Warszawa, 2021-12-22

UNP:GIP-21-70884

GIP-GBI.0701.133.2021.3

**Pani**

**Grażyna Leśniak**

**dziennikarz, redaktor prowadzący sekcję Kadry i BHP Prawo.pl**

**dotyczy:** delegowania cudzoziemców z terytorium RP w ramach świadczenia usług

**Szanowna Pani Redaktor**

Przedstawiam odpowiedzi na pytania dotyczące delegowania cudzoziemców z terytorium RP w ramach świadczenia usług przesłane do Głównego Inspektoratu Pracy drogą elektroniczną.

W kontekście zadanych pytań należy zwrócić uwagę na znaczenie pojęć pracodawcy delegującego pracownika z terytorium RP oraz pracownika delegowanego z terytorium RP.

Przepis art. 3 pkt 5 ustawy z dnia 10 czerwca 2016 r. o delegowaniu pracowników
w ramach świadczenia usług (Dz.U. z 2021 r. poz. 1140 ze zm.) zawiera definicję pracodawcy delegującego pracownika z terytorium RP, za którego uznaje się pracodawcę mającego siedzibę, a w przypadku osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą - stałe miejsce wykonywania takiej działalności, na terytorium RP:

1. kierującego tymczasowo pracownika w rozumieniu przepisów państwa członkowskiego, do którego jest delegowany, do pracy na terytorium tego państwa:
* w związku z realizacją umowy zawartej przez tego pracodawcę z podmiotem prowadzącym działalność na terytorium innego państwa członkowskiego,
* w oddziale lub przedsiębiorstwie należącym do grupy przedsiębiorstw, do której należy ten pracodawca, prowadzącym działalność na terytorium tego państwa członkowskiego,
* jako agencja pracy tymczasowej,
1. będącego agencją pracy tymczasowej, w przypadku gdy taka agencja kieruje pracownika do pracodawcy użytkownika na terytorium RP lub innego państwa członkowskiego, który następnie kieruje tymczasowo tego pracownika do pracy na terytorium innego państwa członkowskiego.

W art. 3 pkt. 7 cytowanej ustawy wskazano, że pracownik delegowany z terytorium RP to pracownik w rozumieniu przepisów państwa członkowskiego, do którego jest delegowany, wykonujący pracę na terytorium RP, tymczasowo skierowany do pracy na terytorium tego państwa przez pracodawcę delegującego pracownika z terytorium RP.

Powyższa regulacja stanowi konsekwencję postanowień dyrektywy 96/71/WE, zgodnie z którą za pracownika delegowanego uznaje się takiego, który przez określony (ograniczony) czas wykonuje swoją pracę na terytorium innego państwa członkowskiego niż państwo, w którym zwyczajowo pracuje. Czytając ten przepis łącznie z art. 1 dyrektywy, który wskazuje w jakich okolicznościach skierowanie do wykonywania pracy za granicą w ramach usług świadczonych przez macierzystego pracodawcę uznaje się za delegowanie (w sensie prawnym) należy przyjąć, że proces delegowania do innego państwa stanowi odstępstwo od reguły, którą jest – co do zasady – świadczenie pracy w stałym miejscu jej wykonywania (w państwie wysyłającym).

W tym kontekście trzeba pamiętać, że nie każdy transfer pracownika do realizacji określonego zadania poza siedzibą macierzystego zakładu pracy będzie uznany za delegowanie w ramach świadczenia usług.

Zgodnie z informacjami zawartymi w *Praktycznym poradniku dotyczącym delegowania,* opublikowanym przez Komisję Europejską, dostępnym także m.in. na stronie internetowej Państwowej Inspekcji Pracy pod adresem szczegółowym: <https://www.pip.gov.pl/pl/f/v/221864/KE0319743PLN.pl.pdf>, obywatel państwa trzeciego może być delegowany na terytorium państwa członkowskiego, jeśli przebywa i pracuje legalnie na terytorium państwa członkowskiego. Pracodawca może delegować takiego pracownika do innego państwa członkowskiego na takich samych warunkach jak obywatela Unii. W kwestii warunków zatrudnienia stosuje się w pełni do tych pracowników dyrektywy o delegowaniu pracowników.

Możliwość tymczasowego delegowania za granicę w odniesieniu do cudzoziemca zatrudnionego zgodnie z zezwoleniem na pracę lub z oświadczeniem o powierzeniu pracy cudzoziemcowi (dawniej o zamiarze powierzania pracy) potwierdzają informacje
z Ministerstwa Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej (obecnie Ministerstwo Rodziny
i Polityki Społecznej) udzielone Państwowej Inspekcji Pracy w piśmie Departamentu Rynku Pracy z dnia 25 stycznia 2017 r., znak: DRP-X.40321.113.2016.TN, stanowiącym odpowiedź na nasz wniosek o udzielenie wyjaśnień w tym zakresie.

Wątpliwości związane z możliwością delegowania do czasowego wykonywania pracy za granicą cudzoziemca, któremu powierzono pracę w Polsce, wiązały się z generalną zasadą jaka przyświeca zatrudnieniu w naszym kraju obywateli tzw. krajów trzecich,
tj. komplementarności do zatrudnienia obywateli polskich i wypełnieniu luki, jaką stanowi brak na rodzimym rynku pracy pracowników określonych specjalności.

Ustawa z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz.U. z 2021 r. poz. 1100 ze zm.) oraz rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 21 kwietnia 2015 r. w sprawie przypadków, w których powierzenie wykonywania pracy cudzoziemcowi na terytorium RP jest dopuszczalne bez konieczności uzyskania zezwolenia na pracę (Dz.U. z 2018 r. poz. 2273 ze zm.) regulują wykonywanie pracy przez cudzoziemców na terytorium RP. Zezwolenie na pracę oraz wpisane do ewidencji oświadczenie o powierzeniu wykonywania pracy dają możliwość wykonywania legalnej pracy na terytorium Polski. Nie ma natomiast podstaw do wydania zezwolenia na pracę, jak również rejestracji oświadczenia w przypadku, gdy praca będzie wykonywana wyłącznie za granicą, np. w innym państwie członkowskim UE. W ocenie resortu właściwego ds. pracy, fakt powierzenia cudzoziemcowi legalnej pracy w Polsce nie wyklucza możliwości tymczasowego delegowania go za granicę w ramach usług świadczonych w innych krajach członkowskich przez jego macierzystego pracodawcę. Zakaz taki stanowiłby bowiem naruszenie postanowień Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), gdzie w art. 57 wskazano, że świadczący usługę może wykonywać przejściowo działalność w innym państwie członkowskim w celu spełnienia świadczenia na tych samych warunkach, jakie państwo to nakłada na własnych obywateli.

Przepis art. 2 ust 1 dyrektywy 96/71/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 grudnia 1996 r. dotyczącej delegowania pracowników w ramach świadczenia usług definiuje pracownika delegowanego jako osobę, która zwyczajowo pracuje na terytorium jednego państwa członkowskiego, a następnie przez ograniczony czas wykonuje swoje obowiązki w innym państwie członkowskim, przy czym przez cały okres delegowania istnieje stosunek pracy pomiędzy podmiotem delegującym a pracownikiem. Oznacza to, że przed ewentualnym delegowaniem do innego państwa członkowskiego pracownik powinien być zatrudniony przez pracodawcę i stosunek pracy powinien zostać utrzymany przez cały okres delegowania. Należy zauważyć, że przyjmuje się definicję pracownika, którą stosuje się w prawie państwa członkowskiego, na terytorium którego pracownik jest delegowany.

W stanowisku przekazanym do Głównego Inspektoratu Pracy z MRPiPS przywołano także orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE, które zdaje się potwierdzać prawidłowość wyrażonego poglądu. W sprawie C-43/93 Vander Elst Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że sprzeczny z przepisami Traktatu o swobodnym świadczeniu usług jest wymóg uzyskania zezwolenia na pracę dla obywatela państwa trzeciego, który posiada zezwolenie na pracę i jest normalnie zatrudniony zgodnie z prawem w innym państwie członkowskim, w którym pracodawca posiada przedsiębiorstwo, jeżeli ten obywatel państwa trzeciego ma powrócić do państwa pochodzenia lub zamieszkania po wykonaniu pracy (pkt 18 i 26). Trybunał stwierdził, że swoboda świadczenia usług może być ograniczona poprzez przepisy uzasadnione przyczynami nadrzędnymi w interesie ogólnym, które mają zastosowanie do wszystkich osób i przedsiębiorstw prowadzących działalność na terytorium państwa, gdzie świadczona jest usługa, w zakresie, w jakim ten interes nie jest chroniony przez przepisy, którym podlega usługodawca w tym państwie członkowskim, gdzie usługodawca posiada swoje przedsiębiorstwo (pkt 16). Jak się wydaje, Trybunał nie zakwestionował przepisów wymagających uzyskania wizy
w państwie, do którego pracownik jest delegowany.

W sprawach C-445/03 i C-244/04 Trybunał zastrzegł, że przyjmujące państwo członkowskie może sprawdzić, czy przedsiębiorstwo mające siedzibę w innym państwie członkowskim, które deleguje na jego terytorium pracowników z kraju trzeciego, nie korzysta ze swobody świadczenia usług w celu innym niż spełnienie danego świadczenia, tak jak na przykład przysłanie swego personelu celem ulokowania go bądź też jego udostępnienia (odpowiednio pkt 39 i 40).

Wreszcie z wyroku w sprawach C-307/09-309/09 Vicoplus i in. wynika, że art. 56 i 57 TFUE nie zabraniają stosowania przez państwo przyjmujące wymogu uzyskania zezwolenia na pracę w przypadku, gdy usługodawca w rozumieniu TFUE wykonuje czynności polegające na wprowadzeniu pracowników na rynek pracy przyjmującego państwa członkowskiego (o ile przepisy tego państwa wymagają uzyskania zezwolenia na pracę dla pracowników bezpośrednio zatrudnianych w tym państwie).

W związku z powyższym wydaje się, że na podstawie przepisów prawa UE obywatel państwa trzeciego, który przebywa legalnie na terytorium RP i jest uprawniony do wykonywania pracy na tym terytorium na podstawie zezwolenia na pracę lub oświadczenia, może być delegowany do drugiego państwa członkowskiego UE w celu wykonania usługi na rachunek swojego pracodawcy, o ile ma (lub uzyska) stosowny tytuł pobytowy w tym drugim państwie. Pracownik delegowany nie podlega wymogowi uzyskania zezwolenia na pracę w drugim państwie, chyba że ma być udostępniony pracodawcy działającemu w drugim państwie (np. jako pracownik tymczasowy zatrudniony przez polską agencję zatrudnienia).

O tym jednak, jakie konkretnie wymogi obowiązują w innym państwie członkowskim UE w kwestii legalnego zatrudnienia cudzoziemca delegowanego do pracy na terytorium tego państwa oraz jakich formalności należy dopełnić w związku z delegowaniem pracowników mających obywatelstwo kraju trzeciego do innego państwa UE, ostatecznie rozstrzygają przepisy obowiązujące na terytorium państwa przyjmującego.

Również ocena prawidłowości procesu delegowania pracownika na terytorium państwa przyjmującego oraz **weryfikacja faktycznego statusu pracownika delegowanego pozostaje w kompetencjach organów państwa, na teren którego ten pracownik został delegowany.** Elementy służące ocenie rzeczywistego delegowania określone są w art. 4 dyrektywy 2014/67/UE w sprawie egzekwowania dyrektywy 96/71/WE dotyczącej delegowania pracowników w ramach świadczenia usług, zmieniająca rozporządzenie (UE) nr 1024/2012 w sprawie współpracy administracyjnej za pośrednictwem systemu wymiany informacji na rynku wewnętrznym ("rozporządzenie w sprawie IMI"). Należy przy tym pamiętać, że badanie, czy pracownik wykonuje pracę za granicą wyłącznie tymczasowo dokonywane jest przez pryzmat szeregu okoliczności (art. 4 ust. 3 dyrektywy) a niewystąpienie którejś z nich lub nawet kilku wcale nie przesądza o tym, że pracownik nie może być uznany za delegowanego.

W sytuacji, w której w toku czynności realizowanych w Polsce przez Państwową Inspekcję Pracy stwierdzamy, ze dana osoba kierowana do pracy nie spełnia definicji pracownika delegowanego informujemy o tym organy państwa przyjmującego. Jednocześnie w sytuacji, w której z ustaleń PIP wynika, ze pracownik – obywatel kraju trzeciego - wykonuje pracę wyłącznie za granicą, stosowne powiadomienie kierowane jest także do organów wydających dokumenty legalizujące zatrudnienie (zezwolenie na pracę, oświadczenie o powierzeniu pracy cudzoziemcowi) z informacją, że w naszej ocenie zostały one wydane niezasadnie.

Ponadto informuję, że właściwym do udzielenia odpowiedzi na pytania dotyczące zaświadczenia o ustawodawstwie dotyczącym zabezpieczenia społecznego mającym zastosowanie do osoby uprawnionej (A1) jest Zakład Ubezpieczeń Społecznych (adres e-mail: cot@zus.pl).

Z poważaniem

Juliusz Głuski-Schimmer

Rzecznik Prasowy GIP

/-podpisano elektronicznie/