

Przypadki deportacji obywateli Ukrainy prawidłowo delegowanych do Niemiec przez polskich pracodawców Analiza prawna

29 października 2021
(aktualizacja 16 lutego 2023)

Stefan Schwarz,
dr Marcin Kielbasa

Wprowadzenie

Uważa się powszechnie, że prawo niemieckie wymaga od pracowników delegowanych, będących obywatelami państw trzecich, których sytuacja prawna w państwie wysyłającym jest uregulowana, aby przed wjazdem do Niemiec **uzyskali wizę** **wydaną „zgodnie z procedurą Vander Elst”** oraz, że przewiduje **automatyczne wydalenie w przypadku wjazdu bez takiej wizy**, nawet przy wjeździe w celu pobytu krótkoterminowego.

W ramach poniższej analizy przeanalizowaliśmy ten wymóg w kontekście prawa unijnego z uwzględnieniem całego dostępnego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE, w szczególności w nawiązaniu do zasady autonomii prawa UE oraz do art. 56 TFUE.

Nasza analiza dowiodła, że **prawo niemieckie w zakresie, w którym wprowadza w stosunku do delegowanych pracowników będących obywatelami państw trzecich, których sytuacja w państwie wysyłającym jest uregulowana, wymóg uzyskania przed wjazdem na terytorium Niemiec wizy oraz przewidują automatyczną deportację w przypadku wjazdu bez wizy, naruszają zobowiązania z tytułu art. 56 TFUE**. Niezależnie od powyższego, orzecznictwo niemieckich sądów narusza zasadę autonomii pojęć w prawie unijnym, która wymaga, aby pojęcia używane w prawie unijnym i w prawie krajowym były interpretowane niezależnie od siebie, poprzez błędne przyjęcie, że pojęcie „paid activity” użyte w Rozporządzeniu (UE) 2018/1806 obejmuje pracowników delegowanych, podczas gdy nie wynika to z żadnego istniejącego orzecznictwa TSUE.

Przedmiot analizy

Przedmiotem niniejszej analizy są zgłoszone nam przez polskich pracodawców przypadki deportowania z terytorium Niemiec - zatrudnionych w charakterze opiekunów domowych - pracowników będących obywatelami Ukrainy, którzy byli czasowo delegowani do Niemiec w ramach swobody świadczenia usług i:

- **posiadali prawo pobytu krótkoterminowego** na terytorium Państw członkowskich (obywatele Ukrainy na podstawie Rozporządzenia 2018/1806¹ zwolnieni są z obowiązku wizowego przy przekraczaniu granic państw członkowskich na pobyt nie dłuższy niż 90 dni w okresie 180 dni),
- **byli legalnie zatrudnieni** na terytorium Polski,
- **posiadali paszport biometryczny**,
- **posiadali ważny dokument A1** poświadczony przez polski Zakład Ubezpieczeń Społecznych (ZUS),
- **nie posiadali niemieckiej wizy pobytowej** wydanej według tzw. „procedury Vander Elst”,
- **nie posiadali statusu rezydenta długoterminowego** w żadnym państwie członkowskim.

Wszystkie ww. osoby zostały zatrzymane na terytorium Niemiec, przy czym:

1. jedna osoba została zatrzymana w trakcie podróży autobusem przez patrol policji federalnej (*Bundespolizei*), który **zarządził natychmiastową deportację** argumentując, że wjazd na terytorium Niemiec nie był podróżą turystyczną, lecz miał na celu podjęcie działalności zarobkowej. **Osoba zatrzymana została wyprowadzona z autobusu i zawieziona na posterunek**, gdzie dokonano jej rewizji osobistej.
2. W przypadku drugiej osoby referat ds. cudzoziemców urzędu miasta Augsburg przeprowadził przeszukanie w prywatnym domu po uzyskaniu przypadkowej informacji, że nielegalnie pracuje w nim obywatel Ukrainy. W wyniku przeszukania potwierdzono, że w tym domu zamieszkuje obywatel Ukrainy, który opiekuje się osobą starszą i legitymuje się paszportem biometrycznym, w którym nie ma niemieckiej wizy pobytowej. Urzędnik nie uznał za wystarczające argumentów opiekuna, że jest on legalnie zatrudniony przez pracodawcę z siedzibą w innym państwie członkowskim i ma prawo pobytu na terenie Niemiec, gdyż jako obywatel Ukrainy zwolniony jest z obowiązku posiadania wizy, jeśli jego pobyt nie przekracza 90 dni w okresie 180 dni. Osobę tą **wezвано do natychmiastowego opuszczenia Niemiec**, zaś organ prowadzący postępowanie zawiadomił główny urząd celny (Zollamt) oraz prokuraturę o podejrzeniu popełnienia przestępstwa nielegalnego wjazdu i pobytu na terenie Niemiec.
3. Trzecia osoba została zatrzymana kilka dni po rozpoczęciu świadczenia usług w Niemczech. **Policja wydała zarządzenie z nakazem opuszczenia Niemiec** w ciągu 3 dni. W jej paszporcie skreślono długopisem polską wizę pobytową². Według uzyskanych przez nas informacji, po powrocie do Polski osoba ta musiała wystąpić o nowy paszport, a następnie o nową wizę, ponieważ na podstawie starego paszportu odmówiono jej przekroczenia polsko-ukraińskiej granicy.
4. Czwarta osoba została **wyprowadzona z autobusu przez patrol policji i zawieziona na komisariat**, gdzie została rozebrana i zbadana na obecność narkotyków, a następnie zamknięta w areszcie, gdzie spędziła noc. Rano została odwieziona do granicy z Polską i wysadzona na poboczu drogi bez telefonu

¹ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1806 z dnia 14 listopada 2018 r. wymieniające Państwa trzecie, których obywatele muszą posiadać wizy podczas przekraczania granic zewnętrznych, oraz te, których obywatele są zwolnieni z tego wymogu, PE/50/2018/REV/1, OJ L 303, 28.11.2018, s. 39–58 (dalej również jako „Rozporządzenie (UE) 2018/1806”).

² Patrz: ilustracja nr 1.

komórkowego. Powiedziano jej, że nie ma prawa przebywać w Niemczech i kazano podpisać dokumenty w języku niemieckim. Osoba ta korzystała z czasowej ochrony w Polsce i z tego tytułu otrzymała PESEL. Posiadała również ukraiński paszport biometryczny.

Poniżej przedstawiamy szczegółową analizę prawną tych przypadków, w celu zbadania zgodności postępowania niemieckich policjantów i funkcjonariuszy głównego urzędu celnego z prawem UE.

Kontekst prawny

Rozporządzenie (UE) 2018/1806 wymieniające państwa trzecie, których obywatele muszą posiadać wizę podczas przekraczania granic zewnętrznych, oraz te, których obywatele są zwolnieni z tego wymogu („Rozporządzenie (UE) 2018/1806”) **przyznaje obywatelom Ukrainy**, którzy posiadają paszport biometryczny, **prawo wjazdu i pobytu na terytorium państw członkowskich przez okres 90 dni w ciągu 180 dni bez konieczności ubiegania się o wizę**.

ROZPORZĄDZENIE PARLAMENTU EUROPEJSKIEGO I RADY (UE) 2018/1806

z dnia 14 listopada 2018 r.

wymieniające państwa trzecie, których obywatele muszą posiadać wizy podczas przekraczania granic zewnętrznych, oraz te, których obywatele są zwolnieni z tego wymogu

Artykuł 1

Niniejsze rozporządzenie określa państwa trzecie, których obywatele objęci są obowiązkiem wizowym, oraz państwa trzecie, których obywatele są zwolnieni z tego obowiązku, w oparciu o indywidualną ocenę szeregu kryteriów odnoszących się między innymi do nielegalnej imigracji, porządku oraz bezpieczeństwa publicznego, korzyści gospodarczych, w szczególności w zakresie turystyki i handlu zagranicznego, oraz do stosunków zewnętrznych Unii z danymi państwami trzecimi, w tym w szczególności w zakresie poszanowania praw człowieka i podstawowych wolności, a także do skutków spójności regionalnej i wzajemności.

/.../

Artykuł 4

1. Obywatele państw trzecich wymienionych w załączniku II są zwolnieni z obowiązku określonego w art. 3 ust. 1, gdy ich całkowity pobyt nie przekracza 90 dni w ciągu każdego 180-dniowego okresu.

/.../

ZAŁĄCZNIK II

WYKAZ PAŃSTW TRZECICH, KTÓRYCH OBYWATELE SĄ ZWOLNIENI Z OBOWIĄZKU POSIADANIA WIZY PODCZAS PRZEKRACZANIA GRANIC ZEWNĘTRZNYCH PAŃSTW CZŁONKOWSKICH NA POBYT NIE DŁUŻSZY NIŻ 90 DNI W OKRESIE 180 DNI

1. PAŃSTWA

/.../

Ukraina (7)

/.../

(7) Zniesienie wiz dotyczy wyłącznie posiadaczy paszportów biometrycznych wydanych przez Ukrainę zgodnie z normami Organizacji Międzynarodowego Lotnictwa Cywilnego (ICAO).

źródło: Rozporządzenie (UE) 2018/1806

Jednakże, w artykuł 6 ust. 3 rozporządzenie to zawiera normę **zezwalającą państwom członkowskim na wprowadzanie odstępstw** od zwolnienia z obowiązku wizowego **w odniesieniu do obywateli państw trzecich wykonujących "paid activity" (tłum. „działalność zarobkową”)**:

Artykuł 6

3. Państwo członkowskie może przewidzieć wyjątki od zwolnienia z obowiązku wizowego określonego w art. 4 w odniesieniu do osób prowadzących **działalność zarobkową** w trakcie swego pobytu.

źródło: ibidem

Najprawdopodobniej na podstawie tego właśnie uprawnienia w niemieckim rozporządzeniu o pobycie AufenthV³ wprowadzony został **przepis, który odbiera obywatelom** państw wymienionych w załączniku II Rozporządzenia 2018/1806, w tym obywatelom Ukrainy, **którzy wykonują lub mają zamiar wykonywać na terenie Niemiec „Erwerbstätigkeit” (tłum. „działalność zarobkową”)** prawo pobytu przyznane im na mocy **prawa unijnego**, poprzez przywrócenie w stosunku do nich wymogu uzyskania *zezwoleń na pobyt*, które zostało wymienione w niemieckiej ustawie o pobycie (*AufenthG*):

§ 17 Brak zwolnienia w przypadku podjęcia aktywności zarobkowej podczas pobytu krótkoterminowego

- (1) Z obowiązku posiadania tytułu pobytowego nie są zwolnione osoby wjeżdżające w celu pobytu krótkoterminowego, o których mowa w art. 4 ust. 1 Rozporządzenia (UE) 2018/1806 z późniejszymi zmianami, oraz **posiadacze zezwoleń na pobyt lub krajowej wizy długoterminowej wydanej przez państwo Schengen, jeśli wykonują działalność zarobkową na terytorium federalnym.**

źródło: niemieckie rozporządzenie o pobycie *Aufenthaltsverordnung - AufenthV*

Na pierwszy rzut oka widać, że § 17 wykracza poza to, na co pozwala art. 6 Rozporządzenia (UE) 2018/1806, *gdyż de facto* wprowadza on obowiązek uzyskania wizy Schengen lub wizy krajowej wydanej przez Niemcy dla obywateli państw trzecich prowadzących „działalność zarobkową” (**Erwerbstätigkeit**), którzy posiadają już wizę krajową lub wizę Schengen wydaną przez inne państwo Schengen. Kwestia ta wykracza jednak poza zakres niniejszej analizy.

§ 6 Wizy

(1) Cudzoziemcowi mogą zostać wydane następujące wizy zgodnie z rozporządzeniem (WE) nr 810/2009:

1. wiza w celu przejazdu przez terytorium państw strefy Schengen lub planowanego pobytu na tym terytorium do 90 dni w okresie 180 dni (wiza Schengen).

2. wiza lotniskowa do celów przejazdu przez międzynarodową strefę tranzytową w portach lotniczych.

(2) Zgodnie z rozporządzeniem (WE) nr 810/2009 wizy Schengen mogą zostać przedłużone do 90 dni pobytu w okresie 180 dni. Wiza Schengen może zostać przedłużona o kolejne 90 dni w ciągu 180-dniowego okresu, którego dotyczy jako wiza krajowa, z powodów określonych w art. 33 rozporządzenia (WE) nr 810/2009/WE, w celu zabezpieczenia interesów Republiki Federalnej Niemiec lub z przyczyn wynikających z prawa międzynarodowego.

(2a) Wizy Schengen nie uprawniają ich posiadaczy do prowadzenia działalności gospodarczej, chyba że zostały wydane w tym celu.

(3) Dla dłuższych pobyków wymagana jest wiza na terytorium federalne (wiza krajowa); wydaje się ją przed wjazdem cudzoziemca na terytorium federalne. Jest ona wydawana na podstawie obowiązujących przepisów dotyczących zezwoleń na pobyt czasowy, Niebieskiej Karty UE, karty ICT, zezwoleń na pobyt stały lub zezwoleń na pobyt rezydenta długoterminowego UE. Czas trwania legalnego pobytu na podstawie wizy krajowej jest zaliczany na poczet okresów posiadania zezwoleń na pobyt czasowy, Niebieskiej Karty UE, zezwoleń na pobyt stały lub zezwoleń na pobyt rezydenta długoterminowego UE.

źródło: niemiecka ustawa o pobycie *Aufenthaltsgesetz – AufenthG*

³ Zob. niemieckie rozporządzenie z 25 listopada 2004 r. w sprawie pobytu – *Aufenthaltsverordnung vom 25. November 2004 (BGBl. I S. 2945)*, dalej również jako „*AufenthV*” i / lub „*rozporządzenie o pobycie*”.

Niemiecka ustawa o pobycie (*AufenthG*)⁴ za *zezwolenie na pobyt* uznaje między innymi:

- a) *wizę Schengen*, która pozwala na pobyt krótkoterminowy do 90 dni w ciągu 180 dni,
- b) *wizę krajową*, która pozwala na dłuższy pobyt i może być przyznana jedynie przed wjazdem do Niemiec.

Co istotne, w artykule 4 ust. 1 tej ustawy wprowadzono zastrzeżenie, zgodnie z którym wprowadzony tą ustawą obowiązek uzyskania przez cudzoziemca zezwolenia na wjazd i pobyt na terenie Niemiec **nie ma zastosowania w przypadkach, w których prawo unijne stanowi inaczej**. Dobrym przykładem takiej sytuacji jest wjazd na pobyt krótkoterminowy do Niemiec obywateli Ukrainy, którzy zostali zwolnieni z obowiązku uzyskania tytułu pobytowego przez prawo unijne, wprost w art. 4 ust. 1 rozporządzenia (UE) 2018/1806 lub chociażby wjazd na teren Niemiec obywatela innego Państwa członkowskiego.

Nawet gdyby powyższy przepis w prawie krajowym (niemieckim) nie istniał, to dokładnie ten sam skutek wynika **z zasady pierwszeństwa prawa unijnego**, która opiera się na założeniu, że w przypadku konfliktu pomiędzy danym aspektem prawa unijnego, a aspektem prawa w państwie Unii (prawo krajowe), prawo unijne będzie miało pierwszeństwo⁵.

W tych okolicznościach powstaje zasadnicze pytanie, czy prawo unijne stoi na przeszkodzie, aby obowiązek uzyskania *zezwolenia na pobyt* miał zastosowanie do **będących obywatelami Ukrainy pracowników odeleganych do Niemiec przez pracodawców mających siedzibę w innym państwie członkowskim**.

§ 4 Wymóg posiadania tytułu pobytowego

(1) W celu wjazdu i pobytu na terytorium federalnym, cudzoziemcy potrzebują tytułu pobytowego, w przypadku braku odmiennych przepisów w prawie Unii Europejskiej lub w akcie prawnym, oraz z wyjątkiem oraz z wyjątkiem przypadków, gdy prawo pobytu istnieje w wyniku umowy z dnia 12 września 1963 r. ustanawiającej stowarzyszenie między Europejską Wspólnotą Gospodarczą a Turcją (Federalny Dziennik Ustaw 1964 II, s. 509) (Układ o Stowarzyszeniu EWG/Turcja). Tytuły pobytowe są wydawane w formie:

1. wizy w rozumieniu § 6 ust. 1 nr 1 oraz ust. 3,
2. zezwolenia na pobyt czasowy (§ 7),
 - 2a. Niebieskiej Karty UE (§ 18b (2))
 - 2b. Karty ICT (§ 19),
 - 2c. mobilnej Karty ICT (section 19b)
3. zezwolenia na pobyt stały (§ 9) lub
4. zezwolenia na pobyt rezydenta długoterminowego UE (§ 9a).

źródło: niemiecka ustawa o pobycie Aufenthaltsgesetz – AufenthG

⁴ Zob. niemiecka ustawa z 25 lutego 2008 r. o pobycie – Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (BGBl. I S. 162), dalej również jako „*AufenthG*” i / lub „*ustawa o pobycie*”.

⁵ Por. <https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/glossary/primacy-of-eu-law.html>

Orzecznictwo sądów niemieckich

W orzecznictwie sądów niemieckich upowszechniło się domniemanie, jakoby obowiązek uzyskania niemieckiego *zezwolenia na pobyt* miał zastosowanie w stosunku do pracowników delegowanych będących obywatelami państw trzecich, za wyjątkiem tych, o których mowa w **artykule 30 ust. 3 niemieckiego rozporządzenia o zatrudnieniu cudzoziemców (BeschV)**, które wprowadza tzw. fikcję prawną⁶, zgodnie z którą aktywność pracowników będących obywatelami państw trzecich, którzy „*zostali czasowo oddelegowani do Niemiec w celu wykonania usługi przez pracodawcę mającego siedzibę w innym państwie członkowskim*” nie jest traktowane jako „*Beschäftigung*” (tłum. „zatrudnienie”) w rozumieniu (niemieckiego) prawa krajowego, pod warunkiem, że ta aktywność nie przekracza 90 dni w ciągu 12 miesięcy i posiadają oni status rezydentów długoterminowych w innym państwie członkowskim.

§ 21 Świadczenie usług

Nie wymaga się zgody na wydanie tytułu pobytowego osobom, które są legalnie zatrudnione przez spółkę z siedzibą w państwie członkowskim Unii Europejskiej lub w państwie będącym stroną Porozumienia o Europejskim Obszarze Gospodarczym, w którym spółka ma swoją siedzibę, i które są czasowo delegowane na terytorium Republiki Federalnej Niemiec w celu świadczenia usług.

Źródło: niemieckie rozporządzenie o zatrudnieniu obcokrajowców, *Beschäftigungsverordnung - BeschV*

§ 30 Pobyt w celu zatrudnienia bez tytułu pobytowego

Za zatrudnienie w rozumieniu ustawy o pobycie nie uważa się:

1. czynności na podstawie § 3 nr 1 i 2, w tym bez zgody, oraz na podstawie § 16, które wykonywane są przez okres do 90 dni w okresie 180 dni,
2. czynności na podstawie § 5, 14, 15, 17, 18, 19 ust. 1 oraz § 20, 22 i 23 wykonywanych przez okres do 90 dni w ciągu dwunastu miesięcy,
3. czynności na podstawie § 21 wykonywanych do 90 dni w okresie dwunastu miesięcy przez cudzoziemców posiadających status rezydenta długoterminowego w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej, oraz
4. czynności wykonywanych przez osoby, które są zwolnione z obowiązku posiadania tytułu pobytowego na podstawie § 23-30 rozporządzenia o pobycie.

Źródło: niemieckie rozporządzenie o zatrudnianiu obcokrajowców, *Beschäftigungsverordnung - BeschV*

Pomimo to, pracownikom delegowanym będącym obywatelami państw trzecich, niemieckie Ministerstwo Spraw Zagranicznych zaoferowało jedynie specyficzne „ułatwienie” w uzyskaniu wizy, przy czym ciężko oprzeć się wrażeniu, że wyłącznym celem tego „ułatwienia” jest chęć zabezpieczenia się przed zarzutem niezgodności prawa niemieckiego z orzecznictwem TSUE.

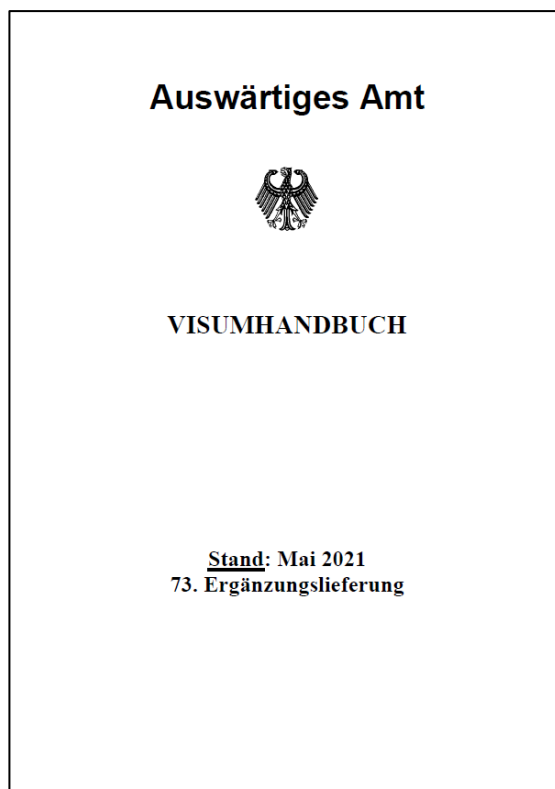
Mianowicie, niemieckie Ministerstwo Spraw Zagranicznych wprowadziło specyficzną praktykę administracyjną, przewrotnie nazwaną „*Vander Elst*”⁷ i która ma ułatwić obywatelom państw trzecich, zanim zostaną oddelegowani do Niemiec, uzyskanie niemieckiej wizy krajowej (tzw. typ "D"), bądź wyjątkowo, w przypadku obywateli Państw członkowskich spoza strefy Schengen (Wielka Brytania i Irlandia) lub obywateli państw, które

⁶ Fikcja prawna to mechanizm o dużej tradycji, dość powszechnie występujący w systemach prawnych na całym świecie. Konstrukcja ta, pozwalająca na kształtowanie w określony sposób skutków prawnych danego stanu faktycznego (...). Fikcja znajduje zastosowanie w wielu instytucjach dotyczących rozmaitych aspektów prawa pracy – zob. J. Janik, *Zakres i znaczenie fikcji prawnych w przepisach Kodeksu pracy o rozwiązywaniu stosunku pracy*, Monitor Prawa Pracy 6/2013.

⁷ Nazwa pochodzi od wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 9 sierpnia 1994 r. w sprawie C-43/93 Raymond Vander Elst przeciwko Office des migrations internationales (dalej jako „*Vander Elst*”).

nie stosują jeszcze w pełni dorobku Schengen (Bułgaria, Rumunia, Chorwacja i Cypr), wiza Schengen (tzw. typ "C").

Zgodnie z tzw. *Podręcznikiem wizowym* wydanym przez Ministerstwo Spraw Zagranicznych⁸, stanowiącym instrukcję dla służb konsularnych, wiza „według Vander Elst” wydawana jest w postępowaniu, w którym bada się „słuszność i racjonalność” wniosku w oparciu o traktatowe kryterium „czasowego wykonywania” usługi. W każdym przypadku wiza wydana w tym trybie musi posiadać dopisek „Wydanie wizej według Vander Elst”.



To właśnie ten Podręcznik wizowy upowszechnił błędne rozumienie powyższej normy. Zawiera on bowiem nie tylko instrukcję jego wydawania ale również szczegółowe wyjaśnienie, dlaczego to „ułatwienie” nie narusza, zdaniem autorów, prawa unijnego. **Podręcznik wizowy stał się swoistą instrukcją dla sądów niemieckich,** kształtując ich orzecznictwo w odniesieniu do przedmiotowej wizej, co widać po uzasadnieniach wyroków.

Według *Podręcznika wizowego*, odmowa wydania wizej „według Vander Elst” może nastąpić wyłącznie, gdy istnieją konkretne dowody na rzeczywiste, obecne i znaczące zagrożenie dla porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia, a niemieckie przedstawicielstwa zagraniczne powinny szczegółowo analizować wniosek tylko w wyjątkowych przypadkach, gdy istnieją szczególne obawy dotyczące nadużyć w procedurze wnioskowej. Do złożenia wniosku rzekomo mają wystarczyć nieformalne dokumenty, takie jak proste pismo od pracodawcy, kopia umowy, itp. Co do zasady nie jest również wymagana osobista rozmowa osoby ubiegającej się o wizę z Państwa trzeciego w celu przesłuchania w sprawie wniosku wizowego. Wreszcie, przy podawaniu terminów i rozpatrywaniu wiz wnioski wizowe „według Vander Elst” powinny być traktowane „w miarę możliwości priorytetowo”.

⁸ Auswärtiges Amt, *Visumhandbuch*, (74. Ergänzungslieferung, März 2022), s. 601-609.

W rzeczywistości jednak, trudno o coś bardziej odległego od prawdy. **Uzyskanie „wizy Vander Elst” jest bardzo trudne, a często niemożliwe** ponieważ:

- a) pracownik może złożyć wniosek wyłącznie osobiście w Ambasadzie Niemiec w Warszawie,
- b) za złożenie wniosku pobierana jest opłata w wysokości ok. 400 zł,
- c) do wniosku należy dołączyć między innymi dwa aktualne zdjęcia biometryczne, oryginał umowy między pracodawcą a jego niemieckim klientem oraz dokument A1 i kartę EKUZ,
- d) czas oczekiwania na wyznaczenie terminu złożenia wniosku wynosi co najmniej dwa tygodnie,
- e) każdorazowo można złożyć tylko jeden wniosek,
- f) jakkolwiek błąd skutkuje odrzuceniem wniosku i koniecznością złożenia nowego (w odrębnym terminie, o który trzeba się starać od nowa i za który ponownie trzeba wnieść opłatę),
- g) wizę można odebrać wyłącznie osobiście w Ambasadzie Niemiec w Warszawie.⁹

Gdy 18 października 2021 podjęliśmy próbę umówienia się na spotkanie w Ambasadzie Niemiec w Warszawie w celu złożenia wniosku o „wizę Vander Elst”, okazało się, że jest to możliwe wyłącznie przez stronę internetową¹⁰. Znajduje się na niej informacja, zgodnie z którą *„Od teraz będzie można dokonać rezerwacji terminu tylko z dwutygodniowym wyprzedzeniem”*.¹¹

Po przejściu na odpowiednią podstronę okazało się, że zabezpieczenie CAPTCHA zamiast ciągu znaków, wyświetlało czarny prostokąt uniemożliwiając tym samym przejście na kolejną podstronę¹². Gdy udało nam się w końcu ten problem rozwiązać, okazało się, że w najbliższych dwóch miesiącach dostępny jest tylko jeden 10-cio minutowy termin na złożenie wniosku o godzinie 8:10. Gdy po kilkunastu minutach ponownie weszliśmy na stronę, **nie było już ani jednego dostępnego terminu**¹³.

Przy kolejnej próbie podjętej 13 lipca 2022 jedyne dostępne w systemie terminy były w dniu 9 sierpnia o godzinie 8:00, 8:10, 8:20 i 8:30. Z kolei próba z 15 lipca 2022 r. pokazała, że 9 sierpnia dostępne były jedynie terminy w godzinach 13:20 i 13:30 (každorazowo dostępne były 10-minutowe jednostki czasowe).

Po złożeniu wniosku w jednej ze spraw, pracownik Ambasady poza wcześniej wymienionymi dokumentami zażądał również:

- dokumentów potwierdzających, że „centrum życia” od co najmniej 6 miesięcy jest w Polsce
- umowy o pracę (co automatycznie wyklucza zatrudnienie na podstawie innych umów)
- dokumentów ZUS-RMUA
- umowy najmu mieszkania w Polsce
- historii prywatnego konta bankowego pracownika¹⁴

Ostatecznie Ambasada Niemiec w Warszawie pisemnie odmówiła pracownikowi wydania wizy. Jako podstawę podano:

- okoliczność, że w zarządzie dwóch spółek występuje ta sama osoba, a firmy „zajmują się w zasadzie tym samym”;

⁹ Źródło: <https://polen.diplo.de/blob/489558/443d7f7592246dc5e37de00399d10e11/visa-vander-elst-data.pdf>

¹⁰ Por. https://service2.diplo.de/rktermin/extern/choose_realmList.do?locationCode=wars&request_locale=en

¹¹ Źródło: https://service2.diplo.de/rktermin/extern/choose_realmList.do?locationCode=wars

¹² Patrz Ilustracja nr 2.

¹³ Patrz Ilustracja nr 3.

¹⁴ Patrz Ilustracja nr 4.

- **przypuszczenie, zgodnie z którym nie można wykluczyć (sic!),** że delegowanie tego pracownika na celu „przesunięcie” personelu do Niemiec;
- wątpliwość co do tego, czy spełnione zostaną warunki płacy minimalnej – bez wskazania z czego owa wątpliwość miałaby wynikać;
- wskazanie, że zgodnie z przedłożoną umową o pracę, miejscem świadczenia pracy jest „Kraków”.

Co ciekawe, o wizę wnioskowała managerka, która miała zostać oddelegowana na miesiąc do siostrzanej spółki w Niemczech, aby pomóc tam szkolić zespół obsługi klienta. Tymczasem, w odpowiedzi Ambasada wskazała, że wniosek złożyła „w związku z chęcią wykonywania czynności spawacza”.

W drugim przypadku, który monitorowaliśmy, o wizę wnioskowała Ukrainka zatrudniona w charakterze opiekunki domowej osoby starszej. Już na etapie zarezerwowanej 2 tygodnie wcześniej 10-cio minutowej wizyty, osoba ta otrzymała informację, że bez umowy o pracę i certyfikatu potwierdzającego jej kompetencje zawodowe wizy na pewno nie otrzyma. Ponadto, zobowiązano ją do złożenia pisemnych wyjaśnień w jakim celu w przeszłości przebywała w Niemczech (sic!).

Reasumując, deklaracje zawarte w *Podręczniku wizowym* są **całkowicie sprzeczne ze stanem faktycznym**, a uzyskanie wizy do Niemiec pracownika będącego obywatelem Ukrainy *de facto* jest prawdopodobnie możliwe wyłącznie w sytuacji, gdy:

- termin oddelegowania pracownika jest planowany z wielomiesięcznym wyprzedzeniem;
- pracownik zatrudniony jest na podstawie umowy o pracę;
- pracownik jest na tyle dyspozycyjny, że może co najmniej dwukrotnie stawić się osobiście w Ambasadzie Niemiec w Warszawie w każdym narzuconym przez system dniu i godzinie, przy czym terminy te zmieniają się „jak w kalejdoskopie”;
- pracodawca przejmie koszt przygotowania i złożenia wniosku oraz noclegów i podróży pracownika do Warszawy, jak również jego nieobecności w pracy.

Wątpliwości prawne

Nasze wątpliwości w tej sprawie sprowadzają się w zasadzie do uzyskania odpowiedzi na trzy pytania:

1. Czy § 17 ust. 1 *niemieckiego rozporządzenia o pobycie (AufenthV)* rozumiany jako wprowadzający wymóg, aby obywatele Ukrainy, przed oddelegowaniem do Niemiec na okres krótszy niż 90 dni, przez pracodawcę posiadającego siedzibę w innym państwie członkowskim, uzyskali niemiecką wizę, mieścić się w granicach wyznaczonych przez prawo UE?
2. Czy pojęcie wykonywania „*paid activity*” (tłum. „*działalności zarobkowej*”) użyte w Art. 6 ust. 3 *Rozporządzenia (UE) 2018/1806* może być rozumiane w taki sposób, że obejmuje nie tylko osoby poszukujące na terenie Niemiec pracy, ale również pracowników czasowo delegowanych przez pracodawców mających siedzibę w innym państwie członkowskim?
3. Czy § 17 ust. 1 *niemieckiego rozporządzenia o pobycie (AufenthV)* można rozumieć jako pozbawiający prawa wjazdu na pobyt krótkoterminowy na terenie Niemiec obywateli Ukrainy, na podstawie samego zamiaru wykonania przez nich „*działalności zarobkowej*” na terenie Niemiec?

Ad. 1

Niemieckie sądy w sprawach o odmowę wydania „wizy Vander Elst” obywatelom państw trzecich konsekwentnie orzekają, że:

- a) Wjazd obywatela państwa trzeciego czasowo delegowanego do Niemiec przez pracodawcę z siedzibą w innym państwie członkowskim służy podjęciu „działalności zarobkowej” i w związku z tym wymaga „uzyskania wizy wymaganej w celu podjęcia pracy”¹⁵
- b) Wjazd do Niemiec „bez wymaganej wizy Vander Elst” jest traktowany jako „niedozwolona działalność zarobkowa” i jest podstawą do wydania zarządzenia nakładającego obowiązek opuszczenia kraju i tymczasowego zakazu ponownego wjazdu i pobytu¹⁶.
- c) Taki wymóg w ogóle nie stanowi ograniczenia swobody świadczenia usług¹⁷, ponieważ takim ograniczeniem zgodnie z wyrokami TSUE byłoby jedynie domaganie się posiadania przez pracowników delegowanych zezwolenia na pracę, nie zaś „zalegalizowanie pobytu na terenie Niemiec”.
- d) Republika Federalna Niemiec ma prawo sprawdzać, czy przedsiębiorstwo mające siedzibę w innym Państwie członkowskim, które deleguje pracowników z kraju trzeciego, nie korzysta ze swobody świadczenia usług w celu innym niż świadczenie danej usługi, więc „wymaganie złożenia wniosku w celu uzyskania „wizy Vander Elst” nie stanowi ograniczenia, które TSUE uznał za niedopuszczalne”¹⁸.
- e) „Uproszczona procedura uzyskania wizy Vander Elst” jest przeprowadzana w celu weryfikacji, czy dane delegowanie pracownika w ogóle jest objęte swobodą świadczenia usług i dopiero gdy zostanie to potwierdzone wydaniem wizy, to wszystkie ograniczenia zostaną zniesione.
- f) „Wiza Vander Elst” jest aktem administracyjnym wydawanym „w uproszczonej procedurze rejestracyjnej”, który ustanawia prawo wjazdu do Niemiec obywatelowi państwa trzeciego po „zgłoszeniu” usługi transgranicznej w placówce dyplomatycznej¹⁹. Nic nie wskazuje, aby procedura uzyskania wizy miała charakter zezwolenia, ponieważ jest to procedura urzędowa, która ma charakter zwykłej procedury rejestracyjnej, a zatem jest zgodna z art. 56 TSUE²⁰.
- g) Republika Federalna Niemiec może podjąć niezbędne środki kontroli granicznej, więc warunki na jakich przyznawana jest „wiza Vander Elst” nie ogranicza w sposób niedopuszczalny swobody świadczenia usług.

Ponadto, w tego typu sprawach **sądy niemieckie odrzucają wnioski o zadanie Trybunałowi pytania prejudycjalnego**, argumentując to tym, że „kryteria przyznawania wizy Vander Elst zostały już wyjaśnione w orzecznictwie TSUE”²¹. Należy w tym miejscu zauważyć, że pojęcie tzw. „dopuszczalnych kryteriów przyznawania wiz Vander Elst”, wobec serii wyroków Trybunału wprost zakazujących państwom członkowskim tworzenia nieuzasadnionych barier w delegowaniu obywateli państw trzecich, wydaje się konstrukcją intelektualną, służącą upowszechnieniu domniemania, że uzależnienie tej możliwości od uzyskania niemieckiej wizy nie narusza prawa unijnego.

¹⁵ Por. wyrok sądu administracyjnego w Dreźnie z 11 lipca 2022 – 3 K 956/21.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Zob. wyrok BVerwG z dnia 20 czerwca 2019 r. – 1 B 12.19, wyrok OVG Berlin-Brandenburg z dnia 9 listopada 2018 r. – OVG 6 B 7.18.

¹⁸ Zob. wyrok BVerwG z dnia 20 czerwca 2019 r. – 1 B 12.19, wyrok OVG Berlin-Brandenburg z dnia 9 listopada 2018 r. – OVG 6 B 7.18.

¹⁹ Por. wyrok sądu administracyjnego w Dreźnie z 11 lipca 2022 – 3 K 956/21.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Zob. wyrok OVG Berlin-Brandenburg OVG 6 B 7.18 z dnia 09 listopada 2018 r., pkt. 47cc. Zob. także np. wyrok Bundesverwaltungsgericht z dnia 20 czerwca 2019 r. – BVerwG 1 B 10.19, ECLI:DE:BVerwG:2019:200619B1B10.19.0, pkt. 11.

W naszej opinii obiektywnie nie jest możliwe, żeby z któregoś wyroku TSUE wysnuć wniosek, że Trybunał uznał tzw. „*wizę Vander Elst*” za dopuszczalną w świetle unijnego prawa, a tym bardziej „*wyjaśnił szczegółowe kryteria jej przyznawania*”.

W istocie, Trybunał uznał, formułując kluczową dla niniejszego opracowania tezę, że **wykonywana przez Państwo członkowskie kontrola wjazdu i pobytu obywateli państw trzecich nie może być pretekstem do ograniczania traktatowej swobody świadczenia usług**²².

Przepisy o cudzoziemcach będące aktem prawa wtórnego, w przypadku konfliktu ze swobodą świadczenia usług muszą „ustąpić” swobodzie świadczenia usług, która jest przepisem traktatowym²³.

W związku z powyższym, rozstrzygnięcie tej wątpliwości w pierwszej kolejności sprowadza się do ustalenia czy wymóg, aby pracownik delegowany będący obywatelem Ukrainy, który legalnie wjechał i przebywa w państwie członkowskim, był zobowiązany przed oddelegowaniem uzyskać zezwolenie na wjazd i pobyt na terenie innego państwa przyjmującego, ma **skutek ograniczający swobodne świadczenie usług**. A jeżeli okaże się, że ma, to czy taki wymóg można uznać za **uzasadniony i proporcjonalny**.

W uzyskaniu odpowiedzi pomocny będzie wyrok Trybunału w sprawie *C-168/04 z 21 września 2006 r. z powództwa Komisji przeciwko Austrii*. Komisja wniosła w tej sprawie do Trybunału między innymi o stwierdzenie, że Austria uchybiła ciążącym na niej zobowiązaniom poprzez odmowę przyznania dokumentu uprawniającego do wjazdu lub pobytu obywatelowi państwa trzeciego, który jest delegowany przez przedsiębiorstwo mające siedzibę w innym Państwie członkowskim, **w sytuacji gdy obywatel ten wjechał już na terytorium Austrii bez wymaganej prawem krajowym wizy pobytowej**.

110. Tym bardziej że zakaz ten ma zastosowanie, nawet jeśli sytuacja delegowanego pracownika na terytorium Państwa członkowskiego, z którego jest on delegowany, jest zgodna z prawem lub jeśli okaże się potwierdzeniem oddelegowania na terytorium Wspólnoty (co, jak wskazano, zakłada, że przedsiębiorstwo świadczące usługi spełniło już bardzo rygorystyczne wymogi), podczas gdy właśnie przeciwnie, w takich okolicznościach, tenże pracownik, nie stanowiąc zagrożenia dla porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego, oferuje pewne gwarancje odnośnie do swojego pobytu na terytorium Austrii i powrotu do Państwa członkowskiego pochodzenia po wykonaniu zadania.

źródło: *Opinia Rzecznika Generalnego Ph. Legea w sprawie C-168/04 Komisja przeciwko Austrii*

W odpowiedzi na skargę Komisji rząd austriacki argumentował, że swoboda świadczenia usług nie ogranicza możliwości stanowienia przez Państwo członkowskie o prawie wjazdu i pobytu na jego terytorium obywateli państw trzecich. „*Jego zdaniem bowiem dla zachowania porządku publicznego i bezpieczeństwa publicznego jest konieczne, aby wniosek o wizę został złożony przed wjazdem na terytorium. Dopuszczenie możliwości konwalidacji*

²² Por. wyrok TSUE z dnia 21 września 2006 r. w sprawie C-168/04 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Austrii, pkt. 60; zob. również wyrok TSUE z dnia 3 lutego 1982 r. w sprawach połączonych 62 oraz 63/82 Société anonyme de droit français Seco i Société anonyme de droit français Desquenne & Giral przeciwko Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité, pkt. 12.

²³ Por. w odniesieniu do konfliktu praw socjalnych i swobód rynku wewnętrznego, M. Domańska, *Swobody rynku wewnętrznego a prawa podstawowe – refleksje na tle orzecznictwa TS*, Europejski Przegląd Sądowy 2012; H. Schepel, *Freedom of Contract in Free Movement Law: Balancing Rights and Principles in European Public and Private Law*, European Review of Private Law 2013, No. 5–6, s. 1223 i n.

na miejscu spowodowałoby się do pozbawienia władz krajowych prawa odmowy pozwolenia na pobyt osobie stwarzającej zagrożenie dla porządku lub bezpieczeństwa publicznego”²⁴.

Przeciwnie zdanie miał Trybunał, który już we wcześniejszym orzecznictwie kilkakrotnie zwracał uwagę na kwestię relacji swobody świadczenia usług do przepisów dotyczących cudzoziemców. Przykładowo, w sprawie Komisja przeciwko Luksemburgowi²⁵ zauważył, że skoro kwestie odnoszące się do delegowania pracowników będących obywatelami państw trzecich w ramach świadczenia usług transgranicznych nie są zharmonizowane na poziomie wspólnotowym, to **jakikolwiek przepisy krajowe regulujące ten obszar mogą, pomimo skutku ograniczającego swobodne świadczenie usług, być uzasadnione tylko wtedy, gdy:**

- a) *czynią one zadość niezaprzeczalnym racjom **interesu publicznego**, a*
- b) *racje te **nie są już chronione** przez przepisy, którym usługodawca podlega w Państwie członkowskim, gdzie ma siedzibę.*

Jeśli powyższe warunki zostały spełnione, to ponadto muszą:

- c) *być **odpowiednie**, aby zagwarantować osiągnięcie celu, do którego zmierzają, oraz*
- d) ***nie wykraczać poza to, co jest konieczne** do jego osiągnięcia*²⁶.

W ocenie Trybunału nie budzi wątpliwości, że jakikolwiek przepis krajowy, który powoduje, że przedsiębiorstwo świadczące usługi nie ma innej możliwości jak dopilnowanie przed oddelegowaniem, by każdy delegowany pracownik będący obywatelem państwa trzeciego wystąpił o wydanie wizy i ją otrzymał, **utrudnia wykonywanie przez to przedsiębiorstwo usług w innym państwie członkowskim**. Taki przepis wykluczając wszelką możliwość konwalidacji na miejscu sytuacji delegowanego pracownika, naraża go na ryzyko wydalenia z terytorium państwa przyjmującego, a także – potencjalnie – **zakaz powrotu lub pobytu na tym terytorium**. Taka perspektywa może poważnie zagrozić realizacji zamierzonego oddelegowania²⁷, co przesądza, że należy ją traktować jako ograniczenie.

Wobec powyższego, niemiecki przepis przewidujący obowiązek uzyskania przez pracodawcę przed oddelegowaniem pracownika będącego obywatelem Ukrainy wizy oraz sankcjonujący jej brak wydaleniem pracownika z Niemiec bądź zawróceniem go do granicy z zakazem wjazdu do Niemiec, należy traktować jako ograniczenie swobody świadczenia usług.

Należy więc sprawdzić, **czy to ograniczenie jest uzasadnione i proporcjonalne do celu**, któremu służy. Ograniczenie swobody świadczenia usług, jakim w ocenie Trybunału niezaprzeczalnie jest wymóg uzyskania wizy przed wjazdem na terytorium Austrii, będzie **uzasadnione jedynie w razie realnego i wystarczająco poważnego zagrożenia dotyczącego podstawowego interesu społecznego**. W sprawie Komisja przeciwko Austrii, Trybunał się go nie dopatrzył. W opinii Rzecznika Generalnego Ph. Legera, przepis odmawiający wydania

²⁴ Zob. Opinia Rzecznika Generalnego Ph. Leger’a przedstawiona w dniu 23 lutego 2006 r. w sprawie C-168/04 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Austrii (dalej również jako: „**C-168/04 Komisja przeciwko Austrii**”), pkt. 98.

²⁵ Wyrok TSUE z dnia 21 października 2004 r. w sprawie C-445/03 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Wielkiemu Księstwu Luksemburga (dalej również jako „**C-445/03 Komisja przeciwko Luksemburgowi**”), pkt. 21.

²⁶ Zob. wyroki z dnia 23 listopada 1999 r. w sprawach połączonych C-369/96 i C 376/96 Arblade i in., Rec. str. I 8453, pkt 34 i 35 oraz w sprawie C-164/99 Portuguesa Construções, Rec. str. I-787, pkt. 19. Zob. też wyrok TSUE w sprawie C-445/03 Komisja przeciwko Luksemburgowi, pkt. 21. Zob. też podobnie – wyrok TSUE w sprawie C-514/03 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Włochom, pkt. 27. Według TSUE „*władze przyjmującego Państwa członkowskiego zasadniczo powinny brać pod uwagę wymogi, jakie dane pomioty gospodarcze oraz ich personel spełniają już w swoich Państwach pochodzenia*”.

²⁷ Zob. Opinia Rzecznika Generalnego Ph. Leger’a w sprawie C-168/04 Komisja przeciwko Austrii, pkt. 103-104.

tytułu uprawniającego do wjazdu lub pobytu, który działa w sposób automatyczny, **wydaje się być nieproporcjonalny do celu** polegającego na ochronie porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego²⁸.

Wyjątkiem mogłaby być jedynie sytuacja, w której Trybunał uznałby takie ograniczenie za uzasadnione względami ochrony porządku i bezpieczeństwa publicznego w przypadku realnego i wystarczająco poważnego zagrożenia, naruszającego podstawowy interes społeczny²⁹.

60. Jednakże **kontrola wykonywana przez państwo członkowskie w tej dziedzinie nie może ograniczać swobody świadczenia usług** przez przedsiębiorstwo, które zatrudnia obywateli państw trzecich (...).

61. W niniejszej sprawie, wykluczając wszelkie możliwości konwalidacji sytuacji pracownika będącego obywatelem Państwa trzeciego legalnie oddelegowanego przez przedsiębiorstwo mające siedzibę w innym państwie członkowskim, który wjechał na terytorium Austrii bez wizy, a wymóg jej posiadania ustanawia prawo austriackie, art. 10 ust. 1 pkt 3 FrG **ustanawia ograniczenia wykonywania przez to przedsiębiorstwo świadczenia usług**. W związku z tym przepis ten naraża pracownika na wydalenie z terytorium Austrii, co może zagrozić realizacji planowanego oddelegowania.

62. Jak zauważył rzecznik generalny w pkt 105 opinii, przedsiębiorstwo świadczące usługi, jeśli pragnie uniknąć trudności związanych z niemożliwością konwalidacji takiej sytuacji, **musi zatem przed dokonaniem oddelegowania dopilnować, by pracownik, którego zamierza delegować, dysponował ważną wizą wjazdową na terytorium Austrii, co może zniechęcić przedsiębiorstwo mające siedzibę w innym państwie członkowskim do świadczenia w Austrii usług** z udziałem obywateli państw trzecich.

źródło: Wyrok TSUE w sprawie C-168/04 Komisja przeciwko Austrii

A zatem, przepisu, który nakłada obowiązek wizowy na oddelegowanego pracownika, który ma już uregulowaną sytuację prawną na terytorium państwa członkowskiego, z którego jest delegowany, **nie można uzasadnić niezaprzeczalnymi racjami interesu publicznego** niechronionego poprzez przepisy, którym usługodawca podlega w Państwie członkowskim, gdzie ma siedzibę, ponieważ taka osoba *per se* nie stanowi zagrożenia dla bezpieczeństwa i porządku publicznego³⁰.

Uregulowanie obowiązujące w Niemczech wydaje się być nawet bardziej nieproporcjonalne, niż to będące przedmiotem orzeczenia Trybunału w sprawie *Komisja przeciwko Austrii*, gdyż ogranicza delegowanie wszystkich pracowników będących obywatelami państw trzecich przez przedsiębiorstwa mające siedzibę w innym Państwie członkowskim. Natomiast przepis austriacki miał zastosowanie wyłącznie do pracowników delegowanych z Państw członkowskich, które nie są stroną układu z Schengen.

Reasumując, niemiecki przepis, który:

- a) przewiduje, że o tytuł uprawniający do wjazdu i pobytu pracownik **musi ubiegać się przed oddelegowaniem,**
- b) **wyklucza** wszelką możliwość uzyskania wizy po przyjeździe do państwa przyjmującego,

²⁸ *Ibidem*, pkt. 108 -109.

²⁹ Por. wyrok TSUE z dnia 21 września 2006 r. w sprawie C-168/04 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Austrii (dalej również jako „C-168/04 Komisja przeciwko Austrii”), pkt. 63-66.

³⁰ Por. wyrok TSUE w sprawie C-168/04 Komisja przeciwko Austrii, pkt. 65.

- c) przewiduje **sankcję w postaci automatycznego wydalenia**, a także potencjalnego zakazu powrotu i pobytu na tym terytorium,
- d) ma zastosowanie nawet, jeśli sytuacja delegowanego pracownika na terytorium wysyłającego Państwa członkowskiego jest zgodna z prawem,

w kontekście dorobku orzeczniczego Trybunału, a w szczególności orzeczenia *Komisja przeciwko Austrii*, **należy uznać za nieuzasadnione i nieproporcjonalne do celu ograniczenie swobody świadczenia usług**. W związku z tym narusza on art 56 TSUE.

Ad. 2.

W swoim dotychczasowym orzecznictwie Trybunał nie ocenił wprost, czy dopuszczalne jest rozumienie pojęcia „*paid activity*” (tłum. „*działalność zarobkowa*”) użytego w art. 3 *Rozporządzenia (UE) 2018/1806* w taki sposób, żeby obejmowało ono również pracowników będących obywatelami państw trzecich, którzy zostali czasowo delegowani przez pracodawcę mającego siedzibę w innym państwie członkowskim.

Jednakże, we wspomnianej już wyżej sprawie *C-168/04 Komisja przeciwko Austrii*, Trybunał uznał za zasadną skargę Komisji, że niezgodny z prawem unijnym jest przepis krajowy, którego skutkiem jest systemowy zakaz konwalidacji sytuacji pracownika delegowanego będącego obywatelem państwa trzeciego w sytuacji, gdy ten pracownik wjechał już na terytorium Austrii bez wizy, gdyż „*może to poważnie zagrozić realizacji zamierzonego delegowania*”³¹.

Trybunał ocenił austriacki przepis wprowadzający obowiązek ubiegania się o wizę przez delegowanego obywatela państwa trzeciego **wyłącznie w świetle art. 56 TFUE**, ignorując Art. 6 ust. 3 *Rozporządzenia (UE) 2018/1806* zezwalający Państwom członkowskim na wprowadzenie odstępstw od zwolnienia z obowiązku wizowego w odniesieniu do obywateli państw trzecich wykonujących „*paid activity*” („*działalność zarobkową*”).

Wyjaśnienia **pojęcia „*paid activity*” (tłum. „*działalność zarobkowa*”)** w kontekście *Rozporządzenia (UE) 2018/1806* nie znajdziemy również **w żadnych aktach unijnego prawa wrótnego**. Jedyną wskazówką są bilateralne umowy między Unią Europejską a niektórymi państwami trzecimi, w tym na przykład ze Zjednoczonymi Emiratami Arabskimi³². Dołączona do nich *Wspólna deklaracja w sprawie wykładni kategorii osób podróżujących w celu prowadzenia działalności zarobkowej* wyjaśnia, że kategoria ta na pewno nie obejmuje „*osób podróżujących w celu rozmów biznesowych (bez zatrudnienia w państwie drugiej Umawiającej się Strony)*”.

Przedsiębiorstwa mające siedziby w państwach trzecich nie mogą delegować pracowników w ramach unijnej swobody świadczenia usług, więc z tej oczywistej przyczyny w bilateralnych umowach z państwami trzecimi kategoria pracowników delegowanych nie została uwzględniona. Można jednak wyciągnąć wniosek, że skoro **pojęcie „*paid activity*” (tłum. „*aktywności zarobkowej*”) nie obejmuje osób, które wykonują pracę przejściowo i bez zatrudnienia w państwie przyjmującym**, to nie obejmuje ono także pracowników czasowo delegowanych z innych państw członkowskich.

W orzecznictwie niemieckim przyjęto generalnie założenie, że pojęcie „*paid activity*” (tłum. „*działalności zarobkowej*”) używane w prawie unijnym ma takie samo znaczenie jak pojęcie „*Erwerbstätigkeit*” (tłum. „*działalność zarobkowa*”) używane w prawie krajowym (niemieckim). Domniemanie takie narusza jednak zasadę autonomii pojęć w prawie unijnym, która wymaga, aby pojęcia używane w prawie unijnym i w prawie krajowym były interpretowane niezależnie od siebie. „*[T]raktat EWG ustanowił własny porządek prawny, który został włączony do*

³¹ Por. Opinia Rzecznika Generalnego Ph. Leger’a w sprawie C-168/04 *Komisja przeciwko Austrii*, pkt. 104 oraz wyrok TSUE w tej samej sprawie, pkt. 61 oraz 68.

³² Umowa z dnia 6 maja 2015 r. między Unią Europejską a Zjednoczonymi Emiratami Arabskimi dotycząca zniesienia wiz krótkoterminowych (Dz.U. L 125 z 21.5.2015, str. 3–9).

systemu prawnego państw członkowskich po jego wejściu w życie i który ma charakter wiążący dla sądów krajowych³³. Tak więc to **nie w gestii poszczególnych Państw członkowskich leży posiadanie własnego wyobrażenia o tym, co prawo UE obejmuje** (z perspektywy UE jest to *m.in.* kwestia spójności, skuteczności i pewności prawa). Autonomiczne koncepcje są również osadzone w samym punkcie wspólnego uznania opartego na zaufaniu oraz w ogólnych zasadach prawa UE³⁴.

Tak więc, nie wolno z góry zakładać, że pojęcie **'Erwerbstätigkeit'** (tłum. „działalność zarobkowa”) użyte w prawie krajowym (niemieckim), ma takie samo znaczenie jak pojęcie **„paid activity”** (tłum. „działalność zarobkowa”), użyta w prawie unijnym, a konkretnie w Rozporządzeniu (EU) 2018/1806, z uwagi na fakt, iż mają być one interpretowane autonomicznie.

Zatem, w oparciu o przepis w prawie krajowym (niemieckim), że działalność niektórych pracowników delegowanych do Niemiec nie stanowi *"Beschäftigung"* (tłum. zatrudnienia), po prostu **nie można** z góry przyjąć, że wszyscy pozostali pracownicy delegowani prowadzą *"działalność zarobkową"* w rozumieniu prawa UE - **bez ustalenia znaczenia pojęcia "działalność zarobkowa" w prawie UE**.

W przypadku ustalenia, że znaczenie tych pojęć nie jest tożsame, a tak jest w tym przypadku, **należy zastosować normę unijną**. Wynika to z zasady pierwszeństwa prawa UE³⁵, zgodnie z którą, w przypadku sprzeczności norm prawa unijnego i prawa krajowego należy stosować normę unijną. Zgodnie z tą zasadą, pojęcie użyte w prawie UE (w naszym przypadku „działalność zarobkowa”) **NIE MOŻE być tłumaczone przez znaczenie przypisane temu pojęciu w prawie krajowym** (w naszym przypadku *'Erwerbstätigkeit'*), lecz dokładnie odwrotnie.

Co więcej, nawet jeśli przepisy rozporządzenia (UE) 2018/1806 pozwalają na nałożenie na obywateli państw trzecich prowadzących „działalność zarobkową” obowiązku uzyskania tytułu pobytowego, to nie wolno z góry zakładać, że obowiązek ten można rozszerzyć na pracowników delegowanych, nie tylko bez uprzedniego ustalenia znaczenia pojęcia „działalności zarobkowej” w prawie UE, ale także – bez ustalenia, czy istnieją jakiegokolwiek przepisy prawa UE, które mogły to uniemożliwić.

Zrównanie pojęć *'Erwerbstätigkeit'* oraz *"działalności zarobkowej"* w orzecznictwie sądów niemieckich jest tym bardziej zaskakujące, że **obowiązek stosowania zasady pierwszeństwa prawa UE zawarty jest wprost w §4 ust. 1 cytowanej ustawy o pobycie (AufenthG)**, który stanowi, że od obywatela państwa trzeciego nie można wymagać uzyskania *tytułu pobytowego* w celu wjazdu i pobytu w Niemczech w przypadkach, gdy prawo UE stanowi inaczej.

Naszym zdaniem, o ile wymóg posiadania niemieckiego *tytułu pobytowego* przez obywateli państw trzecich, którzy wjeżdżają do Niemiec w celu wykonywania „działalności zarobkowej” - rozumianej jako zatrudnienie przez niemieckiego pracodawcę lub prowadzenie działalności gospodarczej - jest dopuszczalny na gruncie prawa unijnego³⁶, o tyle rozszerzenie tegoż wymogu na pracowników delegowanych będących obywatelami państw trzecich stanowi nieuzasadnione i nieproporcjonalne ograniczenie swobody świadczenia usług. Udowodnienie

³³ Por. wyrok TSUE z dnia 15 lipca 1964 r. w sprawie 6/64 Flaminio Costa v. E.N.E.L., pkt. 3.

³⁴ Por. Ch. Eckes, *International Rulings and the EU Legal Order: Autonomy as Legitimacy?*, Cleer Papers 2016/2, s. 12. Zob. również: Ch. Eckes, *Ibidem*, [w:] *The European Union and International Dispute Settlement*, M. Cremona, A. Thies, R. A. Wessel (red.), Oxford, Hart Publishing 2017.

³⁵ Por. np.: M. M. Kenig-Witkowska (red.), A. Łazowski, R. Ostrihansky, *Prawo instytucjonalne Unii Europejskiej [Institutional Law of the European Union]*, Warszawa 2011, s. 265 i n.; B. de Witte, *The Continuous Significance of Van Gend en Loos* [w:] M. P. Maduro, L. Azoulai (red.) *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford and Portland, Oregon 2010, s. 9 i n.

³⁶ Por. art. 6(3) rozporządzenia (EU) 2018/1806.

tej hipotezy będzie oznaczało, że wymóg uzyskania niemieckiego tytułu pobytowego nie może być stosowany wobec pracowników delegowanych.

Na marginesie, na podstawie chociażby orzeczeń w sprawach *Rush Portuguesa* i *Vander Elst*, wydaje się oczywiste, że pracownicy delegowani nie wjeżdżają i nie przebywają w Niemczech z zamiarem poszukiwania dostępu do niemieckiego rynku pracy, lecz wykonują zgodne z prawem polecenie pracodawcy, który korzysta z podstawowej swobody gospodarczej Unii Europejskiej - jaką jest swoboda świadczenia usług w innych Państwach członkowskich.

Ad. 3

Pytanie trzecie jest pokłosiem stosowanej przez niemieckie służby celne podczas kontroli prowadzonych na terytorium Niemiec **praktyki natychmiastowej deportacji** lub **zawrócenia do granicy** pracowników delegowanych będących obywatelami Ukrainy. Gdy delegowany pracownik mający ukraińskie obywatelstwo zapytany przez służby celne bądź policję o cel wjazdu do Niemiec odpowie zgodnie z prawdą, że „jedzie do pracy”, jest wzywany do okazania „wizy Vander Elst”, a w przypadku jej braku otrzymuje nakaz natychmiastowego opuszczenia tego państwa, a nawet strefy Schengen (sic!) – również w sytuacji, w której dana osoba ma w Polsce miejsce zamieszkania i nierzadko rodzinę. We wszystkich przypadkach wydalenie połączone jest zwykle z dwuletnim zakazem ponownego wjazdu do Niemiec.

Ewidentnie niemieckie służby celne i policja traktują w taki sam sposób osoby, które wjechały do Niemiec w celu poszukiwania w tym państwie pracy oraz osoby zatrudnione w innych państwach członkowskich, które jedynie zostały czasowo oddelegowane do Niemiec przez swojego pracodawcę, który chciałby skorzystać z traktatowej swobody świadczenia usług.

Początkowo sądziliśmy, że przyczyną deportacji ukraińskich pracowników jest niedostrzeżenie przez niemieckich funkcjonariuszy zasadniczej różnicy między czasowym wykonywaniem zadania na polecenie pracodawcy mającego siedzibę w innym państwie członkowskim (pracownik delegowany), a wykonywaniem pracy jako osoba zatrudniona bezpośrednio przez niemieckiego pracodawcę (pracownik migrujący).

Aktualnie nie mamy wątpliwości, że deportując obywateli Ukrainy, którzy w trakcie kontroli przyznają się, że jadą do pracy jako pracownicy delegowani i nie okażą „wizy Vander Elst” postępują zgodnie z językową interpretacją niemieckiego przepisu § 15 ust. 2 pkt. 2a. ustawy o pobycie:

§ 30 Odmowa wjazdu

(2) Cudzoziemcowi można odmówić wjazdu na granicy, jeżeli

1. za wydaleniem cudzoziemca przemawia interes publiczny,
2. istnieje uzasadnione podejrzenie, że cudzoziemiec nie zamierza przebywać na terytorium federalnym w określonym celu,

2a. cudzoziemiec posiada jedynie wizę Schengen lub jest zwolniony z obowiązku posiadania wizy na pobyt krótkoterminowy i zamierza prowadzić działalność gospodarczą z naruszeniem § 4a ust. 1 zdanie 2 lub (...)

Źródło: niemiecka ustawa o pobycie Aufenthaltsgesetz – AufenthG

Należy w tym miejscu zauważyć, że we wspomnianej sprawie *C-168/04 Komisja przeciwko Austrii*, Trybunał uznał za nieproporcjonalny względem celu, któremu służy, austriacki przepis krajowy, którego skutkiem był systemowy zakaz wydania wizy pracownikowi delegowanemu będącemu obywatelem państwa trzeciego wizy

w sytuacji, gdy pracownik ten wjechał na terytorium Austrii bez niej, ponieważ taki przepis narażał go na wydalenie z terytorium Austrii, co mogło zagrozić „realizacji planowanego oddelegowania”³⁷.

Praktyka niemieckich policjantów i funkcjonariuszy głównego urzędu celnego ma w tym zakresie taki sam skutek, należy więc stwierdzić, że również stanowi zakazaną przeszkodę w swobodzie świadczenia usług.

Ponadto, wbrew upowszechnionemu domniemaniu, **nie istnieje w niemieckim prawie przepis, który pozwala uznać, że pracownik delegowany z innego państwa członkowskiego wykonuje na terenie Niemiec działalność zarobkową („paid activity” lub „economic activity”).** Zamiast tego, istnieje przepis na mocy którego wymóg posiadania zezwolenia na pobyt nie ma zastosowania, jeśli prawo unijne stanowi inaczej.

Wnioski

Orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej pozwoliły nam precyzyjnie zrekonstruować granice, które Trybunał wyznaczył państwom członkowskim odnośnie procedur administracyjnych, które mogą one nakładać na obywateli państw trzecich delegowanych na ich terytorium przez przedsiębiorstwa mające siedzibę w innym państwie członkowskim.

Trybunał stoi jednoznacznie na stanowisku, że procedury ograniczające delegowanie obywateli państw trzecich należy oceniać wyłącznie w świetle art. 56 TFUE. Oznacza to, że każda taka procedura musi zostać poddana zbudowanemu na wieloletnim dorobku orzecznictwa Trybunału „testowi”, który wymaga odpowiedzi na następujące pytania:

- a) Czy krajowy przepis **utrudnia** usługodawcom z innych państw członkowskich korzystanie ze swobody świadczenia usług?
- b) Jeśli tak, to czy ten przepis można **uzasadnić** względami ochrony porządku i bezpieczeństwa publicznego, a w szczególności, czy zapobiega realnemu i wystarczająco poważnemu zagrożeniu, naruszającemu podstawowy interes społeczny?
- c) Jeśli tak, to czy cel tego przepisu **nie został już osiągnięty** przez poprzez przepisy, którym usługodawca podlega w Państwie członkowskim, gdzie ma siedzibę?
- d) Jeśli nie, to czy ten przepis **nie wykracza poza to, co jest konieczne** dla osiągnięcia celu, któremu służy?

W sprawie, której dotyczy niniejsze opracowanie należy stwierdzić, że:

Po pierwsze, w ocenie Trybunału nieproporcjonalne ograniczenie swobodnego świadczenia usług³⁸ stanowi każda procedura administracyjna, która nie ma charakteru deklaratoryjnego. Nie ma przy tym większego znaczenia jakiej liczby pracowników taka procedura dotyczy³⁹.

Po drugie, kontrola wykonywana przez Państwo członkowskie w zakresie wjazdu i pobytu jest dozwolona, jednak pod warunkiem, że nie ogranicza w sposób niedozwolony możliwości korzystania ze swobody świadczenia usług przez przedsiębiorstwa z siedzibą w innych Państwach członkowskich, które zatrudniają i delegują obywateli państw trzecich⁴⁰.

³⁷ Wyrok TSUE w sprawie C-168/04 Komisja przeciwko Austrii, pkt. 61.

³⁸ Zob. wyrok TSUE w sprawie C-168/04 Komisja przeciwko Austrii, pkt. 20.

³⁹ *Ibidem*, pkt. 66.

⁴⁰ *Ibidem*, pkt. 60.

Po trzecie, państwa przyjmujące nie mogą uzasadniać ograniczeń dotyczących delegowania na ich terytorium obywateli państw trzecich względami ochrony porządku i bezpieczeństwa publicznego. W szczególności, w sytuacji jeżeli obywatel państwa trzeciego ma już uregulowaną sytuację prawną na terytorium Państwa członkowskiego, z którego jest delegowany, jak również spełnia wymogi przepisów prawa państwa przyjmującego dotyczących oddelegowania i w związku z tym nie stanowi *per se* zagrożenia dla porządku i bezpieczeństwa publicznego⁴¹.

Po czwarte, Państwa członkowskie nie mogą ustanawiać automatycznego zakazu wydania wizy oddelegowanemu pracownikowi będącemu obywatelem państwa trzeciego po wjeździe na swoje terytorium. Taki automatyczny charakter odmowy Trybunał uznał za nieproporcjonalny względem celu, któremu służy⁴².

Po piąte, Państwa członkowskie nie mogą stanowić przepisów, które narażają oddelegowanych pracowników będących obywatelami państw trzecich na ryzyko automatycznego ich wydalenia ze swojego terytorium, a także – potencjalnie – zakazu powrotu, gdyż takie przepisy – nawet gdyby je uznać za uzasadnione ze względu na porządek publiczny lub bezpieczeństwo publiczne – wprowadzają środek wykraczający poza cel, któremu służą⁴³.

Wobec powyższego niemieckie przepisy o pobycie, co najmniej w zakresie, w którym wprowadzają w stosunku do delegowanych pracowników będących obywatelami państw trzecich, których sytuacja w państwie wysyłającym jest zgodna z prawem, wymóg uzyskania przed wjazdem na terytorium Niemiec wizy pobytowej oraz przewidują automatyczną deportację w przypadku wjazdu bez wizy, naruszają zobowiązania z tytułu art. 56 TFUE.

Niezależnie od powyższego, orzecznictwo niemieckich sądów narusza zasadę autonomii pojęć w prawie unijnym, która wymaga, aby pojęcia używane w prawie unijnym i w prawie krajowym były interpretowane niezależnie od siebie, poprzez przyjęcie, że pojęcie „działalność zarobkowa” użyte w rozporządzeniu (UE) 2018/1806 obejmuje pracowników delegowanych, podczas gdy nie wynika to z żadnego istniejącego orzecznictwa unijnego. Z tego powodu sądy niemieckie są zobowiązane nie oddalać wniosków o wszczęcie procedury postępowania prejudycjalnego w celu ustalenia wiążącej wykładni prawa UE dotyczącej tego pojęcia.

Autorzy:

Stefan Schwarzwald
Dr Marcin Kiełbasa

Europejski Instytut Mobilności Pracy (ELMI)

Plac Wolnica 13/10, 31-060 Kraków, Polska
www.labourinstitute.eu
contact@labourinstitute.eu

Konsultacja:

Dr Paweł Polaczuk
Dr Marek Benio

© 2021 Europejski Instytut Mobilności Pracy (ELMI)

Kopiowanie jest dozwolone pod warunkiem podania źródła.

⁴¹ Zob. wyrok TSUE w sprawie C-168/04 Komisja przeciwko Austrii, pkt. 65. Podobny argument przedstawiła Komisja Europejska, wskazując w postępowaniu w tej sprawie, że w ramach swobodnego świadczenia usług, wszyscy wykonawcy usług przenoszą na swoich pracowników „prawo pochodne” do uzyskania pozwolenia na pobyt na czas niezbędny dla wykonania usługi – por. pkt. 31 w/w wyroku.

⁴² Wyrok TSUE w sprawie C-168/04 Komisja przeciwko Austrii, pkt. 65. Rzecznik Generalny Leger w swojej Opinii do tej sprawy wskazał, że bardzo niewiele państw przewiduje taką sankcję, konstatując, iż m.in. nie jest ona przewidziana w RFN – por. przypis 54 do tej Opinii.

⁴³ Zob. wyrok TSUE w sprawie C-168/04 Komisja przeciwko Austrii, pkt. 107 i 111.

Ilustracje

Ilustracja 1- przekreślona polska wiza krajowa



Ilustracja 2 - błąd systemu strony internetowej Ambasady Niemiec w Warszawie



Visum Vander Elst / Dienstleistungserbringung



[Neues Bild laden](#)

Bitte geben Sie hier den Text ein, den Sie im Bild über diesem Feld sehen:

[Weiter](#) [Abbrechen](#)

RK-Termin 1.2.36.1  [Information zum Datenschutz und Nutzungshinweise](#)

Ilustracja 3 - strona internetowa Ambasady Niemiec w Warszawie - brak dat



Vander Elst Wiza

Unfortunately, there are no appointments available at this time. New appointments will be made available for booking at regular intervals.

 10/2021 

RK-Termin 1.2.36.1  [Information on data protection and instructions for use](#)

Vander Elst Wiza

Unfortunately, there are no appointments available at this time. New appointments will be made available for booking at regular intervals.

 11/2021 

RK-Termin 1.2.36.1  [Information on data protection and instructions for use](#)

Ilustracja 4 – e-mail z Ambasady Niemiec w Warszawie

Bid: .WARS RK-130 Mikołajczak, Irmina <rk-130@wars.auswaertiges-amt.de>
Date: чт, 30 черв. 2022, 12:46
Subject: Informacja [REDACTED]
To: [REDACTED]

Szanowna Pani,

prosimy o następujące informacje:

1. W punkcie 5 wniosku wizowego wpisała Pani pobyty w Niemczech. W jakim celu przebywała Pani w Niemczech w podanych przez siebie terminach?
2. Prosimy o przesłanie nam dokumentów (zeskanowanie i przesłanie w formie załączników PDF) potwierdzających, że „centrum Pani życia” jest teraz w Polsce (co najmniej od 6 miesięcy):
 - a) umowy o pracę
 - b) dokumentów ZUS-RMUA
 - c) umowy wynajmu pokoju / mieszkania w Polsce
 - d) historii Pani prywatnego konta bankowego.

Przesyłam wyrazy szacunku

za ambasadę

Irmina Mikołajczak

Wydział Prawno-Konsularny

Ambasada Republiki Federalnej Niemiec

[English]

Dear Madam,

please provide us with the following information:

1. In section 5 of your visa application you have entered stays in Germany. For what purpose did you stay in Germany on the dates you indicated?
2. Please send us the documents (scanned and sent as PDF attachments) confirming that the “centre of your vital interests” has now been in Poland (for at least 6 months):
 - (a) employment contract
 - b) ZUS-RMUA documents
 - c) a lease agreement of a room/apartment in Poland
 - d) your private bank account history.

I send my regards

On behalf of the Embassy

Irmina Mikołajczak

Legal and Consular Section

Embassy of the Federal Republic of Germany