób przemieszczających się

Pytanie o znaczenie i skutki „podlegania ustawodawstwu" występuje od początku koordynacji, w różnych kontekstach. W powołanych powyżej polskich sprawach wystąpił problem relacji włączenia danej osoby przez prawo krajowe do systemu zabezpieczenia społecznego lub wyłączenia z niego do dopuszczalności lub zakresu stosowania kolizyjnych norm koordynacji, a pośrednio – określenia, który z

[32] Według SN przepis ten nie ma zastosowania do ubezpieczenia dobrowolnego ani ubezpieczenia fakultatywnego kontynuowanego, także dlatego, że w Polsce nie funkcjonuje tylko (wyłącznie) dobrowolny system ubezpieczeń społecznych (art. 14 ust. 1 rozporządzenia 883/2004).

[33] W 2011 r. nie mogła także korzystać z prawa do dobrowolnego objęcia ubezpieczeniami dobrowolnymi, gdyż nie legitymowała się określonym w art. 7 ustawy systemowej statusem prawnym umożliwiającym objęcie jej dobrowolnym tytułem ubezpieczeń społecznych.

tych porządków prawnych (krajowy czy unijny) mają pierwszeństwo. Kwalifikacji takiej można dokonywać w różnych celach, np.:
- dla objęcia zabezpieczeniem społecznym w danym państwie[34];
- dla ustalenia, czy dana osoba jest objęta zakresem stosowania rozporządzeń koordynujących, a więc zakresu jej uprawnień do świadczeń w innych państwach;
- dla dalszych konsekwencji ustalenia, że dana osoba podlega ustawodawstwu zabezpieczenia społecznego w danym państwie. W szczególności ostatnie z powołanych powyżej orzeczeń dotyczyły dopuszczalności stosowania ustawodawstwa polskiego, jako ustawodawstwa państwa wysyłającego, w stosunku do zainteresowanych jako pracowników delegowanych.

Ścisły związek między rzeczywistym objęciem ubezpieczeniem a uznaniem, że dana osoba podlega ustawodawstwu danego państwa wywołuje ten skutek, że wyłączenie danej osoby z systemu krajowego (np. ze względu na niski dochód lub krótki czas pracy – mimo zawartej umowy o pracę) oznacza, że osoba taka nie jest objęta zakresem stosowania rozporządzeń. W efekcie to do ustawodawstwa krajowego należałoby ustalenie zakresu podmiotowego swych ustawodawstw i zakresu stosowania rozporządzeń. Taka osoba, nawet zatrudniona na podstawie umowy o pracę, nie byłaby pracownikiem dla celów rozporządzenia[35].

Tymczasem już w wyroku w sprawie Nonnenmacher z 1964 r.[36] ETS uznał, że zadaniem Rady było zapobieżenie regulacjom sprawiającym, że zainteresowani, w braku ustawodawstwa, które do nich znajduje zastosowanie, pozostają bez ochrony w zakresie zabezpieczenia społecznego[37]. W efekcie Trybunał, aby tę rzeczywistą ochronę zapewnić, przyjął, że rozporządzenie koordynujące nie stoi na przeszkodzie, by państwa członkowskie inne niż miejsca zatrudnienia pracownika, stosowały do zainteresowanego swe ustawodawstwo zabezpieczenia społecznego, jeżeli nie wiąże się to z dodatkowymi obowiązkami finansowania świadczeń. Poźniej jednak ETS łączył prawo do świadczeń z danego państwa z podleganiem właśnie jego ustawodawstwu,

[34] Np. problem dopuszczalności zgłoszenia do polskiego ubezpieczenia zdrowotnego jako członków rodziny osób, które według reguł kolizyjnych rozporządzeń „podlegają ustawodawstwu" innych państw; zob. D. Dzienisiuk, Realizacja świadczeń opieki zdrowotnej w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej, w: Polityka społeczna w procesie integracji europejskiej: przegląd problemów, red. A. Rączaszek, W. Koczur, Wydawnictwo Akademii Ekonomicznej im. Karola Adamieckiego w Katowicach, Katowice 2009, str. 99-101.

[35] F. Pennings, European Social Security Law, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland 2010, str. 83.

[36] Wyrok Trybunału z dnia 9 czerwca 1964 r. w sprawie 92-63, *M. Th. Nonnenmacher, wdowa po H.E. Moebs przeciwko Bestuur der Sociale Verzekeringsbank*, Zb. Orz. 1964 00557.

[37] Zob. również wyrok ETS w sprawie C-2/89 ***Kits van Heijningen*, pkt 12-14; dlatego „podleganie ustawodawstwu" jest stanem ciągłym, nie można uznać, że pracownik „podlega się ustawodawstwu" tylko w okresach wykonywania pracy (np. 2 godziny w tygodniu), a już nie w okresach między nimi.**

z wyłączeniem innych ustawodawstw[38] i spełnieniem wszystkich warunków przez nie stawianym, również dotyczących składek i przesłanek nabycia uprawnień do świadczeń[39].

Wynika stąd, że wskazanie jedynie ustawodawstwa właściwego nie załatwia sedna problemu – nie zapewnia zainteresowanym prawa do świadczeń. Zakres zaspokojenia potrzeb wynikających z określonych ryzyk zależy od kształtu ustawodawstwa krajowego, a to leży całkowicie i niepodważalnie w kompetencjach poszczególnych państw członkowskich. Państwa członkowskie mogą określać (także ograniczać) zakres ubezpieczenia, pod warunkiem, że nie dochodzi do dyskryminacji[40]. Z drugiej strony, można argumentować, że z zakresu kompetencji Rady do służenia swobodzie przepływu osób wynika, że musimy doprowadzić do sytuacji, że dana osoba przynależy do któregokolwiek z krajowych systemów zabezpieczeniowych, a nie że chodzi tylko o wskazanie ustawodawstwa właściwego. Jednak gdyby o ustawodawstwie właściwym decydowała przynależność do systemu zabezpieczenia społecznego, mogłoby to wymuszać przyjęcie danej osoby do ubezpieczenia w innym państwie niż wskazane jako właściwe, a to naruszałoby niepodważalne kompetencje tych państw do kształtowania swego systemu zabezpieczenia społecznego. Tym bardziej, że to często (ale nie zawsze) jest zgodne z intencjami osób przemieszczających się, które tak kształtują swą sytuację, żeby z tych systemów wypaść.

Dlatego też wydaje się, że powiązanie podlegania ustawodawstwu z ubezpieczeniem wymagałoby wyraźniejszej podstawy prawnej w prawie unijnym, rozstrzygającej podział kompetencji pomiędzy państwa członkowskie i Unię.

Takiej podstawy można się doszukiwać w występujących w normach kolizyjnych rozporządzeń nawiązaniach do działalności wykonywanej przez zainteresowanych i jej rodzaju. O podleganiu ustawodawstwu decydowałaby więc aktywność danej osoby, a nie ściśle objęcie ubezpieczeniem i jego zakres (prawdopodobnie jest to zbliżone do punktu widzenia przyjętego w wyroku SN z dnia 6 sierpnia 2013 r., II UK 116/13). Na przykład w art. 12 rozp. 883/2004 (szczególnie w innych niż polska wersjach językowych) bardzo wyraźny jest związek ustawodawstwa właściwego z pracą. W takim ujęciu najpierw normy kolizyjne rozporządzeń koordynujących wskazują ustawodawstwo właściwe (w oparciu o krajowe definicje pracy najemnej i na własny rachunek), a następnie normy wskazanego ustawodawstwa określają zakres podmiotowy i przedmiotowy ubezpieczenia.

[38] Wyrok Trybunału (trzecia izba) z dnia 12 czerwca 1986 r. w sprawie 302/84, *A. A. Ten Holder przeciwko Bestuur van de Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging*, Zb. Orz. 1986 01821, pkt 23.

[39] Wyrok Trybunału z dnia 5 marca 1998 r. w sprawie C-160/96, *Manfred Molenaar i Barbara Fath-Molenaar przeciwko Allgemeine Ortskrankenkasse Baden-Württemberg*, Zb. Orz 1998 I-00843, pkt 40-42.

[40] Wyrok ETS w sprawie C-340/94 *de Jaeck*, pkt 36-37.

Zauważono, że nawet, gdy ETS używał terminu „ubezpieczony", to niekiedy w oczywisty sposób odnosiło się to do „objęcia", „podlegania". Warunek „podlegania" jest w szczególności spełniony w przypadku bezrobotnego, który otrzymuje świadczenia dla bezrobotnych od danego państwa członkowskiego[41].

W takim ujęciu „podleganie ustawodawstwu" można byłoby stopniować:

- "ubezpieczony" – zgłoszony, płacący składki, z prawem lub ekspektatywą prawa do świadczeń – zawsze „podlega ustawodawstwu";
- „podlegający ustawodawstwu" ze względu na podleganie mu w przeszłości[42], np. pobierający świadczenia – w świetle dotychczasowego orzecznictwa i brzmienia rozporządzeń nie ma wątpliwości, że jest objęty rozporządzeniem, a ponadto w art. 11 rozp. 883/2004 zamieszczono dodatkowe postanowienia wyjaśniające, jak traktować pobieranie świadczeń krótkoterminowych (fikcja kontynuowania działalności – art. 11 ust. 2) i długoterminowych (zerwanie związku z pracą - art. 11 ust. 3 lit. e); do tej grupy można również zaliczyć osoby, które systemom podlegały w przeszłości i przysługują im tylko ekspektatywy przyszłych świadczeń;
- „pracujący" („legitymujący się tytułem") - potencjalnie należy stosować do niego ustawodawstwo wskazane przez normy kolizyjne rozporządzeń, ale normy tego ustawodawstwa wyłączają daną osobę z ubezpieczenia z jakichkolwiek dodatkowych („nieterytorialnych") powodów (np. zleceniobiorca w Polsce, ale uczy się i jest młodszy niż 26 lat) – według art. 11 ust. 3 lit. a „podlega ustawodawstwu", ale nie jest ubezpieczony, albo jest ubezpieczony ze względu na inne okoliczności (np. jako członek rodziny);
- „niepodlegający" – osoba, która nie pracuje i nie robi nic, co miałoby spowodować stosowanie i rozważanie jego sytuacji z punktu widzenia ustawodawstwa krajowego, a w konsekwencji stosowania rozporządzeń (np. korzysta tylko z pomocy społecznej lub medycznej, albo w ogóle nie ma związku z systemem zabezpieczenia społecznego). Taka sytuacja jest jako jedyna wyłączona z zakresu stosowania rozporządzeń.

W art. 2 rozp. 883/2004 mowa jest o osobach, które „podlegają lub podlegały" ustawodawstwu, bez wyjaśnienia w jakim charakterze, czy z tytułu pracy, czy np. jako osoby wychodzące z bezdomności w ubezpieczeniu zdrowotnym. Różny byłby zakres stosowania do nich rozporządzeń: dla pracujących ustala się ustawodawstwo właściwe (tytuł II – normy kolizyjne), pozostałym – udziela się świadczeń (tytuł III, także tytuł I – normy materialne[43]). Uzasadniałoby to wyodrębnienie kategorii „ubezpieczonych" (art. 1 lit. c) jako spełniających warunki

[41] F. Pennings, European Social Security Law, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland 2010, str. 35.

[42] Zob. analiza różnych wersji językowych rozporządzenia 883/2004 w: F. Pennings, European Social Security Law, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland 2010, str. 36.

[43] Zob. stanowisko Komisji w sprawie 302/84 *Ten Holder*, pkt 18.

wymagane na podstawie ustawodawstwa, a nie podlegających temu ustawodawstwu. Niewątpliwie ubezpieczeni też są objęci zakresem podmiotowym rozporządzenia, a art. 2 określając ich posługuje się dwoma kryteriami: obywatelstwo (bezpaństwowcy, uchodźcy) i podleganie ustawodawstwu. Wynika stąd, że spełnianie warunków do prawa do świadczeń wiąże się z podleganiem ustawodawstwu.

Ponadto normy kolizyjne art. 11 ust. 3 rozp. 883/2004 odnoszące się do pracy nie wyczerpują sytuacji, w których mogą się znaleźć osoby migrujące. Stąd w art. 11 ust. 3 lit. e wskazano ogólną pomocniczą regułę, zgodnie z którą „każda inna osoba, do której nie mają zastosowania przepisy lit. a) do d) podlega ustawodawstwu Państwa Członkowskiego, w którym ma miejsce zamieszkania, bez uszczerbku dla innych przepisów niniejszego rozporządzenia, gwarantujących jej świadczenia na podstawie ustawodawstwa jednego lub kilku innych Państw Członkowskich." Wynika stąd, że można podlegać ustawodawstwu danego państwa mimo niewykonywania pracy najemnej lub pracy na własny rachunek. W przeszłości orzecznictwo ETS bardzo mocno podkreślało, że dla objęcia pojęciem „pracownik" i zakresem rozporządzeń wystarczy ubezpieczenie od jakiekolwiek ryzyka, choćby jednego, niezależnie od istnienia stosunku pracy[44]. Takie ograniczone ubezpieczenie zdaje się odgrywać większą rolę po rezygnacji z posługiwania się w rozp. 883/2007 definicją pojęcia „pracownik" i określania przy jego użyciu zakresu podmiotowego koordynacji. To może być ważne w kontekście polskiego ubezpieczenia zdrowotnego albo świadczeń rodzinnych.

W publikacji Komisji Europejskiej „Praktyczny poradnik: Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej (UE), w Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) i w Szwajcarii" (grudzień 2013) odnosząc się do dotyczącego pracowników rekrutowanych w celu delegowania (art. 14 ust. 1 rozp. 987/2009) wymogu wcześniejszego podlegania ustawodawstwu państwa wysyłającego przyjęto, że za okres spełniający ten wymóg można uznać okres co najmniej jednego miesiąca. „Zatrudnienie przez jakiegokolwiek pracodawcę w państwie delegującym spełnia ten wymóg. Nie jest konieczne, aby w trakcie tego okresu dana osoba pracowała na rzecz pracodawcy wnioskującego o jej delegowanie. Warunek ten spełniają również studenci, renciści, emeryci lub osoby ubezpieczone z tytułu zamieszkania i objęte systemem zabezpieczenia społecznego państwa delegującego" (str. 11). Podano, m.in. przykład pracownika, który rozpoczął pracę na rzecz pracodawcy w dniu, od którego miał być delegowany. Bezpośrednio przed podjęciem zatrudnienia mieszkał w wysyłającym państwie członkowskim, podlegając ustawodawstwu tego państwa z tytułu studiów w szkole wyższej. Przyjęto, że podlegał on ustawodawstwu państwa członkowskiego bezpośrednio przed oddelegowaniem,

[44] Np. wyrok Trybunału z dnia 12 maja 1998 r. w sprawie C-85/96, *María Martínez Sala przeciwko Freistaat Bayern*; Zb. Orz. 1998 I-02691, pkt 36.

a zatem spełnia wymóg dalszego stosowania ustawodawstwa państwa członkowskiego pod tym względem.

Studenci nie są wymienieni jako odrębna kategoria w art. 11 ust. 3 rozp. 883/2004, w odróżnieniu od urzędników służby cywilnej lub osób powołanych do służby wojskowej. Dlatego w tym przykładzie ważne jest, że pracownik „zamieszkiwał" w danym państwie. Można to potraktować jako sugestię, że jednak podlega ustawodawstwu tego państwa – na podstawie art. 11 ust. 3 lit. e rozp. 883/2004. Dlatego, jak się zdaje, w Poradniku założono podleganie ustawodawstwu państwa wysyłającego przed oddelegowaniem.

Uogólniając, wydaje się, że w odniesieniu do art. 12 ust. 1 rozp. 883/2004 i art. 14 ust. 1 rozp. 987/2004 o podleganiu ustawodawstwu można mówić w kontekście jakiejkolwiek sytuacji, która sprawia, że dana osoba jest objęta zakresem ustawodawstwa zabezpieczenia społecznego danego państwa. Jest to wniosek kontrowersyjny, odmienny od prezentowanych we wspomnianych powyżej wyrokach SN, szczególnie w odniesieniu do osób objętych systemem zabezpieczenia społecznego jako członkowie rodziny albo osób nieaktywnych objętych systemem z tytułu zamieszkania, ale już mniej kontrowersyjny np. w przypadku objętych w Polsce ubezpieczeniem zdrowotnym członków rad nadzorczych czy osób wychodzących z bezdomności.

Ponadto ze względu na stopniowo rozszerzany zakres swobody przepływu w UE, ustawodawstwo właściwe powinno być wskazane dla każdej osoby, nawet nieaktywnej. Mimo że rozporządzenia koordynujące są stosowane do osób korzystających ze swobody przepływu, w niektórych przypadkach, jak w przepisach o delegowaniu, odwołują się one do okresów wcześniejszych, poprzedzających migrację (delegowanie). A w przypadku osób, które nie były aktywne, bez żadnego związku z innym niż ojczysty systemem prawnym, prawo krajowe państwa miejsca zamieszkania jest jedynym, które wchodzi w grę.

We wspomnianych powyżej wyrokach SN zwraca uwagę zrównanie „podlegania ustawodawstwu" z objęciem ubezpieczeniem społecznym i opłacaniem składek, w szczególności na ubezpieczenia emerytalne i rentowe (II UK 28/13). Wydaje się, że mimo odesłania w definicjach „pracy najemnej" i „pracy na własny rachunek" do prawa krajowego, rozporządzenia unijne powinny mieć pierwszeństwo z racji swej rangi w systemie prawa i funkcji, jaką mają pełnić; potwierdzonych brzmieniem postanowień.

Najpierw więc postanowienia rozporządzeń koordynujących wskazują, bez ostatecznego rozstrzygnięcia kwalifikacji danej osoby[45] (np. z tytułu pracy lub jako członka rodziny w ubezpieczeniu zdrowotnym) ustawodawstwo właściwe (w oparciu o krajowe definicje pracy najemnej i na własny rachunek miejsca wykonywania pracy),

[45] Zob. art. 6 i 16 rozp. 987/2009.

a następnie normy wskazanego ustawodawstwa określają zakres podmiotowy i przedmiotowy ubezpieczenia oraz kryteria dla ostatecznej i decydującej kwalifikacji danej osoby dla celów związanych ze stosowaniem tego prawa krajowego[46]. Na przykład, uczeń wykonujący umowy zlecenia w Niemczech i w Polsce, która jest jego państwem miejsca zamieszkania podlega prawu polskiemu, a następnie prawo polskie określa, czy uczeń wykonujący umowę zlecenia podlega ubezpieczeniom społecznym, biorąc pod uwagę dodatkowego okoliczności, takie jak wiek.

Wniosek taki wynika również *a contrario* z art. 14 ust. 2 rozp. 883/2004. Może wystąpić sytuacja, że w danym państwie, wskazanym jako właściwe, zainteresowany nie będzie podlegał obowiązkowo ubezpieczeniu. Wtedy jego dobrowolne ubezpieczenie w innym państwie nie jest wykluczone. Nie można jednak nałożyć na niego obowiązku ubezpieczenia w tym innym państwie, a dobrowolne ubezpieczenie zależy od dodatkowych okoliczności (art. 14 ust. 2 i 3 rozp. 883/2004).

Na przykład, w przypadku cudzoziemców - zleceniobiorców wykonujących pracę w Polsce punktem wyjścia jest ustawodawstwo polskie. Ono określa, kto jest zleceniodawcą. Przyjęto, że w rozumieniu rozporządzeń jest to osoba wykonująca pracę najemną. Zgodnie z art. 11 ust. 3 lit. a rozp. 883/2004 właściwe jest prawo polskie. Ale skoro dana osoba jest uczniem poniżej 26 roku życia, nie podlega ubezpieczeniom. Jednak wciąż właściwe jest prawo polskie. Dlatego trudno uznać, że wbrew brzmieniu art. 11 ust. 3 lit. a ta osoba mu nie „podlega". Na podstawie polskich przepisów taka osoba podlega ponadto ubezpieczeniu zdrowotnemu – jako uczeń albo jako członek rodziny. I dlatego jest objęta zakresem podmiotowym rozporządzenia, nawet jeżeli nie jest obywatelem innego państwa członkowskiego. Stosuje się do niej rozporządzenie, łącznie z normami kolizyjnymi, gdyż z utrwalonego orzecznictwa ETS wynika, że wystarczy, że zainteresowany podlega jednemu z działów lub ryzyk. Z tego powodu, co do zasady, nawet taki zleceniobiorca mógłby być delegowany. Ewentualnym nadużyciem zapobiegałby wymóg związku podlegania ustawodawstwu z pracą, ale trudno dla niego znaleźć podstawę *de lege lata*.

Takie podejście niezależne od tytułu zdaje się również wynikać z art. 2 ust. 1 rozp. 883/2004: rozporządzenie stosuje się do obywateli państwa członkowskiego, którzy podlegają lub podlegali ustawodawstwu jednego lub kilku państw członkowskich oraz do członków ich rodzin (niezależnie od obywatelstwa). Nie jest istotny sposób i przesłanka podlegania – czym innym jest wskazywanie ustawodawstwa właściwego, które ma nastąpić co do zasady zgodnie z art. 11 ust. 3, w szczególności lit. e rozp. 883/2004.

Podsumowanie

[46] Zob. wyrok ETS w sprawie C-340/94 *de Jaeck*, pkt 36-37.

W przywołanych powyżej orzeczeniach polskiego SN zwraca uwagę bardzo silne odwoływanie się do objęcia ubezpieczeniami społecznymi[47] i minimalizowanie znaczenia faktu objęcia ubezpieczeniem zdrowotnym w Polsce. Pominięto tym samym wątek, że na potrzeby rozporządzenia nr 1408/71 uznawano, że związek pracownika z systemem zabezpieczenia społecznego istnieje, gdy dana osoba podlega zabezpieczeniu od przynajmniej jednego ryzyka. Dlatego te rozstrzygnięcia i argumentacja polskiego SN zasługują na głęboką i szczegółową analizę. Można jednak wskazać kilka wątpliwości na ich tle.

Z art. 11 ust. 3 lit. e rozp. 883/2004 wynika, że zainteresowany podlega ustawodawstwu państwa członkowskiego miejsca zamieszkania, nawet jeżeli osoba ta ma zagwarantowane świadczenia z innego państwa. W przepisie tym literalnie rozstrzyga się, że dana osoba „podlega ustawodawstwu" państwa miejsca zamieszkania, niezależnie od jakichkolwiek dodatkowych okoliczności, takich jak aktywność czy zaprzestanie dotychczasowej działalności[48]. W szczególności oczywiste jest, że osoba taka nie jest pracownikiem i nie prowadzi innej działalności wymienionej w ust. 3, np. nie odbywa służby wojskowej, czyli najczęściej jest to osoba bierna zawodowo: osoba młoda, emeryt lub rencista[49]. To nasuwa wątpliwości nawet do tych fragmentów wywodów SN, w których nawiązuje on do istnienia tytułów, prowadzenia działalności i kwestionuje podleganie ustawodawstwu w związku z samym faktem zamieszkiwania na terytorium danego państwa, mimo że wywody te zdają się zasługiwać na akceptację ze względów słusznościowych. Przy interpretacji przesłanek delegowania takie podejście, koncentrujące się na istnieniu tytułu do ubezpieczenia jako działalności, jest o tyle uzasadnione, że wiąże się z wykonywaniem pracy jako okolicznością, od której wogóle zależy rozpatrywanie danej sytuacji pod kątem ewentualnego delegowania.

Rygorystyczna wykładnia prezentowana przez SN budzi wątpliwości również wobec łagodzenia przesłanek delegowania w rozporządzeniach. Poza skrajnymi przypadkami (np. zwieszenie umowy zlecenia w sprawie, w której zapadł w wyrok z dnia 4 września 2013 r., II UK 28/13) trudno mówić o obejściu prawa, czy nadużyciach ze strony zainteresowanych. Wręcz uznanie, że mamy do czynienia z podleganiem danej osoby, nawet w ograniczonym zakresie, ustawodawstwu polskiemu (zwłaszcza rzeczywiste objęcie systemem zabezpieczenia społecznego, np. ubezpieczenie zdrowotne, prawo do świadczeń rodzinnych), odpowiada celowi i uzasadnieniu

[47] Zwłaszcza emerytalno-rentowym w wyroku z dnia 4 września 2013 r., II UK 28/13.

[48] Por. art. 13 ust. 2 lit. f rozp. 1408/71, który dotyczył „osoby, która przestaje podlegać ustawodawstwu Państwa Członkowskiego, a nie podlega ustawodawstwu innego Państwa Członkowskiego zgodnie z jedną z zasad ustanowionych w akapitach poprzednich lub zgodnie z jednym z wyjątków lub przepisów szczególnych ..."

[49] Osoby pobierające świadczenia krótkoterminowe wynikające z pracy najemnej lub na własny rachunek są uważane za wykonujące pracę (art. 11 ust. 2 rozp. 883/2004).

wprowadzenia wyjątku od *lex loci laboris* dla pracowników delegowanych. Osoby takie (związane z ustawodawstwem polskim, zatrudnione przez polskiego pracodawcę i wysłane w celu realizacji usługi, zwłaszcza krótkotrwałej) nie nawiązują bezpośredniej relacji z państwem przyjmującym, nie wchodzą tam na rynek pracy w rozumieniu przepisów o swobodzie przepływu pracowników. Jest bardziej niż prawdopodobne, że nie zostaną tam po zakończeniu pracy i nie nawiążą tam kolejnego stosunku pracy. Wrócą do kraju, ale już jako osoby z doświadczeniem na rynku pracy, z pewnym polskim stażem ubezpieczeniowym albo dodatkowym stażem, jeżeli polskie przepisy nie wyłączają ubezpieczenia.

Szczególnie w sprawie II UK 28/13, która dotyczyła polskiej uczennicy z umową zlecenia, rozstrzygnięcie odmienne od wydanego przez SN postrzegalibyśmy jako niesłuszne i niesprawiedliwe, krzywdzące zainteresowaną i innych zleceniobiorców. Jednak pokazuje ono, że problem wynika nie z norm koordynacji, lecz z negatywnych aspektów prawa polskiego: braku ogólnych przepisów o nadużyciu prawa lub wyłączenia ubezpieczeń społecznych uczących się zleceniobiorców[50].

W przepisie art. 12 ust. 1 rozp. 883/2004 literalnie dana osoba ma nadal podlegać ustawodawstwu, a nie nadal być ubezpieczona. Z drugiej strony taki zapis może być skutkiem tego, że skoro początkowo rozporządzenia obejmowały jedynie pracowników jako ubezpieczonych, było oczywiste, że pod tym względem będą co najwyżej zmiany ilościowe a nie jakościowe.

Z powyższych względów wydaje się, że ścisłe powiązanie wskazania ustawodawstwa właściwego z faktycznym objęciem ubezpieczeniem wymagałoby wyraźniejszej podstawy prawnej niż to *de lege lata* występuje w rozporządzeniach koordynujących. Należy podkreślić, że problem od początku był trudny. Od pierwszych spraw przed ETS (*Nonnemacher* i *van der Vecht*) pojawiało się pytanie, czy koordynacja ma wskazywać ustawodawstwo właściwe czy gwarantować otrzymanie świadczeń. I zauważalne było różne podejście ETS i sądów krajowych w odniesieniu do obowiązku opłacania składek i świadczeń, łagodniejsze w przypadku tych ostatnich. Kwestia ta nie jest tak jednoznaczna, jak to mogłoby się wydawać po lekturze tez przywołanych w tekście orzeczeń SN.

[50] Zob. D. Dzienisiuk, T. Lasocki, Przejściowa niezdolność do pracy z powodu choroby – zakres i sposoby ochrony, w: Różne aspekty ubezpieczeń społecznych, **Materiały z seminariów ZUS (2), Zakład Ubezpieczeń Społecznych, Warszawa 2012, str. 127.**

Robert Śliwa

Katedra Prawa Międzynarodowego i Porównawczego
Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie

Prawo pracownika migrującego do opieki zdrowotnej

1. Zasada ogólna - lex loci laboris

Prawo do opieki zdrowotnej zaliczane jest do podstawowych praw socjalnych każdego człowieka. Współcześnie, w zasadzie, nie ma sporu co do konieczności zapewnienia pracownikom najemnym oraz ich bliskim dostępu i możliwości korzystania z opieki zdrowotnej. Możliwość, pełnoprawnego uczestniczenia obywatela w istniejącym krajowym (powszechnym) systemie opieki zdrowotnej jest podstawowym uprawnieniem przysługującym każdemu, bez jakiejkolwiek dyskryminacji. Wybuch rewolucji przemysłowej spowodował, że problematyka zapewnienia opieki zdrowotnej pracownikom i ich rodzinom, stała się szczególnie aktualna. Konieczność i potrzeba zapewnienia opieki zdrowotnej została podniesiona i szeroko opisana już w pracach XIX-wiecznych socjalistów. Idee te znalazły swój wyraz we wdrożeniu w życie koncepcji socjalnej opieki państwa nad pracownikiem najemnym oraz jego rodziną. Każde państwo w sposób samodzielny definiuje swój system opieki zdrowotnej oraz zakreśla ramy jego funkcjonowania w odniesieniu do własnych obywateli. Każdorazowo, system opieki zdrowotnej organizowany jest na poziomie państwowym, gdyż to państwo wzięło na siebie obowiązek i odpowiedzialność za zorganizowanie i zapewnienie opieki zdrowotnej swoim obywatelom. To przepisy rangi konstytucyjnej, definiują funkcjonujący w danym państwie model ochrony zdrowia oraz system opieki zdrowotnej. We współczesnej Europie, pomimo funkcjonowania różnych rozwiązań krajowych, wiodącą rolę pełni idea wiążąca, w większym lub mniejszym stopniu, system opieki zdrowotnej z szeroko rozumianym systemem opieki socjalnej (społecznej), w którym opieka zdrowotna stanowi istotny element oraz część systemu zabezpieczenia społecznego obywateli. W tym zakresie, krajowe regulacje prawne dotyczące systemu zabezpieczenia społecznego obywateli, rzutują na istniejące rozwiązania w zakresie oferowanej im opieki zdrowotnej. Wraz z rozwojem prawa i instytucji unijnych, problematyka zapewnienia pracownikom najemnym opieki zdrowotnej przestaje być wyłączną

domeną prawa krajowego. Nabiera ona zupełnie nowego wymiaru, nie koncentruje się już wyłącznie na samym prawie do opieki zdrowotnej, ale raczej skupia się nad rozważaniem treści (zawartości) tego prawa. Z uwagi na olbrzymie koszty funkcjonowania powszechnego systemu opieki zdrowotnej, podstawowym problemem jest odpowiedź na pytanie: na jakich zasadach istnieje możliwość wejścia osoby uprawnionej do systemu oraz, co zawiera się w prawie do opieki zdrowotnej, tzn. co, i w jakim zakresie przysługuje osobie uprawnionej. Krajowe rozwiązania i regulacje prawne, mogą diametralnie różnić się w zakresie wymogów i zasad wejścia do systemu opieki zdrowotnej, koszyka świadczeń gwarantowanych, dostępności usług zdrowotnych, zakresu udzielanych świadczeń, zasad dostępności i refundacji leków, współpłacenia (dopłat pacjentów) za usługi zdrowotne oraz zniżek w kosztach leczenia, etc. Wszystkie te elementy będą w większym lub mniejszym stopniu kształtować specyfikę krajowego systemu opieki zdrowotnej oraz politykę zdrowotną państwa. O ile, rozwiązań dotyczących obywateli będących rezydentami swojego kraju, należy szukać zasadniczo w prawodawstwie krajowym, o tyle, status prawny osób będących rezydentami przemieszczającymi się poza granice swojego kraju (migranci) oraz osób będących rezydentami, którzy nie są obywatelami kraju, w którym korzystają z opieki zdrowotnej, należy szukać na szczeblu ponad krajowym. W Unii Europejskiej problematyka ta nabiera jeszcze większego znaczenia z uwagi na funkcjonowanie zasady swobodnego przepływu osób (pracowników, pracodawców oraz osób prowadzących działalność na własny rachunek), która jest jedną z podstaw funkcjonowania wspólnego rynku europejskiego. Zgodnie z art. 168 ust 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), wszystkie państwa członkowskie zobowiązane są do zapewnienia wysokiego poziomu ochrony zdrowia ludzkiego, co w myśl art. 114 ust 3 TFUE, ma służyć ulepszeniu, poprzez harmonizację, funkcjonowania rynku wewnętrznego i swobodnego przepływu towarów, osób i usług. Do tego celu zmierza się, między innymi, poprzez koordynację krajowych systemów zabezpieczenia społecznego, co z kolei automatycznie pociąga za sobą konieczność koordynacji systemów opieki zdrowotnej między państwami członkowskimi UE. Wysiłki zmierzające do koordynacji krajowych systemów zabezpieczenia społecznego podejmowane były od dawna. Dopiero jednak, wraz z przyjęciem i wdrożeniem Rozporządzenia Rady (EWG) nr 1408/71 z dnia 14 czerwca 1971 r. w sprawie stosowania systemów zabezpieczenia społecznego do pracowników najemnych, osób prowadzących działalność na własny rachunek i do członków ich rodzin przemieszczających się we Wspólnocie (Dz. Urz. WE L 149 z 05.07.1971 r. str. 2 ze zm.), znalazły one swoje odzwierciedlenie w obowiązujących przepisach prawa europejskiego. Dalszy rozwój wspólnego rynku doprowadził do intensyfikacji wysiłków zmierzających do jeszcze ściślejszej koordynacji w obrębie krajowych systemów zabezpieczenia społecznego. Bez wątpienia, istotne znaczenie dla zapewnienia wysokiego poziomu ochrony socjalnej mają również systemy opieki

zdrowotnej funkcjonujące w poszczególnych krajach członkowskich, które przyczyniają się do zachowania spójności społecznej, sprawiedliwości społecznej oraz do zrównoważonego rozwoju. Każde z państw członkowskich, ponosi odpowiedzialność za zapewnienie na swoim terytorium bezpiecznej, wydajnej, wysokiej jakości i ilościowo odpowiedniej opieki zdrowotnej. Proces ten znalazł swoje potwierdzenie w wejściu w życie z dniem 1 maja 2010 r. Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz. Urz. UE L 166 z 30.04.2004 r., str. 1, z późn. zm.). Rozporządzenie to, było jednym z szeregu aktów prawnych dotyczących problematyki koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego oraz wyboru prawa właściwego dla ubezpieczeń społecznych. W tym samym czasie, w życie weszło Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r. dotyczące wykonywania rozporządzenia nr 883/2004 (Dz. Urz. UE L 284 z 30.10.2009 r., str. 1, z późn. zm.). Podkreślenia wymaga, że obydwa rozporządzenia 883/2004 oraz 987/2009, zostały przyjęte do stosowania od 1 kwietnia 2012 r. przez Szwajcarię, zaś od 1 czerwca 2012 r. przez Norwegię, Islandię oraz Liechtenstein. Kolejnym krokiem było przyjęcie i wprowadzenie rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 465/2012 z dnia 22 maja 2012 r. zmieniającego rozporządzenie (WE) nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia oraz rozporządzenie (WE) nr 987/2009 dotyczące wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/2004 (Dz. Urz. UE L 149 z 08.06.2012 r., str. 4), które od 28 czerwca 2012r obowiązuje i jest stosowane przez wszystkie państwa członkowskie UE. Od 2 lutego 2013r rozporządzenie to jest stosowane przez Norwegię, Islandię i Liechtenstein, nie jest ono natomiast stosowane przez Szwajcarię. Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest sytuacja, w której w stosunkach ze Szwajcarią, rozporządzenia 883/2004 oraz 987/2009 stosowane są w brzmieniu obowiązującym do 27 czerwca 2012 r.

W tym kontekście, warto zwrócić uwagę na konkluzje Rady z dnia 1 i 2 czerwca 2006r w sprawie wspólnych wartości i zasad systemów opieki zdrowotnej UE (Dz. U. C 146 z 22.06.2006, s. 1), w których jednoznacznie stwierdza się, że istnieje zbiór zasad postępowania będących wspólnymi dla wszystkich systemów opieki zdrowotnej w Unii. Te wspólne zasady, stanowią niezbędny warunek zaufania pacjentów do transgranicznej opieki zdrowotnej, konieczny do osiągnięcia mobilności pacjentów oraz wysokiego poziomu ochrony zdrowia. Następnym, istotnym krokiem, było przyjęcie Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/24/UE z dnia 9 marca 2011 r. w sprawie stosowania praw pacjentów w transgranicznej opiece zdrowotnej, której termin transpozycji zakreślono na 25 października 2013 r.

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz. Urz. UE L 166 z 30.04.2004 r., str. 1, z późn. zm.) ma istotne znaczenie, gdyż w prosty

sposób reguluje sytuację ubezpieczeniową różnych grup zawodowych, zwłaszcza zaś, wprowadza jasne zasady wyboru prawa właściwego dotyczące pracowników delegowanych oraz osób prowadzących działalność na własny rachunek, które przenoszą swoją działalność na pewien okres za granicę. Szczegółowe postanowienia dotyczące ustalania zasad wyboru i stosowania obowiązującego ustawodawstwa ubezpieczeniowego zawarte zostały w Tytule II, obejmującym artykuły od 11 do 16 tego rozporządzenia. Utrzymano, ogólną zasadę mówiącą, iż osoby wysłane do pracy za granicę (świadczące prace w innym państwie członkowskim) lub przenoszące swoją działalność do innego państwa członkowskiego, mogą nadal w zakresie zabezpieczenia społecznego podlegać pod przepisy prawa krajowego.

Rozporządzenie wprowadza słownik i katalog ogólnych zasad, które obejmują:

pojęcie - praca najemna - które w myśl art. 1 pkt. a) rozporządzenia - oznacza wszelką pracę lub sytuację równoważną, traktowaną jako taką do celów stosowania ustawodawstwa w zakresie zabezpieczenia społecznego państwa członkowskiego, w którym taka praca lub sytuacja równoważna ma miejsce

pojęcie - działalność na własny rachunek - które w myśl art. 1 pkt. b rozporządzenia - oznacza wszelką pracę lub sytuację równoważną, traktowaną jako taką do celów stosowania ustawodawstwa w zakresie zabezpieczenia społecznego państwa członkowskiego, w którym taka praca lub sytuacja równoważna ma miejsce

ogólną regułę, w myśl której, wszystkie osoby, wobec których zastosowanie ma rozporządzenie 883/2004, podlegają ustawodawstwu tylko jednego państwa członkowskiego,

stosowanie zasady miejsca wykonywania pracy *(lex loci laboris)* - wynikającej z art. 11 ust. 3 lit. a) rozporządzenia - jako podstawowego elementu wyboru właściwego prawa ubezpieczeniowego. W myśl tej reguły, osoba wykonująca w państwie członkowskim pracę najemną lub pracę na własny rachunek podlega ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym praca najemna lub praca na własny rachunek jest wykonywana. Bez znaczenia są elementy typu: miejsce zamieszkania pracownika, siedziba jego pracodawcy, oraz miejsce zarejestrowania działalność.

2. Wyjątki od zasady lex loci laboris

Doniosły wyjątek od wyrażonej w art. 11 ust. 3 lit. a) ogólnej zasady lex loci laboris, dotyczy pracowników delegowanych (wysłanych) do pracy za granicę w innym państwie członkowskim. W myśl art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004, 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. Jak z powyższego widać, obowiązuje zasada, w myśl której pracownik oddelegowany przez pracodawcę do pracy w innym państwie członkowskim, nadal może podlegać pod krajowe przepisy w zakresie zabezpieczenia społecznego, w tym ubezpieczenia zdrowotnego, o ile jego czas pracy za granicą nie przekracza 24 miesięcy oraz pracownik nie jest wysyłany, by zastąpić innego pracownika, którego okres delegowania już się zakończył. Reguła ta, dotyczy zarówno pracowników, którzy są zatrudnieni w kraju i następnie delegowani przez swojego pracodawcę do pracy za granicę, jak i pracowników zatrudnionych w kraju wyłącznie w celu oddelegowania do pracy za granicą. Z art. 14 ust. 1 rozporządzenia 987/2009 wynika, że do celów stosowania art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004 "*osoba, która wykonuje działalność jako pracownik najemny w państwie członkowskim w imieniu pracodawcy, który normalnie tam prowadzi swoją działalność, a która jest delegowana przez tego pracodawcę do innego państwa członkowskiego*". W praktyce, oznacza to osobę zatrudnioną w celu oddelegowania jej do pracy w innym państwie członkowskim, o ile, osoba ta bezpośrednio przed rozpoczęciem zatrudnienia podlega już ubezpieczeniu społecznemu (została objęta ubezpieczeniem społecznym), w tym ubezpieczeniem zdrowotnym, państwa członkowskiego, w którym siedzibę ma jej pracodawca. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na Decyzję nr A2 Komisji Administracyjnej do Spraw Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego z dnia 12 czerwca 2009 r., dotyczącą wykładni art. 12 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 w sprawie ustawodawstwa mającego zastosowanie do pracowników delegowanych i osób wykonujących pracę na własny rachunek, tymczasowo pracujących poza państwem właściwym (Dz. Urz. UE C 106/5 z 24.04.2010 r., str. 5). Wymóg podlegania przez pracownika przepisom ubezpieczeniowym państwa członkowskiego, w którym siedzibę ma jego pracodawca bezpośrednio przed rozpoczęciem zatrudnienia jest spełniony, jeżeli pracownik delegowany przez co najmniej jeden miesiąc podlega przepisom ubezpieczeniowym państwa siedziby pracodawcy. Problem stanowią krótsze, niż jedno miesięczne, okresy podlegania ubezpieczeniu społecznemu, w tym zdrowotnemu, pracowników delegowanych. Wymagają one indywidualnej oceny w kontekście konkretnych przypadków. Dodatkowo, warto zwrócić uwagę na fakt, iż bynajmniej nie jest konieczne, by pracownik w miesięcznym okresie poprzedzającym delegowanie do pracy za granicą był zatrudniona u tego konkretnego pracodawcy, który go deleguje. Wynika to z faktu, iż zatrudnienie u jakiegokolwiek pracodawcy w państwie delegującym, jest równoznaczne z podleganiem pod obowiązkowy system ubezpieczenia społecznego, w tym zdrowotnego, i tym samym spełniony zostaje warunek dotyczący minimalnego okresu podlegania pod ubezpieczenie.

Przykład 1
Pracownik został od 01 marca 2014r zatrudniony na umowę o pracę w polskim przedsiębiorstwie i od tej daty podlega obowiązkowemu ubezpieczeniu społecznemu i zdrowotnemu w Polsce. Od dnia 10 kwietnia 2014r pracownik ten ma zostać delegowany i wysłany do pracy w Niemczech na okres 24 miesięcy. Zgodnie z art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004, z uwagi na spełnienie wymogu podlegania przez okres co najmniej 1 miesiąca przed delegowaniem ubezpieczeniu społecznemu, w tym ubezpieczeniu zdrowotnemu w Polsce, do pracownika takiego zastosowanie mieć będą polskie przepisy dotyczące ubezpieczeniowa zdrowotnego.

Przykład 2
Polski pracodawca zamierza od dnia 01 lipca 2014r wysłać swego pracownika do pracy we Francji. W okresie od 01 kwietnia do 30 czerwca 2014 pracownik będzie przebywał na urlopie bezpłatnym. W tym przypadku, zgodnie z art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004, pracownik w trakcie delegowania nie będzie podlegał pod polskie przepisy dotyczące ubezpieczenia społecznego, w tym zdrowotnego, gdyż nie jest spełniony warunek podlegania polskiemu ubezpieczeniu przez okres co najmniej 1 miesiąca przed delegowaniem do pracy za granicą.

Przykład 3
W okresie od 01 lutego do 15 maja 2013 r. pracownik był zatrudniony u polskiego pracodawcy - A. Od 16 maja 2013 pracownik ten był zatrudniony u nowego pracodawcy - B, który z data rozpoczęcia pracy u niego, wysłał pracownika do pracy w Danii. Zgodnie z art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004, wobec pracownika wysłanego do Danii może być utrzymane polskie ubezpieczenie społeczne, w tym ubezpieczenie zdrowotne, ponieważ jest spełniony warunek podlegania pracownika przez co najmniej 1 miesiąc przed delegowaniem, polskiemu ubezpieczeniu społecznemu i zdrowotnemu.

Wymóg podlegania pod przepisy dotyczące ubezpieczeń społecznych i zdrowotnych państwa członkowskiego, w którym siedzibę ma pracodawca, należy rozumieć szeroko. W praktyce oznacza to, że wymóg ten jest spełniony nie tylko wtedy, gdy pracownik podlega ubezpieczeniom społecznym i zdrowotnym, które związane są bezpośrednio z opłacaniem składki ubezpieczeniowej, ale także wtedy, gdy wiąże się on z pobieraniem przez taką osobę:
wynagrodzenia za czas niezdolności do pracy,
świadczenia rehabilitacyjnego,
zasiłku macierzyńskiego,
zasiłku opiekuńczego,

Nadto, podleganie pod przepisy ubezpieczeniowe państwa członkowskiego, w którym siedzibę ma pracodawca, będzie spełnione w przypadku:

posiadania statusu osoby bezrobotnej zarejestrowanej w urzędzie pracy,
podlegania ubezpieczeniu w Kasie Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego,
podlegania samemu ubezpieczeniu zdrowotnemu.

Przykład 4
Pracownik przez pewien czas był zatrudniony na umowie o pracę w polskim przedsiębiorstwie i został przez nie wysłany do wykonywania pracy w Niemczech. Powrócił do kraju i pobierał zasiłek dla bezrobotnych przez okres 2 miesięcy. Po tym czasie przedsiębiorstwo ponownie zatrudniło tę osobę i od razu oddelegowało ją do wykonywania pracy za granicą. Pracownik ten będzie podlegał pod polski system ubezpieczeniowy, gdyż spełniony jest warunek podlegania przez jeden miesiąc bezpośrednio przed wysłaniem do pracy za granicą, polskim przepisom ubezpieczeniowym.

Przykład 5
Pracownik przez pewien czas był zatrudniony na umowie o pracę w polskim przedsiębiorstwie i został na okres 12 miesięcy wysłany do wykonywania pracy w Holandii. Delegowanie zakończyło się po 12 miesiącach. Powrócił do kraju i pobierał zasiłek chorobowy przez okres 1 miesiąca w czasie trwania zatrudnienia u tego samego pracodawcy. Po chorobie, przedsiębiorstwo ponownie oddelegowało tego samego pracownika do wykonywania pracy za granicą na nowy okres delegowania wynoszący 10 miesięcy. Pracownik taki będzie podlegał pod polskie przepisy ubezpieczeniowe, gdyż bezpośrednio przed delegowaniem podlegał przez miesiąc polskiemu ubezpieczeniu społecznemu i zdrowotnemu.

Przykład 6
Zatrudniony przez polskie przedsiębiorstwo pracownik został oddelegowany do pracy we Francji. Na okres delegowania pracownik otrzymał z ZUS poświadczony formularz A1. Delegowanie zakończyło się i pracownik powrócił do Polski, po czym przedsiębiorstwo udzieliło mu urlopu bezpłatnego na okres 2 miesięcy. Po zakończeniu urlopu bezpłatnego, to samo przedsiębiorstwo ponownie oddelegowało pracownika na nowy okres do wykonywania pracy za granicą. W takim przypadku, pracownik będzie podlegał pod francuski system ubezpieczeń, gdyż nie podlegał przez miesiąc, bezpośrednio przed delegowaniem, ubezpieczeniu polskiemu. Taki stan faktyczny jest konsekwencją faktu, iż okres urlopu bezpłatnego nie jest traktowany jako okres podlegania pod ubezpieczenie społeczne i ubezpieczenie zdrowotne.

Na wyraźne podkreślenie zasługuje fakt, iż istotą instytucji delegowania pracowników do pracy za granicą, jest jej tymczasowość. Art. 12 ust. 1 nie może być wykorzystywany przez pracodawców, jako stała forma świadczenia usług poprzez kolejne,

powtarzające się delegowanie różnych pracowników na te same stanowiska, do realizacji tych samych zadań lub celów. Z treści cytowanego rozporządzenia wynika wprost, że zastąpienie pracownika delegowanego inną osobą, jest dopuszczalne jedynie wyjątkowo, i do tego pod warunkiem, że łączny okres delegowania wyznaczony pierwotnie dla pierwszego z delegowanych pracowników (mającego zostać zastąpionym), jeszcze nie upłynął.

Przykład 7
*Pracownik został oddelegowany przez polskie przedsiębiorstwo do pracy we Włoszech na okres 20 miesięcy. W czasie trwania delegowania, po 10 miesiącach, pracownik ciężko zachorował i konieczne było jego zastąpienie przez innego pracownika. W takim przypadku, możliwe i u*zasadnione jest zezwolenie na delegowanie na jego miejsce innego pracownika, celem zastąpienia chorego na okres pozostałych 10 miesięcy.

W myśl art. 14 ust. 2 rozporządzenia 987/2009, w związku z art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004, pojęcie normalnego prowadzenia działalności przez pracodawcę wysyłającego, oznacza pracodawcę zazwyczaj prowadzącego znaczną część swojej działalności, innej niż działalność związana z samym zarządzaniem wewnętrznym, na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, z uwzględnieniem wszystkich kryteriów charakteryzujących działalność prowadzoną przez dane przedsiębiorstwo. Kryteria muszą być dopasowane do specyficznych cech każdego pracodawcy i do rzeczywistego charakteru prowadzonej przez niego działalności.

Uwzględniając treść Decyzji A2 przy ocenie, czy dany pracodawca może być uznany za "zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności", w pierwszej kolejności należy brać pod uwagę kryteria wymienione wprost w w/w Decyzji, które obejmują:
miejsce, w którym przedsiębiorstwo ma zarejestrowaną siedzibę i administrację,
liczebność personelu administracyjnego pracującego w danym państwie, w którym pracodawca ma siedzibę, oraz w drugim państwie członkowskim,
miejsce, w którym rekrutowani są pracownicy mający być delegowani,
miejsce, w którym zawierana jest większość umów z klientami,
prawo mające zastosowanie do umów zawartych przez przedsiębiorstwo z klientami,
liczbę umów wykonanych przez przedsiębiorcę w państwie wysyłającym,
obroty w odpowiednio typowym okresie w każdym z państw członkowskich,

Przyjmuje się, że obrót przedsiębiorcy osiągany w kraju wysyłającym na poziomie około 25% w stosunku do ogółu obrotów danego przedsiębiorcy, może być uznany za wystarczający do przyjęcia, że prowadzi on w tym miejscu znaczną część swojej działalności.

Przykład 8
We wniosku o objęcie swoich pracowników polskim ubezpieczeniem zdrowotnym przedsiębiorstwo wysyłające pracowników za granicę przedstawiło następujące dane:
średnie obroty uzyskiwane w Polsce w okresie ostatnich 12 miesiącach wynoszą 30%,
liczba pracowników ogółem zatrudnionych w Polsce wynosi 72 osoby, liczba pracowników delegowanych wynosi 15 osób,
liczba umów realizowanych w Polsce wynosi 20, liczba umów realizowanych za granicą wynosi 6.
Mając na uwadze treść art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004 do pracowników tego przedsiębiorcy można zastosować polskie przepisy dotyczące ubezpieczeń zdrowotnych.

Za pracownika podlegającego przepisom państwa delegującego, uważa się osobę, która została oddelegowana przez swojego pracodawcę (mającego siedzibę w państwie delegującym) do innego państwa zatrudnienia (miejsca świadczenia pracy), w celu wykonywania tam pracy na rzecz pracodawcy delegującego. Do takiego pracownika zastosowanie ma art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004. Warunkiem uznania pracy za wykonywaną na rzecz pracodawcy delegującego, jest jej świadczenie przez pracownika dla tego pracodawcy oraz istnienie bezpośredniego związku między pracownikiem, a pracodawcą, który oddelegował pracownika. O ile, sam fakt świadczenia pracy na rzecz pracodawcy delegującego jest stosunkowo łatwo uchwytny, o tyle, pewien problem stanowi wykazanie istnienia bezpośredniego związku pomiędzy pracownikiem delegowanym i pracodawcą delegującym. Przyjmuje się, że taki bezpośredni związek istnieje, o ile, pracownik delegowany podlega zwierzchnictwu (kierownictwu) pracodawcy delegującego. Ma to miejsce, gdy spełnione są następujące elementy:
pracodawca delegujący ponosi odpowiedzialność za rekrutację pracowników,
strony zawarły umowę o pracę,
pracownik otrzymuje wynagrodzenie za pracę od pracodawcy delegującego (wynagrodzenie pracowników delegowanych jest niezależne od istnienia ewentualnych umów między pracodawcą delegującym, a przedsiębiorstwem w państwie przyjmującym)
pracodawca delegujący ma prawo do określenia warunków i charakteru pracy oraz do zwolnienia pracownika delegowanego.

Przykład 9
Polski pracodawca delegujący swoich pracownika do pracy za granicą, podaje we wniosku informację, że każdy jego pracownik podpisze umowę o pracę bezpośrednio z przedsiębiorstwem przyjmującym mającym siedzibę za granicą. Z uwagi na brak istnienia bezpośredniego związku, pomiędzy pracownikiem delegowanym i pracodawcą delegującym, art. 12 ust. 1 nie ma zastosowania.

W przypadku oddelegowania pracownika do pracy za granicą, w przedsiębiorstwie innym, niż przedsiębiorstwo delegujące, zastosowanie ma również art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004. Dotyczy to przypadków delegowania personelu, gdy pracownicy oddelegowani przez przedsiębiorstwo z państwa wysyłającego, do przedsiębiorstwa w państwie zatrudnienia, zostają równocześnie, lub dodatkowo, oddelegowani do innego przedsiębiorstwa, lub innych przedsiębiorstw, w tym samym państwie zatrudnienia. Istotnym warunkiem jest, aby pracownik delegowany, nadal wykonywał swoją pracę dla, lub na rzecz (w imieniu), delegującego przedsiębiorstwa. Z sytuacją taką będziemy mieć do czynienia, gdy przedsiębiorstwo delegowało pracownika do danego państwa członkowskiego w celu wykonywania tam pracy, kolejno lub jednocześnie, w dwóch lub więcej przedsiębiorstwach, znajdujących się w tym samym państwie członkowskim.

Inaczej wygląda sytuacja, gdy delegowanie pracownika następuje bezpośrednio jedno po drugim, do różnych państw członkowskich. W takiej sytuacji, w każdym przypadku delegowania, mamy do czynienia z nowym delegowaniem pracownika w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004.

Przykład 10
Pracownik delegowany z Polski wykonywał swoją pracę we Francji przez okres 24 miesięcy. Bezpośrednio po powrocie do Polski, pracodawca zamierza ponownie wysłać tego samego pracownika do pracy za granicą, tym razem do Belgii na okres kolejnych 24 miesięcy. Na podstawie art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004, pracownik podczas świadczenia pracy w Belgii może podlegać polskim przepisom ubezpieczeniowym, gdyż kolejne delegowanie jest traktowane jako nowe delegowanie do pracy.

Powyższa sytuacja doświadcza szeregu ograniczeń mających doniosłe skutki dla statusu pracownika delegowanego. Przede wszystkim, po zakończeniu przez pracownika pełnego okresu delegowania wynoszącego 24 miesiące, nie można przed upływem co najmniej 2 miesięcy, od daty zakończenia poprzedniego okresu delegowania, potwierdzić nowego okresu delegowania, dotyczącego:
tego samego pracownika,
tych samych przedsiębiorstw,
tego samego państwa członkowskiego.

Przykład 11
Pracownik został oddelegowany przez pracodawcę - A - do pracy we Francji na okres 24 miesięcy. W trakcie delegowania, na podstawie art. 12 ust. 1, pracownik ten podlegał

polskim przepisom ubezpieczeniowym. Bezpośrednio po zakończeniu pierwszego delegowania, pracownik został ponownie delegowany do Francji, tym razem przez nowego pracodawcę - B. Ze względu na zaistniałą zmianę pracodawcy delegującego pracownika, podczas ponownego wysłania tego samego pracownika do pracy we Francji, pracownik, na podstawie art. 12 ust. 1, nadal może podlegać pod polskie przepisy w zakresie ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego.

Okres, przez jaki, zgodnie z art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004, do pracownika delegowanego będą miały zastosowanie przepisy ubezpieczeniowe państwa delegującego, wynosi maksymalnie 24 miesiące. W przypadku, gdy po okresie pierwszych 24 miesięcy pracy za granicą, pracownik zostaje ponownie delegowany do pracy w tym samym państwie członkowskim, do utrzymania przepisów ubezpieczeniowych państwa delegującego może dojść jedynie pod warunkiem, że między zakończeniem poprzedniego, a rozpoczęciem nowego okresu oddelegowania, upłynęło co najmniej 2 miesiące. Pamiętać przy tym należy, że wystąpienie krótkiej przerwy w wykonywaniu pracy za granicą w ramach delegowania, bez względu na jej przyczynę (np. urlop, choroba, szkolenie w przedsiębiorstwie delegującym), nie stanowi przerwy w okresie delegowania, w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004.

Przykład 12
Począwszy od 20 września 2013r pracownik został delegowany do pracy w Austrii na okres 24 miesięcy i zgodnie z art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004 został objęty polskim ubezpieczeniem społecznym i zdrowotnym. Przez cały miesiąc grudzień 2013r. pracownik przebywał na urlopie w Polsce, po czym wróci do pracy w Austrii. Od 02 stycznia 2014r. pracownik kontynuuje dotychczasowy okres delegowania rozpoczęty 20 września 2013r, a posiadane ubezpieczenie społeczne i zdrowotne zachowują swoją ważność.

3. Ubezpieczenie osób prowadzących działalność na własny rachunek

Osoba prowadząca w swoim kraju działalność na własny rachunek, która udaje się do innego państwa członkowskiego, by wykonywać tam podobną działalność, zgodnie z art. 12 ust. 2 rozporządzenia 883/2004, podlega przepisom ubezpieczeniowym swojego państwa, pod warunkiem, że przewidywany czas wykonywania przez nią za granicą podobnej działalności nie przekracza 24 miesięcy.

Przykład 13
Osoba prowadząca w Polsce działalność gospodarczą w zakresie zakładania instalacji sanitarnych podpisała umowę z francuskim kontrahentem na wykonanie swoich usług w nowobudowanym na terenie Francji sanatorium. Działalność we Francji ma być

prowadzona przez okres 10 miesięcy. Zgodnie z art. 12 ust. 2 rozporządzenia 883/2004 do takiego przedsiębiorcy zastosowanie ma polski porządek prawny dotyczący zasad podlegania ubezpieczeniu społecznemu i ubezpieczeniu zdrowotnemu.

W myśl definicji zawartej w art. 14 ust. 3 rozporządzenia 987/2009 - pojęcie: "*osoba, która normalnie wykonuje działalność jako osoba pracująca na własny rachunek*" oznacza osobę, która zwykle prowadzi znaczną część swojej działalności na terytorium państwa, w którym ma siedzibę. Dodatkowym wymogiem jest, aby osoba taka prowadziła swoją działalność przez pewien czas, przed dniem, od którego zamierza skorzystać z możliwości ubezpieczenia w krajowym systemie ubezpieczeń społecznych i zdrowotnych. Dodatkowo, w każdym okresie tymczasowego prowadzenia działalności w innym państwie członkowskim, osoba taka musi nadal spełniać, w państwie swojej siedziby, wymogi konieczne do prowadzenia działalności, pozwalające na jej ponowne podjęcie po powrocie do kraju. Przy ocenie rzeczywistego spełnienia w/w warunków z art. 14 ust. 3 rozporządzenia 987/2009, można posiłkować się kryteriami:
korzystania podczas prowadzenia działalności za granicą z powierzchni biurowej w państwie siedziby,
opłacania podatków,
posiadania legitymacji zawodowej i numeru identyfikacyjnego VAT,
przynależności do izb handlowych lub organizacji zawodowych.

W praktyce, przyjmuje się, że osoba prowadząca działalność na własny rachunek, może skorzystać z reguły wyrażonej w art. 12 ust. 2 rozporządzenia 883/2004, jeżeli prowadziła swoją działalność, na co najmniej 2 miesiące, przed dniem, od którego zamierza przenieść jej prowadzenie za granicę.

Przykład 14
W dniu 08 marca 2014r Polak zgłosił w urzędzie skarbowym w Polsce fakt rozpoczęcia prowadzenia działalności gospodarczej. Od 09 kwietnia 2014r w ramach prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej zamierza wykonywać usługi budowlane na terenie Słowacji. Zgodnie z art. 12 ust. 2, polskie przepisy dotyczące podlegania ubezpieczeniu społecznemu i zdrowotnemu, nie mają do takiego przedsiębiorcy zastosowania, gdyż na podstawie art. 11 ust. 3 lit. a) rozporządzenia 883/2004 przedsiębiorca ten podlegać będzie ustawodawstwu słowackiemu.

4. Pojęcie działalności podobnej

Art. 14 ust. 4 rozporządzenia 987/2009 (Dz. U. L 344 z 29.12.2010, s.1.) w zw. z art. 12 ust. 2 rozporządzenia 883/2009 rozstrzyga kwestie dotyczące pojęcia - działalność podobna. Zasadniczym kryterium podobieństwa działalności prowadzonej przez osobę działającą (pracującą) na własny rachunek w innym państwie

członkowskim, jest faktyczny - rzeczywisty - charakter prowadzonej działalności. W praktyce, wykonywanie działalności mieszczącej się w tym samym sektorze klasyfikacji, traktowane jest jako prowadzenie działalności podobnej. Sam sposób klasyfikowania prowadzonej działalności w państwie jej wykonywania nie ma większego znaczenia. Bez znaczenia jest, czy wykonywana działalność jest określony jako praca najemna, czy też, jako działalność prowadzona na własny rachunek. Najprostszym i zarazem pewnym sposobem udokumentowania podobieństwa prowadzonej w kraju i za granica działalności jest fakt posiadania wcześniejszej umowy na dany zakres prowadzonej działalności.

Przykład 15
Polski radca prawny prowadzący w Polsce działalność na własny rachunek w zakresie doradztwa z prawa spółek handlowych, zawarł równocześnie umowę z hiszpańską firmą o pomoc prawną w zakresie doradztwa podatkowego. Obszar, w którym radca prawny zobowiązał się pracować w Hiszpanii jest inny, niż w Polsce, ale nadal mieści się w obszarze doradztwa prawnego, i tym samym ma "podobny" charakter. W efekcie, w trakcie prowadzenia swojej działalności na terenie Hiszpanii, radca prawny nadal będzie podlegać pod polskie przepisy dotyczące ubezpieczeń społecznych i zdrowotnych.

Przykład 16
Budowlaniec prowadzący działalność na własny rachunek w Polsce, wyjeżdża do Wielkiej Brytanii, gdzie ma zamiar wykonywać usługi, jako kierowca-sprzedawca obwoźny. Z uwagi na zmianę charakteru prowadzonej działalności nie może on zostać uznany za osobę prowadzącą "podobną działalność". Działalność wykonywana na terenie Wielkiej Brytanii nie ma podobnego charakteru do działalności wykonywanej dotychczas w Polsce. W efekcie osoba taka w trakcie prowadzenia działalności na terenie Wielkiej Brytanii, będzie podlegać pod brytyjskie przepisy dotyczące ubezpieczeń społecznych i zdrowotnych.

5. Sumowanie okresów delegowania

Podstawę prawną rozważań na temat sumowania okresów delegowania pracowników stanowi Decyzja Nr A3 z dnia 17 grudnia 2009 r. Zasadniczo decyzja ta dotyczy sumowania nieprzerwanych okresów delegowania przebytych na podstawie rozporządzenia Rady (EWG) nr 1408/71 i rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 (Dz. Urz. UE C149 z 08.06.2010 r., str. 3). Co do zasady, wszystkie okresy delegowania przebyte na podstawie rozporządzenia 1408/71 są uwzględniane przy obliczaniu nieprzerwanego okresu delegowania przy stosowaniu rozporządzenia 883/2004. Całkowity okres nieprzerwanego delegowania przebyty na podstawie obydwu rozporządzeń nie może sumarycznie przekroczyć 24 miesięcy. Praktyczny Poradnik wskazuje, że co prawda rozporządzenie 883/2004 nie

zawiera szczególnej klauzuli dotyczącej zasad łączenia i sumowania okresów delegowania ukończonych według starego lub nowego rozporządzenia, to oczywistą intencją ustawodawcy było rozszerzenie maksymalnego możliwego okresu delegowania do 24 miesięcy.

Przykład 17
Osoba prowadząca działalność w Polsce wyjechała do pracy w Finlandii na okres od 10 stycznia 2010 do 9 maja 2010 r.. W okresie tym, osoba ta podlegała polskim przepisom dotyczącym ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego - zgodnie z rozporządzeniem 1408/71. Ze względu na realizację ważnego zlecenia zaszła potrzeba, aby działalność ta była nadal wykonywana w Finlandii do 15 grudnia 2011 r. W takim przypadku, na podstawie art. 12 ust. 2 rozporządzenia 883/2004, przez cały okres od 10 maja 2010 r. do 15 grudnia 2011 r. osoba prowadząca działalność na własny rachunek podlegała polskiemu systemowi ubezpieczeń społecznych i zdrowotnych, ponieważ łączny okres wykonywania działalności na terenie Finlandii, liczony zgodnie z rozporządzeniem 1408/71 oraz rozporządzeniem 883/2004, nie przekraczał 24 miesięcy.

6. Świadczenie pracy w kilku państwach

Kolejnym wyjątkiem od ogólnej zasady lex loci laboris jest wykonywanie pracy najemnej oraz prowadzenie działalności na własny rachunek w kilku państwach równocześnie. Podstawę rozważań stanowi art. 13 ust. 1 lit. a) rozporządzenia 883/2004, w którym uregulowano problematykę wykonywania pracy najemnej w dwóch lub więcej państwach członkowskich. W przypadku świadczenia pracy najemnej w dwóch lub więcej państwach, pracownik podlega przepisom państwa, w którym ma miejsce zamieszkania, o ile, w tym państwie wykonuje znaczną część swojej pracy. W sytuacji, gdy nie mamy do czynienia z wykonywaniem znacznej części pracy w państwie zamieszkania, pracownik:
jeżeli jest zatrudniony, w jednym przedsiębiorstwie lub świadczy prace na rzecz jednego pracodawcy, podlega przepisom państwa, w którym znajduje się siedziba lub miejsce wykonywania działalności przedsiębiorstwa lub pracodawcy,
jeżeli jest zatrudniony, w co najmniej dwóch przedsiębiorstwach lub świadczy pracę na rzecz co najmniej dwóch pracodawców, których siedziby lub miejsca wykonywania działalności znajdują się w jednym (tym samym) państwie, podlega przepisom państwa, w którym znajduje się siedziba lub miejsce wykonywania działalności przedsiębiorstw lub pracodawców,
jeżeli jest zatrudniony, w co najmniej dwóch przedsiębiorstwach lub świadczy pracę na rzecz, co najmniej dwóch pracodawców, których siedziby lub miejsca wykonywania działalności znajdują się w dwóch różnych państwach, z których jedno jest państwem zamieszkania pracownika, podlega przepisom państwa, w którym znajduje się

siedziba lub miejsce wykonywania działalności przedsiębiorstwa lub pracodawcy, innego niż państwo jego zamieszkania,
jeżeli jest zatrudniony, w co najmniej dwóch przedsiębiorstwach lub świadczy prace na rzecz co najmniej dwóch pracodawców, a co najmniej dwa z tych przedsiębiorstw lub dwóch z tych pracodawców, mają swoje siedziby lub miejsce wykonywania działalności w różnych państwach, innych niż państwo miejsca zamieszkania pracownika, podlega przepisom państwa, w którym ma miejsce swojego zamieszkania.

Przykład 18
Osoba mieszkająca w Polsce jest zatrudniona przez przedsiębiorstwo, które ma swoją siedzibę w Polsce i wykonuje pracę na rzecz tego przedsiębiorstwa w Polsce oraz w Czechach. W ramach pracy wykonywanej w Polsce realizuje około 15% ogólnego czasu pracy. Z uwagi na fakt, iż siedziba pracodawcy znajduje się w Polsce, osoba ta podlega polskim przepisom dotyczącym ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego (art. 13 ust. 1 lit. b)(i)).

Przykład 19
Osoba mieszkająca w Polsce jest zatrudniona przez dwa przedsiębiorstwa - A i B, obydwa mające swoje siedziby w Polsce. Praca jest wykonywana na rzecz tych przedsiębiorstw w proporcji - 80% czasu pracy w Niemczech, - 20% czasu pracy w Polsce. Z uwagi na fakt, iż siedziby obu pracodawców znajdują się w Polsce, osoba ta podlega polskim przepisom dotyczącym ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego (art. 13 ust. 1 lit. b (ii)).

Przykład 20
Osoba mieszkająca w Polsce jest zatrudniona przez przedsiębiorstwo - A - mające siedzibę w Polsce. Równocześnie, osoba ta jest zatrudniona przez przedsiębiorstwo - B - mające swoją siedzibę na Słowacji. Praca wykonywana w Polsce stanowi 25% ogólnego czasu pracy, zaś praca wykonywana na Słowacji stanowi 75% ogólnego czasu pracy. Z uwagi na fakt, iż pracownik jest zatrudniony przez różnych pracodawców, których siedziby znajdują w dwóch różnych państwach, z których jedno jest państwem zamieszkania pracownika, pracownik taki podlegać będzie pod słowackie przepisy dotyczące ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego (art. 13 ust. 1 lit. b (iii)).

Przykład 21
Osoba mieszkająca w Polsce jest zatrudniona przez trzech pracodawców. Pracodawca - A - ma siedzibę w Polsce, pracodawca - B - ma siedzibę w Niemczech, zaś pracodawca - C - ma siedzibę w Austrii. Czas pracy pracownika: w Polsce stanowi 12%

ogólnego czasu pracy, w Niemczech - 38%, zaś w Austrii - 50%. Z uwagi na fakt, że pracownik jest zatrudniony przez różnych pracodawców, z których dwóch ma swoje siedziby w różnych państwach, innych, niż państwo zamieszkania pracownika, pracownik ten podlegać będzie pod polskie przepisy dotyczące ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego (art. 13 ust. 1 lit. b (iv).

Pojęcie osoby wykonującej prace, w dwóch lub więcej państwach członkowskich, zdefiniowane zostało w art. 14 ust. 5 rozporządzenia 987/2009, który do celów stosowania art. 13 ust. 1 rozporządzenia 883/2004, przyjmuje, iż osobą, która "normalnie wykonuje pracę w dwóch lub więcej państwach członkowskich", jest osoba spełniająca łącznie następujące kryteria:
1) wykonuje równocześnie lub na zmianę, jedną lub kilka odrębnych prac,
2) prace są wykonywane w dwóch lub więcej państwach członkowskich
3) prace są wykonywane w tym samym lub kilku przedsiębiorstwach,
4) prace są wykonywane dla jednego lub kilku pracodawców.

Przyjmuje się, że prace są wykonywane równocześnie, o ile, dodatkowe zatrudnienie ma miejsce w różnych państwach i jest wykonywane jednocześnie (równocześnie) na podstawie tych samych lub innych umów o pracę. Przy czym, druga dodatkowa praca może być wykonywana przez pracownika:
1) w trakcie trwania płatnego urlopu,
2) w wolne weekendy,
3) zatrudnionego w niepełnym wymiarze czasu pracy, w tym samym dniu, o ile jest wykonywana na rzecz różnych pracodawców.

Praca świadczona na zmianę, obejmuje każdy przypadek, w którym poszczególne prace nie są wykonywane jednocześnie (równocześnie) na terytorium kilku państw, ale polegają na następujących po sobie czynnościach wykonywanych w różnych państwach. Ważną rolę do odegrania w wyjaśnieniu tego przypadku ma wydany przez Komisję Administracyjną ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego ,,Praktyczny poradnik: Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej (UE), Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) i Szwajcarii". Przewodnik ten wskazuje, iż instytucja ustalająca właściwe ustawodawstwo i przepisy ubezpieczeniowe, zobowiązana jest dokonać całościowej oceny wszystkich istotnych okoliczności danej sytuacji. W szczególności, należy zwrócić uwagę na fakt, czy, okresy pracy w różnych państwach, następowały po sobie z pewną regularnością w ciągu kolejnych 12 miesięcy kalendarzowych, oraz czy, prace określone w umowie o pracę są spójne z pracami, które będą przez pracownika rzeczywiście wykonywane. W tym zakresie, uprawniona Instytucja ubezpieczeniowa, może dokonać szczegółowej analizy:
wcześniejszej praktyki związanej z realizacją umowy o pracę, pomiędzy danym pracodawcą i pracownikiem,

sposobu i trybu zawierania kolejnych umów o pracę,
charakterystyki oraz warunków prac występujących u danego pracodawcy.

Obowiązek dokonywania przez instytucję ubezpieczeniową, prawidłowej analizy zaistniałego stanu faktycznego, został zdeterminowany przez wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 października 2012 r. w sprawie C-115/11 - Format Urządzenia i Montaże Przemysłowe. W wyroku tym, została rozstrzygnięta sprawa pracownika zatrudnionego na podstawie kilku umów o pracę, w których wskazywano, jako miejsce świadczenia pracy, terytorium kilku państw członkowskich, podczas, gdy w rzeczywistości, w okresie obowiązywania każdej z umów, pracownik wykonywał pracę wyłącznie w jednym państwie. Trybunał stwierdził wprost, że *„osoba, która na podstawie kolejnych umów o pracę wskazujących jako miejsce jej świadczenia terytorium kilku państw członkowskich, pracuje w rzeczywistości w okresie obowiązywania każdej z tych umów, w jednym czasie, wyłącznie na terytorium jednego z tych państw, nie może być objęta zakresem pojęcia osoby zwykle zatrudnionej na terytorium dwóch lub więcej państw członkowskich*". Trybunał podkreślił, że jeżeli na podstawie dowodów innych, niż umowa o pracę, okaże się, że sytuacja w zakresie zatrudnienia danego pracownika różni się w rzeczywistości od sytuacji opisanej w umowie o pracę, właściwa instytucja ubezpieczeniowa zobowiązana jest, w zakresie wyboru właściwego ustawodawstwa ubezpieczeniowego, oprzeć swoje ustalenia na faktycznej sytuacji pracownika.

Określenie - "znaczna część pracy najemnej" - należy rozpatrywać i rozumieć pod względem ilościowym, przy czym, nie musi to oznaczać koniecznie największej części świadczonej lub wykonanej pracy. W celu jednoznacznego rozstrzygnięcia, czy "znaczna część pracy pracownika" jest wykonywana w danym państwie, należy w pierwszej kolejności posiłkować się kryteriami, w postaci:
czasu pracy,
wysokości uzyskiwanego wynagrodzenia

W praktyce, jeżeli w trakcie przeprowadzania ogólnej oceny sytuacji pracownika okaże się, że przez co najmniej 25% swojego czasu pracy, pracownik pracuje w państwie swojego miejsca zamieszkania, i/lub, że co najmniej 25 % swojego wynagrodzenia zarabia (wypracowuje) w państwie swojego miejsca zamieszkania, to będzie to jednoznacznie wskazywało, iż znaczna część jego pracy jest wykonywana w państwie zamieszkania.

Przykład 22:
Pracownik mieszkający w Polsce jest zatrudniony przez przedsiębiorstwo mające swoją siedzibę we Francji. Pracownik przez trzy dni w miesiącu pracuje w swoim domu w Polsce, natomiast w pozostałe dni, świadczy pracę we Francji. Z uwagi na fakt, iż praca przez trzy dni w miesiącu przekłada się na około 12% ogólnego czasu wykonywanej pracy, pracownik ten nie wykonuje "znacznej części" swojej pracy w Polsce, tj. w

państwie miejsca zamieszkania. Z uwagi na istniejącą proporcję czasu wykonywanej pracy pracownik podlegać będzie pod francuskie przepisy dotyczące ubezpieczeń społecznych i zdrowotnych.

Przykład 23:
Radca prawny mieszkający w Polsce jest zatrudniony w dwóch różnych firmach prawniczych, jednej mającej swoją siedzibę w Niemczech, drugiej mającej swoją siedzibę w Polsce. Większość pracy radca prawny wykonuje w Niemczech. Nie spełnia on tym samym wymagania dotyczącego wykonywania znacznej części pracy w państwie, w którym ma swoje miejsce zamieszkania. W tym stanie rzeczy, *zgodnie z art. 13 ust. 1 pkt. b)(iii) radca prawny podlegać będzie pod niemieckie przepisy ubezpieczeniowe.*

Reguła obowiązkowego uwzględniania kryteriów czasu pracy i/lub wynagrodzenia, bynajmniej, nie wyczerpuje katalogu kryteriów, które mogą być brane pod uwagę przy ustalaniu przepisów właściwych w sprawach ubezpieczeniowych. W przypadku niektórych grup zawodowych, ze względu na specyfikę świadczonej pracy, wręcz niezbędne i zalecane jest stosowanie dodatkowych kryteriów. Przykładem takiej sytuacji, są pracownicy transportu międzynarodowego, świadczący pracę na terenie kilku państw równocześnie, w oparciu o ustalone harmonogramy przewozów, wyznaczone trasy przemieszczania się oraz szacunkowy czas trwania podróży. W przypadku pracowników transportu międzynarodowego, do ustalenia właściwych przepisów w zakresie ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego, niezbędne jest wykazanie, jakie relacje zachodzą pomiędzy czasem pracy świadczonym przez nich w państwie zamieszkania, a czasem przepracowanym na terenie innych państw. Dodatkowym, uzupełniającym kryterium może być miejsce załadunku i wyładunku towarów.

Przykład 24:
Kierowca ciężarówki mieszkający w Polsce jest zatrudniony przez niemieckie przedsiębiorstwo transportowe. Pracownik wykonuje swoją pracę głównie w Holandii, Belgii, Niemczech, Włoszech oraz Polsce. W danym okresie czasu, np. w ciągu tygodnia (w zasadzie może to być dowolny okres czasu), kierowca załadowuje ciężarówkę 10 razy i rozładowuje ją 10 razy. W zakreślonym okresie czasu, występuje łącznie 20 elementów (10 załadunków, 10 rozładunków) branych pod uwagę przy ustalaniu relacji dotyczących jego czasu pracy. W ciągu tygodnia swojej pracy kierowca dokonuje 2 załadunki i 2 rozładunki w Polsce, będącej jego państwem zamieszkania. Te dwa elementy stanowią łącznie 20% całkowitej liczby elementów, i tym samym wskazują, że kierowca nie wykonuje znacznej części swojej pracy w państwie zamieszkania. W efekcie kierowca podlegać będzie pod niemiecki system ubezpieczeń społecznych i zdrowotnych, z uwagi na fakt, iż tutaj znajduje się siedziba jego pracodawcy.

W przypadku braku możności dokładnego określenia czasu pracy przepracowanego w państwie zamieszkania pracownika, a tym samym, stosując metodę podziału czasu pracy, wystąpienia reguły znacznej części pracy wykonanej w państwie miejsca zamieszkania, dopuszczalne jest zastosowanie innych metod pozwalających na prawidłowe określenie proporcji czasu pracy świadczonej w poszczególnych państwach. Możliwe jest podzielenie wykonanej pracy na różne elementy składowe lub zdarzenia jednostkowe i dokonanie oceny mającej na celu zbadanie i określenie, jaka część pracy została wykonana w państwie zamieszkania. W takiej sytuacji, pod uwagę bierze się liczbę zdarzeń, które miały miejsce w trakcie wykonywania pracy w danym państwie, w stosunku do całkowitej liczby zdarzeń, które wystąpiły w danym okresie czasu. Warunkiem skuteczności tej metody jest oparcie się na modelach pracy obejmujących okres 12 miesięcy.

Poza wyżej wskazanymi kryteriami, przy ustalaniu ustawodawstwa państwa właściwego w zakresie ubezpieczeń, obowiązkowo uwzględnia się sytuację, której wystąpienie jest prawdopodobne w ciągu kolejnych 12 miesięcy kalendarzowych. W przypadku przedsiębiorstwa założonego niedawno, można przy ocenie uwzględnić odpowiednio krótszy okres czasu. Mamy zatem do czynienie z projekcją charakteru dotychczasowej (przeszłej) działalności, jako wskaźnika pozwalającego określić przewidywane (przyszłe) postępowanie. Metoda ta znajduje zastosowanie do przypadków, w których nie jest możliwe ustalenie właściwego prawa ubezpieczeniowego na podstawie zaplanowanych modeli lub harmonogramów pracy. Przepisy rozporządzenia 883/2004, w sposób szczególny regulują problematykę pracy członków załóg lotniczych oraz personelu pokładowego. Zgodnie z art. 11 ust. 5 w/w rozporządzenia, wykonywanie pracy w charakterze członka załogi lotniczej lub personelu pokładowego w lotniczym transporcie pasażerów lub towarów, uznawane jest za pracę wykonywaną w tym państwie, w którym znajduje się port macierzysty statku powietrznego. W przypadku, gdy członek załogi lotniczej lub personelu pokładowego, wykonuje swoją pracę w dwóch lub więcej państwach, tzn. gdy, jest członkiem załogi lotniczej lub personelu pokładowego, u więcej niż jednego przewoźnika, to do celów stosowania art. 13 ust. 1 rozporządzenia 883/2004, podlega on ustawodawstwu tego państwa, w którym znajduje się port macierzysty statku powietrznego. Definicja portu macierzystego znajduje się w załączniku III do rozporządzenia Rady (EWG) nr 3922/91 z dnia 16 grudnia 1991 r. w sprawie harmonizacji wymagań technicznych i procedur administracyjnych w dziedzinie lotnictwa cywilnego (vide art. 14 ust. 5a zd. 2 rozporządzenia 987/2009).

7. Prowadzenie działalności w kilku państwach równocześnie

W myśl art. 13 ust. 2 rozporządzenia 883/2004, osoba wykonująca pracę na własny rachunek w dwóch lub więcej państwach członkowskich, podlega:

przepisom ubezpieczeniowym państwa miejsca swojego zamieszkania, o ile znaczna część jej pracy jest wykonywana w tym państwie,
przepisom ubezpieczeniowym państwa, w którym znajduje się centrum zainteresowania dla prowadzonej działalności, o ile osoba ta nie mieszka w państwie, w którym wykonuje znaczną część swej pracy.

W kwestiach definicyjnych przyjmuje się, że pod pojęciem:
1) "osoba, która normalnie wykonuje pracę na własny rachunek w dwóch lub w więcej państwach członkowskich" - rozumie się, w szczególności, osobę wykonującą, na własny rachunek, równocześnie lub na zmianę, niezależnie od jej charakteru, jeden lub więcej rodzajów pracy, w dwóch lub więcej państwach (vide art. 14 ust. 6 rozporządzenia 987/2009).
2) "znaczna część działalności wykonywana w danym państwie na własny rachunek" - rozumie się znaczną, pod względem ilościowym, część pracy najemnej lub pracy na własny rachunek, wykonywanej w danym państwie, przy czym, bynajmniej nie musi to być koniecznie największa część wykonywanej pracy.

Kryterium, które pozwala określić, czy znaczna część pracy jest wykonywana w danym państwie, polega na uwzględnieniu czynników obejmujących:
wielkość obrotów,
ilość czasu pracy,
liczbę świadczonych usług,
uzyskiwany dochód.

Z założenia, stosując w/w kryteria, uzyskanie wskaźnika na poziomie niższym niż 25%, oznacza, że znaczna część pracy nie jest wykonywana w danym państwie.

Przykład 25:
Przedsiębiorca mieszkający w Polsce prowadzi działalność na własny rachunek na terenie Polski, Austrii i Włoch. Obroty uzyskiwane w związku z prowadzoną działalnością przedstawiają się w następujących proporcjach: 30% w Polsce, 15% w Austrii, 55% we Włoszech. Biorąc pod uwagę wielkości osiąganych obrotów, przedsiębiorca prowadzący działalność w kilku różnych krajach, będzie podlegał polskim przepisom ubezpieczeniowym, gdyż znaczna część jego obrotów uzyskiwana jest na terenie Polski, która jest równocześnie miejscem jego zamieszkania.

3) "centrum zainteresowania dla prowadzonej działalności" - rozumie się miejsce rzeczywistego wykonywania działalności przez osobę działającą na własny rachunek, przy uwzględnieniu wszystkich aspektów prowadzenia działalności zawodowej. Stosując to kryterium, pod uwagę bierze się, w szczególności:
miejsce, w którym znajduje się stałe miejsce prowadzenia działalności,
zwyczajowy charakteru miejsca prowadzenia działalności,

okres trwania wykonywanej działalności w danym miejscu,
liczba świadczonych usług,
szeroko rozumiany zamiar osoby prowadzącej daną działalność, wynikający ze wszystkich okoliczności (vide art. 14 ust. 9 rozporządzenia 987/2009).

8. Świadczenie pracy w jednym państwie i prowadzenie działalności na własny rachunek w innym państwie

W przypadku zbiegu świadczenia pracy najemnej z działalnością prowadzoną na własny rachunek, wskazanie właściwego porządku prawnego dla spraw ubezpieczeniowych następuje w oparciu o art. 13 ust 3 rozporządzenie 883/2004. W myśl tego przepisu, osoba, która normalnie wykonuje pracę najemną w jednym państwie i równocześnie prowadzi działalność na własny rachunek w innym państwie, podlega przepisom ubezpieczeniowym tego państwa, w którym wykonuje swą pracę najemną, lub, jeżeli wykonuje taką pracę w dwóch lub więcej państwach równocześnie, przepisom ubezpieczeniowym państwa określonego zgodnie z art. 13 ust. 1 rozporządzenia 883/2004.

Przykład 26:
Polski pracownik, oprócz świadczenia pracy najemnej na etacie w Polsce, prowadzi dodatkowo działalność na własny rachunek na terenie Słowacji. Z treści *art. 13 ust. 3 rozporządzenia 883/2004, wynika, że osoba taka podlegać będzie wyłącznie pod polskie przepisy ubezpieczeniowe (ubezpieczenie społeczne i zdrowotne).*

9. Praca urzędników służby cywilnej i personelu kontraktowego WE

Zasady dotyczące świadczenia pracy przez urzędników służby cywilnej oraz personel kontraktowy WE uregulowane zostały w art. 11 ust. 3 lit. b) rozporządzenia 883/2004. W myśl tego przepisu, urzędnik służby cywilnej podlega przepisom ubezpieczeniowym tego państwa członkowskiego, któremu podlega zatrudniająca go administracja. W przypadku, gdy osoba zatrudniona przez jedno państwo, jako urzędnik służby cywilnej, wykonuje równocześnie pracę najemną lub prowadzi działalność na własny rachunek, w jednym lub w kilku państwach, podlega ona pod przepisy ubezpieczeniowe tego państwa, któremu podlega zatrudniająca ją administracja (vide art. 13 ust. 4 rozporządzenia 883/2004).

Członkom personelu kontraktowego WE przysługuje możliwość dokonania wyboru systemu ubezpieczeniowego państwa, któremu będą one podlegać w zakresie ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego. Prawo dokonania wyboru prawa właściwego w zakresie ubezpieczeń przysługuje personelowi kontraktowemu jeden raz i nabiera ono mocy począwszy od chwili podjęcia zatrudnienia - tj. zawarcia umowy o pracę (vide art. 15 rozporządzenia 883/2004). Dokonując wyboru prawa właściwego w zakresie podlegania ubezpieczeniu, można oprzeć się na kryteriach:

miejsca zatrudnienia,
ostatniego miejsca podlegania ubezpieczeniu,
obywatelstwa,

Wyjątek, stanowi brak możliwości stosowania wyboru w odniesieniu do przepisów dotyczących zasiłków rodzinnych. Wynika on z faktu, iż zasady przyznawania tych zasiłków zostały objęte i uregulowane odrębnym systemem, stworzonym specjalnie dla personelu kontraktowego. Z chwilą dokonania wyboru porządku właściwego, władza uprawniona do zawierania umowy o pracę, informuje wyznaczoną instytucję państwa, którego system ubezpieczeniowy został wybrany przez członka personelu kontraktowego WE (vide art. 17 rozporządzenia 987/2009).

10. Wyjątki od stosowania art. 11-15 rozporządzenia 883/2004

W myśl art. 16.1 rozporządzenia 883/2004, właściwe władze dwóch lub kilka państw, lub organy wyznaczone przez te władze, mogą za porozumieniem, w interesie niektórych osób, lub niektórych grup osób, przewidzieć wyjątki od stosowania reguł wynikających z art. 11-15 rozporządzenia 883/2004. Wniosek o zastosowanie wyjątków od stosowania przepisów art. 11-15 rozporządzenia 883/2004, powinien zostać złożony przez pracodawcę lub samego zainteresowanego, w miarę możliwości ze stosownym wyprzedzeniem, do właściwej władzy lub organu wyznaczonego przez władzę państwa, którego porządek prawny ma być zastosowany do danego przypadku (vide art. 18 rozporządzenia 987/2009). Przykładem może być sytuacja, w której z góry wiadomo, że delegowanie pracownika będzie trwać dłużej niż 24 miesiące. W takiej sytuacji, pracodawca delegujący pracownika lub sam zainteresowany pracownik, może wystąpić z odpowiednim wnioskiem do właściwej władzy lub wyznaczonej instytucji państwa, którego przepisy i porządek mają być zastosowane do ubezpieczenia delegowanego pracownika, zgodnie z wnioskiem zainteresowanego. W przypadku Polski, stosowny wniosek należy złożyć do Oddziału ZUS w Kielcach.

11. Obywatele państw trzecich - nie będący obywatelami: UE, EOG lub Szwajcarii

Od dnia 01 stycznia 2011r., w stosunku do osób będących obywatelami państw trzecich, wykonujących pracę i przemieszczających się w obszarze UE, zastosowanie ma Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1231/2010 z dnia 24 listopada 2010 r., rozszerzające rozporządzenie 883/2004 i rozporządzenie 987/2009 na obywateli państw trzecich, którzy nie są jeszcze objęci tymi rozporządzeniami jedynie ze względu na swoje obywatelstwo (Dz. Urz. UE L 344 z 29.12.2010 r. str. 1). Przywołane rozporządzenie nie ma zastosowania do państw należących do EOG (tj. Norwegia, Islandia, Liechtenstein), Szwajcarii, a także Danii oraz Wielkiej Brytanii. Art. 1 rozporządzenia 1231/2010, wprowadza regułę w myśl, której rozporządzenia 883/2004 i 987/2009, znajdują zastosowanie do obywateli państw

trzecich, którzy nie zostali objęci w/w rozporządzeniami jedynie ze względu na swoje obywatelstwo oraz do członków ich rodzin i osób pozostałych przy życiu po ich śmierci. Kryterium decydującym o zastosowaniu przepisów rozporządzenia 883/2004 do osób będących obywatelami państw trzecich, w zakresie dotyczącym ustalenia właściwych przepisów ubezpieczeniowych, jest legalne zamieszkiwanie tych osób na terenie jednego z państw członkowskich UE (za wyjątkiem Wielkiej Brytanii oraz Danii) oraz wykonywanie przez nie pracy w innym państwie, niż to, w którym osoby te legalnie zamieszkują.

Przykład 27:
Obywatel Białorusi legalnie mieszkający w Polsce został zatrudniony przez polskie przedsiębiorstwo. Równocześnie pracownik ten został delegowany do wykonywania pracy na terenie Francji. Podczas wykonywania pracy we Francji pracownik taki będzie podlegał polskiemu systemowi ubezpieczeniowemu. Jest to konsekwencja stosowania do niego art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004, w zw. z art. 1 rozporządzenia 1231/2010.

Z uwagi na fakt, iż Wielka Brytania nie przyjęła przepisów rozporządzenia 1231/2010, w stosunku do obywateli państw trzecich wykonujących pracę na terenie Wielkiej Brytanii, w ramach delegowania lub przeniesienia działalności z innego państwa członkowskiego UE (np. z Polski), na terenie którego taka osoba legalnie zamieszkuje (z wyłączeniem Danii), zastosowanie będą miały przepisy określone zgodnie z rozporządzeniem 1408/71. Jest to efekt przyjęcia przez Wielką Brytanię rozporządzenia 859/2003 odnoszącego się do rozporządzenia 1408/71. W przypadku, gdy praca miałaby być wykonywana na terenie Danii, ustalenie ustawodawstwa na podstawie rozporządzenia 883/2004 lub 1408/71 nie byłoby możliwe. Dodatkowo należy pamiętać, że rozporządzenie Rady (WE) nr 859/2003 z dnia 14 maja 2003 r., jest rozporządzeniem rozszerzającym przepisy rozporządzenia (EWG) nr 1408/71 i rozporządzenia (EWG) nr 574/72 na obywateli państw trzecich, którzy nie zostali dotychczas objęci tymi przepisami wyłącznie ze względu na ich obywatelstwo (Dz. Urz. UE L 124 z 20.05.2003, s.1.). Przepisy rozporządzenia 859/2003 nie mają zastosowania do państw należących do EOG (tj. Norwegia, Islandia, Liechtenstein), Szwajcarii oraz Danii.

Przykład 28:
Polska firma budowlana zatrudniła legalnie mieszkającego w Polsce obywatela Ukrainy, który na jej rzecz w okresie od 10 lipca 2013r będzie wykonywał pracę na terenie Wielkiej Brytanii. W stosunku do takiego pracownika z Ukrainy zastosowanie będą miały polskie przepisy dotyczące ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego ustalone zgodnie z rozporządzeniem 1408/71. Wynika to z faktu, iż Wielka Brytania nie

przyjęła rozporządzenia 1231/2010, natomiast przyjęła rozporządzenie 859/2003 odnoszące się do rozporządzenia 1408/71.

Z uwagi na fakt, iż w stosunku do państw należących do EOG (tj. Norwegia, Islandia, Liechtenstein) oraz w stosunku do Szwajcarii i Danii, zarówno przepisy rozporządzenia 1231/2010, jak i przepisy rozporządzenia 859/2003, nie mają zastosowania, obywatele państwa trzeciego, będący pracownikami lub osobami prowadzącymi działalność na własny rachunek, wykonującymi pracę na terenie jednego (lub kilku) z wyżej wymienionych państw, legalnie zamieszkujący na terenie innego państwa członkowskiego UE, nie zostaną oni objęci unijnymi przepisami o koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego. W takich przypadkach nie ma możliwości zastosowania do nich zarówno przepisów rozporządzenia 883/2004, jak i rozporządzenia 1408/71 oraz wydanych na ich podstawie rozporządzeń wykonawczych.

Przykład 29:
Polska firma zatrudniła obywatela Kazachstanu mieszkającego legalnie w Polsce, który ma od 20 lipca 2013r wykonywać pracę na terenie Danii. Zgodnie z rozporządzeniem 1231/2010 do obywatela Kazachstanu nie będą miały zastosowania przepisy rozporządzenia 883/2004, ze względu na nieprzyjęcie przez Danię przepisów rozporządzenia 1231/2010. Nie ma w tym przypadku również możliwości zastosowania przepisów rozporządzenia 1408/71, w związku z tym, iż Dania nie przyjęła również rozporządzenia 859/2003. W efekcie pracownik taki będzie podlegał pod duńskie przepisy dotyczące ubezpieczeń socjalnych i zdrowotnych.

12. Uwagi końcowe

Z analizy przytoczonych wyżej przykładów wynika, że wprowadzenie do regulacji unijnej, zasady lex loci laboris, choć słuszne i mające charakter porządkujący, nie pozwala na jednoznaczne i definitywne wskazanie i wybór właściwego dla pracowników migrujących systemu opieki zdrowotnej. Wyjątki, jakich doświadcza zasada lex loci laboris, powodują, że zapewnienie pracownikom migrującym możliwości pełnej realizacji przysługującego im prawa do opieki zdrowotnej wciąż w dużej mierze ma charakter iluzoryczny. Jeżeli uwzględnimy jeszcze fakt, iż nie rozwiązano pojawiającego się dość powszechnie problemu konieczności doubezpieczenia się pracowników w celu możliwości korzystania ze świadczeń gwarantowanych oraz fakt, tymczasowości pobytu pracownika najemnego w kraju świadczenia pracy, to okazuje się, że wiodący charakter zasady lex loci laboris został istotnie ograniczony i dominować zaczyna element niepewności w zakresie poprawności wyboru prawa właściwego dla opieki zdrowotnej. Kolejnym nierozwiązanym problemem mającym zasadnicze znaczenie dla prawidłowości opieki

zdrowotnej nad pracownikiem migrującym, jest tryb wymiany informacji między systemami opieki zdrowotnej - systemem kraju pochodzenia pracownika najemnego i systemem kraju korzystania ze świadczeń zdrowotnych podczas świadczenia pracy. Bez wątpienia zapewnienie ciągłości transgranicznej opieki zdrowotnej uzależnione jest od możliwości przekazywania danych osobowych pacjenta, zwłaszcza danych dotyczących jego stanu zdrowia. Pomimo, iż problematyka ta została dostrzeżona stosunkowo wcześnie i znalazła swój wyraz w dyrektywie 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995r w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych (Dz. U. L 281 z 23.11.1995, s. 31) oraz w art. 8 Karty Praw Podstawowych UE, nie stanowi ona regulacji satysfakcjonującej.

Maciej Gnela
Katedra Gospodarki i Administracji Publicznej
Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie

Usługi transgraniczne w zamówieniach publicznych[51]

1.1. UE jako konstruktor wspólnego rynku

Procesy wydatkowania z zasobu środków publicznych od zawsze wymagała regulacji normatywnych, niezależnie od przyjętego systemu ustrojowo – politycznego. Błędnie można założyć przy tym, że wdrożenie zamówień publicznych to wyłączna inicjatywa organów UE. W przypadku Rzeczypospolitej Polskiej najczęściej były to nietrwałe rozwiązania nie znajdujące zastosowania w praktyce. Najczęściej kierowano się wytycznymi resortowymi, lub ogólnymi wytycznymi ustawy modelowej UNCITRAL[52] o Zamawianiu Towarów, Robót Budowlanych i Usług[53]. Implementowanie stosownych dyrektyw wcale nie przekreśliło dorobku dotychczasowej doktryny zakupów skarbowych, jedynie przedefiniowało rangę normy nakładanej na jednostki *stationes fisci* Skarbu Państwa. Samo ustawodawstwo UE nie widziało potrzeby wyodrębnienia szczególnych trybów zakupowych w Państwach Członkowskich. Jednakże Komisja Europejska szybko uznała[54], iż zamówienia publiczne wymagają szczegółowych unormowań. Co ciekawe nie ze względów ekonomicznych, ale z

[51] Artykuł powstał w ramach projektu „Konsolidacja teorii współzarządzania publicznego w badaniach nad polityką publiczną. Perspektywa krytyczna, realizowanego przez Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie, Wydział Ekonomii i Stosunków Międzynarodowych oraz sfinansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki przyznanych na podstawie decyzji numer DEC-2012/07/B/HS4/00444"
[52] Komisja ONZ ds. międzynarodowego prawa handlowego.
[53] Przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne ONZ 15 czerwca 1994 (A/49/739), jako rozbudowana wersja ustawy modelowej z 1993, uzupełniona o regulacje dotyczące świadczenia usług.
[54] M. Lemke, *Zamówienia Publiczne w Unii Europejskiej*, Wyd. II poprawione i rozszerzone, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2001, s. 10

powodu wprowadzania krajowych regulacji promujących rodzimych wykonawców[55], ale również w celu zintensyfikowania prac nad stworzeniem wspólnego rynku wewnętrznego realizującego naczelne założenia traktatowe w zakresie swobód przepływu, towarów, usług, obywateli oraz przedsiębiorczości.

Wspomniane swobody przepływu zostały również zaakcentowane w ramach dyrektyw UE a dotyczących wprost zamówień publicznych. Ma to swój wydźwięk w coraz powszechniejszej migracji pracowniczej pomiędzy krajami członkowskimi UE. Są ku temu rozmaite przyczyny, w szczególności wymienianie się wyspecjalizowaną siłą roboczą, koszty pracy, doświadczenie czy też, co najważniejsze z punktu niniejszych rozważań, możliwość powoływania się na potencjał osób trzecich w rozumieniu art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2013 r., Nr 907, ze zm.), zwany dalej „p.z.p." Jak ważne dla całego systemu jest należyte zbadanie wiarygodności podwykonawcy, świadczy treść wyrok ETS „Ballast"[56], który potwierdza obowiązek udowodnienia, iż potencjał na jaki powołuje się wykonawca będzie musiało mieć rzeczywistą wartość, tj. można będzie z niego skorzystać w trakcie realizacji zamówienia publicznego. Teza przytaczanego orzeczenia, kreuje pośrednio także obowiązki zamawiającego, który w tym celu musi z należytą uwaga i rozwagą, badać składane oferty ww. zakresie.

Z drugiej strony ten sam organ władzy sądowej, surowo zabrania[57] nie tylko instytucjom zamawiającym, ale i krajowym prawodawcom, możliwości żądania dokumentów poświadczających właściwości przedmiotowo – podmiotowe wykonawców, spoza tych wymienionych w dyrektywie klasycznej. Ma to uchronić potencjalnych wykonawców przed zbytnią arbitralnością podmiotów prowadzących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym zamawiający musi bardzo precyzyjnie wysnuwać żądania formalne od wszystkich wykonawców, zachowując przy tym baczenie na poszanowanie obowiązujących przepisów prawa powszechnie obowiązującego. Nader niefortunne zjawisko naregulowania pewnych czynności przez ustawodawcę europejskiego, nie daje swobody instytucjom zamawiającym, na tyle aby mogły skutecznie uwydatniać uczciwą konkurencję, eliminując przy tym wszystkie zjawiska o charakterze patogennym dla wspólnego rynku.

---

[55] Patrz. J.A. Winter, *Public procurement in the EEC*, CMLP 1991, t. 28, s. 742 i n., oraz A. Sołtysińska, *Europejskie prawo zamówień publicznych*, Wyd. II, Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 16 i n., także ETS zajmował się kwestią niwelowania zjawisk dyskryminujących wykonawców pochodzących z państw obcych na poziomie normatywnym, np. Orzeczenie z dnia 20 marca 1990 roku w sprawie z powództwa *Du Pont de Nemours Italiana SpA* przeciwko *Unita sanitaria locale No. 2 di Carrara* (C-21/88 – Sprawozdania ETS z 1990 roku, str. I-0889). Tezy tam zawarte potwierdzono kolejnym orzeczeniem ETS C-351/88.

[56] Wyrok ETS z dnia C-389/92

[57] C-71/92, Wyrok C-27 (28, 29)/86

Hipotetyczne uprawnienia zamawiających, pragnących wspierać lokalne rynki pracy, faworyzując przy tym wykonawców podzlecających zadania publiczne, „wygasiło" ostatecznie orzeczenie ETS[58], które zanegowało możliwość przyznawania dodatkowych punktów ofertom w takich okolicznościach, jako niezgodnych nie tylko z art. 49 TUWE, ale również naruszając w całości ówcześnie obowiązującą Dyrektywę 71/305/EWG z dnia 26 lipca 1971 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane[59]. To przesądziło o obowiązku równego traktowania wykonawców niezależnie od miejsca pochodzenia ich pracowników, przy realizacji zamówienia publicznego na obszarze UE[60].

Na obszarze UE uniemożliwia się również praktyki mające na celu omijanie istotnych praw pracowniczych. „Nowa dyrektywa klasyczna"[61], w punkcie 1 preambuły akcentuje potrzebę koegzystencji krajowych regulacji zamówień publicznych, jako spójnych z naczelnymi zasadami Traktatowymi UE, takimi jak swoboda przepływu usług i co się z tematem referatu wiąże zasada wzajemnego uznawania uprawnień. Naturalnie nie są to wartości absolutne, jednak mają one charakter zasadniczy, co oznacza, iż jakiekolwiek ograniczenia mogą być wprowadzana w drodze stosownych przepisów o charakterze incydentalnym (nadzwyczajnym). Np. art. 22 ust. 2 p.z.p. przewiduje możliwość udzielenia zamówienia publicznego wyłącznie wykonawcy, który zatrudnia ponad 50% uznanych jako niepełnosprawne w rozumieniu stosownych przepisów, przy czym ma to służyć nie naruszeniu uczciwej konkurencji, tylko reintegracji osób zagrożonych wykluczeniem społecznym na rynku pracy[62]. Prawodawca unijny akcentuje również ważność procedur zakupowych jako „jeden z instrumentów rynkowych wykorzystywanych w celu osiągnięcia inteligentnego, trwałego wzrostu gospodarczego sprzyjającego włączeniu społecznemu, przy jednoczesnym zagwarantowaniu najbardziej efektywnego wykorzystania środków publicznych."[63]

Powstaje pytanie czy zamawiający (a jeżeli tak to jak daleko) może ingerować w wewnętrzne procesy organizacyjne wykonawców w drodze kształtowania warunków realizacji zamówienia publicznego w oparciu o żądania wskazane w specyfikacji istotnych warunków czy to dostawy, usługi lub roboty budowlanej.

Bezspornym jest, że to zamawiający jest gospodarzem prowadzonych postępowań zakupowych, choć rozporządzeń majątkowych dokonuje jako dysponent

---

[58] C-360/89

[59] Z. Raczkiewicz, *Zamówienia publiczne w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, PRESSCOM, Wrocław 2008, s. 56

[60] Np. Wyrok ETS z dnia 26 kwietnia 1996 roku w sprawie C-87/93

[61] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (00074/2013/LEX - C7-0040/2014 - 2011/0438(COD))

[62] S. Babiarz i inni, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2010, s. 175.

[63] Pkt (2) Preambuły do Nowej Dyrektywy Klasycznej.

mienia publicznego. To oznacza, że może mieć określone żądania wobec przedmiotu zamówienia[64], jeżeli jest to uzasadnione i nie narusza interesu konkretnego wykonawcy. Jednakże oprócz prowadzenia procedur o udzielenie zamówienia publicznego, w ramach zamówień publicznych realizowane są inne założone polityki UE, niezależnie od tego, czy mają charakter pierwotny czy wtórny, akcentowany czy też pomijany w treści aktów prawnych stanowiących kanwę systemu zamówień publicznych. Tą wartością jest m.in. możliwość świadczenia usług przez podmioty zagraniczne.

1.2. Usługi jako przedmiot zamówień publicznych

Dla zamawianych usług, ustawodawca europejski przyjął definicję negatywną, uznając wszystkie odpłatne świadczenia nie mieszczące się w zbiorze dostawy oraz robót budowlanych. W doktrynie prawa cywilnego przyjmuje się, iż usługi polegają w głównej mierze na świadczeniu czynności, niemającej charakteru materialnego, przy czym ujmuje się w tym katalogu wszystkie umowy, które nie polegają na korzystaniu z cudzej rzeczy czy też przeniesieniu własności.[65]

Polski ustawodawca implementując normy prawa UE, powtórzył definicję usługi z dyrektywy klasycznej, przy czym konkretyzacja przedmiotu zamówienia publicznego następuje w drodze Rozporządzeń Prezesa Rady Ministrów[66], opierających się z kolei o regulacje Wspólnego Słownika Zamówień[67] (CPV – z ang. *Common Procurement Vocabulary*). Przyjęty podział dychotomiczny na usługi niepriorytetowe i priorytetowe ma charakter wyłączny[68].

---

[64] Wyrok KIO z dnia 15 grudnia 2010 roku (KIO/UZP 2588/10)

[65] Z. Radwański, J. Panowicz – Lipska, *Zobowiązania – część szczegółowa*. Wyd. 6, C.H. Beck, Warszawa 2005, s. 155

[66] Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym z dnia 28 stycznia 2010 r. (Dz.U. Nr 12, poz. 68) oraz Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie wykazu usług w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym z dnia 3 grudnia 2012 r. (Dz.U. z 2012 r. poz. 1361)

[67] wprowadzony rozporządzeniem Komisji (WE) Nr 2151/2003 z 16 grudnia 2003 r., zmieniającym rozporządzenie Nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego oraz Rady w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (Dz. Urz. UE L 329 z 17 grudnia 2003 r., s. 1), zmieniony rozporządzeniem Komisji Nr 213/2008 z 28 listopada 2007 r., zmieniającym rozporządzenie Nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień oraz dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, dotyczące procedur udzielania zamówień publicznych w zakresie zmiany CPV (Dz. Urz. UE L 74 z 15.3.2008 r., s. 1).

[68] W ostateczności przyjmuje się, że usługa ma charakter niepriorytetowy, jeżeli nie została wyraźnie sklasyfikowana jako usługa priorytetowa, za: M. Gnela, *Umowa ubezpieczenia jako przedmiot zamówienia publicznego*, [w:] B. Gnela (red.) Ubezpieczenia gospodarcze. Wybrane zagadnienia prawne, Wolters Kluwer, Warszawa 2011, s. 279-280

Usługi w ujęciu *sensu largo* ustawy p.z.p., stanowią nie tylko bezpośredni przedmiot zobowiązania publicznego, ale również części składowe realizowanego zadania. Najczęściej będzie to praca nakładcza w ramach umów podwykonawczych, niezależnie od treści zamówienia publicznego (np. usługi inspektorów budowy w ramach robót budowlanych, lub instalacja oraz montaż przedmiotu dostawy), a także świadczenie usług jako podmiot na potencjał który powołuje się wykonawca w ofercie (art. 26 ust. 2b p.z.p.). Mając na względzie tematykę niniejszego opracowania, przyjęto szerszą definicję usługi, jako wszystkich świadczeń, także tych które są częścią składową zamówienia publicznego.

Należy także uznać istnienie usługi w systemie zamówień publicznych jako przedmiotu pośredniego, mającego na celu wyłonienie świadczeniodawców przy realizacji zamówień publicznego (np. usługi doradztwa personalnego).

Mając na względzie powyższe, usługi stanowią nie tylko przedmiot zainteresowania zamawiającego, ale przenikają system na każdym poziomie zarówno przedkomercyjnych jak i kontraktowych etapach zamówień publicznych. Stąd potrzeba niezwykle precyzyjnego działania po stronie instytucji zamawiających przy wyborze wykonawców zadań publicznych. Błędy konstrukcyjne projektowanego zamówienia publicznego odnoszą się nie tylko do wykonawcy, ale również podmiotów od nich uzależnionych gospodarczo (podwykonawcy, pracownicy, członkowie rodzin). W najbliższym czasie powinno to zostać diametralnie zmienione ze względu na rygory art. 18 ust. 2 Nowej Dyrektywy Klasycznej, która nakazuje *a contrario* w całej rozciągłości obowiązywania przepisu aby pomimo korzystności ekonomicznej oferty, eliminować z realizacji zamówienia publicznego, podmioty nieprzestrzegające obowiązków ustawowych, jak również wynikających z układów zbiorowych, związanych z prawem socjalnym i prawa pracy.

W dobie procesów globalizacyjnych, zwiększających dostępność do zamówień publicznych w drodze dynamicznie narastającej konkurencji. Sam proces wymiany pomiędzy krajami, można zmieścić w zakresie definicyjnym usług transgranicznych, czyli wszelkich form działalności gospodarczych gdzie indziej nie sklasyfikowanych, jednostkowe i zawsze odpłatne działalnie usługodawcy, przy czym „granicę" przekracza nie tylko sam usługodawca (wykonawca), ale również usługobiorca (zamawiający), jak również sama usługa[69]. Jest oczywistym, że wzajemna wymiana może nieść za sobą negatywne czynniki związane z rywalizacją handlową, niemniej przepisy stawiają dość surowe wymogi zarówno po stronie wykonawców jak i organizatorów przetargów publicznych.

1.3. Weryfikacja wykonawcy usługi transgranicznej.

[69] J. Barcz (red.) *Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe*, Wydawnictwo Prawo i Praktyka Gospodarcza, Wyd. II poprawione, Warszawa 2003, 83.

Naturalną czynnością przedkontraktową jest należyte zbadanie wiarygodności finansowo – ekonomicznej drugiej strony. Charakterystyczne dla systemu zamówień publicznych jest fakt badania tylko osoby wykonawców, choćby z tego względu, że instytucje zamawiające nie posiadają w większości zdolności upadłościowej i ich wypłacalność jest gwarantowana przez system prawa publicznego. Swoistym wzmocnieniem wiarygodności zamawiającego jest obowiązek przyznawania realizacji zlecenia rządowego oferentowi, którego propozycja mieści się w zakresie definicji najkorzystniejszej oferty, czyli takiej która prezentuje najkorzystniejszy bilans ceny, lub ceny i innych obiektywnych kryteriów odnoszących się do meritum zobowiązania, np. terminu wywiązania się z przyrzeczeń kontraktowych, zastosowania rozwiązań proekologicznych, czy też warunków rękojmi i gwarancji.

Z kolei naczelne zasady prawa zamówień publicznych takie jak równość, uczciwa konkurencja implikuje przekonanie o nieskrępowanej kompetencji uczestników rynku co do ubiegania się o kontrakt publiczny. Uprawnienie jest na tyle szerokie, że przyznaje status wykonawcy nie tylko przedsiębiorcom, ale również osobom nie prowadzącym działalności gospodarczej jak również osób zatrudnionych przez zamawiającego. Nie może to prowadzić do wniosku, iż dozwolone jest obejście obowiązków publicznoprawnych w związku z chociażby zarejestrowaniem przedsiębiorcy, jeżeli będzie on dokonywał czynności handlowych. Idąc dalej tym tropem nie ma w ustawie również żadnych wyłączeń co do podmiotów zagranicznych, czyli takich, którzy mają miejsce zamieszkania lub siedzibę poza obszarem Rzeczpospolitej Polskiej. Tu należy się posiłkować naturalnie prawem pierwotnym UE, które zakłada swobodę przepływu osób.

Weryfikacja osoby świadczeniodawcy musi być zgodna z normami prawa UE, przy czym porządki krajowe Państw Członkowskich UE, do czasu wdrożenia Nowej Dyrektywy Klasycznej mogą pozostawać w pewnej rozbieżności. Nie tylko ze względu na ubogość obowiązujących dotychczas regulacji, ale przedefiniowania zakresu obowiązków instytucji zamawiających o kolejne zadania wynikające wprost z przepisów prawa powszechnie obowiązującego. Pewne cechy są wspólne i mają charakter ogólnoeuropejski, jak w szczególności przestrzeganie zasady równości. Przytoczona norma oznacza takie stworzenie warunków konkurowania, które wyjałowi potencjalną dyskryminację lub faworyzowanie określonego kręgu podmiotów. Przekłada się to również na możliwość weryfikowania ubiegających się o udzielenie zamówieni publicznego, na podstawie tych samych dokumentów i informacji. I tu pojawiają się pierwsze rozbieżności. System prawa polskiego zakłada, że w razie gdy wykonawca nie podpada prawodawstwu III RP, wówczas musi przedłożyć dokumenty „równoważne", o ile takie są wymagane przepisami prawa właściwego dla siedziby

wykonawcy zagranicznego[70]. Tym samym realizowane są założenia swobody działalności gospodarczej przewidzianej dla przedsiębiorców zagranicznych, funkcjonujących na obszarze Rzeczpospolitej Polskiej. Dodatkowo w drodze stosownych przepisów.[71] Dodatkowo należy się kierować wykładnią art. 25 ust. 1 p.z.p., która umożliwia żądania jedynie tych dokumentów które są niezbędne przy prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający podczas badania i oceny ofert musi brać pod uwagę wszystkie okoliczności, które są mu znane, niezależnie od źródła pochodzenia tych informacji. Mogą być to również informacje pochodzące od konkurujących wykonawców[72], jak również wiadomości pozyskane samodzielnie przez zamawiającego. Należy zaakcentować, że są to okoliczności które zamawiający musi wykazać na bazie samodzielnie pozyskanych danych.

Co innego w przypadku Niemieckiej Republiki Federalnej Niemiec. Po pierwsze system tamtejszy nie jest ujednolicony[73], ale wysoce uszczegółowiony. Jest to motywowane korzystaniem z utrwalonych doświadczeń,[74] związanych z wydatkowaniem zasobów publicznych, jak również korzystaniem ze źródeł prawa europejskiego jako zasobu uzupełniającego, a nie kształtującego wewnętrzny porządek prawny. W zależności od rodzaju zamówienia, zamawiający ma praco żądać dokumentów nie tylko zaklasyfikowanych przez przepisy prawne, ale te które okażą się niezbędne, zwłaszcza tych służących sprawdzeniu wiedzy fachowej.[75] Zawsze pozostaje wątpliwość czy taka elastyczność w działaniu instytucji zamawiającej, jednak wskazywanie sztywnych ram działania nigdy nie pozwoli na rzeczowe zbadanie osoby wykonawcy. Argumentem przeciw przyznawaniu swobody zamawiającemu jest możliwość powstania negatywnego zjawiska jakim jest arbitralność decyzyjna. To ryzyko nieakceptowane nie tylko z punktu widzenia obowiązujących przepisów, ale przy uwzględnieniu obecności usługodawców transgranicznych. Podmioty zagraniczne musza mieć pewność wymaganych dokumentów i informacji żądanych przez zamawiającego, zwłaszcza ze względu na odmienne zwyczaje handlowe panujące w miejscu ostatecznego świadczenia usługi.

---

[70] S. Babiarz, *Prawo zamówień…*, s. 206-207

[71] Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231)

[72] Wyrok KIO z dnia 17 maja 2013 roku (KIO 1042/13)

[73] Ujednolicone warunki: zlecania świadczeń budowlanych (VOB/A), wykonywania świadczeń budowlanych (VOB/B), zlecania świadczeń(VOL/A), wykonywania świadczeń (VOL/B), zlecania świadczeń oferowanych przez osoby wykonujące wolny zawód (VOF) są uzupełnieniem do regulacji niemieckiego kodeksu cywilnego (BGB), przy czym istotne jest przestrzeganie innych przepisów, w szczególności okołobudżetowych.

[74] G. Wicik, *Zamówienia publiczne w Niemczech*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2001, s. 9-13

[75] tamże… s. 37

Badanie właściwości wykonawcy prowadzone jest dwutorowo w zakresie zbadania jego właściwości organizacyjnych oraz finansowych, w zakresie możliwości należytego wywiązania się z przyjętego zobowiązania, jak również weryfikacji wykonawców pod kątem negatywnych przesłanek uczestniczenia w zamówieniu publicznym, ze względu na ziszczenia się dyspozycji normy prawnej, nakazującej zamawiającemu wykluczanie wykonawców. Do najczęstszych przyczyn eliminowania wykonawców zalicza się: istnienie przeterminowanych należności publicznoprawnych wobec *fiskusa*, wyrządzenie szkody w trakcie realizacji zamówienia publicznego, czy też skazanie prawomocnym wyrokiem wykonawcę za niektóre przestępstwa karne lub karno – skarbowe. Wyklucza się również wykonawcę, skazanego za jakiekolwiek przestępstwo popełnione w związku z naruszeniem istotnych praw pracowniczych.

Z kolei odrzucenie oferty może nastąpić wyłącznie w razie stwierdzenia przesłanek określonych art. 89 p.z.p. Katalog zamknięty tam zawarty, uwzględnia dwie okoliczności niedookreślone: rażąco niskiej ceny oraz czynu nieuczciwej konkurencji. Wystąpienie którejkolwiek z wymienionych okoliczności, może stanowić zasób informacyjny o naruszaniu istotnych praw pracowniczych, niezależnie od kraju pochodzenia wykonawcy. Rażąco niska cena została słusznie uznana jako kwota nierealna[76] przy wykonywaniu zamówienia publicznego, przy czym musi ona pozostawać w wyraźnej dysproporcji nie tylko w stosunku do innych ofert[77], ale i wartości szacunkowej zamówienia przy uwzględnieniu sytuacji panującej na rynku właściwym dla zamawianego przedmiotu[78]. Zupełnie niedoceniony jest wkład judykatury w tym względzie, bowiem doktryna poprzestaje jedynie na stwierdzeniu rażąco niskiej ceny, nie badając co za taką przeceną się kryje. Można jedynie domniemać, iż owe przewartościowanie jest wynikiem zaniżenia, lub zaniechania uiszczania zgodnych z prawem danin publicznoprawnych lub składek na ubezpieczenia społeczne oraz zdrowotne.

Zachowaniem równie nagannym w systemie zamówień publicznych jest naruszanie nieuczciwej konkurencji. Ustawodawca odsyła w tym względzie do przepisów szczególnych[79], które wywodzą, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami lub prawem, czego efektem jest naruszenie lub stworzenie zagrożenia interesu przedsiębiorcy lub klienta. Jednakże rygorem odrzucenia oferty jest objęty sam fakt złożenia oferty a nie sama jej treść. Najczęściej chodzi o działania związane z eliminowaniem lub niedopuszczaniem podmiotów (w tym zagranicznych) do rynku w drodze dumpingu cenowego lub tworzenia trustów.

---

[76] Wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 17 stycznia 2006 roku (sygn. akt II Ca 2194/05)
[77] Wyrok KIO z dnia 13 maja 2013 roku (KIO 956/13)
[78] Orzeczenie Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 roku (sygn. akt XIX Ga 3/07)
[79] Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. jedn. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.)

Na tle konkurencji krajowej, wykonawcy zagraniczni mogą mieć problemy natury pozaprawnej w rozumieniu zwyczajów miejscowych, obowiązujących warunków (standardów) świadczenia usług, właściwości prawnej, nierzadko dalece odbiegającej od przyjętego porządku UE. To powoduje z kolei niemożność właściwego skorzystania ze środków ochrony prawnej. Innymi słowy zasad równości traktowania wykonawców kończy się na swobodnym dostępie, czyli możliwości złożenia oferty, przy czym system prawny nie niweluje barier jakie powstają w razie migracji usługi na rynku wspólnym UE.

Zakończenie

Procesy unifikacyjne w ramach wspólnego rynku UE można uchwycić również na poziomie zamówień publicznych. Pomimo niewątpliwych barier (językowe, informacyjne, zwyczaje miejscowe), można mieć nadzieje, że postępujące procesy globalizacyjne nie tylko zniosą przytaczane przeszkody, ale również przyczynią się do rozwoju konkurencyjności przedsiębiorców i innych uczestników wolnego rynku. Podmiot zagraniczny, może z powodzeniem nie tylko ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego, ale również przyczyniać się do wzrostu jakości usług. Niestety w obecnym stanie wciąż tworzone są bariery biurokratyczne, przy czym esencja gospodarczej wymiany jakim ma być uczciwość handlowa, nie jest uwydatniana w newralgicznych punktach procedur o udzielenie zamówień publicznych. Zbyt mało uwagi, lub wręcz jej brak, przykuwa się do kwestii poszanowania praw pracowniczych przy realizacji kontraktów rządowych. Ustawodawca nakazuje wykluczanie wykonawców nie tylko dokonujących czynów zabronionych wobec osób wykonujących pracę zarobkową, ale również nakazuje odrzucanie ofert, które mieszczą się w ogólnym zakresie definicyjnym czynów nieuczciwej konkurencji. Jednakże weryfikacja oferty na zamówienie publiczne, napotyka na liczne ograniczenia natury formalnej (ograniczony katalog dokumentów, które można wymagać od wykonawców) czy też ideowej (nie można żądać nadmiernej liczby dokumentów). Oznacza to przesunięcie ryzyka operacyjnego na barki zamawiającego. W obrębie rozważań retorycznych pozostaje odpowiedź na pytanie czy zamawiający ma dostatecznie duże uprawnienia, by dochodzić rzeczywistego profilu ubiegającego się o zamówienie publiczne wykonawcy.

Powyższe przesłanki sytuują zamawiających w pozycji niekorzystnej. Nie mając odpowiednich narzędzi i informacji, wciąż odpowiadają za właściwą eliminację wykonawców, którzy *ex lege* nie mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. To kreuje samodzielne i intuicyjne działanie zamawiających, co przekłada się na często niewłaściwą lub nieprawdopodobnie ryzykowną, z punktu widzenia

legalności, procedurę zawierania umowy o zamówienie publiczne w rozumieniu przepisów prawa zamówień publicznych.

Należy mieść nadzieje, że wdrażając regulacje Nowej Dyrektywy Klasycznej zostaną przewidziane również nowe instrumenty prawne umożliwiające bardziej rzeczową weryfikację wykonawców, ukierunkowaną również na faktyczną eliminację osób naruszających istotne prawa pracownicze, niezależnie od kraju pochodzenia wykonawcy. Nie można natomiast doszukać się instrumentów prawnych nakazujących znoszenie barier przy usługach transgranicznych. Samo umożliwienie złożenia oferty w zamówieniu publicznym, nie przekłada się na możliwość rzeczywistego realizowania samego kontraktu rządowego, przez podmiot zagraniczny. Można też odnieść nieodparte wrażenie, że pomimo zniesienia jakichkolwiek preferencji krajowych w zamówieniach publicznych, wciąż prymat będą wiedli świadczeniodawcy krajowi.

Bibliografia

S. Babiarz i inni, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2010

J. Barcz (red.) *Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe*, Wydawnictwo Prawo i Praktyka Gospodarcza, Wyd. II poprawione, Warszawa 2003

M. Gnela, *Umowa ubezpieczenia jako przedmiot zamówienia publicznego*, [w:] B. Gnela (red.) Ubezpieczenia gospodarcze. Wybrane zagadnienia prawne, Wolters Kluwer, Warszawa 2011

M. Lemke, *Zamówienia Publiczne w Unii Europejskiej*, Wyd. II poprawione i rozszerzone, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2001

Z. Raczkiewicz, *Zamówienia publiczne w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, PRESSCOM, Wrocław 2008

Z. Radwański, J. Panowicz – Lipska, *Zobowiązania – część szczegółowa*. Wyd. 6, C.H. Beck, Warszawa 2005

A. Sołtysińska, *Europejskie prawo zamówień publicznych*, Wyd. II, Wolters Kluwer, Warszawa 2012

G. Wicik, *Zamówienia publiczne w Niemczech*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2001

J.A. Winter, *Public procurement in the EEC*, CMLP 1991, t. 28

Marzena Farion-Rzeźniczak
Szkoła Główna Handlowa w Warszawie

Dobre praktyki zarządzania w polskich przedsiębiorstwach świadczących transgraniczne usługi opieki nad osobami starszymi w Niemczech

1. Wprowadzenie

Celem referatu jest omówienie problematyki związanej z metodami zarządzania ludźmi w przedsiębiorstwach z branży usług opieki nad osobami starszymi, które można wprowadzić do katalogu dobrych praktyk zarządzania w tej branży. W trakcie pogłębionych wywiadów indywidualnych z menedżerami, szczegółowej analizie zostały poddane metody organizowania pracy oraz rozwoju kompetencji personelu opiekuńczego trzech firm świadczących transgraniczne usługi opieki nad osobami starszymi w Niemczech. Podstawowe pytania: czy istnieją szczególne metody zarządzania personelem opiekuńczym i jakie są to metody, prowadzą do wniosków o istocie promowania i implementacji dobrych praktyk w tym obszarze. Inwestycja w personel opiekuńczy od chwili efektywnej rekrutacji, przez rozwój kompetencji i organizację pracy, po rozliczenie i analizę jakości wykonanej pracy, stanowi o wysokiej jakości usług świadczonych przez analizowane przedsiębiorstwa. Wysoka jakość jest jednym z atutów polskich przedsiębiorstw na rynku opieki nad osobami starszymi w Niemczech.

2. Dobre praktyki w zarządzaniu ludźmi

11 stycznia 2005 roku ukazał się raport informacyjny w sprawie stanu współregulacji i samoregulacji na jednolitym rynku, zachęcający podmioty gospodarcze, partnerów społecznych, organizacje pozarządowe lub stowarzyszenia do uchwalania między sobą oraz dla siebie wspólnych wytycznych, w tym kodeksów postępowania czy porozumień branżowych. Postulowano w nim o upowszechnianie dobrych praktyk i rozwijanie poczucia odpowiedzialności podmiotów rynkowych. Niestety nie w każdej branży takie kodeksy istnieją, nie w każdej mają szanse zaistnieć, nie w każdej pewnie jest sens je tworzyć.

Koncepcja najlepszych praktyk (ang. best practices) wywodzi się z dorobku nauki o zarządzaniu przedsiębiorstwem. Idei najlepszej praktyki można doszukiwać się już w pracy F.W. Taylora The Principles of Scientific Management, gdzie pojawia się określenie the one best way (najlepszy sposób), które w pewnej mierze odpowiada współczesnemu pojęciu najlepszych praktyk.[80] Już ponad 100 lat temu Taylor pisał, że wśród różnych metod i sposobów praktykowanych w handlu jest zawsze jedna metoda i jeden sposób, które są lepsze i szybsze od pozostałych. Termin „dobre praktyki" czy też „najlepsze praktyki" stał się w ostatnich latach niezwykle popularny zarówno w kręgach akademickich, jak i albo przede wszystkim biznesowych. W przeglądarce Google wpisując termin „dobre praktyki" pojawia się dziś 81 406 tyś. rekordów, „kodeks dobrych praktyk" - 961 tyś., a „najlepsze praktyki" – 2.580 tyś. rekordów[82]. Zgodnie z art. 2 pkt 5. ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym kodeks dobrych praktyk to zbiór zasad postępowania, a w szczególności norm etycznych i zawodowych, przedsiębiorców, którzy zobowiązali się do ich przestrzegania w odniesieniu do jednej lub większej liczby praktyk rynkowych.
Generalnie można powiedzieć, że dobre praktyki są to wszelkie przedsięwzięcia, które pozwalają na skuteczną i opłacalną realizację zadań i osiąganie celów, ale na potrzeby referatu zastosowanie będzie miała definicja metod zarządzania jako zespołu procedur formalnych i nieformalnych reguł, mechanizmów, działań, które mają wpływ na przebieg procesów planowania, realizacji zadań i kontroli personelu - docelowo na jego jakość pracy. Idea samoregulacji i samokontroli oraz współregulacji została ustanowiona na podstawie porozumienia międzyinstytucjonalnego Parlamentu, Rady i Komisji Europejskiej w sprawie lepszego stanowienia prawa z roku 2003 roku.

---

[80] F.W. Taylora *The Principles of Scientific Management*, Harper & Brothers, New York 1911; zob. biografia Taylora: R. Kanigel, *The One Best Way: Frederick Winslow Taylor and the Enigma of Efficiency*, Penguin Books, New York 1997.

[81] Odczyt 04.06.2014 r.

[82] Dla porównania w wydanej w 2013 roku książce *Dobre praktyki w procesie zarządzania zmianą pojawiają się dane*: „dobre praktyki" – ponad 700 tyś rekordów, „najlepsze praktyki" - 1.960 tyś.; zob. *Dobre praktyki w procesie zarządzania zmianą*, red. K. Safin, Wydawnictwo Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu, Wrocław 2013, s. 10.

Twórcom zależało na „umożliwieniu podmiotom gospodarczym, partnerom społecznym, organizacjom pozarządowym lub stowarzyszeniom uchwalania między sobą oraz dla siebie wspólnych wytycznych na szczeblu europejskim, w tym kodeksów postępowania czy porozumień branżowych".83 Docelowo zasady zebrane w postaci kodeksów dobrych praktyk miały stać się również gwarantem staranności/ rzetelności zawodowej. Czy tak się stało? Niestety nie wszędzie. Ze względu na bardzo niskie sankcje (mają one głównie charakter moralny lub formę napiętnowania), zdarza się, iż samokontrola w postaci kodeksów dobrych praktyk postrzegana jest bardziej jako system ochrony przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi, i to nie tyle w wymiarze dbałości o klienta/ konsumenta, co bardziej kontroli poczynań konkurencji w branży. Zdawkowe i oczywiste niekiedy zapisy kodeksów, usprawiedliwiają stawiane pytania o sens zapisywania treści, które powinny obowiązywać z założenia, jak np.: uczciwość, działanie na korzyść klienta albo rzetelne przygotowanie się i wykonanie usługi na rzecz klienta. Być może dlatego też zagadnienie tworzenia kodeksów dobrych praktyk nie w każdej branży cieszy się popularnością. Ale oczywiście nie można generalizować.

Zarządzanie natomiast „to proces doprowadzania do wykonania określonych rzeczy, sprawnie i skutecznie, wspólnie z innymi ludźmi i poprzez nich"84. Bez względu na to czyją definicję przyjmiemy, bardziej klasyczną czy współczesną85, dostrzeżemy oparcie na procesach zarzadzania, sprowadzonych do kilku podstawowych działań: planowanie i podejmowanie decyzji, organizowanie, przewodzenie oraz kontrolowanie/ rozliczenie. Zebranie różnych definicji i odszukanie w nich spójnych elementów, pozwoliło na utworzenie prostego modelu zarządzania, opartego na cyklu zarządzania:

a. planowanie – przeprowadzane zgodnie z założeniem, iż trzeba znać cel i zaplanować drogę do niego, bo „jeżeli nie zależy ci na tym dokąd chcesz się udać, to nie ma znaczenia, w którą stronę pójdziesz"86;

---

83 cyt. za A. Mokrysz-Olszyńska, *Rola kodeksów dobrych praktyk w ochronie konsumenta* [w:] *Ochrona konkurencji i konsumentów (studia prawno-ekonomiczne)*, red. C. Banasiński, UOKiK, Warszawa 2005, s. 271.

84 S. P. Robbins, D. A. DeCenzo, *Podstawy Zarządzania*, PWE, Warszawa 2002, s. 34.

85 zob. S. Robbins, D. DeCenzo, *Podstawy Zarządzania…*, op. cit., s. 34-35; por. H. Fayol, *Administration Industrielle et Générale*, Dunod, Paryż 1916; H. Koontz, C. O'Donnell, *Zasady zarządzania*, PWN, Warszawa 1969; P. F. Drucker, *Praktyka Zarządzania*, MT Biznes, Warszawa 2005; H. Mintzberg, *The Nature of Managerial Work*, Harper & Row, Nowy Jork 1973; T. Pszczołowski, *Mała encyklopedia prakseologii i teorii organizacji*, Ossolineum, Wrocław - Warszawa - Kraków - Gdańsk 1978, s. 288 R.W. Griffin, *Podstawy zarządzania organizacjami*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2005, s. 6; S. Ghoshal, Ch. Barlett, P. Moran, *A New Manifesto for Management*, „Sloan Management Review" 1999, No. 40, s. 10; J. Brillman, *Nowoczesne koncepcje i metody zarządzania*, PWN, Warszawa 2002.

86 L. Caroll, *Alicja w Krainie Czarów*, http://miwikiki.wikispaces.com/file/view/Alicja+w+Krainie+Czar%C3%B3w.pdf; odczyt 31.08.2014r.

b. realizacja – to etap, na który składa się organizowanie zasobów, przewodzenie, motywowanie, coaching, monitoring przebiegu działań;
c. kontrola - rozumiana jako etap zamknięcia procesu realizacji i rozliczenie wykonania, zarówno jakościowe, jak i ilościowe.

Na każdym z tych trzech etapów zarządzania niezbędna jest komunikacja, którą Drucker wymienił pośród siedmiu czynników skutecznego zarządzania.87 Oczywiście możemy mówić o różnych obszarach i płaszczyznach zarządzania: przedsiębiorstwem, strategiczne, ryzykiem, finansami, zasobami ludzkimi, etc. dlatego też na potrzeby mojego badania ograniczyłam się do obszaru zarządzania personelem opiekuńczym, przechodząc przez cały cykl zarządzania, niemniej jednak skupiając się na metodach zarządzania na etapie realizacji zadań przez personel.

3. Rynek usług opiekuńczych w Niemczech

Zgodnie z przyjętą w Polsce definicją, wprowadzoną Ustawą o pomocy społecznej88, usługi opiekuńcze obejmują pomoc świadczoną osobie, która z powodu wieku, choroby lub innych przyczyn wymaga pomocy innych osób, polegającą na zaspokajaniu codziennych potrzeb życiowych, opiece higienicznej, zaleconej przez lekarza pielęgnacji oraz, w miarę możliwości, zapewnieniu kontaktów z otoczeniem. Za Ustawą Redlińska89, podobnie jak Bundesverband Europäischer Betreuungs- Und Pflegekräfte (Europejskie Stowarzyszenie Personelu Opiekuńczego i Pielęgniarskiego90) w Niemczech definiuje usługi opiekuńcze w trzech obszarach, pokrywających się z polską definicją usług opiekuńczych: pomoc podstawowa codzienna, pomoc pielęgniarsko-opiekuńcza, pomoc specjalistyczna. W niniejszej pracy dla określenia opieki nad osobami starszymi zastosowanie będą miały dwa pierwsze poziomy pomocy.

Sytuacja demograficzna i czynniki społeczne w Europie Zachodniej stały się sprzymierzeńcami rozwoju branży usług opiekuńczych w Niemczech na przestrzeni ostatnich lat. Zmiana struktury demograficznej na rzecz starszej grupy wiekowej ma i nadal będzie miała istotnie pozytywny wpływ na wzrost zapotrzebowania na usługi pielęgniarskie i opiekuńcze.

Wraz ze wzrostem oczekiwanej długości życia liczba starszych osób w Niemczech wzrośnie w kategoriach bezwzględnych. Oczekuje się, że do 2030 roku liczba osób w

---

87 zob. P. Sakowska, *Mistrzowie zarządzania: Peter Drucker*, http://www.treco.pl/wiedza/artykuly-szczegoly/id/1298/page/14/mistrzowie-zarzadzania-peter-drucker/, odczyt 31.08.2014 r.

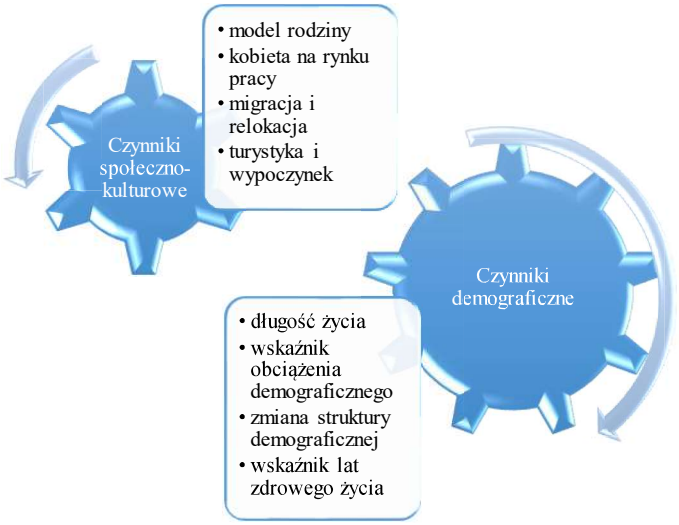
88 Ustawa z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej, Dz.U. 2004 nr 64 poz. 593, http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU20040640593 , odczyt 31.08.20014 r.

89 A. Redlińska, Perspektywy rozwoju podmiotów ekonomii społecznej w branży usług opiekuńczych, Warszawa 2008, s. 5.

90 Tłumaczenie własne.

wieku ponad 80 lat zwiększy się o ponad 70% z 3,7 mln w 2006 roku do 6,0 mln.91 Jednocześnie liczba osób w wieku od 65 do 80 lat wzrośnie z 12,2 mln do 15,8 mln. Jednocześnie dynamicznie będzie rósł wskaźnik obciążenia demograficznego92. Niemiecki Federalny Urząd Statystyczny prognozuje, że wskaźnik ten, który w roku 1990 wynosił 24, w 2005 - 32 wzrośnie do 39 w roku 2020 i do 52 w roku 2030.

Rysunek 1. Czynniki sprzyjające transgranicznemu świadczeniu usług opieki nad osobami starszymi w Niemczeh.



Źródło: Federalny Urząd Statystyczny Niemiec, Bevölkerung deutschlands bis 2050, www.destatis.de; informacje uzyskane w trakcie wywiadu autorki z menedżerami polskich firm świadczących usługi transgraniczne.

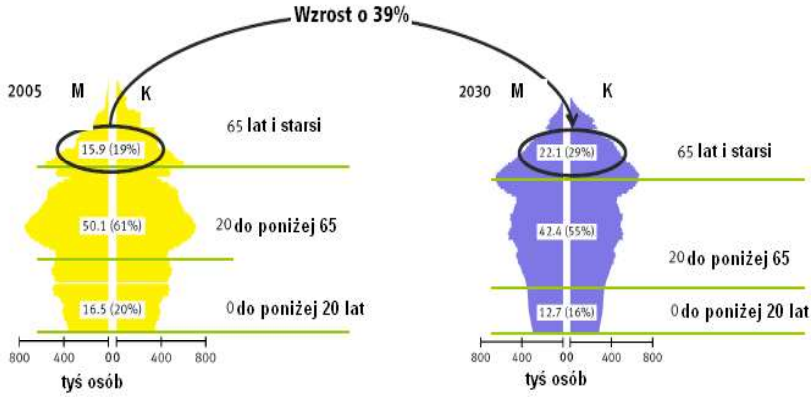
Ponadto warto zauważyć, że zgodnie z danymi z Federalnego Ministerstwa Zdrowia Niemiec, Niemcy mają jedne z najniższych wskaźników lat zdrowego życia wśród krajów Europy Zachodniej. Ocenia się, że Niemiec żyje średnio 22 lata z ograniczeniami w funkcjonowaniu lub ułomnościami, które powodują konieczność opieki lub pomocy pielęgniarskiej.

Generacja osób starszych w Niemczech nie tylko szybko rośnie, ale jest również bardzo silną finansowo grupą docelową. Zgodnie z analizami GFK, grupa osób

[91] Wszystkie dane statystyczne w pracy dot. niemieckich procesów demograficznych pochodzą z baz danych Federalnego Urzędu Statystycznego Niemiec oraz Federalnego Ministerstwa Zdrowia Niemiec.
[92] Wskaźnik obciążenia demograficznego (ang. *old-age dependency ratio)* liczony tutaj jako liczba osób w populacji niemieckiej w wieku 65 lat i więcej na 100 osób w wieku 20-64 lata.

powyżej 65 roku jest drugą, tuż po grupie osób między 40 a 49 rokiem życia, grupą dysponującą ok. 340 mld EUR.93

Rysunek 2. Populacja Niemiec w podziale na grupy wiekowe (w mln).



Źródło: Federalny Urząd Statystyczny Niemiec, Bevölkerung deutschlands bis 2050, www.destatis.de; informacje uzyskane w trakcie wywiadu autorki z menedżerami polskich firm świadczących usługi transgraniczne.

Ostatnie lata przyniosły duże zmiany w zachowaniach społeczno-kulturowych, które stymulują wzrost zapotrzebowania na opiekę: rozpad tradycyjnej wielopokoleniowej rodziny, rosnący udział i znaczenie kobiet na rynku pracy, wyższa migracja i możliwości relokacji, rosnące znaczenie rekreacji i wypoczynku. Wszystko to przyczyniło się do rosnącego trendu tworzenia gospodarstw jednoosobowych, który to jest w Niemczech bardziej widoczny (20% gospodarstw domowych) niż w większości krajów UE-27 (14%). Niemcy mają też znacznie niższą liczbę gospodarstw domowych z dziećmi (36% w porównaniu z 45% w UE-27).

Z danych Federalnego Ministerstwa Zdrowia Niemiec94 wynika, iż obecnie w Niemczech jest około 2,25 mln osób wymagających opieki długoterminowej, z czego 1,53 mln to osoby korzystające z opieki pozaszpitalnej – domowej w podziale na: 1,03 mln to tylko wymogi opieki (Betreuung) i osobami tymi zajmuje się rodzina, nielegalni pracownicy lub firmy delegujące pracowników z Polski oraz 0,5 mln to osoby wymagające opieki medycznej (Pflege), która świadczona jest przez firmy

[93] zob. *GfK Purchasing Power Index 2013*, www.GfK.pl; Badanie siły nabywczej opracowane przez GFK nie bierze pod uwagę regionalnych odchyleń związanych z kosztami utrzymania. Przedstawione dane nie obejmują comiesięcznych potrąceń takich jaki czynsz, płatności związanych z kredytami hipotecznymi oraz indywidualnych płatności do funduszy emerytalnych oraz polis ubezpieczeniowych.
[94] Dane z roku 2009.

dostarczające usługi pielęgniarskie (wizyty w domu). Pozostałe 0,72 mln to pacjenci szpitalni, w domach spokojnej starości i opieki.

Na terenie Niemiec funkcjonuje 11.529 firm świadczących usługi opieki z 236.162 pracownikami, co pokazuje jak mało jest osób do zajmowania się opieką nad osobami starszymi. 95 Sprzyjające jest też nastawienie Państwa, które promuje opiekę w domu, a nie placówkach szpitalnych, a do tego dochodzi jeszcze czynnik społeczny w postaci bardzo złej reputacji domów opieki.

W związku z powyższymi warunkami oczekuje się, że będzie rósł popyt na usługi opieki szpitalnej i pozaszpitalnej (dotyczy osób, którymi opiekują się w domach wyspecjalizowane firmy), wypierając przy tym opiekę domową w rodzinie. Zakłada się, że liczba pacjentów korzystających z pomocy w domu prawie podwoi się do roku 2030. Liczba osób wymagających długoterminowej opieki rosła w Niemczech dynamicznie z 2,1 mln w 2006 roku do 2,4 mln w 2010 roku i eksperci zakładają, że liczba ta zwiększy się prawie o 40% do 3,1 mln osób w 2030 r., co zapewnia silną platformę do wzrostu rynku profesjonalnych usług opieki w domach.

Warto zauważyć, iż w Niemczech wydatki na opiekę są jedne z wyższych w Unii Europejskiej w stosunku do PKB i oczekuje się, że będą one wzrastać z 1,3%PKB w 2000 roku do około 2,4% w roku 2030. Ich wzrost będzie wyprzedzać rozwój gospodarczy wyrażony jako PKB, głównie z powodu rosnącej intensywności kosztowej opieki (wydatki zdrowotne dla osób powyżej 75 roku życia są 4,5 razy wyższe niż dla osób poniżej 65 roku życia).

Ubezpieczenie w zakresie długoterminowej opieki zdrowotnej, wprowadzone 1 stycznia 1995 roku, jest podstawowym zabezpieczeniem społecznym dla osób potrzebujących stałej opieki (pozamedycznej) i objęta jest nim prawie cała populacja Niemiec. Ma ono zapewnić podstawowe świadczenie96, które zazwyczaj wystarcza na pokrycie kosztów usług opieki, a tym samym zapewnia mniejszą zależność od pomocy społecznej. Jeśli płatności pokryte ubezpieczeniem nie są wystarczające do zapewnienia wystarczającej opieki zdrowotnej, są uzupełniane przez dodatkowe środki pomocy społecznej (w 2003 roku dotyczyło to mniej niż 5% pacjentów pozaszpitalnych i mniej niż 25%pacjentów szpitalnych). Dzięki takiemu finansowaniu dwie trzecie osób korzystających z pomocy zdecydowało się zostać w domu.

---

[95] Dane za lata 2008 oraz 2007.

[96] Wysokość zasiłku opiekuńczego (Pflegegeld) – w zależności od stopnia niepełnosprawności (Pflegestufe) wynosi w Niemczech: Pflegestufe 1 – 235 EUR, Pflegestufe 2 – 440, Pflegestufe 3 – 700. Przy opiece krótkotrwałej i „wytchnieniowej" raz w roku przysługuje dodatek dla wszystkich stopni niepełnosprawności i wynosi w roku 2012 - 1.550 EUR. W celu przystosowania domu do potrzeb osoby wymagającej opieki przysługuje dodatek w wysokości ok. 2.500 EUR. Koszty usług pomocy w gospodarstwie domowym mogą być odliczone od podatku.

4. Polskie przedsiębiorstwa na rynku usług opieki nad osobami starszymi w Niemczech

Z danych Instytutu Zatrudnienia Transgranicznego wynika, że od lipca 2011 roku do końca czerwca 2012 roku, delegowaniem pracowników za granicę (wszystkie branże) zajmowało się ok. 21 tys. polskich przedsiębiorstw. Głównie były to spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (ponad 3,5 tys. spółek) oraz firmy jednoosobowe (ponad 9,5 tys. podmiotów). Polscy przedsiębiorcy delegowali w tym czasie ponad 215 tys. pracowników97. Baza konkurencji przygotowana przez polskie przedsiębiorstwa zrzeszone w Sekcji Agencji Opieki przy Stowarzyszeniu Agencji Zatrudnienia spośród 21 tyś. polskich przedsiębiorstw zajmujących się świadczeniem usług transgranicznych w UE, wymienia 218 firm zajmujących się transgranicznym świadczeniem usług opieki nad osobami starszymi w Niemczech98.

W artykule „Jaką pracę znajdziesz w Niemczech w 2013 roku?"99, odnajdujemy informację, iż na czołowym miejscu znalazł się opiekun/ opiekunka osób starszych, co wiąże się z prognozami, iż w roku 2020 w Niemczech brakować będzie 174 tys. opiekunów. Co dostarcza kolejnych argumentów polskim przedsiębiorcom do świadczenia usług opieki nad osobami starszymi w Niemczech.

Do dziś na duże zapotrzebowanie na usługi opieki nad osobami starszymi odpowiedziała niewielka liczba, w stosunku do zapotrzebowania, podmiotów świadczących opiekę w grupie pacjentów pozaszpitalnych:

- 9-10 tysiącom osób – firmy z CEE świadczące usługi opieki.
- 800-900 tysiącom osób – rodzina, znajomi i sąsiedzi.
- 100-200 tysiącom osób – nielegalni pracownicy / szara strefa.
- 504 tysiącom osób opiekę medyczną – firmy świadczące usługi pielęgniarskie.

Konkurencją dla polskich firm, choć wydaje się, że wcale nie groźną przy tym potencjale rynku, są niemieckie firmy świadczące usługi pielęgniarskie (Pflegedienste), krótkoterminowe wizyty oraz proponujące opiekę leczniczą (np. wizyta terapeutów, opieka pooperacyjna, itp.). Sporadycznie świadczą one usługi permanentnej opieki 24h, która jest ok. trzykrotnie droższa w porównaniu do firm z CEE. Specyficzny rodzaj konkurencji na rynku usług opiekuńczych w Niemczech stanowią też dwie największe chrześcijańskie organizacje charytatywne: Caritas i

---

97 *IZT: nowa dyrektywa doprowadzi do upadku 15 tys. polskich firm,* http://wyborcza.biz/biznes/1,100969,13362386,IZT__nowa_dyrektywa_doprowadzi_do_upadku_15_tys__polskich.html#ixzz2Ma0TSorg, odczyt 07.02.2013 r.

98 Dane z marca 2013 roku.

99 *Jaką pracę znajdziesz w Niemczech w 2013 roku?,* http://praca.wp.pl/title,Jaka-prace-znajdziesz-w-Niemczech-w-2013-roku,wid,15248693,wiadomosc-zagranica.html?ticaid=1102ab, odczyt 14.01.2013 r.

Diakonie, oferujące usługi głównie w domach opieki, a jeśli w domu osób starszych to wyłącznie płatne za godzinę, co również sprawia, że stają się one wielokrotnie droższe w porównaniu do całodziennej usługi polskich firm o podobnym standardzie.

5. Dobre praktyki w zarządzaniu personelem opiekuńczym

W lutym i marcu 2014 roku przeprowadziłam rozmowy z menedżerami zarządzającymi trzema polskimi firmami świadczącymi transgraniczne usługi opieki. Byli to lider na rynku opieki oraz dwie inne duże firmy, posiadające min. 200 kontraktów/ klientów. Wszystkie te firmy rekrutują personel ta terenie całego kraju, posiadają swoje siedziby w trzech różnych częściach Polski. Na udostępnienie swoich informacji zgodziło się dwóch rozmówców, trzeci udzielał informacji ogólnych, niechętnie rozwijając zagadnienia. Wywiady zostały podzielone na trzy obszary zarządzania personelem opiekuńczym:

- komunikacja,
- procedury i procesy w podziale na rekrutacyjne, organizacji pracy, rozwoju kompetencji, rozliczania pracy,
- rozwój kompetencji ze szczególnym uwzględnieniem szkoleń wstępnych, szkoleń językowych, szkoleń merytorycznych dot. opieki, szkoleń z samopomocy/ miękkich, warsztatów praktycznych.

W wyniku grupowania i analizy uzyskanych informacji w poszczególnych obszarach, otrzymałam pewien zestaw zachowań i działań, które powtarzają się we wszystkich trzech organizacjach i które zostały zaprezentowane poniżej.

5.1. Szczegółowo opisane procedury i procesy

W obszarze standardów, procedur i spisanych procesów materiał został podzielony na procedury rekrutacyjne, organizacji pracy, rozwoju kompetencji oraz rozliczania z realizacji zadań.

Proces rekrutacji we wszystkich trzech firmach prowadzony jest przez rekruterów z doświadczeniem w doradztwie zawodowym, z wykształceniem psychologicznym i socjologicznym. Opiekunki i opiekunowie rekrutowani są w oparciu o wystandaryzowane wywiady pogłębione, oparte na ankiecie, niekiedy wspierane systemem. W zakresie znajomości języka przeprowadzana jest weryfikacja stopnia znajomości języka i grupowanie, które następnie wykorzystywane jest w procesie szkoleniowym.

Kolejnym obszarem opisanym w procedurach jest proces organizacji pracy opiekunek od dopasowywania profili opiekunki i klienta, przez logistyczne procedury organizacji wyjazdu oraz merytoryczne przewodniki dot. m.in. pracy opiekuna osób starszych, po

zasady wprowadzenia pracownika po stronie niemieckiej (komunikacji, relacji z rodziną pacjenta) i organizację jego powrotu.
Również wszystkie firmy mają wdrożone systemy i procedury rozliczenia pracowników z wykonanej pracy. Zgodnie z założeniami wyjazd oceniany jest zarówno przez klienta, jak i przez pracownika. Informacją zwrotną od klienta (jego rodziny) jest wypełniona ankieta lub kontakt telefoniczny, w przypadku reklamacji – zgłoszenie pisemne. Z pracownikami po powrocie przeprowadzana jest rozmowa telefoniczna oraz udzielana informacja zwrotna podczas spotkań podsumowujących. Pracownicy również wypełniają ankiety dot. klientów i pracy, a wnioski przenoszone są następnie do baz danych o klientach. Każda z organizacji posiada wystandaryzowane ankiety satysfakcji opiekunek i ankiety satysfakcji klienta.

5.2. Rozwój kompetencji

Proces rozwoju kompetencji z jednej strony wydaje się być najsłabiej rozwinięty, ze względu na brak procedur i ścieżek kariery – występują one jedynie w jednej ze spółek, dwie pozostałe są w trakcie wdrażania odpowiednich procedur - a z drugiej strony, to właśnie w tym obszarze mamy do czynienia z rozbudowaną siatką szkoleń, wpływających na rozwój kompetencji pracowników i jakość świadczonych usług.
Już na wejściu do organizacji przeprowadzana jest szczegółowa analiza kompetencji i umiejętności pracowników, które następnie są rozwijane w trakcie pracy. Zebrane dane pozwalają na pogrupowanie szkoleń przeprowadzanych w organizacjach na cztery grupy szkoleń: wprowadzające, językowe, merytoryczne dot. opieki i miękkie dot. samopomocy. Poniżej skrótowo opisuję powtarzające się zagadnienia szkoleniowe, które mają bezpośredni wpływ na bezpieczeństwo i komfort pracy personelu opiekuńczego oraz jakość świadczonych usług opieki.

- Szkolenia wstępne dotyczą firmy, jej kultury organizacyjnej, zasad i standardów współpracy, pracy opiekunek oraz różnic kulturowych. W jednej z firm jest to szkolenie na tyle rozbudowane, że istnieje odrębne dot. pracy w organizacji i drugie dot. pracy opiekunki za granicą.
- Szkolenia językowe prowadzone są stacjonarnie, e-learningowo, regionalnie w oparciu o specjalnie przygotowany zakres tematyczny; grupy budowane są wg stopnia znajomości języka, od grup początkowych po kursy doszkalające; dwie firmy mają również wynegocjowane zniżki w szkołach językowych dla swoich pracowników.
- Szkolenia merytoryczne z opieki to głównie szkolenia wewnętrzne w ramach szkolenia wprowadzającego lub doszkalającego oraz warsztaty praktyczne, np. z technik transferowania osób obłożnie chorych oraz obowiązkowe szkolenia z pierwszej pomocy. Dwie firmy uczestniczyły także w dotychczasowych edycjach szkoleń przygotowywanych przy współpracy z

TÜV Rheinland100, na które kierowani byli pracownicy z dobrą znajomością języka niemieckiego i które kończyły się certyfikowanym egzaminem teoretycznym i praktycznym.

- Szkolenia/ kursy samopomocy, określane również jako szkolenia miękkie przeprowadzane są głównie ze względu na to, iż zawód opiekuna osób starszych należy do grupy najbardziej obciążających zawodów. Elementy samopomocy są ważną częścią wszystkich szkoleń, zwłaszcza wprowadzających oraz okolicznościowych spotkań integracyjnych. Techniki relaksacyjne, asertywność, znajomość prawa i możliwości otrzymania wsparcia ze strony firmy oraz radzenie sobie ze stresem, szczególnie w trudnych sytuacjach (np. śmierć podopiecznego) to najczęściej poruszane zagadnienia szkoleń miękkich.

5.3. Komunikacja

Komunikacja zatacza krąg nad całym procesem zarządzania i rozwoju kompetencji pracowników. Bez efektywnej komunikacji z pracownikami trudno mówić o efektywnym zarządzaniu i wymiernych korzyściach. Pracownicy muszą wiedzieć jak i czego się od nich oczekuje, jak mają swoją pracę wykonać oraz jak będą z tej pracy rozliczeni. Jednocześnie w trakcie realizacji zadań powinni czuć się bezpiecznie i komfortowo, zwłaszcza w sytuacji świadczenia usług poza granicami swojego kraju, wykonując trudny zawód opiekuna osób starszych. W procesie komunikacji punktem wyjścia jest podmiotowe podejście do pracownika. Wszystkie firmy mają przygotowane procedury dot. kontaktu z pracownikami na każdym szczeblu oraz na każdym etapie współpracy. Call center działające 24h oraz telefony alarmowe, umożliwiają bezpośredni kontakt z firmą w każdej chwili. Zgodnie z przyjętymi w organizacjach zasadami, kontakt z pracownikiem wyjeżdżającym następuje przed wyjazdem drogą telefoniczną, poprzez sms i mailowo. Do pracowników przesyłane są paczki z dokumentami oraz przewodnikami, słowniczkami i innymi materiałami pomocniczymi. Podobnie, najpóźniej w drugiej dobie po przyjeździe opiekunki na miejsce, obowiązują procedury kontaktu i weryfikacji stanu pacjenta. Wszystkie firmy dysponują również procedurami kontaktu i postępowania w sytuacjach kryzysowych i awaryjnych. Po powrocie do kraju przeprowadzana jest rozmowa telefoniczna z opiekunką, odbywają się spotkania podsumowujące wyjazd, wypełniane są ankiety satysfakcji pracownika. Dwie firmy z omawianych przygotowują spotkania świąteczne lub integracyjne połączone z wymianą doświadczeń oraz informacji i/lub szkoleniem.

[100] Szkolenie „szyte na miarę" przez TÜV Rheinland - TÜV Akademia Polska dla opiekunów osób starszych, przygotowane na zamówienie firm z branży opieki nad osobami starszymi, zrzeszonych w Stowarzyszeniu Agencji Zatrudnienia www.saz.org.pl , www.tuv.com.

W przypadku zdiagnozowania potrzeby poprawy jakości pracy pracownika, realizowane są spotkania naprawcze, tzw. trudne rozmowy z planem rozwojowym i cykl indywidualnych spotkań.

6. Zakończenie

Z zebranych informacji wynika, iż wszystkie trzy firmy posiadają opisane zasady i procedury rekrutacji, organizacji pracy oraz rozliczenia z realizacji zadań personelu opiekuńczego. Wszystkie trzy priorytetowo traktują podmiotowe podejście do pracowników w procesie komunikacji na każdym etapie współpracy, tworząc szczegółowe procedury kontaktu z opiekunkami. W obszarze rozwoju kompetencji personelu opiekuńczego również wszystkie kładą bardzo duży nacisk na jakość szkoleń merytorycznych i językowych oraz przygotowanie swoich pracowników w tym obszarze. Zestawiając te informacje można pokusić się o stwierdzenie, iż są to dobre praktyki zarządzania personelem opiekuńczym. Wszystkie wymienione elementy mają istotny wpływ na jakość pracy polskich pracowników w sektorze opieki nad osobami starszymi za granicą. Wysoka jakość pracy polskich pracowników ma z kolei wpływ na postrzeganie polskich przedsiębiorstw za granicą. Ostatnie pytanie: czy jakość świadczonych usług opieki oraz wizerunek polskich przedsiębiorstw za granicą mają wpływ na sukces tych przedsiębiorstw? Mawia się, iż trudno o lepszy i bardziej przewidywalny rynek, oferujący tak duży potencjał wzrostu dla przedsiębiorstw z Europy Środkowo – Wschodniej niż rynek opieki nad osobami starszymi w Niemczech. Zaprezentowane wyniki rozmów z menedżerami zdecydowanie potwierdzają ten fakt, jak również umiejętne i szybkie dostosowanie się polskich przedsiębiorców do warunków stworzonych w maju 2004 roku. Godne zauważenia i naśladowania są dobre praktyki zarządzania, które tylko utwierdzają w przekonaniu o wysokiej jakości usług świadczonych przez polskie przedsiębiorstwa, które mogą stać się przyczynkiem do sukcesu, a na pewno argumentem w dyskusji na temat konkurowania jakością, a nie ceną świadczonych usług.

Bibliografia

Książki:
1. J. Brillman, Nowoczesne koncepcje i metody zarządzania, PWN, Warszawa 2002.
2. P. F. Drucker, Praktyka Zarządzania, MT Biznes, Warszawa 2005.
3. H. Fayol, Administration Industrielle et Générale, Dunod, Paryż 1916.

4. R.W. Griffin, Podstawy zarządzania organizacjami, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2005.
5. R. Kanigel, The One Best Way: Frederick Winslow Taylor and the Enigma of Efficiency, Penguin Books, New York 1997.
6. H. Koontz, C. O'Donnell, Zasady zarządzania, PWN, Warszawa 1969.
7. A. Redlińska, Perspektywy rozwoju podmiotów ekonomii społecznej w branży usług opiekuńczych, Warszawa 2008.
8. F.W. Taylora The Principles of Scientific Management, Harper & Brothers, New York 1911.
9. H. Mintzberg, The Nature of Managerial Work, Harper & Row, Nowy Jork 1973.
10. A. Mokrysz-Olszyńska, Rola kodeksów dobrych praktyk w ochronie konsumenta, [w:] Ochrona konkurencji i konsumentów (studia prawno-ekonomiczne), red. C. Banasiński, UOKiK, Warszawa 2005.
11. T. Pszczołowski, Mała encyklopedia prakseologii i teorii organizacji, Ossolineum, Wrocław - Warszawa - Kraków - Gdańsk 1978.
12. S. P. Robbins, D. A. DeCenzo, Podstawy Zarządzania, PWE, Warszawa 2002.
13. Dobre praktyki w procesie zarządzania zmianą, red. K. Safin, Wydawnictwo Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu, Wrocław 2013.

Artykuły i studia:

1. S. Ghoshal, Ch. Barlett, P. Moran, A New Manifesto for Management, „Sloan Management Review" 1999, No. 40.
2. P. Sakowska, Mistrzowie zarządzania: Peter Drucker, http://www.treco.pl/wiedza/artykuly-szczegoly/id/1298/page/14/mistrzowie-zarzadzania-peter-drucker/, 31.08.2014 r.
3. IZT: nowa dyrektywa doprowadzi do upadku 15 tys. polskich firm, http://wyborcza.biz/biznes/1,100969,13362386,IZT__nowa_dyrektywa_doprowadzi_do_upadku_15_tys__polskich.html#ixzz2Ma0TSorg, 07.02.2013 r..
4. Jaką pracę znajdziesz w Niemczech w 2013 roku?, http://praca.wp.pl/title,Jaka-prace-znajdziesz-w-Niemczech-w-2013-roku,wid,15248693,wiadomosc-zagranica.html?ticaid=1102ab, 14.01.2013 r..
5. Nasi pracownicy mogą przestać być konkurencyjni, http://edgp.gazetaprawna.pl/index.php?act=mprasa&sub=article&id=44175028.02.2013 r..

Akty normatywne:

Ustawa z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej, Dz.U. 2004 nr 64 poz. 593, http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU20040640593.

Inne źródła:
1. Deutschland in Zahlen, Ausgabe 2007, IdW, Köln 2007.
2. European Confederation of Care Home Organizations, www.echo-eu.com.
3. European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2003, http://www.esds.ac.uk.
4. Eurostat, Key Figures on Europe 2009, www.epp.eurostat.ec.europa.eu.
5. Eurostat, Living Conditions in Europe 2008, www.epp.eurostat.ec.europa.eu
6. Federalny Urząd Statystyczny Niemiec, Bevölkerung deutschlands bis 2050, www.destatis.de.
7. GFK GeoMarketing, kwiecień 2008, http://www.gfk-geomarketing.de/kundenzeitschrift_enews/gfk_geomarketing_magazin/022008/gfk_kaufkraft_nach_altersklassen.html.
8. Initiative Neue Soziale Marktwirtschaft, Zukunft der Pflege 2007, http://www.insm.de.
9. L. Caroll, Alicja w Krainie Czarów, http://miwikiki.wikispaces.com/file/view/Alicja+w+Krainie+Czar%C3%B3w.pdf.

Strony internetowe:
1. www.aterima.pl
2. www.caritas.de
3. www.delegowanie.pl
4. www.diakonie.de
5. www.epp.eurostat.cec.eu.int
6. Federalne Ministerstwa Pracy i Spraw Socjalnych Niemiec www.bmas.de
7. Federalne Ministerstwo Zdrowia Niemiec www.bmg.bund.de
8. www.gfk-geomarketing.com
9. www.gkt-serwis.pl
10. Główny Urząd Statystyczny, Portal Informacyjny www.stat.gov.pl/gus
11. Inicjatywa Mobilności Pracy www.inicjatywa.eu
12. www.interkadra.pl
13. Izba Pracodawców Polskich www.ipp.org.pl
14. www.jazlowiecka.pl
15. www.promedica24.pl
16. Sekcja Agencji Opieki www.sao.org.pl
17. Stowarzyszenie Agencji Zatrudnienia www.saz.org.pl
18. www.tuv.com

II
Polityka oparta na faktach

Marek Benio
Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie

Koszty pracy pracowników delegowanych[101]

Raport z badania pilotażowego

TŁO I UZASADNIENIE POTRZEBY BADAŃ

Delegowanie pracowników w ramach swobody świadczenia usług na jednolitym rynku Unii Europejskiej jest szczególną formą mobilności pracy, w której praca jest nośnikiem usługi. Praca za granicą nie wiąże się w tym przypadku z koniecznością trwałej migracji zarobkowej do innego państwa członkowskiego. Posiada za to wszystkie zalety pracy za granicą, gdzie zarabia się więcej oraz wszystkie zalety pozostania w kraju, gdzie wydaje się mniej. Taka oczywista korzyść występuje naturalnie tylko w przypadku różnicy w poziomie rozwoju gospodarczego państwa, w którym ma siedzibę usługodawca i państwa, na terenie którego świadczona jest usługa. Pod tym względem Unia Europejska jest wyraźnie, choć nie bez wyjątków, podzielona na państwa wysyłające i państwa przyjmujące. Do pierwszej grupy zaliczyć należy przystępujące do UE od 2004 r. państwa Europy Środkowo Wschodniej, a po kryzysie roku 2008 także państwa Półwyspu Iberyjskiego. Najwięcej pracowników delegują usługodawcy mający swoją siedzibę w Polsce. Do drugiej grupy należą państwa tzw. starej piętnastki, w szczególności Niemcy, Francja, Belgia, Holandia, kraje nordyckie, Wielka Brytania i Włochy. Francję i Niemcy, które po Polsce delegują najwięcej pracowników należałoby zakwalifikować do obu grup. Te dwa państwa przyjmują też największą liczbę pracowników delegowanych z innych państw. Liczba delegowanych i przyjmowanych pracowników w zasadzie bilansuje się. Na ich tle

[101] Badanie pilotażowe przeprowadzono w ramach projektu badawczego finansowanego przez Narodowe Centrum Nauki pt. „Zastosowanie interaktywnych metod rządzenia w kształtowaniu polityki społecznej" nr UMO-2011/03/B/HS5/00899

Polska jest największym eksporterem usług netto w Unii Europejskiej, zaś Belgia największym importerem usług netto.

Delegowanie pracowników, poza ważną funkcją alokacji zasobów pracy, zawiera także niezwykle ważne, bo oparte o gospodarkę rynkową, narzędzie polityki spójności Unii Europejskiej. Usługi świadczone przez zagraniczne firmy usługowe zamawiane są zwykle tam, gdzie brakuje lokalnego usługodawcy. Przyczynia się do stopniowego zmniejszania różnic w rozwoju gospodarczym państw „starej" i „nowej" Unii, wzmacniając jednocześnie konkurencyjność zewnętrzną UE w gospodarce światowej. Efekt spójności będzie tym silniejszy im bardziej dynamicznie rozwijać się będą usługi transgraniczne świadczone przez usługodawców z „nowych" państw UE. Jednocześnie delegowanie pracowników zapobiega lub zmniejsza efekt drenażu kapitału ludzkiego z postsocjalistycznych państw członkowskich, w których kapitał ludzki jest jedynym kapitałem. Rozwój usług transgranicznych jest w interesie całej Unii Europejskiej, sprzyja integracji i wyrównywaniu poziomu rozwoju gospodarczego „w górę". Propagowanie mobilności pracy, opartej m.in. o swobodę świadczenia usług jest jednym z priorytetowych zadań Komisji Europejskiej.

Zasady, na których opiera się swoboda świadczenia usług i konieczne dla jej realizacji delegowanie pracowników zostały wypracowane z największym trudem. Znoszenie barier w swobodnym świadczeniu usług zajęło Wspólnocie najwięcej czasu (na tle innych wolności UE) i trudno mówić dziś o zakończeniu tego procesu. Punktem zwrotnym w historii swobody świadczenia usług okazał się wyrok ETS w sprawie Rush Portughesa, w którym Trybunał podkreślił, że pracownicy czasowo wykonujący usługę na terenie innego państwa członkowskiego nie uzurpują sobie prawa do miejsc pracy w tym państwie, ponieważ po wykonaniu usługi wracają do kraju. Po względnym uspokojeniu nastrojów protekcjonistycznych i powszechnym uznaniu, że ze strony pracowników delegowanych nie należy obawiać się dumpingu socjalnego, doszło do uchwalenia dyrektywy 96/71/WE w sprawie pracowników delegowanych, zwanej dalej dyrektywą podstawową.

Nie wdając się w szczegóły, które nie powinny być przedmiotem tego opracowania, regulacje dotyczące prawa pracy i ubezpieczeń społecznych w przypadku pracowników delegowanych pozwalają im zarabiać za granicą znacznie wyższe wynagrodzenie niż za tę samą pracę otrzymaliby w kraju. Jednocześnie koordynacja systemów zabezpieczenia społecznego chroni ich przed fragmentaryzacją okresów ubezpieczeniowych pomiędzy różnymi systemami i pozwala na pozostanie w ubezpieczeniu społecznym jednego państwa mimo czasowego wykonywania pracy w innym państwie lub mimo pracy naprzemiennej wykonywanej na terenie dwóch lub

więcej państw członkowskich. Ten mądry kompromis sprzyjający mobilności usług utrzymywał się do 2016 roku.

W międzyczasie ochrona praw pracowników delegowanych została znacznie wzmocniona przez uchwalenie tzw. dyrektywy wdrożeniowej w 2014 roku. Upoważniono państwa członkowskie do stosowania rozległego zestawu środków kontrolnych mających na celu wyeliminowanie nieuczciwych podmiotów używających delegowania pracowników jako zasłony dla delegowania zwrotnego, fałszywego samozatrudnienia czy nadużywania systemów zabezpieczeń społecznych przez tworzenie firm skrzynek pocztowych. Dyrektywa wzmocni też współpracę transgraniczną instytucji kontrolnych pozwalając m.in. na wykorzystanie systemu IMI. Ułatwi ona także transgraniczną egzekucję kar i grzywien. Nade wszystko jednak przyczyni się do poprawy zaufania wobec prawa oraz do pewności obrotu poprzez zwolnienie usługodawców z odpowiedzialności za nieznajomość prawa w przypadku gdy nie znalazło się ono na oficjalnej stronie internetowej, które każde państwo członkowskie ma obowiązek stworzyć z myślą o pracownikach delegowanych i ich pracodawcach z innych państw członkowskich.

Okres na transpozycję zapisów dyrektywy wdrożeniowej do porządków prawnych państw członkowskich upłynął w czerwcu 2016 roku. Monitorowanie skutków tej regulacji, a zwłaszcza praktyk administracyjnych wprowadzanych na jej podstawie zabierze co najmniej kolejne dwa lata. Wziąwszy to pod rozwagę oraz mając w pamięci trudne, pełne emocji, negocjacje jakie towarzyszyły wypracowaniu kompromisu w przypadku dyrektywy wdrożeniowej, dziwi pośpiech Komisji Europejskiej w doprowadzeniu do rewizji dyrektywy podstawowej. Pośpiech ten jest tak wyraźny, że z pierwotnej deklaracji wprowadzenia tzw. Pakietu Mobilności obejmującego bardzo ambitny plan kompleksowego przeglądu zasad zarówno prawa pracy jak i koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego, pozostała tylko rewizja dyrektywy podstawowej. Skupienie się na pracownikach delegowanych, którzy stanowią margines mobilności pracy jest niezrozumiałe. Pośpiech Komisji dziwi także partnerów społecznych, którym nie dano możliwości uczestnictwa w zwykłych w takiej sytuacji konsultacjach społecznych. Przedmiotem konsultacji ogłoszonych jesienią 2015 roku był szeroki Pakiet Mobilności Pracy, ze szczególnym uwzględnieniem ubezpieczeń społecznych. Tymczasem ogłoszona 8 marca 2016 r. propozycja legislacyjna dotyczy wyłącznie rewizji dyrektywy podstawowej.

Ocena skutków regulacji dołączona do propozycji rewizji dyrektywy podstawowej zawiera szereg niejasności. Największym problemem wydaje się jednak dojmujący brak danych, którego zresztą Komisja Europejska nie ukrywa. Co gorsza, rozpoczynając prace nad rewizją dyrektywy podstawowej przed monitoringiem i

oceną skutków transpozycji dyrektywy wdrożeniowej, Komisja pozbawia się trwale możliwości oceny skuteczności podjętych kroków legislacyjnych. Jeśli zatem mobilność pracy i mobilność usług zostanie zahamowana, czego obawia się cześć ekspertów, nie będzie można ocenić dlaczego tak się stało. Trudniejsza będzie także dalsza realizacja polityki mobilności.

Polityka społeczna od poziomu lokalnego, przez narodowy aż po unijny powinna opierać się na danych. W przeciwnym razie będzie sterowana przez emocje, uprzedzenia i oparta na stereotypach.

Przedstawiamy Państwu wstępne wyniki badań przeprowadzonych przez Katedrę Gospodarki i Administracji Publicznej Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie we współpracy ze Stowarzyszeniem Inicjatywa Mobilności Pracy w ramach aplikacyjnej części projektu badawczego pt. Wykorzystanie interaktywnych metod rządzenia w kształtowaniu polityki społecznej finansowanego przez Narodowe Centrum Nauki (nr UMO-2011/03/B/HS5/00899). Badanie stanowi skromny wkład w politykę opartą na danych na poziomie unijnym.

PRZEDMIOT I CEL BADAŃ, WIELKOŚĆ I JAKOŚĆ PRÓBY ORAZ METODA

Przedmiotem badań są koszty pracy pracowników delegowanych do wykonywania pracy w innym państwie członkowskim w ramach swobody świadczenia usług przez polskie przedsiębiorstwa. Celem badań jest ocena jaką proporcję pozapłacowych kosztów zatrudnienia stanowią koszty związane z transgranicznym charakterem usług świadczonych przez polskie przedsiębiorstwa usługowe.

Badania przeprowadzono w oparciu o anonimowy kwestionariusz, w którym zapytano przedsiębiorstwa świadczące usługi transgraniczne o składniki wynagrodzenia, pozapłacowe zmienne i pozapłacowe stałe koszty pracy. Pytanie o stałe koszty pracy miało charakter otwarty i dostarczyło informacji na temat nie tylko wysokości ale przede wszystkim rodzajów kosztów wynikających z samego faktu, że usługa jest świadczona na terenie innego państwa członkowskiego. Następnie badania uzupełniono wywiadem wyjaśniającym.

Zadanie badawcze polegało na ocenie, czy przy założeniu porównywalnej ceny końcowej usługi, te „transgraniczne koszty stałe i zmienne" są rekompensowane przez niższe wynagrodzenie pracowników delegowanych, marżę usługodawcy, czy w inny sposób? Wysokość wynagrodzenia pracowników, nawet zagregowana dla każdego podmiotu jest informacją wrażliwą objętą tajemnicą handlową. Podobnie rzecz ma się z marżą handlową, opłatami dla ewentualnych pośredników, którzy pozyskują klientów na terenie innych państw członkowskich. Dlatego badanie nie aspiruje do

nakreślenia pełnego obrazu finansów podmiotów delegujących pracowników w ramach swobody świadczenia usług. Dają natomiast wyraźny obraz proporcji kosztów zatrudnienia związanych z faktem świadczenia usług transgranicznych.

Zważywszy na stosunkowo niewielką próbę (5821 przypadków delegowań w ciągu trzech lat) należy podkreślić pilotażowy charakter badań. Mała liczba przebadanych podmiotów wynika przede wszystkim z przedmiotu badań. Badanie wymagało od firmy ujawnienia informacji o wysokości i składnikach wynagrodzenia swoich pracowników. Mimo zagregowania wyników badań i publikowania ich wyłącznie w formie zbiorczej, pracodawcy niechętnie biorą udział w badaniach, w których muszą ujawnić dane finansowe. Z drugiej strony, największą zaletą przedstawianych badań jest oparcie ich o prawdziwe dane finansowe pochodzące z przedsiębiorstw. Pozapłacowe koszty pracy można naturalnie wyliczyć na podstawie obowiązujących przepisów i przedstawić scenariuszowo, np. przy założeniu minimalnych stawek wynagrodzenia lub dokonując innych scenariuszowych założeń co do wysokości płac. Powstaje wówczas model, który zupełnie pomija takie kwestie jak ulga prorodzinna w podatku dochodowym od osób fizycznych, albo podleganie części pracowników pod jeden system podatkowy, a części pod inny, w zależności od okresu trwania usługi i okresu oddelegowania. Tego typu symulacje mają walor akademicki, ale nie są wynikiem badań empirycznych. Przedstawione poniżej wyniki badań oparte są tymczasem na rzeczywistych poniesionych kosztach pracy. Są to jedyne takie badania.

W tym kontekście dodatkową zaletą badań jest jakość próby. Ze względu na współpracę Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie ze Stowarzyszeniem Inicjatywa Mobilności Pracy, badania udało się przeprowadzić w podmiotach zarejestrowanych, działających legalnie, zgłaszających pracowników do ubezpieczenia społecznego, występujących o druki A1, poddawanych kontrolom zarówno krajowych jak i zagranicznych instytucji kontrolnych. Jest to szczególnie istotne ze względu na cel badań, jakim jest ocena proporcji pozapłacowych kosztów pracy związanych wyłącznie z transgranicznym charakterem usługi w całości kosztów zatrudnienia. Hipoteza badawcza zakłada, że usługodawca z innego państwa członkowskiego niż miejsce świadczenia usługi ponosi koszty pracy, których nie muszą ponosić lokalni usługodawcy, fałszywi przedsiębiorcy na własny rachunek, a których z całą pewnością nie ponoszą podmioty zatrudniające pracowników na czarno.

Przesłankami do rozpoczęcia prac nad dyrektywą wdrożeniową przed 2014 rokiem był zarzut naruszania praw pracowników delegowanych. Kontrole prowadzone w firmach objętych niniejszym badaniem nie wykazały tego typu naruszeń, a ewentualne zalecenia instytucji kontrolnych były realizowane. Przesłanką rewizji dyrektywy podstawowej jest natomiast chęć wprowadzenia wyższych (niż minimalne stawki płac)

wynagrodzeń pracowników delegowanych oraz wprowadzenie równych zasad prowadzenia działalności przez usługodawców lokalnych i zagranicznych. Istotne jest zatem nabranie pewności, że w badanych przedsiębiorstwach usługowych składki i podatki opłacane są zgodnie z prawem, że nie są to firmy – skrzynki pocztowe, czy międzynarodowe platformy delegowania. Tej pewności nabraliśmy prosząc Stowarzyszenie Inicjatywa Mobilności Pracy o wskazanie usługodawców rzetelnych i kontrolowanych w przeszłości.

PRZEBIEG I WYNIKI BADAŃ

Badania ankietowe anonimowe przeprowadzono w styczniu 2016 roku. Badaniem objęto **12** podmiotów, w tym **6** agencji zatrudnienia. Okres objęty badaniem obejmował lata 2013 – 2015, a więc czas, w którym dyrektywa wdrożeniowa nie była jeszcze w pełni implementowana do porządków prawnych państw członkowskich, choć niektóre państwa członkowskie wymagały już notyfikacji lub zatrudnienia osoby do kontaktów z lokalnymi instytucjami kontroli. Koszty stąd wynikające uwzględniono w badaniu w tych przypadkach, w których faktycznie je poniesiono.

Uwzględniono łącznie **5821** delegowań w latach 2013, 2014 i 2015. Liczbę delegowań ustalono w oparciu o uzyskane zaświadczenia A1. Liczba ta jest większa, jednak dwa podmioty nie podały liczby delegowań i nie uwzględniono ich liczby w badaniu. Uwzględniono natomiast wyliczenia kosztów zatrudnienia pracowników delegowanych w tych podmiotach w przeliczeniu na jednego pracownika.

Państwa, na terenie których wykonywano usługi to: Niemcy, Francja, Szwecja, Dania i Norwegia.

Dominujące branże usług wg liczby zaangażowanych pracowników to:

- usługa opieki nad osobami starszymi,
- usługi budowlane,
- usługi metalowe,
- proste prace w przemyśle.

Dominującą formą zatrudnienia w **8** podmiotach był **stosunek pracy,** a w **4** - **umowa cywilnoprawna.**

Przeciętny okres delegowania wyniósł **183 dni.**

WNIOSKI DOTYCZĄCE WYNAGRODZEŃ

(1) **Podstawowe stawki wynagrodzeń a wymóg zagwarantowania minimalnych stawek płac**

Przeciętna stawka wynagrodzenia za 1 godzinę netto = **€ 10,88**.
Najniższa stawka wyniosła € 6,58 netto za godzinę.

Wynagrodzenie na poziomie nieznacznie przekraczającym minimalne stawki płac wymagane w państwie przyjmującym wypłacane było tylko w dwóch podmiotach w branży usług opieki nad osobami starszymi oraz w prostych pracach w przemyśle. Stawki płac w usługach budowlanych i metalowych w badanych podmiotach były znacząco wyższe od minimalnych stawek płac wymaganych przez ustawodawstwo państwa przyjmującego.

Obciążenia składkami na ubezpieczenie społeczne, ubezpieczenie zdrowotne oraz podatkiem dochodowym wykazują duży poziom zróżnicowania ze względu na podleganie części pracowników pod system podatkowy państwa przyjmującego. Z rozmów wyjaśniających przeprowadzonych po wypełnieniu ankiet wynika, że stosunkowo niski podatek dochodowy wynika z nader częstego faktu podlegania pracownika delegowanego pod ustawodawstwo państwa przyjmującego, w którym kwota wolna od podatku jest wysoka, a dodatkowym czynnikiem obniżającym podatek dochodowy jest ulga prorodzinna lub odpis od podatku na wychowanie dzieci.

Z tego powodu kwota wynagrodzenia netto jest najbardziej obiektywnym kryterium pozwalającym ocenić czy wynagrodzenie jest godziwe. W ocenie czy wynagrodzenie jest godziwe, czy nie warto wziąć pod uwagę również różnice w sile nabywczej pieniądza jakie występują między państwem wykonywania pracy czyli uzyskiwania dochodu a państwem wydawania dochodu. To trudne do zbadania zjawisko. Niewątpliwie część wynagrodzenia przeznaczana jest na pokrycie wydatków w miejscu wykonywania pracy. Dzieje się tak pomimo potencjalnego otrzymywania diet, pokrycia kosztów utrzymania, zakwaterowania czy przejazdu lub zwrotu tych kosztów. Niemniej jednak znaczna cześć dochodu pozostaje od dyspozycji po powrocie do kraju. Z wywiadów przeprowadzonych z pracodawcami oraz z pracownikami delegowanymi wynika, że kwota wynagrodzenia netto jest najważniejszym kryterium decydującym o zatrudnieniu w celu oddelegowania. Ochrona z tytułu ubezpieczeń społecznych jest drugorzędna lub zupełnie nieistotna dla pracownika przy zawieraniu umowy. Oczywiście kwestie te stają się istotne w razie wystąpienia ryzyka społecznego (choroby, wypadku, czy emerytury).

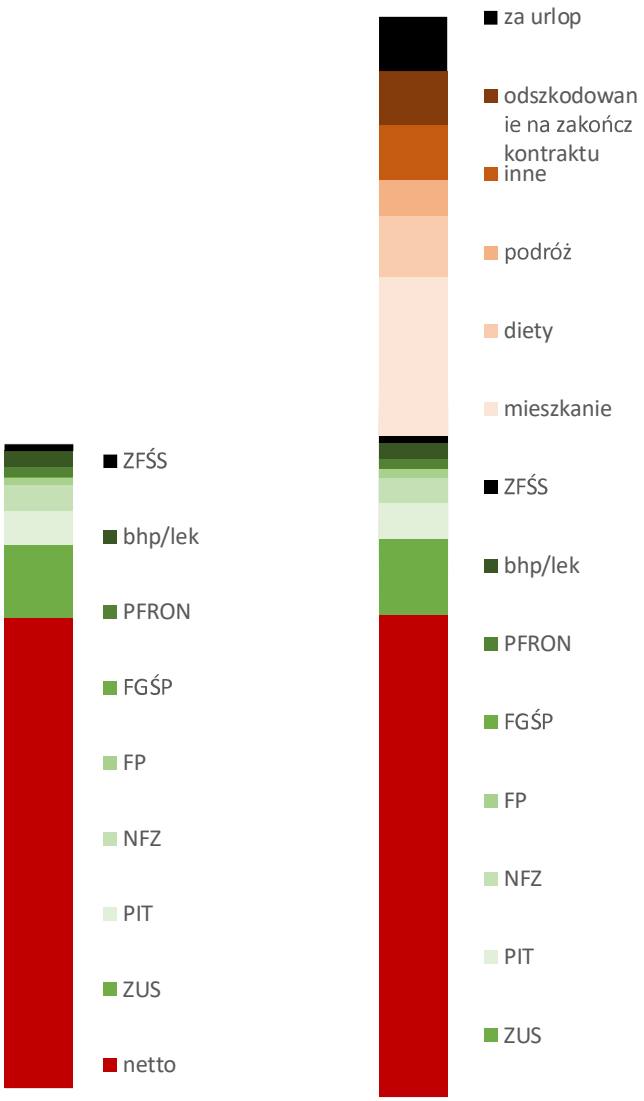
(2) **Pozapłacowe zmienne koszty pracy niezależne od faktu delegowania**

Na te koszty składają się przede wszystkim, choć nie wyłącznie, daniny publiczne (od największych):

- składki na ubezpieczenie społeczne,
- zaliczka na podatek dochodowy od osób fizycznych,
- składki na ubezpieczenie zdrowotne,
- składki na Fundusz Pracy,
- składki na Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych,
- odpis na Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych
- koszty szkolenia bhp ew. badań lekarskich
- odpis na Zakładowy Fundusz Świadczeń Socjalnych

Jak widać na ilustracji, obciążenie pozapłacowymi kosztami pracy jest stosunkowo niewielkie (poniżej ¼ kosztów pracy). Podkreślić należy, że pominięto na nim koszty związane z transgranicznym charakterem pracy. Stosunkowo wysokie (jak na polskie warunki) stawki wynagrodzeń minimalnych wymagane przez zasadę korzystności przyjętą w dyrektywie 96/71/WE w sprawie pracowników delegowanych (...) oraz fakt, że faktyczne wynagrodzenia są o ok. 20% wyższe niż minimalne stawki płac sprawiają, że proporcjonalnie obciążenie pozapłacowymi kosztami pracy jest niższe, niż gdyby praca była wykonywana w Polsce. Można w dużym uproszczeniu powiedzieć, że wykres przedstawia hipotetyczną wielkość klina podatkowego z uwzględnieniem ubezpieczeń społecznych i zdrowotnych przy zastosowaniu stawek wynagrodzeń z bogatszych państwach UE do polskiego pracownika.

Obraz ten jednak zmienia się po uwzględnieniu zmiennych kosztów zatrudnienia związanych z delegowaniem.


za urlop
odszkodowanie na zakończ kontraktu
inne
podróż
diety
mieszkanie
ZFŚS
bhp/lek
PFRON
FGŚP
FP
NFZ
PIT
ZUS
ZFŚS
bhp/lek
PFRON
FGŚP
FP
NFZ
PIT
ZUS
netto

Do poprzednich pozapłacowych zmiennych kosztów zatrudnienia dodano koszty przejazdu (3%), wyżywienia (6%) i zakwaterowania (15%). Należy podkreślić, że nie muszą one występować we wszystkich przypadkach. Przysługują one pracownikowi delegowanemu zasadniczo w przypadku, gdy w umowie nie ustalono, że miejscem wykonywania pracy będzie miejscowość w innym państwie członkowskim, albo gdy wymaga tego ustawodawstwo państwa przyjmującego (np. we Francji). W badaniach wzięto pod uwagę tylko faktycznie poniesione koszty wyżywienia, przejazdu i zakwaterowania oraz diety, jeśli były wypłacone. Ponadto w poszczególnych przypadkach wystąpiły koszty uzależnione od rodzaju pracy (nie mają one charakteru uniwersalnego, ale wpływają na przeciętne koszty delegowania). Wzięto pod uwagę koszty badań lekarskich w ramach profilaktycznej ochrony zdrowia, koszty ekwiwalentu za odzież roboczą oraz za pranie odzieży roboczej. Są to koszty zmienne, czyli uzależnione od liczby pracowników delegowanych lub liczby delegowań. Ponadto, nie uwzględniono kosztów występowania o potwierdzenie ustalenia ustawodawstwa mającego zastosowanie do ubezpieczeń społecznych delegowanego pracownika (druk A1), które zaliczono w badaniu do kosztów stałych.

Po ich uwzględnieniu proporcje zmieniają się znacząco. Okazuje się, że wynagrodzenie pracownika delegowanego netto stanowi zaledwie 50% kosztów pracy, zaś pozapłacowe koszty pracy 50%.

(3) **Koszty stałe związane z delegowaniem**

Przedmiotem badań objęto także inne koszty zatrudnienia, których wielkość nie jest bezpośrednio zależna od liczby pracowników czy od liczby delegowań. Zbadano jednak wyłącznie te koszty stałe, które są ściśle związane z faktem świadczenia usługi na terenie innego państwa członkowskiego, czyli nie występują przy świadczeniu usług krajowych. Koszty te można podzielić na dwie grupy.

A. Koszty, które wynikają z wymogów prawa państwa przyjmującego, często będąc rezultatem implementacji dyrektywy wdrożeniowej. Należą do nich koszty notyfikacji, koszty zatrudnienia przedstawiciela do kontaktów z instytucjami kontrolnymi, koszty tłumaczenia dokumentacji pracowniczej.

B. Koszty konieczne do prawidłowego wykonania usługi, ściśle związane z jej transgranicznym charakterem. To znaczy, że pominięto na przykład koszty rekrutacji, które trzeba ponieść także przy zatrudnianiu pracowników do pracy na terenie Polski. Dominującym kosztem w tej kategorii są koszty związane z uzyskaniem druku A1. Respondenci wymieniali także koszty egzekucji należności na terenie innego państwa, koszty porad prawnych,

opinii, analiz, koszty tłumaczeń innych niż dokumentacja pracownicza, systemy/licencje oprogramowanie dedykowane do rozliczeń zagranicznych, koszty delegacji osób koordynujących, koszty logistyki na miejscu (organizacja kwater, utrzymanie kontaktu z pracownikami, opieka przedstawiciela itp.), koszty poczty międzynarodowej, koszty telekomunikacyjne, różnice kursowe i koszty przewalutowań i wycen kwot wyrażonych w walutach, koszty szkoleń językowych.

PODSUMOWANIE

Podsumowując, zatrudnienie pracownika delegowanego wiąże się z kosztami, które są immanentnie związane z faktem, że usługa świadczona jest na terenie innego kraju niż kraj siedziby usługodawcy. Są to koszty, których nie trzeba ponosić, gdy usługa świadczona jest lokalnie. W badanych podmiotach podnoszą one łączny koszt pracy o 32%. Wynik ten jest zaskakująco wysoki. Rodzi się pytanie jak to możliwe, że usługodawca, którego koszty są o 32% wyższe od hipotetycznych kosztów lokalnego usługodawcy może z lokalnym usługodawcą konkurować? Ponieważ badane firmy prowadzą swoją działalność transgraniczną co najmniej od trzech lat, z pewnością są konkurencyjne. Odpowiedź, którą chcę zaproponować ma charakter spekulatywny. Możliwe są trzy wyjaśnienia.

Po pierwsze, brak lokalnej konkurencji. Często usługa jest świadczona transgranicznie wyłącznie dlatego, że nie ma lokalnego usługodawcy. Gdyby był – byłby tańszy.

Drugie wyjaśnienie: lokalny usługodawca oferuje porównywalną cenę, ale usługa transgraniczna jest znacznie wyższej jakości.

Trzecie wyjaśnienie: Lokalny usługodawca jest i konkuruje, ale te dodatkowe 32% kosztów zatrudnienia pracownika delegowanego rekompensowane jest w niewiadomych i zapewne nierównych częściach pomiędzy:

a) niższe niż lokalne wynagrodzenie pracownika (jednak nigdy nie niższe niż minimalne stawki płac),
b) niższy zysk usługodawcy, niż zysk, który zakłada usługodawca lokalny,
c) niższą składkę nominalną na ubezpieczenia społeczne oraz/lub niższy podatek dochodowy.

Warto dodać, że zaproponowane trzy hipotetyczne wyjaśnienia nie wykluczają się, lecz mogą współistnieć. Jeśli ostatnie wyjaśnienie uzasadnia ekonomicznie ponoszenie

dodatkowych kosztów pracy związanych wyłącznie z transgranicznym charakterem usługi, to z całą pewnością zmuszenie pracodawcy do wypłaty jeszcze wyższego wynagrodzenia pracownikom delegowanym w myśl zasady „równej płacy za tę sama pracę w tym samym miejscu" doprowadzi do obniżenia konkurencyjności i wypadnięcia firmy usługowej z danego rynku. Czy w takiej sytuacji pracownik delegowany otrzyma wyższe wynagrodzenie, czy też zostanie w domu bez pracy?

Mimo pilotażowego charakteru badań, ich wyniki rzucają nowe światło na ocenę wpływu regulacji (dyrektywy) na koszty świadczenia usług transgranicznych. Są bowiem jedynymi badaniami opartymi o rzeczywiście poniesione koszty pracy.

Kwiecień 2016

Dr Marek Benio

Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie
Katedra Gospodarki i Administracji Publicznej
ul. Rakowicka 27,
31-510 Kraków
tel. +48-12-2935731

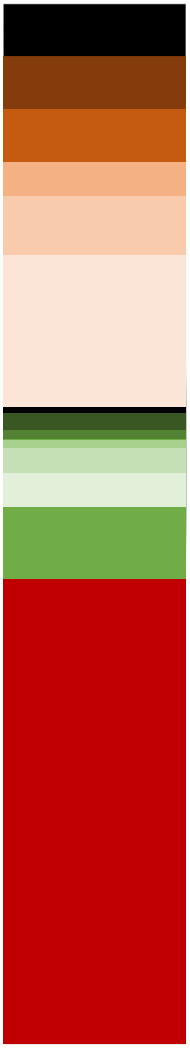
E-mail: marek.benio@uek.krakow.pl

Pozapłacowe koszty pracy pracowników delegowanych wynikające wyłącznie z faktu, że usługa świadczona jest na terenie innego państwa członkowskiego, niż to, na terenie którego ma siedzibę pracodawca delegujący (usługodawca). Koszty te nie występują gdy usługa świadczona jest przez lokalnego usługodawcę. Stanowią one 32% całkowitego koszt pracy.

Zwyczajne pozapłacowe koszty pracy, wynikające z legalnego zatrudnienia (składki, podatki, inne). Stanowią one 19% całkowitego kosztu pracy.

Wynagrodzenie netto pracownika delegowanego z zachowaniem warunku korzystności, tj. gwarancji wypłaty minimalnych stawek płacy państwa przyjmującego (jeśli tam są one wyższe). Wynagrodzenia są przeciętnie o 2,33 Euro za godzinę wyższe od minimalnych stawek płac państwa przyjmującego.

Wynagrodzenie netto stanowi 49% całkowitego kosztu pracy.



za urlop
odszkodowanie na zakończ kontraktu
inne
podróż
diety
mieszkanie
ZFŚS
bhp/lek

Marek Benio
Marcin Kiełbasa
Stefan Schwarz
Magdalena Zgłobica

Stowarzyszenie Inicjatywa Mobilności Pracy

Nowelizacja dyrektywy o delegowaniu pracowników: analiza projektu Komisji Europejskiej i oceny skutków regulacji

Kraków, 18 kwietnia 2016 r.

Jako przedstawiciele Stowarzyszenia Inicjatywa Mobilności Pracy, pozarządowej organizacji zaangażowanej w sprawy dotyczące swobody świadczenia usług oraz mobilności pracy na rynku wewnętrznym Unii Europejskiej, zważywszy na naszą wiedzę i doświadczenie w naukowym i praktycznym aspekcie tej problematyki, **wyrażamy głębokie zaniepokojenie zaproponowanym przez Komisję Europejską projektem nowelizacji dyrektywy o delegowaniu pracowników**

z 1996 roku. Uważamy, że zmierza on do niewłaściwego celu, oparty jest na przypuszczeniach wywiedzionych z niepełnych danych, które są sprzeczne z faktami oraz deklarowanymi celami, jak również budzi wątpliwości prawne, jest niesprawiedliwy oraz przyniesie przeciwny do zamierzeń skutek.

KLUCZOWE ZAGADNIENIA

1. **Zmierza do niewłaściwego celu.** Propozycja legislacyjna, która może naruszyć fundamentalną swobodę świadczenia usług w Unii Europejskiej, wyeliminować istotną przewagę konkurencyjną kilku państw członkowskich oraz zaszkodzić konkurencyjności całego unijnego rynku, powinna być co najmniej poprzedzona wszechstronnymi konsultacjami społecznymi. Jednak w tym przypadku konsultacje z obywatelami i organizacjami pozarządowymi, które poprzedzały wniosek Komisji dotyczyły zupełnie innej tematyki, co oznacza, że **obowiązek przeprowadzenia konsultacji społecznych nie został w ogóle spełniony.**
2. **Jest oparta na przypuszczeniach, które są sprzeczne z najnowszymi badaniami**. Nie ma wątpliwości, że w Unii istnieją nierozwiązane problemy dotyczące nieprzestrzegania praw pracowników migrujących wewnątrz UE, które mogą prowadzić do nieuczciwej konkurencji, czy do tak zwanego „dumpingu socjalnego". Jednakże, według najnowszych badań jest mało prawdopodobne, żeby delegowanie pracowników w ramach świadczenia usług mogło być źródłem powyższych problemów. Prezentowane przez Komisję inicjatywy legislacyjne powinny mieć solidne podstawy w wiarygodnych faktach i liczbach. Ze względu na ich niedobór oraz manipulowanie tymi, które są dostępne jak również ignorowanie faktów i badań, które nie są zgodne z retoryką „dumpingu socjalnego", standardy te w tym przypadku nie zostały spełnione.
3. **Realizuje inne, niż deklarowane cele.** Pomimo deklarowanych przez Komisję celów społecznych, propozycja w rzeczywistości nie prowadzi do poprawy warunków zatrudnienia pracowników delegowanych. Zamiast tego, dąży do wyeliminowania możliwości delegowania pracowników w ramach swobody świadczenia usług poprzez wprowadzenie zasad, które prowadzą do **wykluczenia konkurencyjnego legalnie działających przedsiębiorstw świadczących usługi na terenie innych państw,** poprzez obciążenie ich dodatkowymi kosztami, niepewnością prawną oraz nałożeniem dodatkowych barier. A te i tak są już na poziomie, który zachęca do przechodzenia do szarej strefy i obchodzenia prawa.
4. **Przyniesie odwrotny skutek.** Stworzenie nowych barier w delegowaniu pracowników w ramach świadczenia usług, które są polską

przewagą konkurencyjną w Europie oznacza odbudowę gospodarczego muru na rynku wewnętrznym między „nową" i „starą" Europą. Doprowadzi to do napięć społecznych i politycznych, związanych z utratą miejsc pracy, spowodowaną utratą konkurencyjności unijnego rynku, już obecnie doświadczającego znacznej presji z zewnątrz. Legalna, krótkoterminowa mobilność pracy zostanie zastąpiona przez trwałą migrację oraz tanich, zatrudnianych na czarno pracowników „ze wschodu". Zablokowana swoboda świadczenia usług zostanie wyparta przez inne swobody gospodarcze, co będzie skutkować częściowym lub całkowitym przenoszeniem europejskich przedsiębiorstw do krajów o niskich kosztach pracy z większą dostępnością wykwalifikowanej siły roboczej.

5. **Jest niesprawiedliwa, szczególnie w stosunku do samych pracowników delegowanych.** Komisja, zamiast zaproponować przepisy gwarantujące ochronę praw pracowników delegowanych, stara się administracyjnie **manipulować konkurencyjnością** przedsiębiorstw z poszczególnych państw, kosztem samych pracowników delegowanych. Na przykład, proponowane ograniczenie zastępowania pracowników delegowanych zamiast spełnienia deklarowanego celu w postaci lepszej ich ochrony, zadziała odwrotnie, ponieważ ma na celu nałożenie czasowego limitu trwania usługi, co utrudni ich pracodawcom świadczącym usługi w innym państwie konkurowanie i oferowanie usług o wysokiej jakości.

6. **Wzbudza poważne wątpliwości prawne.** Wniosek abstrahuje od Traktatu, niektórych przepisów UE i orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE, naruszając zasadę pomocniczości i proporcjonalności, jak również przecząc normom prawa prywatnego międzynarodowego.

KONTEKST

- Delegowanie pracowników jest mechanizmem, który umożliwia europejskim przedsiębiorstwom, konsumentom i pracownikom **korzystanie z podstawowej swobody unijnego rynku** – tj. swobody świadczenia usług.
- Pracownicy delegowani wykonują przez określony czas pracę poza terytorium państwa członkowskiego, w którym siedzibę ma ich pracodawca (i gdzie znajduje się ich stałe miejsce zamieszkania) **przy pełnym poszanowaniu podstawowych warunków zatrudnienia** obowiązujących w przyjmującym państwie członkowskim, w którym wykonywana jest ta praca.

- W celu uniknięcia obciążeń administracyjnych dla samych pracowników, ich pracodawców oraz instytucji zabezpieczenia społecznego, a także w celu wspierania wewnątrzunijnej mobilności pracy, składki na ubezpieczenie społeczne pracowników delegowanych są uiszczane w państwie wysyłającym. Co istotne, oznacza to, że pracownicy delegowani mogą ubiegać się o emerytury oraz inne świadczenia zabezpieczenia społecznego na wypadek bezrobocia, choroby czy inwalidztwa, w państwie wysyłającym.
- W zachodnioeuropejskich mediach oraz debacie politycznej zjawisko delegowania pracowników jest powszechnie **mylone z szerszym zjawiskiem wewnątrzunijnego przepływu siły roboczej** i nielegalną działalnością w formie nielegalnego zatrudnienia, fikcyjnego samozatrudnienia, czy handlu ludźmi, których ofiarami są biedniejsze państwa „nowej" Unii.
- Dla wzmocnienia instrumentów umożliwiających skuteczną walkę z nadużyciami przeciwko prawom pracowników delegowanych oraz egzekucją kar i grzywien, UE przyjęła w maju 2014 roku Dyrektywę 2014/67/UE (tzw. Dyrektywa wdrożeniowa), której **termin implementacji przypada na 18 czerwca 2016 roku.**
- W dniu 8 marca 2016 roku, **mimo protestów i apeli europejskich partnerów społecznych reprezentujących pracowników i pracodawców**, Komisja Europejska przedstawiła projekt „ukierunkowanej" nowelizacji dyrektywy o delegowaniu pracowników z 1996 roku (tzw. Dyrektywy podstawowej).
- Polska jest liderem na unijnym rynku usług. Polskie przedsiębiorstwa delegują rocznie 428 tyś. pracowników, głównie do Niemiec, Francji i Belgii. Dominujące branże to budownictwo, opieka nad osobami starszymi oraz transport. Fachowe usługi to polska przewaga konkurencyjna na unijnym rynku.

OCENA PROPOZYCJI

OBOWIĄZEK PRZEPROWADZENIA KONSULTACJI SPOŁECZNYCH ZOSTAŁ ZLEKCEWAŻONY

Konsultacje społeczne z organizacjami i obywatelami, które poprzedziły wniosek Komisji, dotyczyły innej tematyki. Według Komisji *„celem tych konsultacji jest zebranie opinii na temat funkcjonowania obecnych reguł koordynacji [systemów zabezpieczenia społecznego] w wielu sytuacjach transgranicznych"*[1], a NIE *"zapewnienie równych reguł gry między konkurentami zagranicznymi i krajowymi"*[2].

Według Komisji *„wyniki tych konsultacji przyczynią się do szerszych prac przygotowawczych do ewentualnej zmiany przepisów UE dotyczących koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego*", a NIE do zmiany zasad zatrudniania i wynagradzania pracowników delegowanych w zakresie przepisów prawa pracy. Wreszcie, Komisja zapewniła, że informacje uzyskane podczas konsultacji *„zasilą rewizję rozporządzenia (WE) nr 883/2004 i (WE) nr 987/2009 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego"*, a NIE nowelizację dyrektywy dotyczącej delegowania pracowników (Dyrektywy podstawowej).
Komisja wykorzystała konsultacje społeczne przeprowadzone dla celów rewizji przepisów o koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego jako podstawę do zmiany Dyrektywy z 1996 roku o delegowaniu pracowników, co oznacza, że **obowiązek konsultacji społecznych nie został w ogóle spełniony**.

PROJEKT ZOSTAŁ OPARTY NA OBIEGOWYCH OPINIACH

Należy pamiętać, że **delegowanie pracowników nie ma nic wspólnego z szarą strefą** oraz trwałą migracją zarobkową. W niektórych kręgach debaty publicznej, tymczasowe delegowanie pracowników w ramach świadczenia usług nie jest odróżniane od szerszego zjawiska wewnątrzunijnej mobilności pracowników oraz działalności nielegalnej w formie wyzysku, pracy na czarno, fikcyjnego samozatrudnienia, a nawet handlu ludźmi.
Gorzkim przykładem potwierdzającym powszechne niezrozumienie pojęcia „delegowanie pracowników" jest to, że pracownicy z Europy Środkowej i Wschodniej, zatrudniani na czarno we Francji i Belgii są w tych krajach nagminnie określani mianem „pracowników nielegalnie delegowanych". Używanie zwrotu „delegowanie pracowników" w tym kontekście oznacza, że ci, którzy łamią prawo w rzeczywistości wykorzystują **to pojęcie jako kamuflaż** dla nielegalnej działalności, która **nie ma nic wspólnego z mechanizmem delegowania**[3].
Jak ujmuje to w swoim opracowaniu brukselski ośrodek badawczy Bruegel, *„praca „na czarno", stanowi o wiele większy problem niż ewentualne problemy powodowane przez pracowników delegowanych"*[4], ponieważ *„nierejestrowani pracownicy są na łasce swoich pracodawców, pozbawieni są ochrony socjalnej i mogą być wynagradzani poniżej płacy minimalnej"*[5], natomiast ***„pracownik delegowany jest w dużo lepszej sytuacji niż pracownik nierejestrowany, również dla państw przyjmujących,*** *ponieważ sytuacja pracowników delegowanych jest dodatkowo regulowana przez Dyrektywę o delegowaniu pracowników"*. Badania ośrodka Bruegel pokazują również, że „**liczba pracowników nierejestrowanych** może być nawet **20 razy większa niż liczba pracowników delegowanych"**.[6] To wyjaśnia, dlaczego tak wielu unijnych polityków postrzega pracowników delegowanych jako źródło „zagrożenia"

oraz „taniej siły roboczej" - po prostu nie odróżniają pracowników delegowanych od **nielegalnych pracowników „ze wschodu"**. Potwierdza to najnowszy raport fundacji ISMERI Europa, który wskazuje, że *„**debata na temat pracowników delegowanych zazwyczaj pokrywa się z tą na temat pracowników migrujących**, z uwagi na wiele praktycznych zagadnień, w tym trudności z rozróżnieniem między tymi dwiema grupami pracowników, szczególnie w niektórych sytuacjach faktycznych, takich jak place budowy"*[7].

W rezultacie nierozróżniania pracowników delegowanych od pracowników nielegalnych, Komisja Europejska czuje się zobligowana do podejmowania spektakularnych politycznych inicjatyw przeciwko samemu mechanizmowi delegowania pracowników. Jednakże w ten sposób **trafia w niewłaściwy cel**, którym powinno być zwalczanie pracy na czarno, fikcyjnego samozatrudnienia, handlu ludźmi i nielegalnej działalności fikcyjnych firm, tzw. skrzynek pocztowych.

Co więcej, *„odrębna analiza zjawiska delegowania jest bardzo istotna, ponieważ mają one [w porównaniu ze zjawiskiem migracji zarobkowej] znacząco różne źródła"*[8]. Rzeczywiście, *„z uwagi na ogromną liczbę nierejestrowanych pracowników w stosunku do pracowników delegowanych, **zintensyfikowanie walki z niezarejestrowanym zatrudnieniem,** w tym eliminacja nadużyć Dyrektywy o delegowaniu pracowników, jest **rokującym większe nadzieje sposobem na poprawę uczciwej konkurencji i poszanowania praw pracowniczych** niż wprowadzenie zasady „takiej samej płacy za taką samą pracę w tym samym miejscu"*[9]. Ponadto, *„delegowanie jest **immanentną częścią gospodarki UE** i co do zasady podąża za ogólnym cyklem koniunkturalnym. Oznacza to również, że **ograniczenia możliwości wykorzystywania mechanizmu delegowania mogą zmniejszyć ogólny poziom podejmowanych aktywności gospodarczych,** co negatywnie wpłynie na wzrost gospodarczy i zatrudnienie"*[10].

Ośrodek badawczy Bruegel dowodzi ponadto, że *„wewnątrzunijna kwestia delegowania pracowników powinna być postrzegana w szerszej perspektywie, z uwzględnieniem globalizacji, zmian technologicznych oraz starzenia się społeczeństwa. **Jeśli zostanie wprowadzona zasada „tej samej płacy za taką samą pracę w tym samym miejscu", to europejskie firmy staną się mniej konkurencyjne na świecie,** ze względu wyższe koszty i związaną z tym niższą efektywność"*[11].

Należy również zauważyć, że praca na czarno oraz fikcyjne samozatrudnienie, całkowicie omijają przepisy prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, dlatego równie dotkliwie uderzają w działających zgodnie z prawem usługodawców z Polski czy Portugalii, co w ich niemieckich lub francuskich konkurentów. Przykładowo, jedynie niewielka część polskich opiekunek osób starszych pracujących w Niemczech jest zatrudniona legalnie przez polskie lub niemieckie firmy. Szacuje się, że około **75% z nich pracuje na czarno**[12] lub jest fikcyjne samozatrudniona, co czyni je łatwymi ofiarami handlarzy ludźmi działającymi poprzez dobrze zorganizowaną

międzynarodową sieć nielegalnego pośrednictwa. Wbrew uznawanym powszechnie za prawdziwe opiniom, **delegowanie pracowników nie jest przyczyną, ale lekarstwem na problemy** związane z eksploatacją i nielegalnym zatrudnianiem pracowników z Europy Wschodniej.

KONKLUZJE SPRZECZNE Z NAJNOWSZYMI BADANIAMI

Według najnowszych badań delegowanie pracowników w ramach obowiązujących przepisów nie jest przyczyną tzw. dumpingu socjalnego. Raport francuskiego Instytutu Jacques Delorsa „Notre Europe" potwierdza, że *„generalnie rzecz biorąc, konkurencja społeczna w UE w ogólności, a szczególnie między „nowymi" i „starymi" państwami członkowskimi, jest* ***mało prawdopodobna***"[13]. Statystyczne wskaźniki nominalnych kosztów pracy skorygowane o wydajność pokazują, że ***„opinie powszechnie uznawane za prawdziwe w zakresie kosztów pracy nie są już dziś aktualne"***[14]. Według raportu, elastyczne przepisy prawa pracy oraz relatywnie słabe uzwiązkowienie pracowników w połączeniu z niskimi podatkami najbardziej prawdopodobnego podejrzanego o „dumping socjalny" czynią z Wielkiej Brytanii.
Ważnym wnioskiem z raportu Instytutu Jacques Delorsa jest to, że **jeśli nominalny koszt pracy zostanie zrównany, w wyniku wymuszenia zasady „equal pay" to rzeczywiste jej koszty w krajach Europy Środkowej i Wschodniej będą najwyższe w Europie ze względu na niższą efektywność.**
Podobny wniosek wyciągnąć można z pilotażowych badań pt. *„Koszty pracy pracowników delegowanych*"[15] przeprowadzonych przez Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie na 5821 przypadkach delegowania z Polski. W badaniu, oprócz typowych kosztów pracy, takich jak podatki i składki na ubezpieczenia społeczne, wyróżniono dodatkowe pośrednie koszty pracy występujące tylko w przypadku, gdy usługa wykonywana jest z wykorzystaniem pracowników delegowanych w innym państwie członkowskim. Są to zarówno koszty wynikające ze spełnienia wymogów Dyrektywy z 1996 roku, takie jak koszty podróży, zakwaterowania i utrzymania oraz dodatkowe koszty operacyjne, takie jak koszty zapoznania się z wymogami administracyjnymi i uregulowaniami innych państw członkowskich, tłumaczenia dokumentów, dopełnianie procedur notyfikacji, koszty związane z ustalaniem właściwego ustawodawstwa w zakresie zabezpieczenia społecznego, zatrudnienie w państwie przyjmującym osoby kontaktowej do współpracy z lokalnymi organami administracji, itp.
Według badania przeprowadzonego przez UEK, dodatkowe koszty pracy w przypadku, gdy usługa wykonywana jest z wykorzystaniem pracowników delegowanych w innym państwie członkowskim wynoszą **32% całkowitych kosztów pracy**.

Interesującą konkluzją z badania jest to, że choć płace różnią się w zależności od zawodu, poziomu umiejętności oraz państwa przyjmującego, to średnie zarobki godzinowe pracownika delegowanego z Polski są o **2,33 EUR wyższe niż minimalne stawki płacy** wymagane przez państwo przyjmujące. Przeczy to obiegowej opinii, że Polacy delegowani przez polskie firmy otrzymują najniższe stawki płacy.

MANIPULOWANIE DANYMI

Komisja w swojej Ocenie Skutków Regulacji[16], w Uzasadnieniu[17] oraz w Streszczeniu Oceny Skutków Regulacji[18] towarzyszącym projektowi nowelizacji dyrektywy, **manipuluje dostępnymi danymi.**
Przede wszystkim Komisja stara się wywołać wrażenie, że delegowanie jest bardziej powszechnym zjawiskiem, niż jest nim w rzeczywistości. Na przykład, publikując dane na temat samego mechanizmu delegowania pracowników, Komisja wykorzystuje liczbę „delegowań" (wydanych druków A1), a nie „pracowników delegowanych" i publicznie określa liczbę tych pierwszych jako 0,7% całkowitej liczby zatrudnionych w UE. Dopiero na marginesie Komisja zaznacza, że wartość ta spada do 0,4%, gdy weźmie się pod uwagę liczbę delegowanych pracowników oraz do... **0,2% po przeliczeniu jej na pełne etaty**[19]. Warto zauważyć, że dane pokazujące faktyczną liczbę pracowników delegowanych oraz ich liczbę w przeliczeniu na pełne etaty, nie pojawiają się w Uzasadnieniu, Streszczeniu Oceny Skutków Regulacji oraz materiałach przygotowanych przez Komisję dla mediów.
Faktyczna liczba pracowników delegowanych w przeliczeniu na pełne etaty najlepiej oddaje obraz rzeczywistości, ponieważ liczba formularzy A1 (dokumentów poświadczających, że pracownik delegowany do innego państwa członkowskiego w dane miejsce i na określony czas podlega pod system zabezpieczenia społecznego państwa swojego zamieszkania) jest zawsze wielokrotnie wyższa niż liczba delegowanych osób. Jak wynika z przygotowanego na zlecenie Komisji raportu w 2014 roku przez J. Pacolet & F. De Wispelaere[20] może to mieć wpływ na ocenę znaczenia delegowania w porównaniu do ogółu siły roboczej UE. I rzeczywiście, raport potwierdza, że **różnica między „delegowaniami" a „pracownikami delegowanymi" jest znaczna**. Na przykład, w Belgii w 2013 roku różnica między liczbą „delegowań" (wydanych formularzy A1) a „pracowników delegowanych" wyniosła prawie 60% (58,522 „delegowań" -> 24,398 „pracowników delegowanych")[21]. Jeśli liczbę „delegowań" przeliczymy na pełne etaty, to ich liczba będzie mniejsza nawet o 80%. W przypadku Francji różnica ta wyniosła prawie 70% w 2013 roku[22].

Komisja również poinformowała opinię publiczną, że liczba delegowanych w 2014 roku wyniosła 1,92 mln. Dopiero w przypisach swojej Oceny Skutków Regulacji

zdradza, że 1,92 miliona to tak naprawdę liczba wystawionych w 2014 roku przez państwa wysyłające formularzy A1, podczas gdy **faktyczna liczba pracowników delegowanych wynosiła... 1,45 mln**. Co więcej, liczba ta obejmuje osoby samozatrudnione, które w ogóle nie są objęte przepisami dyrektywy o delegowaniu pracowników. Ich liczba wynosi ok. 8%. Również ta informacja została podana w przypisie Oceny Skutków Regulacji[23]. Pominięto ją w pozostałych dokumentach, materiałach przygotowanych dla mediów i nie wyciągnięto z niej żadnych wniosków.
Na postawie posiadanych przez Komisję danych można stwierdzić, że faktyczna liczba pracowników delegowanych objętych Dyrektywą z 1996 roku w przeliczeniu na pełne etaty, **jest znacznie niższa niż 0,2% ogółu zatrudnionych w UE.**
W Ocenie Skutków Regulacji nie wyciągnięto żadnych wniosków również z faktu, że ponad połowa delegowań odbywa się między krajami o podobnym poziomie wynagrodzeń oraz, że liczba pracowników oddelegowanych przez **agencje pracy tymczasowej** - głównego „podejrzanego" o tzw. dumping socjalny i nieuczciwą konkurencję to około... **5% całkowitej liczby delegowań**.
Z niezrozumiałego powodu powyższe wnioski, które przecież rzucają nowe światło na rzeczywisty zakres zjawiska delegowania i **poddają w wątpliwość zasadność nowelizacji Dyrektywy z 1996 roku**, zostały pominięte w dokumentach i informacjach prasowych, w tym w Uzasadnieniu oraz w Streszczeniu, które zawierały jedynie uderzającą liczbę 1,92 mln delegowań oraz wnioski wysnute na jej podstawie (w tym takie, że zjawisko delegowania w UE gwałtownie wzrasta, co nie znajduje potwierdzenia w faktach).
Dogłębna analiza Oceny Skutków Regulacji wywołuje wrażenie, że **Komisja ignoruje lub pomija dane i fakty, które nie pasują do założonej z góry tezy**. Rodzi także istotne pytania: czy to jest możliwe, że zjawisko o tak marginalnej skali (>0,2%) może być prawdziwą przyczyną problemów społecznych i gospodarczych, które Komisja stara się rozwiązać? Czy Komisja dysponuje danymi, które w sposób wiarygodny uzasadniałyby nowelizację dyrektywy z 1996 roku i radykalną zmianę zasad delegowania pracowników?

OPIERA SIĘ NA PRZYPUSZCZENIACH ORAZ FRAGMENTARYCZNYCH DANYCH

Komisja w swojej Ocenie Skutków Regulacji **ponad 20 razy przyznaje, że nie posiada odpowiednich danych** lub dane, które posiada są niepełne i nie oddają dokładnego obrazu rzeczywistości. To nie powstrzymało Komisji przed formułowaniem odważnych konkluzji, które nadały kształt projektowi.
W dokumencie Komisja stwierdza, że rewizja Rozporządzenia w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego, która zostanie przyjęta w najbliższej przyszłości, będzie *„kluczem do zwiększenia wiarygodności bazy informacji służących do monitorowania dynamiki zjawiska delegowania pracowników"*[24]. Należy pamiętać,

że dużo wiarygodnych danych będzie również zbieranych po implementacji Dyrektywy wdrożeniowej z 2014 roku planowanej na 18 czerwca br.
Komisja proponuje nowelizację dyrektywy z 1996 roku na podstawie **przypuszczeń oraz fragmentarycznych danych.** Jednocześnie stwierdza, że **wiarygodne dane będzie posiadać w nieodległej przyszłości**. To z pewnością nie jest przykład dobrego stanowienia prawa zapowiedzianego przez przewodniczącego Junckera.

LEKCEWAŻY SKUTKI GOSPODARCZE

Wiele państw członkowskich oraz organizacji pracodawców argumentuje, że projekt Komisji doprowadzi do **wykluczenia konkurencyjnego** legalnie działających usługodawców i zaszkodzi konkurencyjności całego unijnego rynku. Pomimo tego, Komisja w swojej Ocenie Skutków Regulacji **nie poświęciła tym obawom ani jednego zdania,** stwierdzając krótko, że *„można przyjąć, że świadczenie usług transgranicznych poprzez delegowanie pracowników ma ograniczony wpływ ekonomiczny na państwa wysyłające lub przyjmujące"*[25], aby w następnym zdaniu przyznać, że… **nie posiada żadnych danych które uzasadniałyby to stwierdzenie**. Takie podejście jest trudne do wytłumaczenia, w szczególności zważywszy na fakt, że duże znaczenie oraz pozytywny wpływ delegowania pracowników na europejską gospodarkę podkreślany jest w niemal wszystkich najnowszych badaniach i raportach, w tym też przygotowanych przez tych samych autorów, których raporty stanowiły podstawę projektu Komisji.
Delegowanie pracowników w najnowszych opracowaniach opisywane jest jako *„gospodarcze panaceum"*, a także jako *„mechanizm stabilizujący"*. Potencjał mechanizmu delegowania pracowników dla kreowania *„wzrostu zatrudnienia, zmniejszania bezrobocia, zwiększenia dochodów gospodarstw domowych oraz wpływów z opodatkowania pracy w państwie członkowskim pochodzenia są jego ważnymi cechami"*[26]. Wskazuje się także, że szczególnie w czasach kryzysu, **mobilność pracy jest z pewnością bardziej lekarstwem niż przekleństwem**. Jednak jego potencjał dla obywateli UE i strefy Euro nie jest jeszcze w pełni wykorzystany; zaś *„w obliczu Wielkiej Recesji, zwiększenie mobilności pracy ma potencjał do obniżania bezrobocia i stabilizowania strefy Euro"*[27].
Nawet raport przygotowany pod kierownictwem przewodniczącego Junckera potwierdza, że delegowanie może stać się użytecznym narzędziem jako *„mechanizm ubezpieczający"*. Ponadto, jak zauważył André Sapir[28], obecny kształt mechanizmu delegowania pracowników pozwala na pogłębienie efektywnej integracji Unii Europejskiej.
Zamiast najnowszych, wiarygodnych opracowań, Komisja swoją Ocenę Skutków Regulacji oparła w przeważającej mierze **na nieaktualnych źródłach,** np. na opracowaniach opublikowanych w latach 2010-2011, których wnioski siłą rzeczy

musiały być ukształtowane w latach największego kryzysu gospodarczego, które jednocześnie były pierwszymi latami po przystąpieniu do UE nowych państw członkowskich. Jest rzeczą oczywistą, że mogło to zniekształcić obraz rzeczywistości, będący podstawą projektu Komisji.

SPRZECZNY Z DEKLAROWANYMI CELAMI

Propozycja Komisji nie prowadzi do osiągnięcia deklarowanych przez Komisję celów w postaci bardziej sprawiedliwego wynagradzania i lepszych warunków zatrudnienia dla pracowników delegowanych, ale *de facto* **do konkurencyjnego wykluczenia z europejskiego rynku usługodawców** świadczących swoje usługi z wykorzystaniem pracowników delegowanych w innych państwach, poprzez zwiększenie ich kosztów, poziomu niepewności prawnej i nałożenie na nich dodatkowych barier.
Ponadto, pomimo zobowiązania, że "*obecna inicjatywa [ustawodawcza] nie dotyka żadnego zagadnienia poruszonego w Dyrektywie wdrożeniowej*" (OSR, s. 9), Komisja postępuje przeciwnie. W art. 2a ust. 2 proponuje zapis ograniczający zastępowalność pracowników delegowanych, a więc zagadnienie, które zostało już poruszone w Dyrektywie wdrożeniowej z 2014 r. - w art. 4 ust. 3 lit. g), a także w uzupełniającym ją "Wspólnym oświadczeniu Parlamentu Europejskiego, Rady i Komisji w sprawie artykułu 4 (3) (g)". Co więcej, obecnie proponowany przepis ogranicza możliwość zastąpienia pracownika w sposób bardziej restrykcyjny niż Dyrektywa wdrożeniowa z 2014 roku, a jednocześnie całkowicie odmiennie, niż określony w Rozporządzeniu 883/2004. **Doprowadzi to do chaosu prawnego** i w żaden sposób nie przyczyni się do poprawy sytuacji pracowników delegowanych.
Co bardzo znaczące, Komisja w towarzyszących projektowi dokumentach **ani słowem nie wspomina** o artykule 2a ust. 2, a tym bardziej nie uzasadnia **w jaki sposób realizuje on cele projektu**.
Nie można znaleźć **żadnego uzasadnienia dla abstrakcyjnego ograniczania (nawet w sposób pośredni) czasu trwania usługi** świadczonej z wykorzystaniem pracowników delegowanych w innym państwie członkowskim. Ze względu na postanowienia Traktatu, nie jest możliwe określenie maksymalnego czasu trwania usługi w sposób abstrakcyjny. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości UE usługi świadczone w innym państwie członkowskim w ramach swobody świadczenia usług *„mogą obejmować usługi szeroko różniące się charakterem, w tym usługi, które są świadczone przez dłuższy czas, nawet przez wiele lat"* (C-215/01 Schnitzer).
Innym przykładem działania Komisji wbrew deklarowanym celom jest propozycja, aby zastąpić odniesienie do „minimalnych stawek płacy" pojęciem „wynagrodzenia". Słowo "wynagrodzenie" jest enigmatyczne i niejasne.

Pojęcie „minimalnych stawek płacy" posiada wypracowany przez lata poziom jasności, oparty na orzecznictwie TSUE, który służy zarówno przedsiębiorcom, jak i samym pracownikom delegowanym. Wprowadzenie nowego pojęcia „wynagrodzenie" **narazi wszystkich na lata niepewności prawnej**, która będzie w równym stopniu szkodzić samym pracownikom delegowanym, jak również ich pracodawcom.

Może się okazać w praktyce, że „wynagrodzenie", którego wypłacanie pracownikom delegowanym proponuje Komisja, nie będzie odczuwalnie wyższe, niż co najmniej „minimalna stawka płacy", którą pracownicy delegowani otrzymują obecnie. Np. dodatek bożonarodzeniowy, który będzie należny pracownikowi delegowanemu w kwietniu na kilka tygodni do Belgii, Holandii i Danii, obliczony proporcjonalnie, dla pracownika będzie nieodczuwalny. Jednakże, jego wyliczenie, łącznie z setkami różnych innych dodatków obowiązujących w 28 państwach Unii, będzie dla przedsiębiorców delegujących ogromnie uciążliwe, kosztowne.

Nie można oprzeć się wrażeniu, że faktycznym celem Komisji jest wprowadzenie zasad, które w największym stopniu **utrudnią i zniechęcą przedsiębiorstwa do delegowania pracowników**, a nie troska o uczciwe wynagradzanie pracowników delegowanych.

Komisja w swoich analizach konsekwentnie pomija kwestię dodatkowych kosztów i obciążeń, które usługodawcy muszą ponosić w celu skorzystania ze swobody świadczenia usług (na co wskazywał między innymi Rzecznik Generalny N. Wahl w swojej Opinii w sprawie C-396/13 Sähköalojen ammattiliitto ry v Elektrobudowa Spółka Akcyjna[29]). Ich ograniczenie poprzez uproszczenie przepisów i zniesienie barier byłoby krokiem w kierunku wyrównania wynagrodzeń pracowników delegowanych z biedniejszych państw członkowskich. Poza tym, Komisja wydaje się w swoich konkluzjach konsekwentnie przyjmować całkowicie błędne założenie, że:

nominalny koszt pracy = realny koszt pracy = całkowita cena usługi

WYWOŁA ODWROTNE SKUTKI

W niełatwych dla Unii Europejskiej czasach, gdy Wielka Brytania rozważa swoje wyjście z Unii z powodu niezadowolenia z rosnącej biurokracji i przeregulowania, a niektóre państwa członkowskie odbudowują swoje fizyczne granice, Komisja Europejska proponuje własny projekt prowadzący do budowy gospodarczego muru odgradzającego firmy usługowe z mniej zamożnych państw członkowskich od ich bogatszych sąsiadów. Komisja zdaje się wierzyć, że to przyczyni się do złagodzenia napięć społecznych i politycznych pojawiających się w bogatych państwach członkowskich, których rzekomą przyczyną jest obecność niechcianej wewnątrzunijnej

konkurencji z biedniejszych państw. Jednakże, **plan Komisji jest krótkowzroczny** i może w rzeczywistości przynieść odwrotny skutek.
Równe reguły gry między konkurentami zagranicznymi i krajowymi (tzw. „level playing field") nie mogą być definiowane w taki sposób, że **tylko bogaci i silni mogą wygrywać**. Fakt, że firmy usługowe z nowych państw członkowskich UE znalazły swoją niszę rynkową to **historia sukcesu europejskiej integracji**, a nie problem, który należy rozwiązać.
Zablokowana, w następstwie wejścia w życie projektu Komisji, swoboda świadczenia usług zostanie szybko zastąpiona pozostałymi swobodami gospodarczymi lub szarą strefą. W miejsce tymczasowej mobilności usług z wykorzystaniem mechanizmu czasowego delegowania pojawi się trwała migracja pracowników wraz z całymi rodzinami, co wywoła w bogatych państwach napięcia podobne do tych, które mają obecnie miejsce w Wielkiej Brytanii.
Komisja wydaje się również opacznie rozumieć zasadę *„równa płaca za tą samą pracę"*. W rzeczywistości **zasada ta jest celem, a nie narzędziem do osiągania celów**, i może zostać osiągnięta wyłącznie poprzez przyspieszanie konwergencji społecznej i gospodarczej w następstwie procesu wyrównywania standardów życia między poszczególnymi państwami członkowskimi. Proces ten intensyfikuje wzrastająca mobilność, a spowalniają hamujące ją bariery.
Jeżeli „równa płaca za tą samą pracę" wymuszona zostanie aktem prawnym, doprowadzi to nie do wyrównania płac, ale do wykluczenia tych, którzy nie są „równi". Komisja wydaje się nie brać pod uwagę faktu (wskazywanego przez badaczy – np. D. Kukoveca lub C. Barnarda[30]), że w delegowaniu pracowników to, co na pierwszy rzut oka wydaje się być wymiarem gospodarczym jest wymiarem społecznym i odwrotnie. Dlatego nie można odseparować wymiaru gospodarczego i liczyć na to, że nie wpłynie to na wymiar społeczny. W razie przyjęcia propozycji Komisji w obecnym kształcie, nowe zasady wyeliminują z rynku wiele spośród działających obecnie etycznie i zgodnie z prawem przedsiębiorstw (wymiar gospodarczy), co spowoduje utratę zatrudnienia przez ich pracowników (wymiar społeczny). W ten sposób nowe prawo dotknie najbardziej tych, których miało chronić.

JEST NIESPRAWIEDLIWY

Ministrowie pracy siedmiu najbogatszych państw członkowskich we wspólnym liście wysłanym Komisji[31], wcale nie domagali się prymatu praw socjalnych pracowników delegowanych nad fundamentalnymi swobodami gospodarczymi, ale *de facto* prymatu prawa do narodowego protekcjonizmu ponad oboma powyższymi.
Tytułem przykładu, udział Francji w europejskim rynku motoryzacyjnym wynosi ponad 20%. Nikt jednak nie twierdzi, iż jest to wynikiem „nierównych reguł gry

konkurencyjnej". Tymczasem, według danych liczbowych, **udział firm usługowych z nowych państw członkowskich w europejskim rynku usług jest marginalny**, a i tak Komisja skłania się ku twierdzeniu, iż został on osiągnięty dzięki *„nieuczciwej konkurencji"*, **co rodzi *„wątpliwości, że zasady obowiązujące w UE nie są fair"***[32].
Komisja kieruje się wolą zagwarantowania *„równego traktowania pracowników i przedsiębiorstw"*. Jednakże sytuacja usługodawców krajowych i zagranicznych jest odmienna, czego Komisja konsekwentnie nie bierze pod uwagę. Usługodawca zagraniczny ponosi znaczne dodatkowe koszty, wynikające wyłącznie z faktu świadczenia usługi w innym państwie członkowskim oraz dodatkowych kosztów operacyjnych. Firmy krajowe mają również instytucjonalną, kulturową i geograficzną przewagę, której nie można nie brać pod uwagę.

WZBUDZA WĄTPLIWOŚCI PRAWNE

W naszej opinii **wniosek Komisji narusza niektóre przepisy prawa** prywatnego międzynarodowego - w szczególności rozporządzenia Rzym I[33]. Abstrakcyjnie określony kumulatywny okres 24 miesięcy, po upływie którego następować ma odejście od uregulowań rozporządzenia Rzym I, w połączeniu z ograniczeniem możliwości zastępowania pracowników delegowanych, przyczyni się do niezgodnego z prawem wpływania na sytuację poszczególnych pracowników. Ich sytuacja powinna być określona przez zapisy umowy między pracownikiem delegowanym i jego pracodawcą (a więc za pomocą instrumentu prawa prywatnego). Zamiast tego, zgodnie z wnioskiem Komisji, w przypadku zastępowania lub w przypadku, gdy przewidywany lub efektywny okres delegowania przekracza 24 miesiące, proponowane przepisy (instrument prawa publicznego) określać będą zobowiązania umowne stron. Ponadto, stosowanie do prawa pracy (na podstawie harmonizacji) metod koordynacji prawa, zarezerwowanych dla zabezpieczenia społecznego, nie jest ani konieczne, ani spójne.
Komisja *de facto* proponuje, aby w niektórych sytuacjach wszystkie warunki prawa pracy państwa, do którego pracownik został delegowany musiały być stosowane wobec niego od pierwszego dnia jego delegowania. Wyobraźmy sobie, że obie strony (pracodawca i delegowany pracownik) dorastały w polskiej kulturze prawnej – zgodnie z propozycją Komisji będą zmuszone posługiwać się i podlegać całkowicie nieznanym sobie przepisom obcego prawa np. duńskiego (ze wszystkimi tego uciążliwymi konsekwencjami) i to na dodatek wbrew ich wspólnej woli i intencji. Jest rzeczą oczywistą, że uczyni to znacznie trudniejszym dochodzenie swoich praw przez samych pracowników delegowanych, którzy **w przypadku sporu z pracodawcą będą zmuszeni bronić swoich praw przed sądami w obcych państwach**. Warto

nadmienić, że godzina pracy np. francuskiego prawnika to koszt od 150,00 EUR za godzinę.
Ograniczenie maksymalnego skumulowanego okresu delegowania pracowników do 24-miesięcy, po którym strony będą pozbawione możliwości wyboru prawa, stanowi **naruszenie swobody umów, określonej w rozporządzeniu Rzym I** oraz określonej w art. 56 Traktatu swobody świadczenia usług, poprzez **nałożenie nieproporcjonalnej i nieuzasadnionej pośredniej bariery**, skutkującej *de facto* wprowadzeniem czasowego ograniczenia długości świadczonej usługi, podczas gdy traktatowe swobody przepływu osób, kapitału, towarów i usług takich ograniczeń mieć nie mogą.
Wydaje się, że **Komisja dąży również do zatarcia różnicy między swobodą świadczenia usług a swobodą przepływu osób**. Rozróżnienie między tymi dwoma podstawowymi swobodami zawarte było w preambule do Dyrektywy wdrożeniowej, ale brakuje go w przedmiotowym wniosku. Jednakże rozróżnienie to ma zasadnicze znaczenie i było zawarte w Traktatach od samego początku powstania Unii Europejskiej. Jest ono również obecne w ugruntowanym orzecznictwie TSUE. Wniosek Komisji powraca w tym względzie aż do starej judykatury Trybunału z lat osiemdziesiątych i dziewięćdziesiątych XX wieku - zwłaszcza w sprawie C-113/89 Rush Portuguesa. Jednakże Trybunał od tamtego czasu znaczenie unowocześnił swoje orzecznictwo w tym zakresie, czyniąc je bardziej korzystnym dla traktatowej swobody przepływu usług, z poszanowaniem praw pracowniczych, ale bez zgody na tworzenie nowych barier i gospodarczy protekcjonizm.
Wreszcie, projekt Komisji realizuje inny niż deklarowany cel i w ten sposób **narusza zasadę proporcjonalności**. Zgodnie z tą zasadą, inicjatywy prawodawcze UE muszą być ograniczone do tego, co jest konieczne do osiągnięcia celów określonych w Traktacie i być ograniczone tylko do tego. Jest ona również sprzeczna **z zasadą pomocniczości**, ponieważ jej cele mogą zostać osiągnięte efektywniej poprzez działania w ramach krajowych porządków prawnych, np. poprzez skuteczniejsze kontrole przestrzegania obecnie obowiązujących zasad.

PODSUMOWANIE

Obecne wyzwania w obszarze delegowania pracowników nie są związane ze zmianą jego podstawowych zasad i reguł, lecz z **wdrażaniem i stosowaniem** w codziennej praktyce **obowiązujących obecnie regulacji**.
Aby zmniejszyć pojawiające się w bogatych państwach Unii społeczne i polityczne „***wątpliwości, że zasady obowiązujące w UE nie są fair***"[34], Komisja Europejska powinna przede wszystkim sama zaprzestać zrównywania wynagrodzeń pracowników, którzy zostali czasowo delegowani do innego państwa przez

działających zgodnie z prawem usługodawców z sytuacją pracowników „ze wschodu", zatrudnianych w bogatych państwach członkowskich do pracy „na czarno", bądź wyzyskiwanych jako ofiary handlu ludźmi.

Należy dokonać wyraźnego rozgraniczenia między zgodnym z prawem czasowym delegowaniem pracowników w celu świadczenia usług w innym państwie członkowskim, a nielegalną działalnością, której ofiarami są pracownicy migrujący pochodzący z państw Europy Wschodniej.

Powyższy cel można byłoby osiągnąć poprzez wprowadzenie rozpoznawalnego i łatwego do sprawdzenia identyfikatora, który pozwalałby odróżnić pracownika, który został delegowany (i objęty systemem zabezpieczenia społecznego innego państwa członkowskiego) od zagranicznego pracownika np. zwerbowanego przez fikcyjną firmę (tzw. spółkę-skrzynkę pocztową). Wprowadzenie elektronicznych i/lub odpornych na fałszowanie certyfikatów zabezpieczenia społecznego dla pracowników delegowanych stanowiłoby dobry pierwszy krok naprzód.

Wreszcie, potrzebne są **mądre i czytelne** zasady dostosowane do naturalnie postępującej hiper-mobilności unijnych przedsiębiorstw i obywateli, a nie próbujące ją utrudniać. Pozwoli to zapobiec postępującej **utracie konkurencyjności unijnego rynku**, przy jednoczesnym przyspieszeniu standardu życia między biedniejszymi i bogatszymi państwami oraz zapobieżeniu nielegalnym praktykom rynkowym, których ofiarami padają często wewnątrzunijni migranci. Tych celów nie da się osiągnąć przez odbudowę gospodarczego muru oddzielającego biedniejsze państwa od bogatszych, gdyż ten co najwyżej doprowadzi do odizolowania tych, którzy nie są „równi", zgodnie z definicją narzuconą przez grupę najbogatszych państw.

Stowarzyszenie Inicjatywa Mobilności Pracy
Plac Wolnica 13/10, 31-060 Kraków, Polska
www.inicjatywa.eu
kontakt@inicjatywa.eu

Autorzy:
Stefan Schwarz, Prezes Zarządu
Marek Benio, Wiceprezes Zarządu
Marcin Kiełbasa, Doradca Prawny
Magdalena Zgłobica, Asystent Prawny

© 2016 Stowarzyszenie Inicjatywa Mobilności Pracy
Powielanie jest dozwolone pod warunkiem podania źródła.

III

Dialog interesariuszy i polityków o kształtowaniu europejskiej polityki społecznej w dziedzinie mobilności pracy i usług

III Europejski Kongres Mobilności Pracy w Krakowie

23-24 kwietnia 2015

Aneks I

Materiały źródłowe

Marianne Thyssen

European Commissioner for Employment, Social Affairs, Skills and Labour Mobility

Fairer Rules and Level Playing Field

23 April 2015, Cracow

I am grateful to the organisers, the Cracow University of Economics and the Labour Mobility initiative, for inviting me to address you — especially in this beautiful royal city. I welcome the chance to talk to you about labour mobility. I know this is an important topic for you here in Poland. It is an important topic to many people and businesses everywhere in the EU. No matter where I go, no matter whether my interlocutors are entrepreneurs, workers, politicians or ordinary people: they all seem to have strong views on labour mobility. Those views are not necessarily aligned. And yet, I am deeply convinced that ultimately we share the same interests. This is why we need to debate this topic, listen to each other's views and find common ground. Only then will we be able to move forward instead of being stuck or even falling back on what has been achieved. This is why I am here with you today: to listen, to share some of my own views and to engage with you in an open and frank debate.

A deeper and fairer internal market

Let me start by sharing some of my thoughts with you. I will get to the specific topic of labour mobility in a minute. But allow me first to put this topic into a broader policy context. Throughout my political career – both as a member of the European Parliament and as a politician in my home country, Belgium – I have been a fierce promotor of the Internal Market. For decades, the internal market has created opportunities and brought growth and welfare throughout the EU: to the north and the south; to the west and the east. I know that Poland has always been a strong supporter of and contributor to the internal market. The Government made this one of its political priorities during the Polish Presidency of the Council in 2011.Now that

the EU is going through difficult economic times, now that economic convergence between EU Member States is going down instead of up, it is obvious to me that we need the internal market more than ever. We need more internal market not less. This is why it is a priority for this Commission to deepen the internal market.

What does deepening the internal market mean?

In my view it is absolutely essential that we work on two fronts: First, we must remove the remaining obstacles. This will not happen by itself – it will require continuous effort and enforcement action from the Commission and the Member States.

Secondly, we must gradually come to more commonality in the rules and parameters that govern our national markets. This is true for the Energy Union that we are trying to create, for the Digital Single Market as well as for the Banking Union. It is true for goods, for services and for capital. It is also true for the free movement of workers. Deepening the internal labour market means: removing remaining obstacles to free movement of workers and gradually elaborating the common set of minimum rights that apply to all workers across the EU. If both go hand in hand, they can become a virtuous circle of mutually reinforcing powers – ying and yang!

Let me illustrate this based on a concrete example: The common EU rules on food safety facilitate the free movement of food products. They make it easier for citizens to trust imported goods because they know that these goods meet the same health and safety standards as locally produced food. Conversely, they make it more difficult for Member States to justify national protection measures and hence easier for producers to export their goods. This equates to a mutually reinforcing interaction between free movement and common standards of protection. But the balance must be there. Removing barriers without developing common rules is not a sustainable policy proposition. What does this mean for labour mobility?

It means that in this area too, our approach must be balanced. If we let workers circulate freely from one Member State to the other, without commonly agreed rules of the game, it would not work. It would lead to disputes, abuses, to unilateral measures introduced by some, disputed by others. This is why we have detailed rules on the coordination of social security systems. It is why in 1996 the EU introduced the Posting of Workers Directive seeking a fair balance between the interests of the workers concerned, of the service providers and of the local businesses in the recipient countries. The question today is whether these rules are still fit for purpose?

This brings me to the Mobility Package which we are currently preparing in the Commission and which we intend to bring forward by the end of the year.

The objective is three-fold:

(1) As I hope I have made clear before: the free movement of workers and the freedom to provide services are not up for discussion. This being said, we cannot and should not turn a blind eye on the issues that labour mobility gives rise to, both in the countries of destination and in the countries of origin. In order to respond to citizens' concerns and to inform our policy making, we need a correct picture of the situation, based on facts and figures – not on emotions. This is where I see a first task for the Commission: to analyse and report objectively on mobility flows and their consequences on national labour markets and social security systems, both in sending and receiving countries. We may find out that perceptions do not always correspond to reality.

(2) Our second priority will be to prevent errors, abuse and fraud. This is not only in the interest of the receiving countries but also in the interest of the origin countries. I will come back on this in a minute.

(3) But perhaps we need to go beyond enforcement and also take another close look at some key provisions of the existing rules. If they are no longer responding to the economic and social challenges of today, we may need to update them.

Let me turn to each of these points in more detail, starting with the factual analysis.

Scale and impact of free movement and posting.

Only 8.1 million EU citizens out of over half a billion live and work in a member country other than their own. That makes only 3.3% of our total work force. They are not a homogeneous group: 41% have a tertiary education and that percentage is growing. The figures for workers posted in connection with the provision of services across borders are also worth taking a look at. According to the latest official EU statistics available, some 1.3 million posting operations took place in 2013. That was an increase of 27% on 2010 but still involved only 0.6% of the total employed population aged 15 to 64 in the EU.

In absolute terms, the three main sending Member States were Poland, Germany and France and the three main receiving Member States were Germany, France and Belgium. Now let's zoom in on the situation here in Poland:

In 2013 there were 1.9 million Polish citizens living in another Member State, accounting for 14% of all mobile EU citizens. Most mobile Polish citizens live and work in the UK (718 000), Germany (566 000) and Ireland (120 000). In percentage terms, the Polish mobile citizens represent 3,9% of the labour force of Ireland, 1,4% in the UK, 0,8% in Austria and 0,7% in Germany. By contrast, there were only 23 000 mobile EU citizens living in Poland. But there are also many non-EU citizens living and working in Poland, and many of whose activity is not declared. Undeclared work has been estimated to have accounted for between 12 and 15% of Poland's GDP from 1995 to 2006, compared with an EU-27 average of 7.2%. According to the latest data on portable A1 forms, in 2013 Poland was the top net sender of posted workers having sent 248 000 workers more than it received. In total Poland posted 263 000 workers to other EU Member States, mostly Germany (149 000), France (31 000) and Belgium (23 000). 48% of the Polish workers work in the construction sector.

Those are the numbers. But we cannot limit our analyses of the situation to statistics.

We also have to look closely at the impact of mobility. On the positive side, evidence points strongly to the economic benefits of labour mobility: it provides broader economic opportunities, helps correcting imbalances between high and low unemployment regions by matching labour supply with demand, it contributes to job creation opportunities and promotes economic growth and competitiveness . Labour mobility helps to address skills mismatches across borders. It promotes the dissemination of knowledge and innovation across the EU. However, in particular when concentrated geographically, it may also create disruptions. I am thinking of communities in the countries of origin, who may see many of their young and most highly skilled workers leaving. This raises legitimate questions about the medium to long term impact of ageing populations and shrinking workforces on GDP, the cost of educating those who leave, and how to promote circular migration. And of communities in the host countries, who may feel overwhelmed by the sudden influx of large numbers of mobile EU workers and their families. We cannot turn a blind eye on these issues, but we must analyse the facts and consider rationally how best to address them. Incidentally, these are issues which do not only arise on a European scale. They may exist also within a Member State. Poland would for example from an economic viewpoint clearly benefit from more geographical mobility between regions with very different labour conditions inside the country. But still,

that labour mobility appears not so easy to bring about and could give rise to local issue, such as impact on real estate prices and local social services.

Tackling fraud and abuses

As I mentioned, our second priority is to prevent errors, abuse and fraud in the context of labour mobility. For the internal market to work, it must be based on clear rules, which are fair, well understood and applied in practice. Remember my example of food safety and think of the impact that one scandal of contaminated food can have! Beyond the direct harm it causes, it can take ages to restore people's trust. No matter how many safe food products have crossed borders at the same time. One rotten apple spoils the whole barrel! It is the same with free movement of workers. No matter how many people play by the rules, one well mediatized fraud case undermines people's trust in the fairness of free movement of workers in general.
That is why enforcement is so much in the common interest of all countries: the receiving ones as well as the net senders. The Enforcement Directive on the posting of workers adopted last year will be important here. It lists qualitative criteria characterising both the temporary nature inherent in the notion of posting and the existence of a genuine link between the employer and the Member State of establishment. These provisions provide the Member States with tools to fight the abuses by „letterbox companies". The Directive will also make information on the applicable terms and conditions of employment much more easily available in each Member States. Knowing your rights is a precondition for getting them respected and knowing your obligations is a prerequisite for honouring them. The Enforcement Directive will also introduce direct subcontracting liability in the construction sector. Member States may choose to apply the subcontracting liability further down in the supply chain and may extend it to other sectors. These liability mechanisms can play an important role in securing workers' rights. And the Directive establishes a list of national control measures that the Member States may apply to monitor compliance with the Posting of Workers Directive and the Enforcement Directive.

This may entail an obligation for the posting companies:

- to make a simple, prior declaration to the authorities in the receiving country;
- to keep basic documents – such as posted workers' employment contracts, payslips and timesheets – available at the workplace;
- to designate a contact person for liaising with the enforcement authorities in the receiving country.

The Enforcement Directive will also intensify cooperation between national authorities with a view to exchange information and enforce the rules together. This is a point

that I personally attach a lot of importance to. Posting, by definition, always involves a cross border element. To assess the regularity of posting across different Member States, it will almost certainly be necessary to assemble information held by authorities in different Member States. We must find efficient and effective ways to do this – I count on all national authorities to play their role. You may be aware that the Commission has recently referred a Member State to Court for enabling its enforcement authorities unilaterally to declare an A1 form issued by another Member State void. Such unilateral actions are not acceptable in the EU. There are proper procedures for cooperation in place, which is why we did not hesitate to take the case to Court. Nevertheless, it is all Member States common responsibility to make sure that these procedures work.

Transposing the Enforcement Directive on posting swiftly and properly into the Member States' legislation is therefore crucial. We shall continue to work closely with the Member States to ensure that this is done. Transposing the Enforcement Directive is not only a matter of adopting the necessary legislative measures – it is also a matter of ensuring that the competent authorities have the necessary resources to do the work. I count on Poland as one of the Member States with the highest number of posted workers sent to other Member States to fully play its role here.

I invite you, the business community, enforcement agencies and politicians of Poland, not to see legitimate actions of other Member States to enforce the posting rules as hostile acts. They are your allies! In the short run, they make sure that you who play by the rules do not face unfair competition from those who don't. And in the long run, they help ensuring that EU citizens trust and support free movement of workers. The same is true for the fight against undeclared work. A second instrument in our fight against abuse and fraud is the proposed European Platform on undeclared work, a problem that you also know here in Poland. This platform will bring together various national enforcement authorities, such as the labour inspectorates and the social security and tax authorities with a view to preventing and deterring undeclared work. In those Member States where good cooperation exists between those authorities, the administrative burden on businesses and workers can often be reduced. Once established, it will involve sharing information and best practice, developing expertise and training, and supporting practical cross-border cooperation.

I hope that I can count on Poland's support for a rapid adoption by the co-legislators of the proposed Decision on the establishment of the Platform. Targeted review of Posting of Workers Directive and revision of Social Security Regulation. The labour mobility package will not only aim to provide a factual description and rational analysis of labour mobility in the EU, and examine how we can further support national

authorities in the fight against abuses and fraud. As I mentioned, we will also assess whether the existing rules are still fit for purpose and where needed propose adjustments. As regards the 1996 Posting of Workers Directive, President Juncker has announced in his political guidelines that we would conduct a targeted review. This does not necessarily mean a revision. I am aware from my time in the Parliament that it was not easy to come to agreement on the Enforcement Directive and I will certainly not take the decision to open up the basic Posting Directive lightly. In any event, if at all we will propose to open up the basic Directive, it will not be to put the basic principles on free movement up for discussion. The key objective of the Posting Directive, to aim for a balance between the interests of the worker, of the service provider and of the local businesses must remain intact. It is only when the rules appear to give rise to too many uncertainties or abuses that we could consider amending them. I notice that fundamental disputes continue to exist today, for example about the concept of posting in the transport sector. If an amendment of the Directive can bring more legal certainty, in the interest of businesses and workers, we should consider it. This too can be part of deepening the internal market. The EU rules on the coordination of social security systems is another set of rules that we are taking another look at. The coordination rules have always been an important instrument to facilitate cross-border mobility of EU workers and their family.

They aim to ensure that mobile EU citizens do not lose their social security protection, and that one Member State — and one Member State only — is always responsible for the social security protection of the individual citizen. But we need to ensure that the rules reflect the changes in the economy and society and, as I said before, that they are seen as being fair by citizens and political leaders.
I approach this matter with an open mind, and we are eager to listen to the concerns and the proposals from the Member States and citizens. It is clear that the issues raised do not have easy answers. The fact that the social security systems of the Member States vary so substantially, does not always make it easy to find common ground.

Let's take family benefits. As you know, where workers are entitled to family benefits, they will under the current rules – focused on the lex loci laboris principle which underpins the Regulation (this means the it is in principle the law of the country in which the person works that is applicable) – receive the same amount of benefits as their fellow workers, regardless of whether their children live in the same country or another. However, in the national jurisdictions of most Member States, family allowances are residence based and tax financed. Amounts of benefits vary moreover substantially between Member States, in absolute figures and in percentage of GDP. I understand, for instance, that child and family benefits in Poland account for only

0.8% of GDP, the lowest percentage in the EU. Under the current circumstances are the existing rules fair? Or should the place of residence of the children be decisive, either for determining which Member State is competent in first instance or for determining the amount of the benefit?

As regards unemployment benefits, as you know, the last country of employment is responsible for paying them. This is true even if the worker has worked — and paid social security contributions — in another Member State all his or her life, and for instance, for only two weeks in the last country of employment. In such cases, can you legitimately question whether a worker should not have spent a minimum amount of time – say 1 month or 3 months – in the last country of employment before being entitled to unemployment benefits there? Those are just two examples of questions that could be asked — and are being asked — on the subject of social security coordination rules in Europe. Luckily, there are also some easier issues. For example, with more and more Member States introducing benefits for long term care in their social security systems – a trend which the Commission encourages in view of the aging of the population – it seems fairly obvious that those benefits need to be covered explicitly in the EU Coordination rules.

As I said, we are in listening mode and don't have the answers to those questions yet. That is why we want a debate on the subject, to explore options and see whether the rules need updating. We shall only take a decision on how to proceed as regards changing the current rules at the end of the year. In the meantime, we are conducting a thorough impact assessment to ensure that we understand the effects of any change to the current rules. So I am eager to hear the views of the Member States, the European Parliament, the social partners and other stakeholders to ensure that our decision is an informed one.

I sincerely believe that labour mobility is an opportunity, not a threat. To the extent that you needed to be convinced, I hope I have been able to convince you of that today. We must not backtrack on the internal market now that we need it more than ever. We must deepen it. Free movement of workers expands the opportunities available to individual workers and employers. Like all freedoms, it must be tempered with concern for its impact on others. Of particular concern are its impact on the social protection of the workers and on the level playing field with the local businesses. This is not new – it has always been at the heart of the EU's internal market policy. If the EU does not pay attention to maintaining the balance, it risks undermining the EU citizen's support for the internal market and even for the EU project as a whole. That is why the Commission is determined to support freedom of movement and freedom to provide services across borders and to make sure they take place in lawful and fair

conditions. But achieving a balanced approach to labour mobility and making sure it is fair is not something the Commission can do on its own. The Member States, the social partners, enforcement agencies, civil society and individual citizens can and must all do their bit. Tackling abuses and fraud, properly protecting the rights of posted workers, and making sure social security contributions are paid, are in Poland's interest just as much as they are in that of other Member States. It is in Poland's short term interest, and in its long term interest taking into account that Poland is in the centre of the EU internal market. We need to see how to do this together, how to explain it to our fellow Europeans, and then how to enforce the rules that we have agreed. Poland's contribution to achieving a fairer internal market will be hugely important.

Danuta Jazłowiecka

Wiceprzewodnicząca Komisji ds. Zatrudnienia i Spraw Socjalnych Parlamentu Europejskiego

O politykę opartą na danych[102]

Europejski Kongres Mobilności Pracy stanowi jedną z podstawowych okazji do merytorycznej i rzeczowej debaty na temat mobilności pracy i usług na rynku wewnętrznym w Europie. Dzisiaj mam przyjemności niejako witać Państwa na tegorocznym dwudniowym kongresie, który, jestem pewna, będzie kolejną wspaniałą okazją do wymiany poglądów i spostrzeżeń na temat, tak dynamicznie ostatnio rozwijającego się zjawiska, jakim jest delegowanie pracowników. Delegowanie pracowników nie może być jednak odizolowane od szerszego kontekstu swobód na rynku wewnętrznym, które z pewnością znajdą również swoje miejsce w debacie.

Goście i słuchacze Kongresu wykazują się zazwyczaj nieprzeciętną wiedzą w zakresie mobilności pracy i usług, stąd przede mną wielkie wyzwanie aby utrzymać Państwa uwagę i zainteresowanie oraz zachęcić do refleksji i późniejszej debaty. Ze względu na pełnioną przeze mnie funkcję, Europosła, chciałabym przedstawić Państwu kontekst europejski, spojrzenie z punktu widzenia Parlamentu goszczącego przedstawicieli 28 Państw Członkowskich, gdzie kompromis i wzajemne zrozumienie są podstawą zgody i współpracy. Po pięciu latach w Brukseli oraz ponad dwóch latach intensywnych prac nad dyrektywą wdrożeniową o delegowaniu pracowników, to właśnie umiejętność zrozumienia drugiej strony i postawienia się w jej sytuacji potwierdziły, że jest to lekcja i wyzwanie dla polityków. Nie ulega wątpliwości, że Unia Europejska po wielkim rozszerzeniu w 2004 roku o państwa Europy Środkowo-Wschodniej, Cypr i Maltę nigdy nie będzie tą samą wspólnotą pod kątem politycznym, gospodarczym i społecznym, co w przeszłości. Skupiając się na aspektach społeczno-gospodarczych warto przypomnieć, że wraz z rozszerzeniem wspólny rynek powiększył się o miliony nowych konsumentów oraz tysiące nowych firm, z którymi przedsiębiorcy z Europy Zachodniej musieli nauczyć się współpracować i konkurować.

[102] Wystąpienie otwierające III Europejski Kongres Mobilności Pracy

Po 2004 roku wiele krajów przeżyło także wzmożony napływ pracowników z nowych państw członkowskich. Średnio emigracja z Europy Środkowej i Wschodniej wzrosła o 180%, a i tak sama mobilność całej Europy jest na poziomie zaledwie 3%. Pomimo wielu trudnych wyzwań i obaw ze strony obywateli dzisiaj możemy stwierdzić, że per saldo proces rozszerzenia Unii Europejskiej był korzystny dla obu stron. Produkt krajowy brutto w krajach „starej Unii" wzrósł średnio o 1%, nastąpił wzrost przepływów handlowych a migrujący pracownicy wypełnili luki i niedobory w zatrudnieniu w wielu zawodach oraz regionach.

Niestety, w związku z kryzysem i spowolnieniem gospodarczym w Europie, klimat polityczny w Unii Europejskiej oraz w krajach członkowskich uległ znacznemu pogorszeniu. Coraz częściej zamiast o korzyściach płynących z rozszerzenia słychać o nieuczciwej konkurencji, dumpingu socjalnym, zabieraniu miejsc pracy, turystyce socjalnej. Nie można zaprzeczyć, iż poza poziomem rozwoju gospodarczego, poziomem płac i wysokością składek, Państwa Członkowskie różnią się również tzw. kulturą biznesu i sposobem podchodzenia do przedsiębiorczości. Tak jak skandynawski przedsiębiorca różni się od swojego włoskiego odpowiednika, tak też widzimy różnice na linii wschód- zachód. Czasem tak różne „światy" potrzebują czasu, aby wypracować wspólny język i wspólne zasady, co nie odbywa się bez konfliktów i rosnącego antagonizmu. Nie możemy jednak dopuścić, aby jednostkowe przykłady złych doświadczeń tworzyły wizerunek współpracy przedsiębiorców na całym rynku wewnętrznym i stawały się przesłanką do wprowadzania barier. Aby jednak dowieść, o jakim procencie wykroczeń mówimy i czy stanowią one mniejszość czy większość przypadków, potrzebujemy danych. Rzetelnych danych. Danych zbieranych na poziomie unijnym, krajowym, ale i regionalnym i lokalnym. Danych nieprzetworzonych i zbieranych w sposób na tyle zharmonizowany, aby były one porównywalne. Dlaczego dane są w tym przypadku tak istotne? Ponieważ to one stanowią, bądź raczej powinny stanowić, punkt wyjścia do nowych propozycji legislacyjnych, to one mogą też powstrzymać propozycje czy poprawki płynące z czystego protekcjonizmu czy populizmu. Brak rzetelnych danych doprowadza zbyt często do sytuacji, w której podstawą pewnych propozycji legislacyjnych jest wizja rzeczywistości opartej o sporadyczne, bądź jednostkowe negatywne przypadki, na tyle nagłośnione i powtarzane, iż stają się one odnośnikiem realiów.

Z puntu widzenia legislatora, dysponowanie rzetelnymi danymi i statystykami oraz ich odpowiednia analiza są podstawą solidnego ustawodawstwa. Niestety nie zawsze takie dane są dostępne, a oczywistym jest też, iż nie mogą być one zebrane z dnia na dzień i wymagają wieloletniej pracy i inwestycji. Aby powstrzymać więc falę narastającego antagonizmu i populizmu, potrzebujemy wzmocnić i usprawnić aspekt zbierania, archiwizowania i analizowania precyzyjnych i porównywalnych danych oraz

informowania o nich naszych obywateli. Nasze obawy i wątpliwości, w przypadku ograniczonej wiedzy na dany temat, stają się często wspaniałą pożywką dla nieodpowiedzialnej działalności politycznej. To zdecydowanie utrudnia debatę na temat polityki zatrudnienia i polityki społecznej w Unii Europejskiej, a także debatę na temat przyszłości Wspólnego Rynku. Przeszkadza to szczególnie dzisiaj, gdy konieczna jest zmiana Europejskiego Modelu Społecznego, tak bardzo nieprzystającego do standardów XXI wieku.

Rozmawiałam już na ten temat z Panią Komisarz Thyssen, między innymi podczas jej przesłuchania w Parlamencie Europejskim, wierzę więc że uda nam się coś w tym zakresie osiągnąć podczas obecnej legislatury. W ostatnich latach coraz częściej powstaje obraz Unii jako organizacji przyczyniającej się do problemów gospodarczych i społecznych. Jednym z priorytetów instytucji europejskich oraz państw członkowskich powinno być zatem zmierzenie się z tym problemem. Trudne decyzje potrzebują wsparcia społecznego. Bedzie ono możliwe do uzyskania jedynie wówczas, gdy obywatele otrzymają przejrzyste i oparte na faktach informacje na temat korzyści gospodarczych i społecznych wynikających z członkostwa w Unii Europejskiej, ale także ich odpowiedzialności.

Powracając jednak do tematu mobilności zarówno pracowników jak i usług na rynku wewnętrznym, nie sposób dokonać ich analizy bez przeglądu swobód, które są fundamentem największego w historii europejskiego przedsięwzięcia, jakim jest Unia Europejska. Swobody przemieszczania się czy świadczenia usług były zamysłem mającym łączyć, a nie dzielić. Stworzone po to, aby jednoczyć nas w różnorodności. Kiedyś niepodważalne, dziś są krytykowane przez niektóre kraje i traktowane, jako źródło problemów. Zapisane w Traktatach, otrzymały status „nietykalności" właśnie po to, aby nienaruszone wychodzić z czasów zawirowań politycznych czy depresji gospodarczej. Dzisiaj jednak musimy zrozumieć sens i przyczynę otwarcia debaty na temat zmian i wyzwań, jakie niosą ze sobą wspomniane swobody.

Dla jednych Państw Członkowskich swobody na rynku wewnętrznym są niepodważalne, ponieważ to one były podstawą decyzji o przystąpieniu do samej Unii Europejskiej, dla innych, dzisiejsze migracje i konkurencja wewnątrz Unii na tyle zmieniły sens i funkcjonowanie rynku wewnętrznego, iż stały się niemalże przesłanką do porzucenia członkostwa. Bądźmy więc otwarci na debatę, której celem jest opracowanie takich rozwiązań i ulepszeń, dzięki którym zarówno swobody na rynku wewnętrznym jak i skład Unii Europejskiej nie ulegną zmianie, a wręcz się wzmocnią. To merytoryczną dyskusją a nie szantażem wymuszano od lat najlepsze rozwiązania na unijnym forum. Powinniśmy więc starać się utrzymać ten trend i stać się prekursorami pozytywnych rozwiązań. Przechodząc do konkretów – w ostatnich latach

zauważamy nie tylko próbę ograniczenia swobody przepływu osób, ale także próbę ograniczania swobody przedsiębiorczości i świadczenia usług na rynku wewnętrznym. Przykład Niemiec nakładających obowiązek stosowania płacy minimalnej oraz innych wymogów administracyjnych w stosunku do międzynarodowych przewozów transportowych, tranzytu i kabotażu, jest papierkiem lakmusowym na to, w jakim kierunku pójdzie przyszła reforma pakietu drogowego i nowych propozycji legislacyjnych w zakresie prawa pracy. Może być to także krok w kierunku ujednolicania systemów wynagrodzeń w Europie, a w przyszłości, kto wie, może chęci wprowadzenia wspólnej płacy minimalnej, o co już dziś zabiegają między innymi Europosłowie z grupy Socjalistów w Parlamencie Europejskim. Na kanwie dumpingu socjalnego i płacowego, część krajów Europy Zachodniej dąży do zrównania obciążeń wynikających z wynagrodzenia oraz zabezpieczenia społecznego chcąc tym samym pozbyć się konkurencji firm funkcjonujących w warunkach niższych kosztów pracy. To jak Komisja Europejska oceni nowe niemieckie prawo będzie wyznacznikiem dla działalności innych państw członkowskich. Upływający czas od rozpoczęcia procedury EU-pilot i narastające wraz nim napięcie, świadczą wyłącznie o tym, z jak bardzo skomplikowaną sytuacją mamy do czynienia i jak wielką wagę będzie miała odpowiedź Komisji Europejskiej.

Kolejnym przykładem jest dyrektywa wdrożeniowa dotycząca delegowania pracowników. Sama praca nad dyrektywą była ciężką próbą znalezienia kompromisu pomiędzy tymi krajami, które chciały chronić swobody przepływu usług a tymi, które poprzez dodatkowe obciążenia administracyjne i kontrolne próbowały ograniczyć dostęp do swoich rynków. Ostatecznie udało się osiągnąć porozumienie, które z jednej strony daje odpowiednie zabezpieczenie pracownikom, z drugiej pozwala na korzystanie z delegowania w warunkach pewności prawnej. Niestety kolejnym wyzwaniem będzie proces wdrożenia dyrektywy. Już dzisiaj pojawiają się sygnały wskazujące na to, że niektóre kraje mogą w zbyt rygorystyczny sposób interpretować dyrektywę i tym samym tworzyć przepisy, które będą nieuzasadnione i nieproporcjonalne. Zadaniem dla instytucji unijnych, naszego rządu, ale także dla przedsiębiorstw działających na rynkach w krajach UE, jest obecnie uważne monitorowanie procesu wdrażania dyrektywy z 2014 roku dotyczącej delegowania pracowników.

Dzisiaj więc przyszłość delegowania leży w rękach legislatorów narodowych, a następnie inspekcji pracy Państw Członkowskich, oraz nas – obserwatorów, którzy powinni łącznie z Komisją Europejską bacznie przyglądać się wdrażanym przepisom. Szczególnie na inspekcjach pracy spoczywa wielka odpowiedzialność za wdrożenie, wzmocnienie i utrzymanie standardów unijnych.

Marek Benio
Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie
Stowarzyszenie Inicjatywa Mobilności Pracy

Mobilność pracy i usług oczami państw wysyłających. Test na konflikt i komplementarność podstawowych wartości Unii Europejskiej[103]

Swoboda świadczenia usług - źródło konkurencyjności unijnej gospodarki na świecie

Delegowanie pracowników w oparciu o swobodę świadczenia usług to nie tylko lepsza alokacja zasobów pracy i poprawa konkurencyjności wewnątrz wspólnego rynku ale także szansa na poprawę konkurencyjności unijnej gospodarki w gospodarce światowej. Chwilowo liderzy tej gospodarki - Chiny i USA nas prześcigają. Słabość wspólnego rynku UE jako całości gospodarczej, jego niska konkurencyjność zewnętrzna, nie pomagają zmniejszyć dystansu jaki dzieli unijną gospodarkę od liderów światowej gospodarki. Unia uczy się doganiać liderów. A tymczasem wewnątrz UE mamy ekspertów od doganiania. Dla polskiej gospodarki to jest normalne zjawisko – odkąd sięgam pamięcią – doganialiśmy Zachód. I ja nawet

[103] Referat otwierający III Europejski Kongres Mobilności Pracy. Wystąpienie przygotowane w ramach projektu badawczego finansowanego przez Narodowe Centrum Nauki pt. „Zastosowanie interaktywnych metod rządzenia w kształtowaniu polityki społecznej" nr UMO-2011/03/B/HS5/00899

wiem kiedy uznamy, że już dogoniliśmy. I nie będzie to rok, w którym Polska stanie się płatnikiem netto do budżetu UE. Lecz dzień, w którym wprowadzenie powszechnego minimalnego wynagrodzenia w sąsiednim kraju, do którego delegujemy najwięcej pracowników i przez który przejeżdża najwięcej TIRów z Polski nie będzie się wiązał z widmem upadłości setek polskich przedsiębiorców, a najwyżej z delikatną korektą cen ich usług transgranicznych i nieznacznym obniżeniem marży. Dopóki jednak głębokie różnice w poziomie rozwoju gospodarczego państw członkowskich będą się utrzymywały, dopóty te zniesione granice (bariery w realizacji swobód UE) będą nam się spod ziemi co jakiś czas podnosiły, zwłaszcza w czasach kryzysu.

Delegowanie pracowników w ramach swobody świadczenia usług pomaga te różnice zmniejszać. Pracownicy, dzięki zasadom dyrektywy podstawowej zarabiają więcej niż u siebie, składki na ubezpieczenie społeczne i podatki zostają w kraju, w którym pracownicy wydają też większość zarobionych środków. Rozwija się przedsiębiorstwo z tego kraju, które także w tym kraju płaci podatki i tworzy miejsca pracy. Kontrahent zagraniczny jest zadowolony z wysokiej jakości usługi za usługę płaci mniej (więcej tyle samo).

Centrum usług w Europie

Ale, ale! Oto nadarzyła się okazja dogonienia Zachodu, bo w dziedzinie usług transgranicznych polskie przedsiębiorstwa stały się niezwykle konkurencyjne. To nie był nasz sekretny plan podbicia Europy. Nie chcieliśmy sprawiać kłopotu. Trzeba jednak przyznać, że to polskie firmy usługowe poddają właśnie ciężkiemu testowi gotowość państw członkowskich na pełną realizację zasady swobody świadczenia usług na wewnętrznym rynku UE. Gdy myślimy o najwyższych standardach jakości, stają nam przed oczami niemieckie samochody, belgijskie czekoladki, szwajcarskie banki, hiszpańskie wzornictwo, szwedzkie meble, czy fiński system edukacji. Pora dopisać do tej listy **polskie usługi**.

428 tysięcy 368 A-jedynek w 2014 roku, to 100 tys. więcej niż w 2013 i o prawie 200 tys. więcej niż w 2012. To ponad 1/3 wszystkich poświadczeń A1 wydawanych w UE. (w 2012 – ledwie ¼). Nie tylko rośnie liczba legalnych delegowań z Polski, ale rośnie szybciej niż w innych krajach. Z zaplecza usługowego Europy, w ciągu ostatnich pięciu lat przekształciliśmy się w **CENTRUM usług europejskich**. Spotykamy się w Polsce, dlatego, że ten kraj nie jest już rezerwuarem taniej siły roboczej, lecz krajem wyspecjalizowanym w świadczeniu najwyższej jakości elastycznych i konkurencyjnych usług w całej Unii.

Nie mylić konkurencyjności z nieuczciwą konkurencją

To oczywiście oznacza, że 428 368 Niemców, Francuzów, Belgów, Holendrów… nie wykonało tej pracy przez miesiąc, dwa, pół roku. A zatem oznacza to, że prawie pół miliona obywateli UE straciło pracę? W takim razie delegowanie to istny koń trojański lokalnych rynków pracy. Takie wnioskowanie jest nieprawidłowe, a płynący z niego argument tak niedorzeczny jak ten, że starzy pracownicy zabierają pracę młodym, mężczyźni kobietom, a osiłki niepełnosprawnym.

Gdyby rynek pracy UE opierał się na takim założeniu to Francja i Niemcy nie delegowałyby po 200 000 pracowników rocznie i nie przyjmowałyby do siebie po 200 000 pracowników delegowanych z innych państw członkowskich. Nie byłoby mobilności. Zamiast tego, swoich pracowników oddelegowanych zatrudniono by na miejscach zajmowanych przez pracowników delegowanych z innych krajów. Gdyby chodziło wyłącznie o liczbę miejsc pracy – wszyscy zostalibyśmy w domu. Otóż rynek pracy to nie jest suma wszystkich ofert zestawiona z sumą wszystkich poszukujących pracy. Rynek pracy jest jak ciasto drożdżowe, które rośnie. Oczywiście nawet równo rosnące ciasto można nierówno pokroić. Od czasu do czasu jakiś łasuch podkradnie większy kawałek. Praca rozkłada się w gospodarce nierównomiernie nie tylko geograficznie, ale pod względem kompetencji (kwalifikacji) pod względem jej ceny (kosztów). Delegowanie pracowników w ramach swobody świadczenia usług przyczynia się do lepszej alokacji tych kompetencji na wspólnym rynku. W odróżnieniu od trwałej migracji zarobkowej opartej o swobodę przepływu osób, przynosi skutek natychmiastowy.

Wartości rozdartej Europy

Swoboda świadczenia usług jako jeden z filarów EWG, a później UE, została zadeklarowana już w Traktacie Rzymskim. Jednak dopiero po przystąpieniu Hiszpanii i Portugalii do EWG zaczęła być intensywniej testowana w praktyce. Negocjacje w sprawie tej swobody trwały od początku lat 1970. i po ponad dwudziestu latach zaowocowały przyjęciem dyrektywy usługowej. Tak długie negocjacje były spowodowane trudnością ze stworzeniem jednolitych zasad dla tak różnych usług jak usługi szewskie, medyczne, bankowe czy budowlane.

Aby móc korzystać ze swobody świadczenia usług, usługodawca z jednego państwa członkowskiego musi sam wykonać usługę za granicą lub, coraz częściej,

oddelegować swoich pracowników do wykonania usługi w drugim państwie członkowskim. Usługodawca z jednego państwa członkowskiego nie ma obowiązku zakładania odrębnego przedsiębiorstwa, zakładu czy filii w innym państwie członkowskim, aby móc świadczyć w nim usługi – w tym sensie swoboda świadczenia usług to także *wolność od*..., a nie tylko *prawo do*...

Idea **ochrony praw pracowników** jest naturalnie dużo starsza od swobody świadczenia usług. Nieocenione zasługi w jej urzeczywistnianiu położyły Międzynarodowa Organizacja Pracy i związki zawodowe na całym świecie. Jednak w sytuacji transgranicznego świadczenia usług, nadal rodzą się pytania o to, prawo którego państwa stosować wobec pracowników delegowanych w zakresie zasad zatrudniania i ubezpieczeń społecznych. Bez rozwiązania tych wątpliwości, swoboda świadczenia usług pozostałoby niezrealizowaną deklaracją z lat 50. Dlatego tak ważne było uchwalenie Rozporządzenia 1408/71/WE oraz 883/2004/WE w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego a także dyrektywy 96/71/WE w sprawie pracowników delegowanych w ramach swobody świadczenia usług oraz w ubiegłym roku - dyrektywy wzmacniającej jej działanie (2014/67/WE).

To nie przypadek, że szczegółowe regulacje zasad delegowania pracowników w ramach swobody świadczenia usług nałożyły się w czasie na bardzo dynamiczny wzrost usług transgranicznych. Oto tyleż szybko, co niespodziewanie Europa podzieliła się na państwa wysyłające i państwa przyjmujące. Nie było to jednak zaplanowane przez polityków działanie. To był oddolny ruch przedsiębiorców, przede wszystkim małych i średnich, którzy po przystąpieniu do Unii Europejskiej zaczęli po prostu korzystać z oferowanych przez wspólny rynek swobód. Ten dynamiczny rozwój sektora usług transgranicznych wystawia dziś Europę na ciężką próbę. Czy rzeczywiście państwa członkowskie są gotowe uczestniczyć w tak znacznie rozszerzonym przed 11 laty wspólnym rynku? Czy są gotowe stawić czoło konkurencyjnym usługom z Europy środkowo wschodniej w takim samym stopniu jak kraje Europy środkowo wschodniej były gotowe na konkurencję wynikającą ze swobody przepływu dóbr, a zwłaszcza swobody przepływu kapitału?

Często w mediach i w debacie publicznej stawia się znak równości między delegowaniem pracowników a wyzyskiem. Oczywiście przy zatrudnieniu nielegalnym oszukiwanie i wyzysk pracowników są częstym zjawiskiem, w Europie dochodzi nawet do handlu ludźmi – to ciemna karta europejskiego ryku pracy. Ale stawianie znaku równości między delegowaniem a wyzyskiem jest niedopuszczalne, ponieważ to właśnie legalne delegowanie najskuteczniej chroni pracowników przed współczesnym niewolnictwem i handlem ludźmi.

Drugi zarzut stawiany firmom usługowym jest taki, że dopuszczają się dumpingu socjalnego i odbierają pracę lokalnym pracownikom. Delegowanie nie prowadzi do dumpingu socjalnego ale nie ze względu na czasowy charakter usługi. Swoboda świadczenia usług nie jest ograniczona do usług krótkotrwałych ani jednorazowych. Usługa może być świadczona trwale. Czy usługodawca miałby porzucać współpracę z kontrahentem tylko z tego powodu że dzieli ich rzeka Odra? Natomiast czasowy charakter ma praca pracownika delegowanego do wykonania danej usługi. Dlatego pracownicy delegowani, co podkreślał w swym orzecznictwie TSUE, nie uzurpują sobie prawa do lokalnych miejsc pracy.

A już z całą pewnością delegowanie nie jest przejawem turystyki socjalnej, bo i takie zarzuty się pojawiają. Pracownicy delegowani jadą do pracy, nie po zasiłki. Dzięki koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego, w razie wystąpienia ryzyka społecznego są chronieni przez system ubezpieczeń społecznych państwa (wysyłającego), w którym siedzibę ma ich pracodawca.

Pracownik delegowany jest narażony na dodatkowe zagrożenia – nie zna języka ani lokalnego prawa czy instytucji. Z tego powodu powinien być chroniony w szczególny sposób. Zapewnienie tej ochrony nie musi się jednak wiązać z dodatkowymi kosztami ze strony pracodawcy i podnosić kosztu usług. Co więcej, przyjęte w celu ochrony praw pracowników delegowanych środki kontroli i wymogi nie mogą stanowić nadmiernego obciążenia dla pracodawcy, który stałby się przez to niekonkurencyjny. Obciążenia te muszą być proporcjonalne, uzasadnione i muszą mieć niedyskryminujący charakter.

Oczywiście kontrole łatwiej przeprowadzić na podmiocie widocznym dla kontrolującego, który zadeklarował pracowników i prowadzi legalną działalność, niż na nieznanym z miejsca pobytu bandycie gospodarczym zatrudniającym ludzi na czarno i okradającym ich z wynagrodzenia. Obawiam się, że zapisy dyrektywy wdrożeniowej nie chronią przed pracą na czarno, natomiast mogą przysporzyć kłopotów legalnie delegującemu przedsiębiorcy.

Wartości w rękach prostych obywateli

Źródłem słabości unijnej gospodarki jest konflikt czy kryzys własnych wartości, którym Unia hołdowała od samego początku. To nie wartości się nie sprawdziły lecz państwa członkowskie nie dostrzegają wartości silnego rynku wewnętrznego i skupiają się na konkurowaniu między gospodarkami poszczególnych państw członkowskich.

W Katedrze Gospodarki i Administracji Publicznej na Uniwersytecie Ekonomicznym w Krakowie od lat prowadzone jest seminarium pod nazwą Koło Krakowskie. Motywem przewodnim w tym semestrze jest aksjologia. Szczególną wagę przywiązujemy do źródeł wartości. Właśnie taki kontekst jest nam potrzebny do dalszych obrad.

Skąd się biorą wartości? Czy są niezmienne? Te pytania tylko wydają się oderwane od rzeczywistości, z którą boryka się pani z kadr w firmie delegującej „negocjując" A-jedynki dla swoich pracowników z paniami z ZUSie w całej Polsce. Ale to właśnie wartości przekształcane w normy każą im przyjmować te role społeczne - każdej swoją - i to zwykli ludzie ten konflikt wartości rozstrzygają. Czy sami w nie wierzą, czy robią to ze świadomością wartości, które realizują - to jest inna sprawa. Czy biorą udział w powstawaniu, kształtowaniu tych wartości, czy w końcu podzielają je i dlaczego? Najgorzej jest gdy realizują te normy, które płyną z wartości wykreowanych przez inne podmioty, wbrew własnym wartościom. Wartości własne mogą być wykreowane przez człowieka (wielka rzadkość) albo nabyte w drodze wychowania i socjalizacji. Panie z kadr i z ZUSu w swoich rolach stosują się do norm (lub jeszcze lepiej - procedur) i robią to czasami wbrew wartościom, którym hołdowały jeszcze w harcerstwie. Czynią tak nie dlatego, że są pozbawione moralności lub nie rozumieją wartości, które stoją za tymi normami, ale dlatego, że inne wartości stają się dla nich ważniejsze lub po prostu pilniejsze - np. utrzymanie siebie i rodziny. Próbują w ten sposób odnaleźć kompromis między wartościami, internalizować wartości albo je porządkować.

Cała sztuka polega na tym, żeby te wartości pozostawały w harmonii. Tylko kto ma moc utrzymywania ich w harmonii? Pani z kadr? Pani z ZUSu"? Inspektor pracy? A może sędzia Trybunału Sprawiedliwości UE? Komisarz Do Spraw…? Wyborcy? Kto z nich wykaże się najwyższą odpowiedzialnością za utrzymanie wartości w harmonii? Jeśli nie zrobi tego pani z ZUS, z inspekcji pracy lub pani z kadr, przyjdzie moment, w którym kompromis między wartościami stanie się niemożliwy. Jedna z tych pań przestanie realizować normy wynikające z wartości, które są sprzeczne z jej wartościami:

- Pani w kadrach oświadczy nieprawdę we wniosku o A1
- Pani w ZUS zażąda harmonogramów z niewykonanych jeszcze prac jako warunek wydania A1
- Pan z francuskiej inspekcji pracy zapyta uprzejmie francuskiego kontrahenta dlaczego zamiast francuskiej firmy i francuskich pracowników zamówił usługę w polskiej firmie, zaś polską firmę poprosi o dowód na to, że prowadzi przedsiębiorstwo we Francji, inaczej uzna pracowników za zatrudnionych na czarno?

- Belgijski rząd wyda dekret umożliwiający jednostronne podważanie A1 i obejmowanie belgijskim systemem ubezpieczeń społecznych ubezpieczonych już w innym państwie członkowskim pracownikom.
- Bundestag uchwali minimalne wynagrodzenie w oparciu o granice, których miało nie być i zrobi to w przekonaniu, że nie przekracza w ten sposób żadnych granic.
- A Trybunał Sprawiedliwości uzna, że choć minimum jest tylko jedno, należy wybrać to wyższe.

Wartości nie pozostają w harmonii, są rozchwiane. I warto na tym Kongresie postawić pytanie czy daleko nam do tego momentu, czy już nastąpił i to czego jesteśmy bezradnymi świadkami to historyczny resentyment - odwrócenie wartości będące reakcją na niepowodzenie - powrót do nacjonalizmów, kolonizacji, tendencji separatystycznych wewnątrz Unii? Są tacy którzy wieszczą początek końca. „Ten projekt się nie sprawdził", mówi Nigel Farage. „Rozwalę tę Unię ich własną bronią od środka" - mówi Janusz Korwin Mikke. O ile wypowiedzi tych barwnych europosłów bawią i najwyżej skłaniają do refleksji, o tyle ze słów Marine Le Pen wieje grozą. I choć wciąż są w mniejszości, to jednak mieszkańcy Europy (pardon! poszczególnych krajów Europy) na nich głosują. To znaczy, że wartości, które stanęły u podwalin integracji europejskiej mają konkurencję w postaci innych wartości – separatyzmu, kolonializmu, ksenofobii.

Jeszcze tylko słowo o słabości dialogu społecznego. Najmocniejszą stroną tego kongresu jest wspomniany przez Pana Rektora jego praktyczny a nie tylko naukowy charakter. Jest on forum wymiany doświadczeń i transferu wiedzy pomiędzy politykami, urzędnikami, przedsiębiorcami i przedstawicielami nauki. Brakuje nam w tym zacnym gronie jednego ważnego podmiotu – i to jest największa słabość naszego Kongresu. Wiecie Państwo kogo? Pracowników delegowanych, albo chociaż ich silnego przedstawicielstwa związkowego. Szkoda, że nie ma z nami związków i że nie ma kto bronić praw pracowników delegowanych. Wyręczają je… pracodawcy pracowników delegowanych, którzy muszą bronić ich nie przed własnymi zapędami by ich wyzyskiwać w pracy, pozbawiając dodatku za dojazd na budowę, czy usiłując zaliczyć diety do minimalnych stawek płacy. Lecz zamiast tego muszą bronić ich prawa do pracy, prawa do wykonywania jej w dowolnym państwie członkowskim, wciąż jeszcze na papierze rynku - par excellence - wspólnego jednolitego i wewnętrznego. Muszą tego prawa bronić w państwie wykonania usługi przed lokalnymi związkami zawodowymi, których deklarowanym otwarcie interesem nie jest ochrona praw pracowników delegowanych lecz ochrona przed dumpingiem socjalnym i zapewnianie zatrudnienia dla lokalnych pracowników przez wyeliminowanie z rynku zagranicznej konkurencji. (Jakiej zagranicznej, przecież nie ma granic!) Muszą bronić

prawa do pracy pracownika delegowanego przed wspomnianym lokalnym inspektorem pracy, którego nieukrywanym celem jest doprowadzenie do tego by pracowali tu tylko jego rodacy, a nie wykwalifikowani pracownicy, których prawa bez względu na ich narodowość, czy siedzibę ich pracodawcy, mają być chronione.

Muszą tego prawa do pracy pracownika delegowanego bronić, ponieważ jest ono wartością KOMPLEMENTARNĄ do ich prawa wykonywania usług w innym państwie członkowskim i to bez konieczności zakładania tam oddziału.

Wartości w konflikcie: mobilność vs. protekcjonizm

Konflikt występuje między ochroną lokalnych rynków pracy przed konkurencyjnymi pracownikami z innych krajów UE, a mobilnością usług (i pracy).

To ten konflikt należy rozstrzygnąć w pierwszej kolejności, a rozstrzygnięcie wcale nie jest oczywiste. Być może odbudowa granic gospodarczych jest właściwą odpowiedzią na ten konflikt? Jeśli ta wartość przeważy w Unii, nie trzeba będzie zmieniać prawa. Po prostu dotychczasowe przepisy zaczniemy interpretować w świetle innych wartości. I nawet chyba wiem skąd się spodziewać uderzenia: instytucje łącznikowe w wyniku przeprowadzonych kontroli zaczną pytać czy w przeszłości na tym stanowisku pracował już inny pracownik delegowany i czy kolejny aby go nie zastępuje w państwie wykonania usługi. Nie udało się przeforsować tych wartości zaostrzając przepisy kontrolne w dyrektywie wdrożeniowej, to zrobimy to używając przepisów o koordynacji ubezpieczeń społecznych. Sprzeczne wartości przedostały się do prawa. Wystarczy porównać znaczenia „zastępowania" w art. 12 in fine Rozporządzenia 883/2004/WE o koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego z „zastępowaniem" użytym jako jeden z elementów określania (nie)prawidłowości delegowania w art. 4 ust. 3 lit. g dyrektywy wdrożeniowej. Jedynie wspólne oświadczenie Rady i Komisji umieszczone na końcu tej ostatniej pozwala mieć nadzieję, że zwycięży swoboda świadczenia usług, a nie protekcjonizm (pardon!) ochrona lokalnych rynków pracy. Jeśli jednak inspektor pracy nie doczyta dyrektywy do końca, zwycięży protekcjonizm. Ale czy wówczas konsekwentnie zakażemy sprzedaży francuskiego wina w polskim Auchan? Mam nadzieję, że dzisiejsze i jutrzejsze obrady się do tego nie przyczynią. I chętnie wieczorem wzniosę za to toast winem importowanym.

Stefan Schwarz
Prezes Stowarzyszenia Inicjatywa Mobilności Pracy

Swoboda świadczenia usług w zderzeniu z protekcjonizmem i dyskryminacją

Spotkaliśmy się dzisiaj, żeby porozmawiać o sprawach dla Unii Europejskiej i naszego kraju istotnych, ale jednocześnie delikatnych i budzących duże emocje. O sprawach, które wydają się być oczywiste, ponieważ są zagwarantowane w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Nawet są w nim określone jako „fundamentalne". Są to też sprawy, które wydają się być relatywnie proste. Mianowicie, będziemy dzisiaj rozmawiać o sytuacji, w której firma usługowa z jednego państwa członkowskiego otrzymała zlecenie od firmy z innego państwa członkowskiego i chce je zrealizować. W tym celu musi wysłać na miejsce swoich pracowników. Czy może to zrobić? Teoretycznie tak. Jakich reguł ma przy tym przestrzegać? Na tym etapie zaczynają się problemy.

W 1992 Wspólnota Europejska postawiła sobie za cel stworzenie jednolitego rynku. Miał on umożliwiać (między innymi) swobodny przepływ usług. Nie dla zasady, ale dlatego, że to tworzy większe możliwości. Dla wszystkich obywateli Unii. Zwiększa też konkurencyjność globalną europejskiej gospodarki, a to z kolei przyczynia się do zwiększenia ilości miejsc pracy. Dzisiaj, rynek wewnętrzny formalnie istnieje od 23 lat. W tym czasie Unia Europejska przestała być najpotężniejszą gospodarką świata. A jak się ma interesująca nas swoboda?

Przykładowo, w zeszłym roku Parlament Europejski podążając za argumentami konieczności walki z „dumpingiem społecznym" i „nieuczciwą konkurencją" o mało co nie sprowadził delegowania pracowników do jednorazowego aktu delegowania. A przecież ono jest niezbędnym narzędziem umożliwiającym transnarodowe świadczenie usług. Co przez te 23 lata nie zadziałało? Jedną z przyczyn może być to,

że prosty i praktyczny mechanizm, na którym opiera się delegowanie pracowników okazał się być podatny na nadużycia. Przede wszystkim polegające na tym, że firma z państwa o wysokich kosztach pracy mogłaby otworzyć firmę-skrzynkę pocztową w państwie o niskich kosztach pracy po to, żeby w niej zatrudnić swoich pracowników, a następnie oddelegowywać do siebie z powrotem. Aby zapobiegać tego typu sytuacjom zaczęto dokładać do tego mechanizmu coraz więcej kolejnych warunków, wyjątków i przeróżnych „ale". Obecnie, firma może oddelegować pracownika, pod warunkiem, że… Pracownik może zostać oddelegowany chyba, że…, Klient może skorzystać z usług firmy z innego państwa członkowskiego, ale… I tak dalej. I tak dalej.

W rezultacie prawo regulujące delegowanie pracowników stało się tak bardzo skomplikowane i pełne paradoksów, że przestało być dla nas wszystkich zrozumiałe, włączając w to samych pracowników, ich pracodawców, ale również urzędników instytucji mających za zadanie pilnować przestrzegania tego prawa. A nawet sądów, które w tych sprawach orzekają. Z tego skomplikowanego prawa użytek zaczęły natomiast robić instytucje kontrolne niektórych państw członkowskich. Tych niechętnych obecności obcych firm usługowych na ich rynkach. Nauczyły się one wykorzystywać luki i nieścisłości w przepisach do celów prowadzenia dyskryminacyjnych kontroli. W zeszłym roku, w największym polskim opiniotwórczym dzienniku ukazał się duży artykuł na temat metod działania francuskiej inspekcji pracy. Do jego napisania namówiła dziennikarkę obecna tutaj pani mecenas Hania Stypułkowska-Goutierre, prezes Polskiej Izby Przemysłowo-Handlowej w Paryżu. My jako stowarzyszenie pomagaliśmy zbierać materiały. Pozwolę sobie Państwu zacytować fragmenty z tego artykułu:

Opowiada prezes polskiej agencji zatrudnienia: „Do komisariatu zwabiono mnie podstępem. Usłyszałem, że jestem aresztowany na całą dobę. Moich francuskich klientów pytano, czy nie groziłem im bronią." „Na budowach, na których pracujemy, inspektorzy pracy i bhp szukają czegokolwiek, co mogłoby dać im powód do nałożenia olbrzymiego mandatu i wydania zakazu pracy, co jest równoznaczne [dla nas] z karami [umownymi] za niewykonanie kontraktu oraz koniecznością zjazdu wszystkich pracowników do Polski." Inny przypadek z tego artykułu dotyczy polskiej firmy budowlanej, która otrzymała kontrakt przy budowie trzech osiedli socjalnych. Kontrakty te finansowane są z pieniędzy publicznych, więc trzeba wcześniej przejść żmudną procedurę, dostarczyć wszystkie zaświadczenia o niezaleganiu z podatkami i składkami, obroty z lat ubiegłych, itd.: „Pięć miesięcy przed zakończeniem prac, wiosną 2013 r., w odstępie trzech tygodni następuje nalot dywanowy na każdą z budów. Z kilku samochodów wysiadają uzbrojeni żandarmi. Najpierw szukają

naszych aut i obstawiają je na wypadek gdybyśmy chcieli uciec. Reszta przeczesuje budowę. Tropieni są Polacy. Odnajdują moich pracowników. Nie proszą o żadne dokumenty, tylko pakują do więźniarki i [wiozą] do komisariatu. Traktują nas jak przestępców." Opowiada delegowany pracownik (wykształcenie wyższe, inżynier): „Każdego posadzili w innym pokoju i osobno przesłuchiwali. Między nami krążył jakiś cywilny pracownik i sprawdzał, czy zeznania się pokrywają. Chodziło im o to, żebyśmy poskarżyli się na naszą firmę, że nam nie płaci, że ma jakieś zaległości. [...] Mówili, że jeśli polska firma nas oszukuje, to Francja się nami zaopiekuje. Żebyśmy się nie bali. A my czuliśmy się jak przestępcy." „Żandarm informuje [...] pracowników, że za uczestniczenie w procederze nielegalnej pracy grozi do trzech lat więzienia. Ale jak będą współpracować, kara będzie łagodna albo nie będzie jej wcale. Celem tego przesłuchania jest zmusić kogoś do oświadczenia, że pracuje za 300-400 euro miesięcznie, mieszka w tragicznych warunkach i jest zmuszany do pracy po 12 godzin [dziennie]." „Tymczasem pracownicy [...] zarabiali średnio 1,9 tys. euro miesięcznie i zeznali, że są ze swej pracy zadowoleni."

Dla niektórych z Państwa te historie mogą wydawać się wstrząsające. Dla innych niewiarygodne. Dla tych, którzy kiedykolwiek świadczyli usługi na terenie tego państwa one brzmią znajomo. Niestety, tego rodzaju dyskryminacyjne kontrole zdarzają się zbyt często. Osobiście znam przypadki, gdy inspektor przez cały czas kontroli nie poprosił o żaden dokument, w tym w szczególności o druki A1. Robił też wszystko, żeby nie zwrócić się z wnioskiem o skontrolowanie firmy przez polską inspekcję pracy, czy polski organ rentowy. Fałszował też zeznania pracowników. Dzięki temu mógł utrzymywać swoje wątpliwości co do legalności tej firmy. A te dają możliwość złożenia zawiadomienia do prokuratury. Oczywiście zawsze z wnioskiem o areszt właściciela. To też daje możliwość straszenia klienta, który rzekomo ma ponieść surową odpowiedzialność za współudział w pracy nielegalnej. Jeśli nie będzie współpracował. O czym należy pamiętać, to że na skutek dyskryminacyjnych kontroli klienci często zawieszają regulowanie zobowiązań, co może powodować problemy z płynnością polskich podwykonawców. A to z kolei powoduje ryzyko problemów z terminową wypłatą wynagrodzeń dla pracowników uruchamiając typowy mechanizm samospełniającej się przepowiedni.

W moim przekonaniu, przypadki te są argumentem za tym, że problem z delegowaniem pracowników nie wynika z konfliktu wartości, ale jest zwykłą brutalną walką o rynek, w której ofiarami są zagraniczni usługodawcy solidarnie ze swoimi pracownikami. Podkreślam, że skuteczne kontrole respektowania zasad przez firmy delegujące pracowników są niezbędne, choćby do tego żeby eliminować z rynku tzw.

„cowboy companies" – w taki sposób na zeszłorocznym Kongresie Sjoerd Feenstra z Komisji Europejskiej trafnie określił firmy, które swoją działalność opierają na przewadze, którą uzyskują dzięki dużej skłonności do ryzyka i funkcjonowaniu na granicy prawa lub całkowicie poza prawem. Musimy sobie jednak zdawać sprawę, że kontrole dyskryminacyjne odnoszą skutek całkowicie odwrotny do tego zamierzonego w dyrektywie wdrożeniowej. Po pierwsze rujnują zaufanie uczciwych firm do prawa i praworządności. Po drugie zrównują ryzyko prowadzenia działalności przez firmy przestrzegające zasad oraz te, które tych zasad nie przestrzegają. Przy czym trzeba zwrócić uwagę, że „cowboy companies" mają dużo niższe koszty i są dużo bardziej elastyczne. Po trzecie dyskryminacyjne kontrole są kierowane do firm uczciwych, bo je najłatwiej dopaść – między innymi dlatego, że one same informują inspekcje pracy o swojej działalności poprzez obowiązkowe notyfikacje.

Wygląda na to, że tak długo, jak będą obowiązywać regulacje, które ułatwiają świadczenie usług ponad granicami państw członkowskich i zapewniają konkurencyjność firmom usługowym z innych państw to populistyczni politycy i lobbyści będą to eksploatować. Będą do tego wykorzystywać ksenofobię i strach przed obcokrajowcami, którzy przyjadą i zabiorą pracę. Jeżeli zaś firmom usługowym delegującym pracowników każemy stosować reguły, których żądają niektórzy partnerzy społeczni, a mianowicie każemy płacić pracownikowi delegowanemu nie tylko minimalne stawki wynagrodzenia obowiązujące w państwie przyjmującym, ale dodatkowo pokrywać koszty wyżywienia, zakwaterowania i transportu oraz wypłacać dodatki wynikające z prawa państwa wysyłającego. Na przykład należne za pracę poza stałym miejscem zamieszkania, to wtedy swobodny przepływ usług będzie istniał jedynie teoretycznie. Czy można będzie wtedy powiedzieć, że nareszcie prawa pracowników delegowanych i zasady uczciwej konkurencji, są należycie gwarantowane?

Zgadzamy się tutaj wszyscy, że delegowanemu pracownikowi, jako słabszej stronie umowy należy się szczególna ochrona. W tym celu dyrektywa podstawowa 96/71 wprowadziła zasadę, która zobowiązuje do zapewnienia pracownikom delegowanym co najmniej minimalnych warunków zatrudnienia. Dyrektywa wdrożeniowa 2014/64 wprowadzi dodatkowo narzędzia i środki umożliwiające egzekwowanie przestrzegania tych minimalnych warunków, a w przypadku ich naruszenia, nałożenia kar i grzywien. Do tego momentu wydaje się, że system powinien funkcjonować bez problemów. Problemy i sprzeczności pojawiają się dopiero przy praktycznym stosowaniu tego prawa. Mówi się czasem, że firmy nie przestrzegają reguł. Ale jakie są te reguły? Ciężko ich przestrzegać, skoro do dziś nie całkiem wiadomo co to jest

„minimalna stawka płacy" w rozumieniu dyrektywy podstawowej 96/71. A czy ktoś z Państwa wie, które prawo jest korzystniejsze dla pracownika, w sytuacji, gdy na przykład francuskie prawo pracy przewiduje 7 godzin pracy dziennie, polskie 8 godzin, ale za to prawo francuskie przewiduje mniejszy dodatek za nadgodziny, niż prawo polskie. A jeżeli w branży budowlanej obowiązuje układ zbiorowy, który jest tak skonstruowany, że lokalne przedsiębiorstwa mogą go obejść, a zagraniczne nie, to należy go uznawać za powszechnie wiążący? Ostatni, ale najważniejszy przykład. We wspólnym oświadczeniu zapisanym w dyrektywie wdrożeniowej 2014/67 Parlament Europejski, Komisja i Rada zgodziły się, że nie istnieje zakaz zastąpienia pracownika delegowanego innym pracownikiem, w szczególności dla usług, które są świadczone sezonowo, cyklicznie lub powtarzalnie. Natomiast, w wydawanym przez Komisję Administracyjną tzw. praktycznym przewodniku, który ma pomagać organom rentowym w stosowaniu prawa jest napisane, że taki zakaz istnieje. Czy jest możliwe, że każda dziedzina prawa regulującego delegowanie pracowników rozumie to samo określenie w odmienny sposób? A nawet jeśli przyjęlibyśmy, że delegowanie ma być jednorazowe, a każde kolejne skutkować koniecznością ubezpieczenia delegowanego pracownika w państwie przyjmującym, to jakie cele taki przepis miałby realizować? W szczególności z punktu widzenia interesu rynku wewnętrznego oraz pracownika, który jest wyrzucany ze swojego systemu ubezpieczenia społecznego tylko dlatego, że nie wyjeżdża w dane miejsce pracy jako pierwszy? Przecież przepisy o koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego nie mogą być oderwane od rzeczywistości. One również służą urealnieniu swobody świadczenia usług. Pozostając jeszcze przy prawach pracownika. Kryteria, których spełnienie jest wymagane do otrzymania poświadczenia ustawodawstwa właściwego (tzw. druku A1) są tak złożone i trudne do weryfikacji, że np. polski organ rentowy potrzebuje czasem kilka tygodni na ich każdorazową dokładną weryfikację. W jaki sposób chroni to pracownika delegowanego, który przez ten czas nie może korzystać bezpłatnie z opieki medycznej w miejscu pracy? Tego rodzaju paradoksów i pytań bez odpowiedzi mógłbym przytoczyć wiele.

Szanowni Państwo, w moim przekonaniu: Uczciwa konkurencja – nie może być rozumiana w taki sposób, że jeśli wielki kapitał zmiecie z rynku w nierównej walce małą rodzinną firmę, to jest to naturalny mechanizm rynkowy. Jeżeli natomiast polska firma usługowa dostanie zamówienie na swoją usługę od klienta z innego państwa członkowskiego to jest to dowód na nieuczciwą konkurencję, która szkodzi europejskiej gospodarce. Ochrona praw pracowników – nie może być rozumiana w taki sposób, że prawa delegowanego pracownika będą najlepiej gwarantowane

wtedy, gdy zostanie on w swoim kraju, a jego pracodawca zbankrutuje, mimo że w innym państwie członkowskim (często kilkadziesiąt kilometrów dalej) na jego usługi jest popyt. Prawo ma przecież chronić pracownika i jego pracodawcę, a nie lokalne rynki. Swoboda świadczenia usług – nie może być rozumiana w taki sposób, że cytuję: „wymaga wyeliminowania wszelkich form dyskryminacji w odniesieniu do usługodawców mających siedziby w innych państwach członkowskich oraz wszelkich ograniczeń, które mogłyby utrudniać lub czynić ich działalność mniej atrakcyjną, chyba że…. i tutaj pojawia się długa lista wyjątków i ograniczeń, które faktycznie pozwalają |tą swobodę zablokować.

Ponarzekałem trochę, a nie chciałbym w ten sposób kończyć mojej wypowiedzi. Postanowiłem więc zakończyć ją w formie życzeń, które chciałbym złożyć Unii Europejskiej, rozumianej jako wspólnocie nas wszystkich. Wykorzystam do tego okazję w postaci przypadającej za kilkanaście dni 75 rocznicy deklaracji Schumana.

Tak więc…

Droga Unio Europejska, podejmuj mądre i przemyślane decyzje oparte na prawdziwych i wiarygodnych argumentach, a nie kuszących hasłach prezentujących rzeczywistość tylko z jednej perspektywy. Stój na straży fundamentalnych wartości. One zawsze wskazują właściwy kierunek. Opieraj się pokusie wieszania na nich tych wszystkich wyjątków, warunków i ograniczeń. Bariery wewnątrz rynku wewnętrznego prowadzą do spadku konkurencyjności całej unijnej gospodarki. Nie pozwalaj na dyskryminację. Prawo europejskie nie powinno chronić lokalnych rynków, ale pracowników delegowanych i ich pracodawców. To są często małe rodzinne firmy, które w starciu z dyskryminacyjnymi kontrolami nie mają żadnych szans. Nie twórz prawa, które jest tak trudne i pełne paradoksów, że nikt go nie rozumie, a tym bardziej nie potrafi stosować w codziennej praktyce. Dobre prawo powinno eliminować z rynku nieuczciwe firmy, ale równie mocno powinno chronić te uczciwe. Nie zapominaj, że konieczność zwalczania nadużyć w zakresie mobilności nie może prowadzić do ograniczenia podstawowych swobód zagwarantowanych przez traktat. Polska może wnieść do Europy nie tylko idee solidarności. Polskie firmy usługowe są konkurencyjne, bo Polacy w niektórych zawodach pracują szybciej i lepiej. Są wykwalifikowani i poliwalentni. Usługi zasilają przemysł. Dostęp do dobrych usług jest europejskim firmom potrzebny. Specjalizacja wewnątrz jednolitego rynku jest dla niego korzystna. Niemcy mają samochody, Szwajcaria ma banki, a czy Polska może mieć usługi? Jedna z posłanek do Parlamentu Europejskiego powiedziała mi kiedyś,

że faktycznie można czasem odnieść wrażenie, że w Brukseli na etapie prac legislacyjnych odbywa się taka bezideowa walka grup interesów w której wygrywają najsilniejsi. Na szczęście w praktyce, na końcu negocjacji zawsze z interesami narodowymi wygrywa wspólna europejska mądrość. Mocno trzymam kciuki, żeby tak pozostało!