

OPINIA

dotyczy: projektu ustawy o rynku pracy z 29 czerwca 2018 r.

Business Centre Club pozytywnie przyjmuje inicjatywę zastąpienia dotychczasowej ustawy z 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz. U. z 2017 r. poz. 1065, z późn. zm.) nowym aktem prawnym. Obecnie obowiązująca ustawa, na skutek wielu nowelizacji stała się nieczytelna zarówno dla urzędów pracy, pracodawców, agencji pracy (agencji zatrudnienia), jak i dla beneficjentów instytucji, które zostały nią wprowadzone. BCC od dawna zgłaszał potrzebę wprowadzenia nowego aktu prawnego w sposób czytelny i przejrzysty regulującego materię nim objętą. W pełni zgodzić należy się również z tym, że wprowadzenie nowych instytucji konieczne jest również w związku z „potężnym wyzwaniem dla pracodawców jakim są niedobory rąk do pracy” (cytat z uzasadnienia do projektu ustawy).

Mając na uwadze, że BCC jest organizacją reprezentującą pracodawców uwagi do projektu koncentrują się wokół propozycji/regulacji przewidzianych w projekcie dotyczących:

- a) regulacji dotyczących prowadzenia działalności gospodarczej w ramach agencji pracy tymczasowej,
- b) rozwiązań dla imigrantów zarobkowych,
- c) zatrudniania cudzoziemców.

W uzasadnieniu do projektu wskazano, że intencją projektodawcy jest szersze wykorzystanie partnerów urzędów pracy w realizacji działań na rzecz osób bezrobotnych poprzez m.in. umożliwienie wszystkim bezrobotnym (a nie tylko pozostającym w szczególnie trudnej sytuacji) skorzystania z usług agencji zatrudnienia, przede wszystkim w zakresie pośrednictwa pracy i poradnictwa zawodowego (na podstawie umowy zawieranej przez urząd pracy z agencją zatrudnienia). Idąc w ślad za tą inicjatywą należy wskazać, że nowe (lub istniejące dotychczas, ale zmodyfikowane w projekcie) instytucje proponowane przez projektodawcę wymagają w ocenie BCC modyfikacji. Należy mieć również na uwadze doświadczenie związane z dotychczasowymi regulacjami, które choć taką współpracę formalnie przewidują to w praktyce jest ona znikoma.

Na wstępie należy również poczynić uwagę natury ogólnej, która dotyczy wyłączenia z wielu instytucji przewidzianych ustawą aktywności zawodowej wykonywanej w ramach pracy tymczasowej. W tym zakresie projekt wymaga rewizji i włączenia tej formy zatrudnienia w aktywizację osób bezrobotnych bowiem znaczna część agencji zatrudnienia opiera swoją działalność właśnie na tym obszarze regulowanym projektem, a nie na pośrednictwie pracy lub poradnictwie zawodowym. Pośrednie ograniczanie instytucji pracy tymczasowej i niewspieranie takich form zatrudnienia uznać należy za niezasadne i niecelowe.

Kolejną uwagą o charakterze ogólnym jest zastosowanie przy większości form wsparcia pojęcia „zatrudnienia”, które w projekcie definiowane jest jako wykonywanie pracy na podstawie stosunku pracy, stosunku służbowego oraz umowy o pracę nakładczą. Tym samym ustawodawca wyklucza możliwość zastosowania znacznej części instytucji w przypadku skorzystania z cywilnoprawnych form zatrudnienia. Biorąc pod uwagę realia na rynku pracy a także oczekiwanie osób podejmujących aktywność zawodową co do zapewniania im elastyczności zarówno w podejmowaniu pracy, jak i jej wykonywaniu zabieg dokonany przez projektodawców jest jednym z niezasadnych ograniczeń. Należy mieć na uwadze, że lektura projektu zmierza do wniosku, że zamiarem projektodawcy jest zapewnienie bezrobotnym nie każdej pracy odpowiedniej do kwalifikacji takiej osoby, ale pracy na podstawie umowy o pracę, z pominięciem cywilnoprawnych form zatrudnienia czy umów o pracę tymczasową, przy czym intencja ta nie została wyjaśniona w uzasadnieniu do projektu.

Szczególną uwagę na wstępie zwracamy również na treść art. 372 projektu, który określa obligatoryjne przesłanki wykreślenia agencji zatrudnienia z rejestru agencji zatrudnienia, który jest sformułowany w taki sposób, że nawet najmniejsze uchybienie np. w zakresie ochrony danych osobowych powinno powodować obligatoryjne wykreślenie agencji z rejestru agencji zatrudnienia. Sytuacja taka w ocenie BCC jest niedopuszczalna (o czym szerzej poniżej). Mając świadomość, że przesłanki wprowadzone w projekcie funkcjonują w obecnym stanie prawnym wyrażamy nadzieję, że w związku z pracami nad projektem zostaną one poddane właściwej rewizji. Inicjatywę wprowadzenia nowej ustawy o rynku pracy odczytujemy bowiem nie tylko jako okazję do uporządkowania technicznego omawianego aktu prawnego, ale zmiany dotychczasowych uregulowań, które powodują praktyczne problemy dla przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą w sektorze agencji zatrudnienia.

W pierwszej kolejności należy odnieść się do inicjatywy wprowadzenia nowej instytucji jaką jest **bon ofertowy** (art. 73 projektu). Zgodnie z proponowaną regulacją powiatowy urząd pracy w przypadku braku możliwości zrealizowania oferty pracy może przyznać pracodawcy bon ofertowy stanowiący gwarancję refundacji z Funduszu Pracy kosztów związanych ze znalezieniem osoby spełniającej wymagania określone w tej ofercie pracy, za pośrednictwem agencji zatrudnienia wybranej przez tego pracodawcę. Kolejne ustępy powołanego przepisu wprowadzają jednak dalej idące ograniczenia w korzystaniu z tej instytucji tj.:

- a) wprowadzają ograniczenie podmiotowe stanowiąc, że bon ofertowy może być przyznany na wniosek pracodawcy zatrudniającego do 50 pracowników,
- b) wprowadzają ograniczenie co do kategorii pracowników, bowiem agencja pracy może skierować do pracodawcy wyłącznie cudzoziemców wymienionych w Projekcie (*a contrario* nie może skierować pracowników będących obywatelami polskimi),
- c) wprowadzają ograniczenie polegające na tym, że cudzoziemiec nie może na 6 miesięcy przed podjęciem pracy wykonywać pracy w rozumieniu Projektu.

Dodatkowo należy zwrócić uwagę na fakt opóźnionej refundacji jakiej będzie dokonywał urząd pracy – będzie mogła ona nastąpić dopiero jeżeli upłynął okres co najmniej 90 dni od dnia zatrudnienia przez pracodawcę osoby skierowanej przez agencję zatrudnienia. Co więcej ze sformułowania użytego w art. 73 ust. 4 pkt. 1 projektu w połączeniu z definicją „zatrudnienia” (definiowanego w art. 2 pkt. 53 Projektu) wywodzić można, że zatrudnienie w ramach bonu ofertowego ograniczone jest co do formy (wykonywanie pracy na podstawie

stosunku pracy, stosunku służbowego oraz umowy o pracę nakładczą).

Refundacja kosztów rekrutacji osoby nie dotyczy m.in. sytuacji, w której zatrudniona przez pracodawcę osoba jest pracownikiem tymczasowym.

Wszystkie, powyższe ograniczenia powodują, że instytucja bonu ofertowego nie będzie odpowiedzią na braki kadrowe i nie przyniesie oczekiwanego przez projektodawcę efektu. Należy wskazać, że bon ofertowy jest instytucją, z której skorzystanie będzie możliwe wtedy, gdy urząd pracy nie znalazł kandydata zgodnie ze złożoną ofertą pracy, a zatem jest to sytuacja, w której ani pracodawca samodzielnie, ani za pośrednictwem urzędu nie znalazł poszukiwanego kandydata. W takiej sytuacji wprowadzenie licznych dodatkowych warunków stanowiących barierę dla pozyskania pracownika (w trudnej sytuacji, w której kolejne metody pozyskania personelu nie przyniosły skutku) czyni skuteczną rekrutację niemal niemożliwą.

W związku z tym BCC proponuje następujące modyfikacje ww. instytucji:

- a) nielimitowanie kręgu podmiotowego przedsiębiorców, którzy mogą skorzystać z bonu ofertowego co motywowane jest tym, że problemy z pozyskaniem personelu mają wszyscy pracodawcy w tym przede wszystkim średni i duzi przedsiębiorcy – im większy podmiot tym większe zapotrzebowanie na pracowników, które trudno zaspokoić biorąc po uwagę braki występujące na rynku pracy,
- b) wyeliminowanie ograniczenia zgodnie z którym w ramach bonu ofertowego można zatrudnić wyłącznie cudzoziemców – ograniczenie to jest zupełnie niezrozumiałe, bowiem projektodawca w pierwszej kolejności winien dążyć do tego aby poszukiwać pracowników na lokalnym rynku pracy; okoliczność związana z tym że urząd pracy nie znalazł odpowiedniego kandydata nie wyklucza znalezienia go przez agencję pracy, która posiada własne zasoby kadrowe, własne bazy kandydatów i posługuje się innymi metodami rekrutacji pracowników,
- c) wyeliminowanie warunku nieposiadania zatrudnienia przez co najmniej 6 miesięcy przed skierowaniem pracownika, bowiem ograniczenie jest zupełnie niezrozumiałe i niecelowe; projektodawca powinien dążyć do tego, aby osoby, które utraciły pracę podejmowałyby ją w jak najkrótszym terminie,
- d) określenie szybszego terminu na refundację kosztów bowiem odroczone płatność powoduje, że ani przedsiębiorcy, ani też agencje pracy nie będą korzystać z tej instytucji,
- e) włączenie do refundacji sytuacji, gdy pracę lub usługi będzie wykonywał pracownik tymczasowy, bowiem istnieje dużo większa szansa na znalezienie pracownika zatrudnionego przez agencję pracy w ramach pracy tymczasowej,
- f) dopuszczenie cywilnoprawnej formy zatrudnienia bowiem cudzoziemcy co wynika ze statystyk nie chcą pracować na podstawie umów pracę.

Następnie należy odnieść się, do zmodyfikowania w projekcie instytucji **stażu dla bezrobotnych** (art. 100 projektu). Jest to jedna z instytucji, która była przez pracodawców w praktyce wykorzystywana. W uzasadnieniu do projektu wskazano, że: „*skrócono czas*

odbywania stażu przez bezrobotnego, przyjmując zasadę, że ta forma aktywizacji nie ma zastępować zatrudnienia, a być przede wszystkim okazją do nabycia wiedzy i umiejętności praktycznych potrzebnych do odnalezienia się na rynku pracy. Ustalono minimalny i maksymalny okres odbywania stażu, tj. odpowiednio 3 i 6 miesięcy, zakładając, że **jest to wystarczający czas, aby bezrobotny nabył wiedzę i umiejętności, pracodawca zaś poznał potencjał stażysty i mógł zdecydować o jego dalszym zatrudnieniu.** Wprowadzono silniejsze powiązanie stażu z zatrudnieniem, aby zapewnić skuteczniejszą realizację celu tej formy aktywizacji. **Uzależniono możliwość zorganizowania stażu dla bezrobotnych od deklaracji zatrudnienia bezrobotnego po odbytym stażu przez okres co najmniej równy okresowi stażu.**”

Należy zauważyć, że z jednej strony projektodawca wskazuje, że w okresie stażu przedsiębiorca ma zdecydować o dalszym zatrudnieniu bezrobotnego a z drugiej strony zmusza pracodawcę do złożenia deklaracji zatrudnienia po odbytym stażu jeszcze przed jego rozpoczęciem. Zmuszenie przedsiębiorcy do zobowiązania się do zatrudnienia osoby, której w ogóle nie zna i w żaden sposób nie sprawdził jeszcze jej umiejętności i kwalifikacji jest nieuzasadnione. W związku z tym, **BCC proponuje usunięcie z art. 100 ust. 1 pkt 5) projektu stwierdzenia zawartego *in fine* tego przepisu („– o ile organizator zobowiąże się zatrudnić bezrobotnego po odbyciu stażu w pełnym wymiarze czasu pracy przez okres co najmniej równy okresowi stażu.”).**

W dalszej kolejności należy odnieść się do **instytucji doprowadzenia skierowanego bezrobotnego do zatrudnienia** (art 190 projektu). Zgodnie z proponowaną regulacją dyrektor PUP może zawrzeć z agencją zatrudnienia umowę na doprowadzenie skierowanego bezrobotnego do zatrudnienia, z tytułu którego osoba będzie osiągała miesięcznie wynagrodzenie w wysokości co najmniej minimalnego wynagrodzenia za pracę, trwającego przez okres 180 dni w okresie 240 dni od dnia skierowania bezrobotnego do agencji zatrudnienia. Do okresu zatrudnienia zalicza się okres nieprzerwanego zatrudnienia u jednego pracodawcy, podejmowanego na podstawie oferty przedstawionej przez agencję zatrudnienia. Należy jednak zauważyć, że w projektowanej regulacji wskazano jednoznacznie, że do okresu zatrudnienia nie wlicza się m.in. okresu pracy tymczasowej.

BCC proponuje usunięcie warunku przewidzianego w art. 190 ust. 3 pkt. 2) projektu. Warunek ten jest nieuzasadniony i znacząco ogranicza zastosowanie wskazanej instytucji. Jednocześnie należy wskazać, że nie ma powodów dla dyskryminowania czy wykluczenia pracy tymczasowej, zwłaszcza jeżeli weźmie się pod uwagę, że pełne dofinansowanie następuje w transzach łącznie po 180 przepracowanych dniach. Pracownik tymczasowy może wykonywać pracę na rzecz pracodawcy użytkownika przez okres 18 miesięcy, a zatem byłby w stanie spełnić założenia projektodawcy. Ponadto, należałoby również dopuścić zastosowanie cywilnoprawnej formy zatrudnienia.

Ponadto z przepisu zawartego w art. 190 projektu można wyinterpretować normę prawną z której wynika, że pracownik ma przepracować nieprzerwanie 180 dni w ciągu 240 dniowego okresu. Jeżeli zatrudnienie ma być nieprzerwane określenie, że ma to nastąpić w ciągu 240 dniowego okresu jest zbędne bowiem każde 180 dni przypada w takim okresie.

Doceniając inicjatywę wspierania osób powracających z zagranicy (**pożyczka dla osoby powracającej z zagranicy** przewidziana w art. 168 pkt. 1 lit. e) projektu), w celu podjęcia pracy w Polsce wskazujemy, że proponowana w projekcie instytucja może być wsparciem jedynie dla nielicznej grupy osób, ale nie będzie z całą pewnością asumptem do powrotu dla osób, które wyemigrowały z Polski w celach zarobkowych. Aby instytucja ta w przyniosła

lepszy skutek przeformułowania wymaga definicja osoby powracającej z zagranicy zamieszczona w art. 2 pkt 29 projektu. Obecnie projekt stanowi, że powracającym z zagranicy, a zatem osobą, która może otrzymać pożyczkę jest osoba, która jest obywatelem polskim i zamieszkuje na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, niezatrudniona i niewykonywająca innej pracy zarobkowej, spełniająca warunki określone w pkt 2 lit. a-o projektu, i która w okresie ostatnich 24 miesięcy, za granicą, na terytorium państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego:

- a) zamieszkiwała co najmniej 12 miesięcy lub,
- b) była zatrudniona nieprzerwanie przez okres co najmniej 6 miesięcy lub,
- c) podlegała przez okres co najmniej 6 miesięcy ubezpieczeniu zdrowotnemu.

O ile warunek zamieszkiwania czy zatrudnienia za granicą nie budzi wątpliwości o tyle warunek przebywania na terenie Polski i bycia osobą niezatrudnioną proponujemy usunąć z omawianej definicji. Trudno bowiem przypuszczać, że jakakolwiek osoba wróciłaby do Polski nie mając gwarancji zatrudnienia ani pozyskania jakichkolwiek środków po to, aby otrzymać (lub nie otrzymać bowiem brak jakichkolwiek gwarancji na pozytywną decyzję w chwili powrotu) pożyczkę z urzędu pracy. **Proponujemy umożliwić uzyskanie omawianego dofinansowania również osobom, które przebywają jeszcze za granicą, ale np. złożą oświadczenie wskazując datę swojego powrotu i stworzenie regulacji zgodnie z którymi gwarancję otrzymania pożyczki dana osoba będzie posiadała będąc jeszcze za granicą, a wypłata nastąpi pod warunkiem powrotu.** Taka instytucja dałaby gwarancję na otrzymanie dofinansowania osobie powracającej, a nie zmuszała do powrotu bez żadnej gwarancji otrzymania omawianego wsparcia, czy wręcz wymuszała status pozostawania bez pracy w okresie oczekiwania na udzielenie pożyczki.

BCC proponuje wprowadzenie do projektu przepisów ułatwiających pracodawcom aktywizowanie osób bezrobotnych. Z badań statystycznych wynika, że jednym z powodów, dla których bezrobotni nie podejmują pracy są problemy z komunikacją i dojazdem do pracy. **Proponujemy wprowadzenie przepisów, które wyraźnie rozstrzygną, że zapewnienie przez pracodawcę pracownikowi lub współpracownikowi (niezależnie od formy zatrudnienia i obywatelstwa) transportu do i z miejsca pracy i zakwaterowania nie stanowi dla pracownika przychodu, a zatem jest wolne tak od opodatkowania jak i oskładkowania.** Obecnie pracodawcy, aby uzyskać korzystne dla siebie rozstrzygnięcie muszą przechodzić spór sądowy z Dyrektorem Krajowej Informacji Skarbowej bowiem stanowisko organów skarbowych jest niekorzystne dla pracodawców. Tym samym pracodawcy, którzy z uwagi na charakter swojej działalności, zapewnią pracownikowi dojazd czy zakwaterowanie nie powinni być obciążani z tego tytułu dodatkowymi daninami publicznymi.

W ramach ułatwień w nawiązywaniu współpracy z pracownikami, którzy często mieszkają w odległych miejscowościach proponujemy również usunięcie z przepisów art. 241 ust. 2, ust. 3, ust. 4, art. 245, art. 261 ust. 1 pkt. 4) i pkt 5), art. 294 ust. 1, art. 303 ust. 2, ust. 4, art. 404 ust. 6, ust. 7, ust. 8 pkt. 4) i 5), art. 407 projektu warunku pisemności. Wskazać należy z uwagi na pozyskiwanie przez agencje pracy personelu z różnych, często odległych terenów, w tym cudzoziemców wymóg pisemności w dobie rozwoju technologicznego stał się dodatkową barierą dla zatrudnienia pracowników. Należy podkreślić, że wiele agencji korzysta lub posiada własne systemy do zawierania umów w formie elektronicznej i podtrzymywanie warunku pisemności w kontakcie z pracownikiem jest nieuzasadnione.

Proponujemy dodać do regulacji zawartej w art. 299 projektu regulację zgodnie z którą, w przypadku konieczności przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego powiatowy urząd pracy w terminie nie dłuższym niż 7 dni roboczych od dnia otrzymania oświadczenia, informuje na piśmie podmiot powierzający wykonywanie pracy o podjęciu postępowania wyjaśniającego, a w razie niedochowania tego terminu powierzenie wykonywania pracy cudzoziemcowi jest uznawane za legalne od dnia określonego w oświadczeniu o zamiarze powierzenia pracy cudzoziemcowi jako dzień rozpoczęcia pracy do dnia, w którym decyzja w sprawie rejestracji oświadczenia stanie się ostateczna pod warunkiem zachowania limitów przewidzianych ustawą. W takim przypadku powiatowy urząd pracy, wpisując oświadczenie o powierzeniu wykonywania pracy cudzoziemcowi do ewidencji oświadczeń określa dzień rozpoczęcia pracy zgodnie z dniem wskazanym w oświadczeniu o zamiarze powierzenia pracy cudzoziemcowi.

Aktualne przepisy u.p.z. regulujące zasady rejestracji oświadczenia o zamiarze powierzenia pracy cudzoziemcowi oraz wydania decyzji w przedmiocie odmowy rejestracji oświadczenia, przewidują możliwość zarejestrowania oświadczenia lub wydania przez starostę decyzji o odmowie oświadczenia w terminie do 30 dni od dnia otrzymania przez powiatowy urząd pracy oświadczenia, w przypadku, gdy w danym stanie faktycznym zaistnieje potrzeba przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego. Analogiczną regulację przewiduje art. 299 projektu.

Jednocześnie, w obecnym stanie prawnym brakuje przepisów, które regulowałyby obowiązek poinformowania w określonym terminie podmiotu powierzającego wykonywanie pracy cudzoziemcowi na podstawie zarejestrowanego oświadczenia o konieczności przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego, a w konsekwencji o przedłużeniu procedury legalizacji zatrudnienia cudzoziemca. **Z ankiety przeprowadzonej w marcu 2018 roku przez Business Centre Club wynika, że ponad 40 % przedsiębiorców skarży się na zbyt długi czas oczekiwania na dokumenty, umożliwiające zatrudnienie cudzoziemców oraz brak informacji w zakresie przewidywanego terminu ich wydania.** W tym kontekście, brak precyzyjnego uregulowania w przepisach prawa terminu, w którym podmiot powierzający wykonywanie pracy może oczekiwać rejestracji oświadczenia o zamiarze powierzenia wykonywania pracy cudzoziemcowi lub wydania przez starostę decyzji o odmowie zarejestrowania oświadczenia w przypadku prowadzenia przez powiatowy urząd pracy postępowania wyjaśniającego, stanowi realne utrudnienie dla przedsiębiorców w wykonywaniu przez nie działalności gospodarczej, poprzez brak możliwości zaplanowania struktury zatrudnienia, niezbędnej dla prawidłowej działalności przedsiębiorstwa. Sytuacja taka uniemożliwia stabilne prowadzenie działalności gospodarczej.

Proponowany obowiązek poinformowania podmiotu powierzającego wykonywanie pracy przez powiatowy urząd pracy o konieczności przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w terminie 7 dni roboczych od dnia otrzymania przez powiatowy urząd pracy oświadczenia ma na celu możliwie szybkie poinformowanie tego podmiotu, iż w danym stanie faktycznym przedsiębiorca może spodziewać się rejestracji oświadczenia z opóźnieniem lub wydania decyzji o odmowie zarejestrowania oświadczenia.

Uzasadniając wskazany przez BCC 7-dniowy termin na poinformowanie przez powiatowy urząd pracy podmiotu powierzającego wykonywanie pracy cudzoziemcowi o konieczności przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego należy wskazać, iż zgodnie z aktualnie obowiązującymi przepisami art. 88 z. ust. 4 u.p.z. powiatowy urząd pracy zobowiązany jest zarejestrować oświadczenie o zamiarze powierzenia wykonywania pracy cudzoziemcowi w terminie 7 dni roboczych od dnia otrzymania oświadczenia w przypadku, gdy nie

przeprowadza postępowania wyjaśniającego (analogicznie art. 299 projektu). Wobec powyższego, skoro w ustawowym terminie powiatowy urząd pracy nie zarejestruje oświadczenia, przed jego upływem powinien poinformować podmiot powierzający wykonywanie pracy cudzoziemcowi o niezarejestrowaniu oświadczenia w związku z koniecznością przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego.

Mając na uwadze konieczność zapewnienia respektowania projektowanych przepisów przez organy administracji, **BCC proponuje wprowadzenie domniemania prawnego, polegającego na przyjęciu, że w przypadku zaniechania poinformowania podmiotu powierzającego wykonywanie pracy przez powiatowy urząd pracy, w terminie wskazanym w przepisie o wszczęciu przez organ postępowania wyjaśniającego, powierzenie wykonywania pracy cudzoziemcowi będzie uznawane za legalne od dnia określonego w oświadczeniu o zamiarze powierzenia pracy cudzoziemcowi jako dzień rozpoczęcia pracy.** A zatem niepoinformowany w terminie podmiot powierzający wykonywanie pracy cudzoziemcowi będzie mógł uznać, iż brak takiej informacji oznacza, iż oświadczenie zostało zarejestrowane.

Kolejno w art. 358 (lub 360 w zależności od przyjętej techniki legislacyjnej) projektu proponujemy dodać wyraźny przepis mówiący o tym, że nie jest pośrednictwem pracy sytuacja pozyskiwania pracowników przez podmioty powiązane kapitałowo lub osobowo dla siebie wzajemnie. Należy podnieść, że jest to jeden z częstych problemów podczas kontroli Państwowej Inspekcji Pracy, kiedy przedsiębiorcom zarzuca się brak wpisania do rejestru agencji pracy podmiotów rekrutujących pracowników wyłącznie dla grupy powiązanych podmiotów.

Pośrednictwo pracy determinuje zbieranie i ewidencjonowanie informacji i ofert o możliwości zatrudnienia, które są wykorzystane do realizacji zdefiniowanych w u.p.z. celów – czyli kojarzenia pracodawców z pracownikami (*M. Włodarczyk, Pośrednictwo Pracy, studium prawnospołeczne, Warszawa 2002 r.*). Podmioty wykonujące działalność z zakresu pośrednictwa pracy gromadzą bazy potencjalnych pracodawców, podczas gdy podmioty powiązane rekrutujące pracowników dla siebie tego nie robią. Poszukiwanie pracownika np. dla jednej spółki, wchodzącej w skład określonej grupy kapitałowej nie realizuje w ogóle celu projektu i trudno uznać, aby konieczne było w takim przypadku w ogóle posiadanie certyfikatu dotyczącego tego typu działalności. Doprowadziłoby to do absurdu sytuacji, gdy pracodawca proponujący pracownikowi podjęcie pracy w innej spółce, ale należącej do tej samej grupy kapitałowej, musiałby posiadać stosowny certyfikat oraz do sztucznego mnożenia podmiotów, które *de facto* w ogóle nie realizują podstawowych celów projektu bowiem ich działalność nie polega na jakimkolwiek nawiązaniu współpracy z pracodawcami, ale jedynie na zapewnieniu pracowników np. innej powiązanej spółce. Taka działalność nie spełnia w ogóle założeń jakie legły u podstaw aktów wspólnotowych i konwencji, wdrożonych do polskiego porządku prawnego, dotyczących pośrednictwa pracy. Uznanie, że poszukiwanie zleceniobiorców dla powiązanej spółki jest pośrednictwem pracy dalece odbiega od *ratio legis* projektu. Z uwagi jednak na dotychczasowe doświadczenia przedsiębiorców konieczne jest wprowadzenie takiego wyłączenia do projektu.

W art. 372 ust. 1 pkt 4) proponujemy wskazać, że marszałek województwa wykreśla, w drodze decyzji, podmiot wpisany do rejestru agencji zatrudnienia w przypadku nieprowadzenia agencji zatrudnienia, w zakresie pośrednictwa pracy, doradztwa personalnego, poradnictwa zawodowego i pracy tymczasowej, w okresie dwóch kolejnych lat, stwierdzonego na podstawie informacji, o której mowa w art. 384 projektu, **chyba że podmiot ten wykaże, że w dniu wszczęcia postępowania w sprawie wykreślenia z**

rejestru podjął działalność objętą wpisem do rejestru. Proponowane uzupełnienie ma na celu uniknięcie zdarzających się w praktyce sytuacji w których co prawda w dwóch kolejnych latach podmiot wpisany do rejestru nie prowadził działalności, ale na dzień wszczęcia postępowania taką działalność prowadzi. W takiej sytuacji dotychczas urzędy uznawały, że nie ma przesłanek do odstąpienia od wykreślenia z rejestru dlatego, że przepisy prawa obligatoryjnie zobowiązują do wykreślenia przedsiębiorcy bez względu na to że pomiędzy upływem dwóch lat a wszczęciem postępowania podmiot rozpoczął prowadzenie działalności pomimo tego że wykreślenie przedsiębiorcy w takim przypadku jest niecelowe (zamierzeniem ww. regulacji jest usuwanie z rejestru podmiotów nieprowadzących działalności, a nie takich które działalność prowadzą).

Stanowczy sprzeciw budzi treść art. 372 ust. 1 pkt. 5) projektu, który przewiduje, że obligatoryjne wykreślenie z rejestru agencji zatrudnienia następuje w przypadku naruszenia warunków przewidzianych a ar. 241 ust. 3-5, art. 303, art. 380 pkt 2 i 3 oraz art. 381 projektu. Przepis ten ustanawia sankcję w postaci obligatoryjnego wykreślenia agencji zatrudnienia z rejestru:

- a) bez względu na wagę uchybienia,
- b) bez warunku powtarzalności uchybień,
- c) bez uprzedniego wezwania agencji zatrudnienia w wyznaczonym terminie do usunięcia naruszeń, o których mowa w tym przepisie.

Powyższe powoduje, że sankcja (niepozostawiona nawet uznaniu marszałka województwa) w postaci obligatoryjnego wykreślenia z rejestru agencji zatrudnienia może być zupełnie niewspółmierna do uchybienia jakiego dopuściła się agencja. Co więcej, odnosząc się do możliwego naruszenia art. 381 projektu, który przewiduje, że agencje zatrudnienia zobowiązane są do przetwarzania danych osobowych zgodnie z przepisami należy wskazać, że w związku z wejściem w życie w 25 maja 2018 r. rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) ilość problemów prawnych, różne interpretacje, brak stanowisk urzędów powoduje, że ustanawianie takiej sankcji jaką przewidziano w art. 372 jest nieproporcjonalne i nieadekwatne. Jest niedopuszczalnym aby przedsiębiorcy ponosili odpowiedzialność za jakość wspólnotowej legislacji, zwłaszcza w przypadkach w których kwestie związane z ochroną danych osobowych są szczególnie trudne (tytułem przykładu wskazujemy, że na dzień dzisiejszy istnieją wątpliwości co do elementarnych kwestii np. tego, na jakich obszarach pomiędzy pracodawcą użytkownikiem a agencją dochodzi do powierzenia danych a na jakich dane te mogą być udostępniane i co do jakich danych który z podmiotów pełni rolę administratora). Dopóki zatem nie będzie jasnych wytycznych w tak elementarnych kwestiach karanie agencji zatrudnienia w taki sposób jak przewidziano w projekcie jest niedopuszczalne i stanowi podważenie zaufania do organów państwa.

W związku z powyższym, **BCC proponuje zmianę ww. przepisu poprzez:**

- a) pozostawienie marszałkowi województwa uznania w zakresie podejmowanej decyzji o wykreśleniu podmiotu z rejestru agencji zatrudnienia;
- b) wyraźne wskazanie, że uchybienia o których mowa muszą być poważne i powtarzalne;
- c) wyeliminowanie z katalogu przesłanek do wykreślenia ar. 381 Projektu, bowiem sankcje w tym zakresie zawiera ustawa o ochronie danych osobowych.

Jednocześnie, gdyby projektodawca chciał pozostawić możliwość obligatoryjnego wykreślenia agencji zatrudnienia w pkt. 6) omawianego przepisu powinny znaleźć się również odesłania do art. 241 ust. 3-5., art. 303, art. 380 pkt. 2 i 3 projektu oraz 381 projektu.

W art. 372 ust. 1 pkt 8) projektu, jako obligatoryjną przesłankę do wykreślenia wskazano zgodność danych w rejestrze agencji zatrudnienia ze stanem faktycznym po uprzednim wezwaniu podmiotu do złożenia wyjaśnień w tej sprawie w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania. Proponujemy, aby przesłanka ta była przesłanką fakultatywną. Czynienie jej bowiem przesłanką obligatoryjną powoduje, że bezprzedmiotowym jest kierowanie do podmiotu wezwania do jakichkolwiek wyjaśnień, skoro niezależnie od nich przepis zakłada wykreślenie z rejestru agencji zatrudnienia.

W art. 372 ust. 1 pkt 9) projektu jako obligatoryjną przesłankę do wykreślenia agencji zatrudnienia z rejestru powierzenie pracy tymczasowej wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym bez ważnego dokumentu uprawniającego do wykonywania pracy. Należy wskazać, że przepis ten doprowadził do zjawiska, w którym przedsiębiorcy obawiając się o najmniejszą omyłkę (co jest naturalne biorąc po uwagę złożoność przepisów i czasami znaczną liczbę zatrudnianych cudzoziemców) nie powierzają im pracy w ramach pracy tymczasowej, ale w ramach świadczenia usług. Proponujemy w związku z tym usunięcie tej przesłanki i zastąpienie jej np. przesłanką prawomocnego ukarania za przestępstwa związane z zatrudnieniem cudzoziemców (trudno bowiem przyjąć, że samo wykroczenie może pociągnąć tak surową sankcję dla podmiotu prowadzącego działalność agencji zatrudnienia).

W dalszej kolejności należy odnieść się do art 402 ust. 1 projektu, który choć powiela dotychczasowe regulacje wymaga rewizji. W praktyce postępowania inspektorów Państwowej Inspekcji Pracy oraz Straży Granicznej nagminnym jest karanie przedsiębiorców (lub kierowanie wniosków o ukaranie do sądów) bez rozważenia wszystkich znamion czynu, w tym w szczególności brak oceny społecznej szkodliwości pełnionego uchybienia, czy brak rozważenia znamienia winy, a także okoliczności które winny rzutować na wymiar sankcji, a które często uzasadniałyby zastosowanie wyłącznie art. 41 Kodeksu wykroczeń, zgodnie z którym w przypadkach uzasadnionych można poprzestać na zastosowaniu pouczenia, zwróceniu uwagi, czy ostrzeżeniu.

Aby określić w jakich sytuacjach rzeczywiście przedsiębiorcy powinni podlegać w takich sytuacjach ukaraniu na podstawie art. 120 ust. 1 u.p.z. (odpowiednio art. 402 projektu) należy odwołać się przede wszystkim do genezy ustanowienia sankcji przewidzianej tym przepisem (tj. do celu dla którego ustanowiono omawianą sankcję). Z uzasadnienia projektu u.p.z. wynika jednoznacznie, że: *„Projekt ustawy realizuje zalecenia zawarte w wytycznych dotyczące transformacji zatrudnienia nielegalnego w legalne, m.in. poprzez zaostrzenie sankcji w stosunku do pracodawców zatrudniających pracowników nielegalnie”* (uzasadnienie do projektu ustawy druk sejmowy nr 2421, 2004 r. <http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/wgdruku/2421>). **Stąd słusznie w orzecznictwie przyjmuje się, że o odpowiedzialności za wykroczenie określone w art. 120 ust. 1 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, można mówić tylko w przypadku rażących odstępstw od wymogów określonych w art. 2 ust. 1 pkt 14 u.p.z.** (tak: wyrok Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy z 9.4.2015 r., V W 1264/14, wyrok Sądu Okręgowego w Koszalinie z 6.11.2013 r., sygn. V Ka 696/13).

Należy wskazać, że w znakomitej większości przypadków uznanie przedsiębiorcy za winnego wykroczenia jest zupełnie pozbawione racji bytu nie tylko z uwagi na cel

powołanych wyżej przepisów, ale również z uwagi na całokształt postępowania przedsiębiorców, w tym fakt że zatrudniają oni wykwalifikowaną kadrę zajmującą się zatrudnieniem cudzoziemców, jak również nie sposób przypisać im zawinienia skoro dochowują oni wszelkich starań zmierzających do legalnego zatrudnienia pracowników czy zleceniobiorców. Karanie takich przedsiębiorców niesie za sobą zupełnie niewspółmierne konsekwencje. Sformułowanie w takim przypadku zarzutów wobec przedsiębiorcy jest przejawem skrajnego formalizmu i jest typowym przykładem wykorzystywania przepisów ustanawiających represję karną w sposób jaskrawo niezgodny z ich celem (którym jest zwalczanie **nielegalnej działalności**, której przedsiębiorcy, o których mowa w niniejszym piśmie nie prowadzą) i które nie zmierza do osiągnięcia żadnych pozytywnych skutków, poza zniechęceniem pracowników i pracodawców do legalnego zatrudniania cudzoziemców. **Karanie takich przedsiębiorców nie przeciwdziała w żadnym stopniu wyeliminowaniu podmiotów działających na czarnym rynku lub dopuszczających się w skrajnych przypadkach handlu ludźmi.** Warto również nadmienić, że oprócz karania przedsiębiorców zdarza się, że w określonych sytuacjach karani są również cudzoziemcy.

W związku z tym, BCC proponuje ograniczyć karalność do sytuacji, kiedy działanie polegające na nielegalnym zatrudnieniu ma charakter umyślny.

Ponadto, BCC wskazuje, że istnieje konieczność uregulowania zgodnie z którym nie wypełnia znamion wykroczenia sytuacja, gdy wynagrodzenie cudzoziemca jest niższe niż wskazane w zezwoleniu na pracę lub oświadczeniu o zamiarze powierzenia pracy bowiem naliczone zostało proporcjonalnie do czasu przez jaki zleceniobiorca świadczył usługi. Sytuacja, w której wynagrodzenie miałoby być wypłacane niezależnie od tego czy cudzoziemiec wykonuje usługi czy też nie, jest nie tylko całkowicie demotywująca dla cudzoziemców, ale jest także niezgodna z zawartą umową, gdyż stanowi oczywistą dyskryminację innych osób z uwagi na ich obywatelstwo. Jest ona także sprzeczna z zasadami logiki, doświadczenia życiowego oraz społeczno-gospodarczym celem zawartej umowy. Tymczasem znaczna część wykrywanych wykroczeń dotyczy właśnie tego „uchybienia”.

Uwagi i propozycje BCC należy traktować jako niewyczerpujące w pełni omawianej materii z uwagi na krótki czas konsultacji, jeżeli weźmie się pod uwagę, że projekt wraz z uzasadnieniem liczy około 300 stron maszynopisu.

Kontakt do eksperta:



Joanna Torbé

ekspertka BCC ds. prawa pracy i ubezpieczeń społecznych

tel. 792 244 012

e-mail: joanna.torbe@bcc.org.pl

Kontakt dla mediów:

Emil Muciński

rzecznik, Instytut Interwencji Gospodarczych BCC

tel. 602 571 395, 22 58 26 113

e-mail: emil.mucinski@bcc.org.pl; instytut@bcc.org.pl

Business Centre Club istnieje od 1991 roku. Jest prestiżowym Klubem przedsiębiorców i największą w kraju, ustawową organizacją indywidualnych pracodawców. Grupa BCC składa się z Klubu BCC, Związku Pracodawców BCC i Studenckiego Forum BCC. Członkowie BCC zatrudniają ponad 400 tys. pracowników, obroty firm sięgają 20 miliardów złotych. Wśród członków BCC znajdują się największe korporacje krajowe i zagraniczne. Członkami Klubu są także uczelnie wyższe, wydawnictwa, szpitale, prawnicy, dziennikarze, naukowcy, lekarze, wojskowi i studenci. BCC prowadzi działania w blisko 250 miastach i 23 łóżach regionalnych na terenie całej Polski. Koncentruje się na działaniach na rzecz rozwoju gospodarki i pomocy przedsiębiorcom. BCC jest członkiem Rady Dialogu Społecznego. Koordynatorem wszystkich działań BCC jest Marek Goliszewski.

Kontakty prasowe: <http://www.bcc.org.pl/Eksperci.244.0.html>

Więcej: <http://www.bcc.org.pl> oraz: <http://www.facebook.com/pages/Business-Centre-Club/301754142096>