

UZASADNIENIE

do projektu ustawy

o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej

I. Wyjaśnienie potrzeby i celu wydania aktu

Konieczność regulacji wynika z unormowań zawartych w prawie unijnym. W dniu 18 czerwca 2009 r. Parlament Europejski i Rada przyjęły dyrektywę 2009/52/WE przewidującą minimalne normy w odniesieniu do kar i środków stosowanych wobec pracodawców zatrudniających nielegalnie przebywających obywateli krajów trzecich (Dz. Urz. UE L 168 z 30.06.2009, s. 24 -32), zwaną dalej „dyrektywą 2009/52”. Zgodnie z art. 17 ust. 1 dyrektywy 2009/52, jej transpozycja powinna nastąpić do dnia 20 lipca 2011 r.

Jednym z czynników zachęcających do nielegalnej migracji na terytorium Unii Europejskiej jest możliwość znalezienia zatrudnienia. Zatrudnianie obywateli państw trzecich nielegalnie przebywających na terytorium Unii Europejskiej (dalej określane jako „nielegalne zatrudnienie”) wynika z faktu, że migranci przybywający tu w nadziei na lepsze życie są zatrudniani przez pracodawców wykorzystujących ich gotowość do podjęcia każdej, nawet niskopłatnej pracy. Z jednej strony nielegalne zatrudnienie, jako jeden z czynników zachęcających do nielegalnej migracji, powoduje – podobnie jak nieewidencjonowane zatrudnienie obywateli Unii Europejskiej – straty w budżecie państwa, może być przyczyną obniżki płac i pogorszenia warunków świadczenia pracy oraz prowadzić do zakłócenia konkurencji między przedsiębiorstwami. Dla zatrudnionych nielegalnie pracowników oznacza istotne utrudnienia, a w większości przypadków niemożność korzystania z ubezpieczenia zdrowotnego i innych świadczeń opartych na wnoszonych składkach. Z drugiej strony, na tle ogółu nielegalnych pracowników obywatele państw trzecich narażeni są na dodatkowe ryzyko, ponieważ w przypadku zatrzymania grozi im wydalenie do państwa pochodzenia.

Podstawowym celem przyjęcia dyrektywy 2009/52 jest ograniczenie skali zjawiska nielegalnej imigracji do Unii Europejskiej przez zmniejszenie atrakcyjności zatrudniania obywateli państw trzecich przebywających wbrew przepisom, a tym samym ograniczenie zakresu tzw. szarej strefy w gospodarce. Dyrektywa 2009/52 ma także służyć zagwarantowaniu, by wszystkie państwa członkowskie Unii Europejskiej wprowadziły zbliżone kary dla pracodawców zatrudniających nielegalnie obywateli państw trzecich oraz skutecznie kary te egzekwowały. Ponadto, dyrektywa wprowadza ułatwienia w zakresie dochodzenia zaległego wynagrodzenia przez nielegalnie zatrudnionych obywateli państw trzecich.

Dyrektywa 2009/52 wprowadza zakaz zatrudniania obywateli państw trzecich nielegalnie przebywających na terytorium państw członkowskich. Przewiduje sankcje karne i administracyjne dla pracodawców naruszających ten zakaz, w tym także odpowiedzialność osób prawnych, a w określonych przypadkach także odpowiedzialność finansową wykonawcy za naruszenie obowiązków pracodawcy przez podwykonawcę. Dyrektywa 2009/52 zobowiązuje pracodawców do gromadzenia przed rozpoczęciem zatrudnienia przez obywateli państw trzecich dokumentów uprawniających cudzoziemca do pobytu oraz przechowywania kopii tych dokumentów przez cały okres zatrudnienia, a także przewiduje nałożenie na pracodawców obowiązku powiadamiania właściwych organów o rozpoczęciu zatrudnienia, co

ma służyć w szczególności wykrywaniu fałszywych dokumentów oraz planowaniu skutecznych kontroli legalności zatrudnienia. Ponadto, dyrektywa 2009/52 wprowadza ułatwienia w zakresie dochodzenia zaległego wynagrodzenia przez nielegalnie zatrudnionych obywateli państw trzecich, wprowadzając między innymi domniemanie istnienia stosunku pracy przez okres trzech miesięcy. Zobowiązuje także państwa członkowskie do dokonywania oceny ryzyka, regularnego określania sektorów działalności, w których koncentruje się nielegalne zatrudnienie oraz sprawozdawczości dotyczącej wyników kontroli legalności zatrudnienia.

Reasumując, do podstawowych celów ustawy wdrażającej dyrektywę 2009/52 należą:

- 1) przeciwdziałanie zatrudnianiu obywateli państw trzecich przebywających w Rzeczypospolitej Polskiej wbrew przepisom;
- 2) racjonalizacja i zwiększenie skuteczności kontroli legalności zatrudnienia;
- 3) nałożenie na pracodawców obowiązku sprawdzania statusu pobytowego zatrudnianych cudzoziemców;
- 4) wprowadzenie proporcjonalnych i odstrasżających sankcji za zatrudnienie obywateli państw trzecich przebywających w Polsce wbrew przepisom;
- 5) ułatwienie dochodzenia roszczeń z tytułu wynagrodzenia za pracę przez nielegalnie zatrudnionych obywateli państw trzecich;
- 6) objęcie współodpowiedzialnością finansową głównego wykonawcy z tytułu zatrudnienia obywateli państw trzecich przebywających w Rzeczypospolitej Polskiej wbrew przepisom przez podwykonawcę;
- 7) objęcie osób prawnych sankcjami za uchybienia związane z nielegalnym zatrudnieniem cudzoziemców.

Należy zwrócić uwagę na ograniczony zakres dyrektywy 2009/52. Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 dyrektywy 2009/52 „nielegalne zatrudnienie” oznacza wykonywanie działalności obejmującej wszelkie formy pracy, regulowane na mocy prawa krajowego lub zgodnie z ustaloną praktyką, na rzecz pracodawcy albo pod jego kierownictwem lub nadzorem przez obywatela państwa trzeciego obecnego na terytorium państwa członkowskiego, który nie spełnia lub przestał spełniać warunki pobytu lub zamieszkania w tym państwie członkowskim. Jest to zatem odmienna definicja od obowiązującej w ustawie z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (art. 2 ust. 1 pkt 13 - Dz. U. z 2008 r. Nr 69, poz. 415, z późn. zm.). Dyrektywa 2009/52 nie ma zastosowania do obywateli państw trzecich, którzy przebywają legalnie w państwie członkowskim, niezależnie do tego, czy mają oni zezwolenie na pracę w tym państwie (motyw 5 preambuły). Nie dotyczy także pracowników delegowanych w ramach wspólnotowej swobody świadczenia usług.

Pomimo stosunkowo niewielkiej skali zatrudnienia cudzoziemców przebywających w Rzeczypospolitej Polskiej wbrew przepisom, odpowiednie wdrożenie dyrektywy 2009/52 będzie także sygnałem polityki państwa zmierzającej do zwalczania nielegalnego zatrudnienia cudzoziemców.

Zadaniem regulacji jest zapewnienie realizacji celów dyrektywy 2009/52 z uwzględnieniem specyfiki polskiego systemu prawnego. Projekt ustawy został przygotowany przez Rządowe Centrum Legislacji w oparciu o przyjęte przez Radę Ministrów w dniu 12 kwietnia 2011 r. założenia projektu ustawy o sankcjach dla podmiotów zatrudniających obywateli państw trzecich przebywających na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej wbrew przepisom oraz o zmianie niektórych innych ustaw.

II. Przedstawienie istniejącego stanu rzeczy w dziedzinie, która ma być unormowana

Skala zjawiska zatrudnienia przebywających wbrew przepisom obywateli państw trzecich jest naturalnie trudna do oszacowania. W Rzeczypospolitej Polskiej, z uwagi na ogólnie niższy udział imigrantów w rynku pracy w porównaniu do innych państw członkowskich Unii Europejskiej, to zjawisko nie przybiera jeszcze znaczącej skali w liczbach bezwzględnych.

Polska ma najniższy spośród państw OECD odsetek udziału cudzoziemców w rynku pracy, wynoszący 0,3% (średnia w krajach OECD to 12%). W ostatnich latach liczba cudzoziemców zatrudnionych w Rzeczypospolitej Polskiej stale rośnie. Porównując lata 2006, 2007, 2008 do roku poprzedzającego, liczba wydanych zezwoleń wzrastała odpowiednio o 4%, 13%, 48%. Spowolnienie gospodarcze wywołane ogólnym spadkiem koniunktury na rynkach światowych nie wpłynęło na spadek liczby wydawanych zezwoleń na pracę. Przeciwnie, liczba ta wzrosła w porównaniu do roku poprzedniego o 63 % (w 2009 r. wydano 29.340 zezwoleń, podczas gdy w 2008 r. – 18.022). Wzrost ten częściowo można przypisać liberalizacji polskich przepisów odnośnie zatrudniania cudzoziemców, które weszły w życie z dniem 1 lutego 2009 r. na mocy ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o zmianie ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r. Nr 6, poz. 33). Dynamika wzrostu wydanych zezwoleń na pracę spadła w 2010 r.- wydano 37.121 zezwoleń na pracę, co stanowi wzrost o 27 % w stosunku do roku 2009 r.

Ponadto, w latach 2007-2009 odnotowywany jest stały wzrost zatrudniania cudzoziemców na podstawie oświadczeń pracodawców o zamiarze powierzenia wykonywania pracy rejestrowanych w powiatowych urzędach pracy (aktualnie dotyczy to obywateli Ukrainy, Białorusi, Mołdowy, Gruzji, Rosji). W roku 2010 liczba oświadczeń ustabilizowała się. W 2009 r. zarejestrowano 188.414 oświadczenia o zamiarze powierzenia cudzoziemcowi wykonywania pracy (wzrost o ok. 20% w porównaniu do 2008 r.), natomiast w 2010 r. - 180.073. Należy jednak zwrócić uwagę, że w tych samych latach (2009 i 2010) w polskich urzędach konsularnych wydano ogółem odpowiednio 132.917 i 135.511 wiz w celu wykonywania pracy. Liczba ta obejmuje zarówno tych, którzy zamierzali podjąć pracę w Rzeczypospolitej Polskiej w oparciu o zarejestrowane oświadczenia pracodawców, jak i system ogólny (tj. posiadając zezwolenie na pracę) lub zwolnionych z obowiązku posiadania zezwolenia na pracę. Oznacza to, że liczba składanych przez pracodawców oświadczeń znacznie przewyższa ich wykorzystanie.

Wg danych MSZ, w latach 2008-2009 wydano 185 736 wiz w celu wykonywania pracy. 89% tych wiz wydanych zostało obywatelom Ukrainy. Wizy wydane obywatelom czterech państw dominujących pod względem liczby przyznanych wiz (tj. Ukraina, Białoruś, Chiny i Mołdowa) konsumują 97% wszystkich wiz w celu wykonywania pracy.

Wg danych ZUS, liczba ubezpieczonych, którzy w zgłoszeniu do ubezpieczeń, emerytalnego i rentowych, podali obywatelstwo inne niż polskie lub któregoś z państw UE i EFTA, na dzień 31 grudnia 2009 r. wynosiła 52 357, w tym 39 822 pracowników. W roku następnym – wg stanu na dzień 31 grudnia 2010 r. – liczba ta wzrosła do 59 584, w tym 44 644 pracowników.

W 2009 r. Straż Graniczna (SG) przeprowadziła 649 kontroli, w wyniku których 257 cudzoziemców zobowiązano do opuszczenia terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, wobec 33

cudzoziemców wnioskowano do wojewody o wydalenie z terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, wobec 99 osób skierowano do sądu wnioski o ukaranie sprawców wykroczeń, w tym 37 cudzoziemców i 62 obywateli polskich. Odpowiednio, tylko w I półroczu 2010 r., w wyniku 760 kontroli, do opuszczenia terytorium Rzeczypospolitej Polskiej zobowiązano 233 cudzoziemców, wobec 69 cudzoziemców wnioskowano do wojewody o wydalenie, a wobec 172 osób (w tym 95 cudzoziemców i 77 obywateli polskich) skierowano do sądu wnioski o ukaranie sprawców wykroczeń.

Wyniki kontroli prowadzonych przez Państwową Inspekcję Pracy (PIP) wskazują, iż wykonywanie pracy przez cudzoziemca bez wymaganych dokumentów pobytowych nie należy do najczęstszych naruszeń. Znacznie częściej spotykanym uchybieniem był brak wymaganego zezwolenia na pracę cudzoziemca, brak zgłoszenia do ubezpieczeń społecznych lub nieterminowe zgłoszenie do ZUS. W 2008 r. stwierdzono, że spośród 343 cudzoziemców, których nielegalną pracę ujawniono, 29% pracowało przebywając w Rzeczypospolitej Polskiej nielegalnie bądź wykonywanie przez nich pracy było niezgodne z deklarowanym celem pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Odpowiednio, w 2009 r. było to – 13 % (92 z 697 ujawnionych nielegalnie pracujących), a według wstępnych danych za pierwsze półrocze 2010 r. – 10% (61 z 622). Nielegalne wykonywanie pracy przez cudzoziemców, w rozumieniu polskich przepisów¹⁾, koncentruje się przede wszystkim w niektórych sekcjach PKD: przetwórstwo przemysłowe, budownictwo, handel i naprawy, transport i składowanie oraz rolnictwo i łowiectwo.

W ostatnich latach obserwowana jest zmiana tendencji w zakresie napływu imigrantów do Rzeczypospolitej Polskiej. W przyszłości można spodziewać się wzrostu liczby imigrantów zarobkowych, co związane będzie z potrzebami polskiego rynku pracy. Zwiększony popyt na pracę cudzoziemców może wiązać się ze wzrostem skali problemu będącego przedmiotem dyrektywy 2009/52, czyli zatrudnienia cudzoziemców przebywających w Rzeczypospolitej Polskiej wbrew przepisom.

III. Wykazanie różnic między dotychczasowym a proponowanym stanem prawnym

Podstawowym aktem prawnym regulującym kwestię statusu pobytowego cudzoziemców w Rzeczypospolitej Polskiej jest ustawa z dnia 13 czerwca 2003 r. o cudzoziemcach (Dz. U. z 2006 r. Nr 234, poz. 1694, z późn. zm.). Zasady wykonywania pracy przez cudzoziemca w Rzeczypospolitej Polskiej oraz sankcje za nielegalne zatrudnienia określa ustawa o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy. Przepisy polskiego prawa pracy mają zastosowanie do zatrudnienia, w szczególności wynagrodzenia, cudzoziemców – w takim samym zakresie jak obywateli polskich.

Obowiązująca ustawa o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy penalizuje zarówno podmiot powierzający cudzoziemcowi przebywającemu wbrew przepisom wykonanie pracy, jak i samego cudzoziemca. W świetle art. 120 ust. 1 w związku z art. 2 ust. 1 pkt 14 ustawy, wykroczenie to w przypadku podmiotu powierzającego cudzoziemcowi nielegalne wykonywanie pracy zagrożone jest karą grzywny nie niższą niż 3.000 zł. Pracodawca lub

¹⁾ czyli inaczej zdefiniowane niż w dyrektywie 2009/52, tj. obejmujące także zatrudnienie bez zezwolenia na pracę, bez umowy.

podmiot, który powierzył cudzoziemcowi wykonywanie innej pracy zarobkowej lub pełnienie funkcji, ponosi także koszty wydalenia cudzoziemca, w przypadku gdy wydalenie następuje w związku z wykonywaniem przez cudzoziemca pracy niezgodnie z przepisami (art. 96 ust. 3 ustawy o cudzoziemcach).

Dyrektywa 2009/52 w art. 5 ust. 2 lit. a przewiduje zależność wysokości kary finansowej od liczby nielegalnie zatrudnionych obywateli. W świetle obowiązującego przepisu art. 33 ustawy z dnia 20 maja 1971 r. - Kodeks wykroczeń (Dz. U. z 2010 r. Nr 46, poz. 275, z późn. zm.), zwanej dalej „k.w.”, dodatkowa regulacja w tym zakresie jest zbędna.

Projektowana ustawa wprowadza nowe sankcje za powierzenie wykonania pracy nielegalnie przebywającemu obywatelowi państwa trzeciego (tj. przebywającemu bez ważnego dokumentu uprawniającego do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej). Uporczywe zatrudnianie osoby przebywającej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej wbrew przepisom, w przypadku gdy zatrudnienie to nie miało związku z prowadzoną przez sprawcę działalnością gospodarczą, stanowić będzie wykroczenie zagrożone karą grzywny nie niższą niż 3000 zł albo karą ograniczenia wolności.

Ustawa wprowadza nowe przestępstwa rozszerzając katalog przestępstw przeciwko porządkowi publicznemu (rozdział XXXII Kodeksu karnego):

- 1) zatrudnienie osoby małoletniej lub równoczesne zatrudnienie wielu osób lub uporczywe zatrudnianie osoby w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą - zagrożone będzie karą grzywny albo karą ograniczenia wolności;
- 2) zatrudnienie osoby pokrzywdzonej przestępstwem określonym w art. 189a § 1 k.k. (przestępstwo handlu ludźmi) lub zatrudnienie w warunkach pracy powodujących szczególnie wyzysk - zagrożone będzie karą pozbawienia wolności do lat 3.

Skazani za ww. przestępstwa będą wykluczeni z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego przez okres 1 roku.

Inne sankcje wprowadzone projektowaną ustawą przewidują niemożność zaliczenia do kosztów uzyskania przychodów osób fizycznych i prawnych wynagrodzenia wypłacanego nielegalnie przebywającemu (wraz z podatkiem i składkami) oraz obciążenie podmiotu powierzającego wykonywanie pracy wszelkimi kosztami związanymi z przesłaniem zaległych płatności do państwa, do którego obywatel państwa trzeciego powrócił lub został wydalony. Ustawa przewiduje także wykreślenie z rejestru agencji zatrudnienia w przypadku zatrudnienia nielegalnie przebywającego cudzoziemca.

Ustawa wprowadza możliwość orzeczenia dodatkowych sankcji o skutkach finansowych w razie skazania za uporczywe ponawianie zatrudnienia w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą, za zatrudnienie wielu osób, małoletniego lub ofiary handlu ludźmi lub w warunkach pracy powodujących szczególnie wyzysk, tj.:

- 1) pozbawienie, na 3 lata, dostępu do pomocy publicznej, w tym funduszy Unii Europejskiej, a w przypadku podmiotów zbiorowych - na okres od 1 roku do 5 lat,
- 2) zwrot instrumentów pomocy publicznej uzyskanych w okresie 12 miesięcy poprzedzających wykrycie nielegalnego zatrudnienia.

Aktualnie obowiązujące przepisy polskie nie zawierają podstawy do karania podmiotów zbiorowych za uchybienia związane z nielegalnym zatrudnieniem cudzoziemców. Brak również podstawy odpowiedzialności finansowej wykonawcy za naruszenie obowiązków pracodawcy przez podwykonawcę. Stosowne zmiany w tym zakresie, zgodnie z przepisami dyrektywy 2009/52, wprowadza projektowana ustawa.

Na gruncie aktualnie obowiązujących przepisów polskich pracownik ma prawo do dochodzenia roszczeń w razie niewypłacenia przez pracodawcę wynagrodzenia lub innego świadczenia przysługującego pracownikowi. Zgodnie z przepisami ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 1998 r. Nr 21, poz. 94, z późn. zm.), zwanej dalej „k.p.”, pracodawca zatrudniający pracownika, niezależnie od tego, czy jego pobyt w naszym kraju jest legalny, jest obowiązany wypłacić wynagrodzenie za wykonaną pracę (art. 80 k.p.). Wysokość wynagrodzenia zależy od rodzaju wykonanej pracy, kwalifikacji wymaganych przy jej wykonywaniu, a także ilości i jakości świadczonej pracy (art. 78 § 1 k.p.). Kodeks pracy nie przewiduje jednak instytucji domniemania istnienia stosunku pracy dla potrzeb ułatwienia dochodzenia roszczeń z tytułu wynagrodzenia. Kontrolę i nadzór nad przestrzeganiem przez pracodawców przepisów dotyczących wynagrodzeń za pracę wynikających ze stosunku pracy (umowy o pracę) sprawuje Państwowa Inspekcja Pracy. Na gruncie obowiązujących przepisów nie dysponuje ona natomiast kompetencjami, które by pozwalały na udzielenie pomocy w wyegzekwowaniu należnego wynagrodzenia na rzecz osób (w tym cudzoziemców) zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych.

Kontrola legalności wykonywania pracy przez cudzoziemców oraz powierzenia wykonywania pracy cudzoziemcom w Rzeczypospolitej Polskiej należą do ustawowych zadań Państwowej Inspekcji Pracy i Straży Granicznej. Dodatkowo Straż Graniczna kontroluje również legalność prowadzenia działalności gospodarczej przez cudzoziemców. Projektowaną ustawą zwiększony zostanie zakres przestępstw ściganych przez Straż Graniczną w związku z wprowadzeniem nowego typu przestępstwa w postaci zatrudnienia osoby przebywającej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej wbrew przepisom. Uregulowane zostanie przekazywanie przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych do Państwowej Inspekcji Pracy i Straży Granicznej danych w zakresie cudzoziemców zgłoszonych do ubezpieczeń społecznych.

IV. Charakterystyka i ocena przewidywanych, związanych z wejściem w życie aktu skutków prawnych, w tym w szczególności dotyczących ograniczenia uznaniowości i uproszczenia stosowanych procedur

IV.1.

Przepisy projektowanej ustawy będą stanowiły *lex specialis* w stosunku do przepisów innych ustaw regulujących zasady wykonywania pracy przez cudzoziemca w Rzeczypospolitej Polskiej oraz sankcje za nielegalne zatrudnienie, a także zasady dochodzenia roszczeń z tytułu wynagrodzenia i innych świadczeń z tym związanych.

Projektowana ustawa określa sankcje za powierzenie wykonywania pracy obywatelowi państwa trzeciego przebywającemu w Rzeczypospolitej Polskiej wbrew przepisom. Reguluje zasady szczególne dochodzenia roszczeń z tytułu wynagrodzenia i związanych z tym świadczeń przez obywateli państw trzecich przebywających w Rzeczypospolitej Polskiej wbrew przepisom.

Wobec wspólnotowej swobody przepływu osób ustawa będzie miała zastosowanie do cudzoziemców niebędących obywatelami Unii i niebędących osobami korzystającymi ze

wspólnotowego prawa do swobodnego przemieszczania się, jak określono w art. 2 ust. 5 kodeksu granicznego Schengen (art. 1 ust. 2 projektowanej ustawy).

W projektowanej ustawie, z wyjątkiem tytułu ustawy, używane jest sformułowanie „przebywanie bez ważnego dokumentu uprawniającego do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej” zamiast pierwotnie proponowanego w założeniach „przebywanie wbrew przepisom”. Wynika to z konieczności precyzyjnego wskazania zakresu odpowiedzialności podmiotu powierzającego wykonywanie pracy cudzoziemcowi i wykluczenia odpowiedzialności w sytuacji zaprzestania spełniania przez cudzoziemca warunków pobytu lub zamieszkania (np. gdy zachodzą przesłanki do cofnięcia dokumentu pobytowego) przy jednoczesnym posiadaniu przez cudzoziemca wciąż ważnego dokumentu (np. wizy lub zezwolenia pobytowego). Podmiot powierzający wykonywanie pracy cudzoziemcowi może bowiem nie zdawać sobie sprawy z takich zaistnienia okoliczności, nie może być zatem karany w takiej sytuacji. Ponadto, art. 4 ust. 3 dyrektywy 2009/52 wyraźnie przewiduje brak odpowiedzialności pracodawcy za zatrudnienie nielegalnie przebywającego cudzoziemca, gdy dokonał on sprawdzenia posiadania przez cudzoziemca dokumentu uprawniającego do pobytu, przechowywania kopii takiego dokumentu przez cały okres zatrudnienia oraz powiadomienia właściwego organu o rozpoczęciu zatrudniania tego cudzoziemca.

Przepisy projektowanej ustawy będą miały zastosowanie wyłącznie w sytuacji łącznego spełnienia przesłanek przedmiotowych i podmiotowych, tj. faktu powierzenia wykonywania pracy oraz osoby obywatela państwa trzeciego przebywającego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej bez ważnego dokumentu uprawniającego do pobytu w Rzeczypospolitej Polskiej. Stanowi to odzwierciedlenie zakresu przedmiotowego dyrektywy 2009/52.

IV.2.

Projektowana ustawa wprowadza w art. 2 obowiązek wymagania przez podmiot powierzający wykonywanie pracy od obywatela państwa trzeciego przedstawienia przed rozpoczęciem pracy ważnego dokumentu uprawniającego cudzoziemca do pobytu w Rzeczypospolitej Polskiej.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 pkt 12 lit. b ustawy o promocji zatrudniania i instytucjach rynku pracy, na warunkach określonych w tym przepisie cudzoziemiec może wykonywać pracę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, gdy przebywa w Rzeczypospolitej Polskiej na podstawie art. 61 ust. 3 oraz art. 71a ust. 3 ustawy o cudzoziemcach. Zgodnie z tymi przepisami za pobyt legalny cudzoziemca na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej uważa się także pobyt od dnia złożenia wniosku o udzielenie zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony, zezwolenia na osiedlenie się lub zezwolenia na pobyt rezydenta długoterminowego Wspólnot Europejskich do czasu wydania decyzji ostatecznej w tych sprawach, jeżeli termin do złożenia wniosku został zachowany lub, odpowiednio, cudzoziemiec złożył wniosek w czasie zgodnego z prawem pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i wniosek nie zawiera braków formalnych lub braki formalne zostały uzupełnione w terminie. Wówczas właściwy organ zamieszcza w dokumencie podróży cudzoziemca odcisk stempla, który potwierdza złożenie wniosku. W takim przypadku obowiązek podmiotu powierzającego wykonywanie pracy cudzoziemcowi będzie uważać się za spełniony w przypadku wykonania kopii dokumentu podróży ze stemplem, pod

warunkiem zobowiązania cudzoziemca do przedłożenia decyzji ostatecznej w sprawie udzielenia zezwolenia pobytowego.

W celu ułatwienia realizacji przez podmioty powierzające wykonywanie pracy obywatelom państw trzecich zadań nakładanych niniejszą ustawą, na stronach internetowych Biuletynu Informacji Publicznej Urzędu do Spraw Cudzoziemców będą zamieszczane i aktualizowane materiały informacyjne na temat wzorów wiz oraz polskich dokumentów pobytowych, jak również materiały informacyjne lub odesłania do stron internetowych dotyczące nazw i dostępnych wzorów dokumentów pobytowych wydawanych przez inne państwa obszaru Schengen, uprawniających do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

IV.3.

Dyrektywa 2009/52 wymaga przechowywania kopii dokumentu dla celów przedstawienia przy ewentualnej kontroli ze strony właściwych organów. Projektowana ustawa nakłada na podmioty powierzające wykonywanie pracy obywatelom państw trzecich obowiązek przechowywania kopii dokumentu uprawniającego cudzoziemca do pobytu w Rzeczypospolitej Polskiej przez cały czas obowiązywania umowy, na podstawie której powierzone zostało wykonanie pracy (art. 3 projektu). Obowiązek ten dotyczy zarówno pracodawców zatrudniających obywateli państw trzecich na podstawie umowy o pracę, jak i podmiotów powierzających wykonywanie pracy obywatelom państw trzecich na podstawie umowy cywilnoprawnej. W przypadku stosunku pracy przepisy regulujące zasady prowadzenia i archiwizowania dokumentacji pracowniczej, stosuje się odpowiednio.

IV.4.

Projektowana ustawa przewiduje zniesienie odpowiedzialności podmiotu powierzającego wykonywanie pracy w razie wypełnienia obowiązku sprawdzenia posiadania ważnego dokumentu pobytowego przez cudzoziemca i przechowywania kopii dokumentu, chyba, że wiedział, że dokument przedstawiony jako ważny dokument uprawniający cudzoziemca do pobytu w Rzeczypospolitej Polskiej został sfałszowany. Dodatkowo wymagane jest jako przesłanka zniesienia odpowiedzialności powiadomienie, na zasadach określonych odrębnymi przepisami, o rozpoczęciu zatrudnienia przez cudzoziemca (art. 4 projektu);

Odwołanie do odrębnych przepisów wynika z faktu nieobjęcia, zgodnie z ustawą z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. z 2009 r. Nr 205, poz. 1585, z późn. zm.), zwaną dalej „ustawą o sus”, obowiązkiem zgłoszeń do ubezpieczenia społecznego osób wykonujących pracę na podstawie umowy o dzieło.

Dyrektywa 2009/52 przewiduje nałożenie na pracodawców obowiązku powiadamiania właściwych organów o rozpoczęciu zatrudnienia cudzoziemców. Ma to służyć w szczególności wykrywaniu fałszywych dokumentów, a w konsekwencji także planowaniu skutecznych kontroli legalności zatrudnienia obywateli państw trzecich. Dyrektywa 2009/52, dla zmniejszenia obciążeń administracyjnych nakładanych na pracodawców, nie wymaga tworzenia odrębnego systemu powiadomień, lecz w motywie 10 preambuły wskazuje możliwość wykorzystania do tego celu innych systemów. Pozostawia także decyzji państw członkowskich wybór organu właściwego.

Biorąc pod uwagę, obowiązek zgłoszenia do ubezpieczeń społecznych każdej osoby objętej ubezpieczeniami emerytalnym i rentowymi wynikający z ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych, a także dążenie do ograniczenia obowiązków administracyjnych nakładanych na pracodawców, najwłaściwszym sposobem wdrożenia

dyrektywy 2009/52 w tym zakresie będzie wykorzystanie istniejącego systemu powiadamiania Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (ZUS). Obowiązujący formularz ZUS ZUA (*Zgłoszenie do ubezpieczeń/zgłoszenie zmiany danych osoby ubezpieczonej*) zawiera rubrykę obywatelstwo. Przewidziany w ww. ustawie uproszczony mechanizm wobec osób rozliczających składki za nie więcej niż 5 osób będzie stosowany także wobec podmiotów objętych projektowaną ustawą.

Powyższy wybór jest także najkorzystniejszym pod kątem ograniczenia obciążeń finansowych dla budżetu państwa wynikających z implementacji dyrektywy 2009/52 oraz gotowości operacyjnej w dniu wejścia w życie projektowanej regulacji. Ponadto, wobec wprowadzenia, zgodnie z celem dyrektywy 2009/52, dotkliwych sankcji, a także planowanej kampanii informacyjnej, można spodziewać się, iż zmniejszenie patologii niezgłaszania do ubezpieczenia społecznego cudzoziemców dodatnio wpłynie na bilans ZUS.

Wyzwaniem dla faktycznej, pełnej operacyjności systemu monitorowania zatrudnienia obywateli państw trzecich jest stworzenie przepływu informacji pomiędzy systemami związanymi z rejestracją pobytu i zatrudnienia cudzoziemca w Rzeczypospolitej Polskiej. Zagrożeniem dla wysokiej skuteczności działań kontrolnych jest jednak fakt, iż system POBYT²⁾ nie zawiera informacji kompletnych w zakresie uprawnień pobytowych cudzoziemców w Rzeczypospolitej Polskiej, ponieważ nie obejmuje rejestru spraw dotyczących wiz wydawanych przez konsuli i nie przetwarza danych dotyczących przebywania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej cudzoziemców na podstawie dokumentów pobytowych lub wiz wydanych przez inne państwo obszaru Schengen. Szczególnie istotne jest natomiast zapewnienie efektywnego dostępu Państwowej Inspekcji Pracy i Straży Granicznej do jednostkowych danych ZUS.

Przyjęcie jako realizację obowiązku powiadamiania przewidzianego dyrektywą 2009/52 zgłoszenia do ZUS oznacza nieobjęcie obowiązkiem zgłoszeń do ubezpieczenia społecznego osób wykonujących pracę na podstawie umowy o dzieło oraz pracowników delegowanych do Rzeczypospolitej Polskiej (ci ostatni nie są jednak objęci zakresem dyrektywy 2009/52). Włączenie tych grup cudzoziemców do systemu powiadomień pozwoliłoby na kompleksowe monitorowanie statusu cudzoziemców podejmujących zatrudnienie w Rzeczypospolitej Polskiej.

Alternatywnym rozwiązaniem byłoby utworzenie nowego systemu powiadomień. Oznaczałoby to jednak wprowadzenie dodatkowego obowiązku administracyjnego dla podmiotów zatrudniających obywateli państw trzecich. Jednocześnie generowałoby znacznie wyższe koszty finansowe, zwłaszcza na etapie stworzenia systemu, a także w postaci wydatków związanych z utrzymaniem zaplecza technicznego i jego obsługi. Kompleksowa, zintegrowana wersja wiążąca się z przebudową istniejących w Rzeczypospolitej Polskiej rejestrów państwowych i rozszerzeniem zakresu instytucji objętych systemem wzajemnej wymiany informacji dotyczących zatrudnienia cudzoziemców, uwzględniająca np. system PESEL, NFZ, organy podatkowe, pomocy społecznej, rozważana jest w ramach prac Zespołu ds. Migracji.

W chwili obecnej z uwagi na koszty oraz pionierski charakter tego rozwiązania, a jednocześnie krótki termin wdrożenia dyrektywy 2009/52 zasadne jest ograniczenie się

²⁾ System POBYT, zgodnie z art. 132 ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o cudzoziemcach, jest to tworzony i prowadzony w systemie teleinformatycznym przez Szefa Urzędu do Spraw Cudzoziemców krajowy zbiór rejestrów, ewidencji i wykazu w sprawach cudzoziemców.

jedynie do osób objętych obowiązkiem ubezpieczenia społecznego. Wyniki kontroli wskazują, że w Rzeczypospolitej Polskiej znacznie częściej spotykanym uchybieniem niż brak dokumentów pobytowych jest brak wymaganego zezwolenia na pracę cudzoziemca, brak zgłoszenia do ubezpieczeń społecznych lub nieterminowe zgłoszenie do ZUS. Wg danych PIP w 2009 r. na podstawie umowy o dzieło wykonywały pracę: 2 osoby przebywające nielegalnie (brak ważnego dokumentu pobytowego) i 5 osób przebywających nielegalnie, których podstawa pobytowa nie uprawniała do pracy. Biorąc zatem pod uwagę skalę imigracji zarobkowej i niewielkie liczby bezwzględnie stwierdzonych naruszeń w zakresie nielegalnego pobytu w Rzeczypospolitej Polskiej (wg danych PIP: 92 osoby w 2009 r. oraz – wg wstępnych danych - 61 osób w I półroczu 2010 r.), koszty stworzenia i obsługi dodatkowego systemu byłyby niewspółmiernie wysokie. Ponadto, wprowadzenie dodatkowego, uzupełniającego system zgłoszeń do ZUS, systemu powiadomień spowodowałoby dodatkowe utrudnienia i obciążenia administracyjne dla przedsiębiorców.

Jednocześnie, należy zwrócić uwagę, że projektowana ustawa wprowadza obowiązek dla wszystkich podmiotów powierzających wykonywanie pracy cudzoziemcom (tj. zarówno na podstawie umowy o pracę, jak i na podstawie umów cywilnoprawnych) wymagania przedłożenia ważnego dokumentu pobytowego cudzoziemca i przechowywania go dla celów kontroli przez cały okres wykonywania pracy przez cudzoziemca. Pozwoli to - w razie stwierdzenia naruszeń - na zastosowanie sankcji przewidzianych dyrektywą 2009/52.

IV.5.

Dyrektywa 2009/52 wprowadza domniemanie istnienia stosunku pracy przez okres trzech miesięcy w celu ułatwienia nielegalnie zatrudnionym obywatelom państw trzecich dochodzenia zaległego wynagrodzenia. Projektowana ustawa w art. 6 ust. 2 w przypadku cudzoziemców zatrudnionych na podstawie umów o pracę, wprowadza, na potrzeby dochodzenia zaległych roszczeń, domniemanie istnienia stosunku pracy przez okres przynajmniej trzech miesięcy, chyba, że pracodawca lub pracownik dowiodą innego okresu trwania zatrudnienia. Zastosowanie domniemania będzie także miało miejsce po ustaleniu istnienia stosunku pracy, np. w przypadku gdy zawarto umowy cywilnoprawne w celu obejścia przepisów prawa pracy.

W przypadku powierzenia wykonania pracy obywatelom państw trzecich na podstawie umów cywilnoprawnych, projektowana ustawa wprowadza domniemanie uzgodnionego wynagrodzenia w wysokości trzykrotnego minimalnego wynagrodzenia, chyba, że podmiot powierzający wykonanie pracy lub obywatel państwa trzeciego dowiodą innej wysokości wynagrodzenia (art. 6 ust. 4 projektu). W przypadku, np. rzeczywistej umowy o dzieło, która jest umową rezultatu, nie jest możliwe określenie miesięcznego wynagrodzenia, a zatem zastosowanie jego trzykrotności. Proponowane rozwiązanie realizuje zatem cel dyrektywy 2009/52, a jednocześnie nie naruszy zasady swobody umów obowiązującej w prawie polskim. Strony będą miały bowiem możliwość wykazania innej wysokości wynagrodzenia zgodnie z przepisami Kodeksu cywilnego.

IV.6.

Projektowana ustawa obciąża podmiot powierzający wykonywanie pracy wszelkimi kosztami związanymi z przesłaniem zaległych płatności do państwa, do którego obywatel państwa trzeciego powrócił lub został wydany (art. 7 projektu).

IV.7.

Dyrektywa 2009/52 zobowiązuje państwa członkowskie do podjęcia niezbędnych środków w celu zapewnienia, aby naruszenia zakazu zatrudniania obywateli państw trzecich nielegalnie przebywających na terytorium państw członkowskich podlegały skutecznym, proporcjonalnym i odstrasżającym karom finansowym (art. 5 projektu), a w kwalifikowanych przypadkach (art. 9 projektu) także sankcjom karnym (art. 10 projektu). Dotyczyć to ma także osób prawnych (art. 12 projektu).

IV.7.1.

W zakresie sankcji karnych projektowana ustawa w art. 13 rozszerza katalog przestępstw przeciwko porządkowi publicznemu. Znamiona dwóch nowych typów przestępstwa zatrudnienia osoby przebywającej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej wbrew przepisom skorelowane zostaną z treścią art. 9 ust. 1 dyrektywy 2009/52. Projektowany przepis zawiera także definicję „warunków szczególnego wyzysku”. Zamieszczono ją w nowelizacji ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553, z późn. zm.), zwanej dalej „k.k”, gdyż pojęcie to w zaproponowanym brzmieniu projektu występuje jedynie w k.k.

Celem uwzględnienia poziomu szkodliwości społecznej czynu, proponuje się dokonanie swobodnego „przepełnienia” wypadków uporczywego zatrudniania, przy czym elementem decydującym o randze czynu będzie związek zachodzący pomiędzy zatrudnieniem a działalnością gospodarczą prowadzoną przez sprawcę (w tym wypadku przestępstwo) albo brak takiego związku (wykroczenie).

Uzupełnieniem wdrożenia art. 9 ust. 1 lit. a dyrektywy 2009/52 jest przepis art. 18 pkt 3 projektowanej ustawy nowelizujący art. 120 ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy wprowadzając nowy typ wykroczenia, zagrożony karą grzywny albo karą ograniczenia wolności w przypadku braku powiązania zatrudnienia nielegalnego imigranta z prowadzoną przez sprawcę działalnością gospodarczą.

IV.7.2.

Dyrektywa 2009/52 w art. 9 ust. 2, wymaga, aby podżeganie i pomocnictwo w popełnieniu czynów wymienionych w art. 9 ust. 1 dyrektywy także podlegało karze.

W zakresie czynów penalizowanych na poziomie przestępstw, tj. których podstawa odpowiedzialności zostanie wprowadzona projektowaną ustawą poprzez nowelizację rozdziału XXXII Kodeksu karnego (art. 13 projektu), wymóg ten będzie spełniony wobec ogólnej zasady penalizacji podżegania i pełnomocnictwa określonej w art. 18 § 2 i 3 k.k.

Jednakże, zgodnie z art. 14 § 1 k.w., odpowiedzialność za podżeganie i pomocnictwo w odniesieniu do wykroczenia zachodzi tylko wtedy, gdy ustawa tak stanowi i tylko w razie dokonania przez sprawcę czynu zabronionego. W związku z wprowadzeniem projektowaną ustawą nowego wykroczenia polegającego na uporczywym powierzaniu wykonywania pracy cudzoziemcowi przebywającemu bez ważnego dokumentu uprawniającego do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, w przypadku gdy praca ta nie ma związku z prowadzoną przez sprawcę działalnością gospodarczą (art. 18 pkt 3 projektu), projektowana ustawa wprowadza także penalizację podżegania lub pełnomocnictwa w popełnieniu ww. wykroczenia. Zgodnie z art. 14 § 3 k.w., karę za podżeganie i pełnomocnictwo do wykroczenia orzeka się w granicach zagrożenia przewidzianego dla sprawstwa.

IV.8.

Dyrektywa 2009/52 zobowiązuje państwa członkowskie do zapewnienia możliwości pociągnięcia osób prawnych do odpowiedzialności za popełnienie przestępstwa, o którym mowa w art. 9 dyrektywy 2009/52, w przypadku gdy takie przestępstwo zostało popełnione na ich korzyść przez jakąkolwiek osobę, działającą samodzielnie lub jako członek organu osoby prawnej, która pełni tam funkcje kierownicze, polegające na prawie do reprezentowania osoby prawnej, prawie do podejmowania decyzji w imieniu osoby prawnej, lub prawie do sprawowania kontroli w ramach osoby prawnej. Ponadto, należy zapewnić, aby osoba prawna mogła być pociągnięta do odpowiedzialności w przypadkach, w których brak nadzoru lub kontroli ze strony osoby, o której mowa powyżej, umożliwił popełnienie na korzyść osoby prawnej ww. przestępstwa, przez osobę działającą pod jej zwierzchnictwem.

Zgodnie z ustawą z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz. U. Nr 197, poz. 1661, z późn. zm.), zwaną dalej „ustawą o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych”, podmiot zbiorowy podlega odpowiedzialności za czyn zabroniony, którym jest zachowanie osoby fizycznej:

- 1) działającej w imieniu lub w interesie podmiotu zbiorowego w ramach uprawnienia lub obowiązku do jego reprezentowania, podejmowania w jego imieniu decyzji lub wykonywania kontroli wewnętrznej albo przy przekroczeniu tego uprawnienia lub niedopełnieniu tego obowiązku,
 - 2) dopuszczonej do działania w wyniku przekroczenia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków przez osobę, o której mowa w pkt 1,
 - 3) działającej w imieniu lub w interesie podmiotu zbiorowego, za zgodą lub wiedzą osoby, o której mowa w pkt 1
- jeżeli zachowanie to przyniosło lub mogło przynieść podmiotowi zbiorowemu korzyść, chociażby niemajątkową.

Katalog sankcji, które można stosować wobec podmiotu zbiorowego, określony w art. 9 ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych, pokrywa się częściowo ze środkami wskazanymi w art. 7 ust. 1 dyrektywy 2009/52. Art. 16 ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych określa katalog przestępstw popełnionych przez ww. osoby, z tytułu których podmiot zbiorowy podlega odpowiedzialności. Projektowana ustawa w art. 15 pkt 1 nowelizuje art. 9 ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych, wyraźnie wskazując możliwość orzeczenia zwrotu przyznanej pomocy lub udzielonych dotacji uzyskanych w okresie 12 miesięcy poprzedzających uprawomocnienie się wyroku lub orzeczenia zakazu dostępu do, pochodzących ze środków publicznych, pomocy lub dotacji, w tym dotacji celowych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240, z późn. zm.) w okresie od roku do 5 lat. Ma to na celu uwzględnienie sankcji przewidzianych w art. 7 ust. 1 lit. a i c dyrektywy 2009/52, a jednocześnie zachowanie spójności z obecnym brzmieniem art. 9 ust. 2 ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych, który przewiduje możliwość orzeczenia sankcji wobec podmiotu zbiorowego od roku do 5 lat.

Przyjęto, iż w zakresie dostępu do pomocy publicznej wdrożenie dyrektywy 2009/52 możliwość orzeczenia ww. sankcji nastąpi w przypadku skazania za czyny, penalizowane w drodze projektowanej ustawy na poziomie przestępstw. Projektowana ustawa przewiduje zatem w art. 15 nowelizację art. 16 ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych przez uzupełnienie o odniesienie do wprowadzonego projektowaną ustawą przestępstwa z art. 264b i 264 c k.k.

Ponadto, projektowana ustawa eliminuje błąd związany z uchYLENIEM art. 253 k.k. w drodze ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny, ustawy o Policji, ustawy - Przepisy wprowadzające Kodeks karny oraz ustawy - Kodeks postępowania karnego (Dz. U.

nr 98, poz. 626). W drodze ustawy z 20 maja 2010 r. nie został zmieniony przepis art. 16 ust. 1 pkt 9 ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych. Celem uzupełnienia powyższego oraz kontynuacji penalizacji zachowań uprzednio stypizowanych w uchylonym art. 253 k.k., projektowana ustawa zmienia przepis art. 16 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych także poprzez powołanie art. 189a oraz art. 211a k.k.

IV.9

Projektowana ustawa wprowadza dodatkowe sankcje dla powierzających wykonywanie pracy cudzoziemcom przebywającym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej bez ważnego dokumentu uprawniającego do pobytu.

Dyrektywa 2009/52 przewiduje możliwość ograniczenia sankcji wobec osób fizycznych zatrudniających na użytek prywatny. W projektowanej ustawie przewiduje się pośrednie, częściowe skorzystanie z opcji niestosowania sankcji w postaci wykluczenia z udziału w zamówieniach publicznych lub pozbawienia dostępu lub konieczności zwrotu instrumentów pomocy publicznej, w stosunku do osób fizycznych, gdy zatrudnienie miało miejsce na ich użytek prywatny w przypadku uporczywego zatrudnianie obywatela państwa trzeciego przebywającego nielegalnie. Jest to konsekwencja penalizacji tego czynu na poziomie wykroczeń. (vide pkt IV.7.1).

IV.9.1.

W zakresie dostępu do pomocy publicznej wdrożenie dyrektywy 2009/52 nastąpi poprzez sformułowanie horyzontalne i określenie „stosownych przypadków”, tj. sytuacji kwalifikowanych, takich jak wskazane w art. 9 dyrektywy 2009/52, które w rozumieniu projektowanej ustawy będą penalizowane na poziomie przestępstw. Rozwiązanie takie uzasadnia potrzeba stworzenia indywidualnego podejścia do danego przypadku oraz możliwości wyboru najbardziej adekwatnej sankcji przez sąd w razie skazania za przestępstwa wprowadzane niniejszą ustawą (art.5 projektu).

Zgodnie z ustawą o finansach publicznych okres wykluczenia wynosi trzy lata, natomiast dyrektywa 2009/52 pozbawia uprawnienia do korzystania z niektórych lub wszystkich świadczeń, pomocy lub dotacji publicznych, w tym funduszy europejskich zarządzanych przez państwa członkowskie, na okres maksymalnie do pięciu lat. Dla zachowania spójności sankcji określonych w art. 207 ustawy o finansach publicznych, proponuje się przyjęcie trzyletniego okresu wykluczenia w przypadku naruszenia zakazu zatrudnienia obywateli państw trzecich przebywających w Rzeczypospolitej Polskiej wbrew przepisom.

IV.9.2.

Projektowana ustawa przewiduje w art. 17 wykluczenie z udziału w zamówieniach publicznych w razie prawomocnego skazania za przestępstwo polegające na zatrudnieniu osoby przebywającej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej wbrew przepisom, które zostanie wprowadzone niniejszą ustawą.

Art. 24 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.), zawiera przesłanki wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia, przez określenie przestępstw, za których prawomocne skazanie stanowi podstawę wykluczenia wykonawcy.

Dla prawidłowej implementacji konieczne jest, by wdrożenie dyrektywy 2009/52 w zakresie wyłączenia, o którym mowa w art. 7 ust. 1 lit. b, obejmowało tylko tzw. postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego, określone w dyrektywie 2004/18/WE Parlamentu

Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi, niebędących zamówieniami sektorowymi i zamówieniami w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, a okres wykluczenia nie przekraczał 5 lat.

Proponuje się, aby w Rzeczypospolitej Polskiej okres ten wynosił 1 rok. Sankcja ta będąc obligatoryjną w razie skazania wraz z innymi karami przewidzianymi projektowaną ustawą, zapewni wystarczający poziom dolegliwości dla sprawcy.

IV.9.3.

Nie ma potrzeby wprowadzania odrębnej regulacji, na podstawie której sąd będzie mógł orzec o zakazie prowadzenia działalności gospodarczej. Zakaz ten, w przypadku skazania za przestępstwa określone w art. 264b oraz art. 264c Kodeksu karnego, będzie mógł być orzeczony na podstawie art. 41 § 2 k.k. Przyjęcie takiego rozwiązania pozwoli uniknąć ewentualnych wątpliwości dotyczących przesłanek, którymi powinien kierować się sąd orzekając o zakazie prowadzenia działalności gospodarczej.

IV.9.4.

Dodatkowo, z uwagi na charakter i przedmiot działalności agencji pracy tymczasowej, projektowana ustawa wprowadza obligatoryjne stosowanie sankcji wykreślenia z rejestru agencji zatrudnienia, w odniesieniu do agencji pracy tymczasowej w przypadku naruszenia zakazu zatrudnienia nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich (art. 18 pkt 2 projektu).

IV.10.

IV.10.1.

Dyrektywa 2009/52 wprowadza odpowiedzialność finansową wykonawcy, którego podmiot powierzający wykonywanie pracy jest bezpośrednim podwykonawcą, za naruszenie obowiązków pracodawcy przez podwykonawcę. Dotyczy to w szczególności odpowiedzialności obok lub zamiast pracodawcy, za zapłatę:

- 1) wszelkich kar finansowych wynikających z tytułu powierzenia przez podwykonawcę wykonywania pracy obywatelowi państwa trzeciego przebywającego w Rzeczypospolitej Polskiej wbrew przepisom, łącznie z kosztami powrotu tego obywatela oraz
- 2) wszelkich zaległych płatności należnych na mocy art. 6 ust. 1 lit. a i c oraz art. 6 ust. 2 i 3 dyrektywy 2009/52, tj. zaległego wynagrodzenia i kosztów związanych z przesłaniem zaległych płatności do państwa, do którego obywatel państwa trzeciego powrócił lub został wydalony.

Jednocześnie dyrektywa 2009/52 przewiduje zniesienie odpowiedzialności w ww. zakresie, jeśli wykonawca spełnił wymogi należytej staranności. Celem precyzyjnego określenia zasad współodpowiedzialności wykonawcy oraz innych podwykonawców, projektowana ustawa w art. 8 wprowadza podstawę do wypłaty cudzoziemcowi zasądzonego zaległego wynagrodzenia i kosztów związanych z przesłaniem zaległych płatności do państwa, do którego obywatel państwa trzeciego powrócił lub został wydalony, w przypadku gdy podmiot

powierzający wykonywanie pracy temu cudzoziemcowi, który jest bezpośrednim podwykonawcą głównego podwykonawcy:

- jest niewypłacalny,
- uporczywie uchyla się od wypłacenia należności,

oraz gdy przemawia za tym szczególnie ważny interes cudzoziemca.

Projektowana ustawa wprowadza także zobowiązanie głównego wykonawcy do zapłaty kary grzywny z tytułu powierzania wykonywania pracy obywatelowi obywatela państwa trzeciego przebywającemu bez ważnego dokumentu uprawniającego do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz poniesienia kosztów wydalenia cudzoziemca.

Uchylenie się od odpowiedzialności następuje, gdy wykonawca wykaże, iż spełnił wymogi należytej staranności, w szczególności poprzez zobowiązanie podwykonawcy do zatrudniania legalnie przebywających obywateli państw trzecich oraz sprawdzenie wykonania realizacji obowiązku zgłoszenia cudzoziemca do ubezpieczeń społecznych.

IV.10.2.

Dyrektywa 2009/52 wprowadza odpowiedzialność finansową innych podwykonawców głównego wykonawcy, którzy pośredniczą między głównym wykonawcą a podmiotem powierzającym wykonywanie pracy cudzoziemcom przebywającym nielegalnie, za naruszenie obowiązków przez podwykonawcę - w przypadku gdy wiedzieli oni, że podwykonawca zatrudniał nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich.

Zakres współodpowiedzialności jest analogiczny do odpowiedzialności wykonawcy, którego podmiot powierzający wykonywanie pracy był bezpośrednim podwykonawcą.

Projektowana ustawa w art. 9 wprowadza zobowiązanie innego podwykonawcy głównego wykonawcy, który pośredniczy między głównym wykonawcą a podmiotem powierzającym wykonywanie pracy cudzoziemcom przebywającym nielegalnie, do wypłacenia cudzoziemcowi zasądzonego zaległego wynagrodzenia i kosztów związanych z przesłaniem zaległych płatności do państwa, do którego obywatel państwa trzeciego powrócił lub został wydalony oraz do zapłaty wszelkich kar finansowych wynikających z tytułu naruszenia zakazu powierzania wykonywania pracy obywatelowi obywatela państwa trzeciego przebywającego w Rzeczypospolitej Polskiej wbrew przepisom, jeśli wiedzieli oni, że wykonawca powierzał wykonanie pracy obywatelowi państwa trzeciego, który przebywał na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej wbrew przepisom, a wyegzekwowanie należności od podmiotu powierzającego wykonywanie pracy cudzoziemcowi lub od głównego wykonawcy jest niemożliwe albo utrudnione.

Uchylenie się od odpowiedzialności może nastąpić analogicznie, jak w przypadku bezpośredniego wykonawcy, w razie dopełnienia należytej staranności.

IV. 11.

W ramach dodatkowych sankcji finansowych dla podmiotów powierzających wykonywanie pracy, proponuje się wdrożenie do ustaw regulujących opodatkowanie podatkiem dochodowym rozwiązania o charakterze sankcyjnym, które nie pozwoli zaliczyć do kosztów uzyskania przychodów wynagrodzenia wypłacanego nielegalnie zatrudnionemu wraz z podatkiem oraz składkami na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne (art. 11 i 12 projektowanej

ustawy). Realizuje to cel dyrektywy 2009/52, która stanowi, iż państwa członkowskie podejmują niezbędne środki w celu zapewnienia, aby naruszenia zakazu nielegalnego zatrudniania cudzoziemców podlegały skutecznym, proporcjonalnym i odstrasżającym karom wobec pracodawcy.

IV.12.

Celem zwiększenia skuteczności kontroli legalności zatrudnienia, konieczne jest zapewnienie efektywnego dostępu funkcjonariuszy Straży Granicznej oraz inspektorów pracy do jednostkowych danych dotyczących ubezpieczonych w ZUS. Proponuje się rozszerzenie w ustawie z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych katalogu podmiotów, którym ZUS może udostępniać dane zawarte na koncie ubezpieczonego i na koncie płatnika składek o Państwową Inspekcję Pracy oraz Straż Graniczną (art. 14 projektu). Konsekwentnie proponuje się także rozszerzenie katalogu podmiotów, którym ZUS udostępniania dane bezpłatnie o ww. instytucje. Odpowiednia nowelizacja przewidziana jest także w ustawie regulującej funkcjonowanie Straży Granicznej (art. 10 projektu).

Projektowana ustawa określa szczegółowo zakres informacji, które będą przekazywane przez ZUS w ramach kwartalnych wykazów płatników zatrudniających cudzoziemców oraz zakres danych cudzoziemca zgłoszonego do ubezpieczeń udostępnianych w terminie 7 dni od dnia otrzymania pisemnego wniosku Straży Granicznej lub Państwowej Inspekcji Pracy.

Wskazane dane kwartalne są zbieżne z danymi, które Państwowa Inspekcja Pracy pozyskuje już z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych przy pomocy opracowanego wzoru rekordu dla zbioru danych jednostkowych dotyczących płatników składek opłacających składki na ubezpieczenia społeczne oraz na Fundusz Pracy. Podstawową różnicą jest to, że wykaz będzie dotyczył węższej liczby płatników – tylko tych zatrudniających cudzoziemców oraz rozszerzony zostanie tylko o jedno dodatkowe pole, tj. „obywatelstwo”. Powyższy zakres informacji jest niezbędny dla prawidłowego planowania i przeprowadzenia działań kontrolnych.

Identyfikacja płatnika według rodzaju jego działalności (PKD płatników składek zatrudniających cudzoziemców) będzie mieć kluczowe znaczenie przy dokonywaniu prawidłowej oceny ryzyka i określaniu sektorów działalności, w których koncentruje się zatrudnienie nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich. Zadanie współpracy przy regularnym określaniu – na podstawie oceny ryzyka – sektorów działalności, w których koncentruje się zatrudnienie nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich, odpowiednio przez Straż Graniczną i Państwową Inspekcję Pracy wprowadzone zostanie w drodze projektowanej ustawy (odpowiednio w art. 10 i 19 projektu).

Wskazany zakres danych identyfikacyjnych dotyczący płatnika składek będzie generowany wobec wyłącznie tych płatników, którzy w ostatnim kwartale zgłosili do ubezpieczeń społecznych przynajmniej jednego ubezpieczonego, z kodem obywatelstwa wskazującym na to, iż jest to obywatel państwa trzeciego.

W myśl art. 50 ust. 7 ustawy o sus, we wniosku o udostępnienie danych z konta ubezpieczonego są wymagane numery PESEL i NIP, a w razie gdy ubezpieczonemu nie nadano tych numerów lub jednego z nich, podaje się serię i numer dowodu osobistego albo paszportu. Natomiast zgodnie z art. 50 ust. 8 ustawy o sus, ZUS nie udostępnia danych, jeżeli wniosek nie zawiera przedmiotowych numerów; wyjątek przewidziany jest w odniesieniu do

komorników sądowych (dane udostępnia się w oparciu o informacje zawarte we wniosku, chyba że są niewystarczające do identyfikacji osoby, której wniosek dotyczy). Oznacza to, że SG oraz PIP musiałyby posiadać ww. identyfikatory, aby wystąpić do ZUS z wnioskiem.

Jednakże, w kontekście praktyki kontrolnej w zakresie nielegalnego zatrudniania obywateli państw trzecich, w wielu przypadkach organ kontrolny nie jest w stanie uzyskać od pracodawcy lub cudzoziemca kompletu danych identyfikacyjnych obcokrajowca. W związku z powyższym niezbędne jest stworzenie organom kontrolnym możliwości prawnych uzyskiwania - na podstawie wniosków - dodatkowych informacji o zarejestrowanych cudzoziemcach również przed rozpoczęciem kontroli, czyli w momencie, kiedy nie są znane ich dane, ani też informacje o dokumentach, którymi się oni legitymują. Uzyskane w ten sposób dane przyczynią się do usprawnienia przeprowadzanych kontroli, a tym samym skrócenia czasu ich trwania, co ma ogromne znaczenie również z punktu widzenia pracodawców. W związku z powyższym proponuje się, aby w tego typu sytuacjach wniosek składany do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych mógł zawierać, poza zakresem danych udostępnianych na wniosek, o których mowa w wyżej, również prośbę o podanie przez ZUS pozostałych danych identyfikacyjnych cudzoziemca, o których mowa w art. 35 ust. 1 pkt 1 ustawy o sus, np. w razie podania przez wnioskodawcę imienia i nazwiska cudzoziemca oraz numeru paszportu, ZUS przekazywałby – na wniosek - informację o numerach PESEL i NIP – jeżeli zostały nadane cudzoziemcowi.

IV.13.

W związku z wprowadzeniem projektowaną ustawą nowych przestępstw (art. 13 pkt 2 projektu) oraz w kontekście aktualnego zakresu zadań Straży Granicznej, w szczególności w zakresie kontroli legalności wykonywania pracy przez cudzoziemców oraz kontroli ruchu granicznego, zasadne jest rozszerzenie katalogu zadań Straży Granicznej o zwalczanie ww. przestępstw.

Należy również zauważyć, że przestępstwa określone w nowoprojektowanych art. 264b i art. 264c k.k. będą zapewne w praktyce występować w zbiegu z przestępstwem określonym w art. 264a § 1. Na możliwość zbiegu tego typu przepisów wskazał Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 27 sierpnia 2007 r. (syg. V KK 388/06) wskazując, że „zatrudnienie cudzoziemca nieposiadającego zezwolenia na pracę, (...) wtedy tylko stanowi umożliwienie lub ułatwienie mu pobytu na terenie Rzeczypospolitej Polskiej wbrew przepisom, wypełniające odnośne znamię strony przedmiotowej występkę określonego w art. 264a § 1 k.k., gdy powierzający wykonywanie pracy zapewnia lub przynajmniej poprawia cudzoziemcowi warunki egzystencji na terytorium kraju i jest tego świadom. Istotą takiego działania sprawcy jest więc udzielanie cudzoziemcowi pomocy w podtrzymywaniu pobytu, głównie przez dostarczanie mu źródeł utrzymania i zakwaterowania”.

W związku z powyższym, wprowadzenie do właściwości Straży Granicznej tylko nowowprowadzanych przestępstw mogłoby *de facto* w praktyce oznaczać, że w znacznej liczbie przypadków prowadzenie postępowań przygotowawczych przez Straż Graniczną o te czyny nie byłoby możliwe, a sprawy będą musiałyby być przekazywane Policji. Taki tryb postępowania wydłużałby procedowanie oraz wygenerowałby dodatkowe koszty związane z przekazaniem sprawy. Ponadto, przekazanie sprawy Policji w sytuacji, gdy to Straż Graniczna ujawniając tego rodzaju przestępstwo posiada kompleksową wiedzę na temat zaistniałego zdarzenia, m.in. w skutek prowadzonego równoległe postępowania administracyjnego w stosunku do cudzoziemca, nie byłoby właściwe z punktu widzenia efektywności działania organów, których zadaniem jest zapewnienie bezpieczeństwa i porządku publicznego. Wprowadzenie proponowanego rozwiązania pozwoli zatem uniknąć opisanych problemów.

Projektowana ustawa w art. 10 pkt 1 włącza zatem do katalogu przestępstw, zawartych w przepisach określających właściwość Straży Granicznej, art. 264a oraz art. 264b i art. 264c k.k. Powyższy zabieg umożliwi SG bez przeszkód ścigać zarówno nowe wprowadzone do Kodeksu karnego przestępstwa, jak i występki określony w art. 264a k.k. W praktyce bowiem budzi wątpliwości, czy przestępstwo tzw. ułatwienia nielegalnego pobytu (art. 264a k.k.) znajduje się we właściwości SG.

Dążąc do zapewnienia skuteczności wykrywania przestępstw, projektowana ustawa umożliwi Straży Granicznej stosowanie kontroli operacyjnej i zakupu kontrolowanego w odniesieniu do ww. przestępstw (art. 10 pkt 3 i 4 projektu). Stosowanie ofensywnych metod pracy operacyjnej w odniesieniu do tego typu przestępstw będzie skutkowało znaczącym zwiększeniem skuteczności ich wykrywania.

IV.14.

Dążąc do zapewnienia skuteczności kontroli, dyrektywa 2009/52 zobowiązuje państwa członkowskie do regularnego określania – na podstawie oceny ryzyka – sektorów działalności, w których koncentruje się zatrudnienie nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich. Obliguje także do przekazywania przed dniem 1 lipca każdego roku Komisji Europejskiej rocznych sprawozdań nt. wyników kontroli w zakresie zatrudnienia nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich, z uwzględnieniem liczby przeprowadzonych w poprzednim roku kontroli, wyrażonej zarówno w wartościach bezwzględnych, jak i w procencie pracodawców dla każdego sektora oraz co trzy lata - sprawozdania z realizacji postanowień dyrektywy 2009/52. Do państw członkowskich należy wskazanie organów właściwych w tym zakresie.

Wobec obowiązujących w Rzeczypospolitej Polskiej przepisów regulujących właściwość w zakresie kontroli legalności pobytu cudzoziemców na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (art. 85 ustawy o cudzoziemcach) oraz kontroli legalności zatrudnienia cudzoziemców (art. 1 ust. 2 pkt 13a ustawy o Straży Granicznej oraz art. 10 ust. 1 pkt 4 ustawy o Państwowej Inspekcji Pracy), kontrole w zakresie objętym dyrektywą 2009/52 prowadzą dwie instytucje, podlegające różnym organom: Straż Graniczna – podlega ministrowi właściwemu do spraw wewnętrznych oraz Państwowa Inspekcja Pracy podlega Sejmowi. Jednocześnie, zgodnie z ustawą z dnia 4 września 1997 r. o działach administracji rządowej (Dz. U. z 2007, Nr 65, poz. 437, z późn. zm.), sprawy ochrony granicy Państwa, kontroli ruchu granicznego i cudzoziemców oraz koordynacji działań związanych z polityką migracyjną państwa należą do działu sprawy wewnętrzne, a sprawy zatrudnienia - do działu praca.

Wobec przedstawionego powyżej rozproszenia kompetencji w zakresie objętym dyrektywą 2009/52/WE, projektowana ustawa w art. 18 (nowelizującym ustawę o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy) powierza wspólnie ministrom właściwym do spraw pracy i do spraw wewnętrznych zadania:

- 1) określania – na podstawie oceny ryzyka – sektorów działalności, w których koncentruje się zatrudnienie nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich;
- 2) przygotowywania – na podstawie informacji przekazanych przez Straż Graniczną i Głównego Inspektora Pracy – i przekazywania Komisji Europejskiej – co roku –

informacji o liczbie przeprowadzonych w poprzednim roku kontroli oraz – co trzy lata - sprawozdania z realizacji projektowanej ustawy.

Jednocześnie projektowana ustawa zobowiązuje Straż Graniczną i Państwową Inspekcję Pracy do współpracy (odpowiednio w art. 10 i 19 projektu stosowne nowelizacje, ustawy o Straży Granicznej oraz ustawy o Państwowej Inspekcji Pracy). Projektowana ustawa wskazuje także termin 30 kwietnia następnego roku kalendarzowego na przekazanie ministrowi właściwemu do spraw pracy oraz ministrowi właściwemu do wewnętrznych, zbiorczych danych dotyczących wyników kontroli prowadzonych odpowiednio przez Straż Graniczną i Państwową Inspekcję Pracy.

Ponadto projektowana ustawa zobowiązuje do współpracy przy ocenie ryzyka i określaniu sektorów działalności, w których koncentruje się zatrudnienie nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich, ministrów właściwych do spraw, odpowiednio, budownictwa, finansów publicznych, gospodarki, nauki, rolnictwa, rozwoju regionalnego, rybołówstwa, transportu, turystyki, zabezpieczenia społecznego, spraw zagranicznych oraz zdrowia (art. 18 projektu).

IV.15.

Dyrektywa 2009/52 zobowiązuje państwa członkowskie do określenia warunków, na jakich przyznawane będą zezwolenia na pobyt na czas ograniczony, wyznaczony czasem trwania odpowiedniego postępowania krajowego, zainteresowanym obywatelom państw trzecich pokrzywdzonych przestępstwem, o którym mowa w art. 9 ust. 1 lit. c lub e dyrektywy 2009/52 (tj. gdy nielegalnemu zatrudnieniu towarzyszyły warunki pracy powodujące szczególnie wyzysk lub w przypadku nielegalnego zatrudnienia małoletnich). Dyrektywa 2009/52 odwołuje się do zasad porównywalnych do tych, które mają zastosowanie do obywateli państw trzecich objętych zakresem *dyrektywy Rady 2004/81/WE z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie dokumentu pobytowego wydawanego obywatelom państw trzecich, którzy są ofiarami handlu ludźmi lub podlegali działaniom ułatwiającym nielegalną imigrację, którzy współpracują z właściwymi władzami*. Dyrektywa 2009/52 przewiduje również w art. 6 ust. 5 możliwość przedłużenia, na zasadach określonych w prawie krajowym, ważności ww. zezwolenia do czasu otrzymania przez obywatela państwa trzeciego wypłaty swojego zaległego wynagrodzenia.

Projektowana ustawa wprowadza zatem w ustawie o cudzoziemcach możliwość udzielenia zezwolenia na zamieszkanie na czas określony cudzoziemcowi, który przebywając na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej wbrew przepisom wykonywał pracę, a który jest pokrzywdzonym przez przestępstwo wprowadzone projektowaną ustawą nielegalnego zatrudnienia, któremu towarzyszyły warunki pracy powodujące szczególnie wyzysk lub w przypadku nielegalnego zatrudnienia małoletniego. Zezwolenie udzielone będzie na czas trwania postępowania karnego toczącego się przeciwko podmiotowi powierzającemu wykonywanie pracy, w którym cudzoziemiec występuje w charakterze pokrzywdzonego, Zgodnie z art. 56 ustawy o cudzoziemcach zezwolenie takie będzie udzielane na okres niezbędny do realizacji celu pobytu cudzoziemca, niedużej jednak niż na okres 2 lat. Możliwe jest ubieganie się o udzielenie kolejnych takich zezwoleń.

Przewiduje się również możliwość udzielenia zezwolenia na zamieszkanie na czas określony cudzoziemcowi przebywającemu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej na podstawie zezwolenia udzielonego na czas trwania postępowania karnego toczącego się przeciwko

pracodawcy lub innemu podmiotowi powierzającemu cudzoziemcowi wykonanie pracy z udziałem tego cudzoziemca, który zamierza kontynuować pobyt na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej do czasu otrzymania wszelkiego zaległego wynagrodzenia od pracodawcy lub podmiotu powierzającego wykonanie pracy, gdy będzie za tym przemawiał szczególnie ważny interes cudzoziemca (art. 16 pkt 2 projektu). Zgodnie z art. 56 ustawy o cudzoziemcach zezwolenie takie będzie udzielane na okres maksymalnie 2 lat, z możliwością ubiegania się o udzielenie kolejnych takich zezwoleń.

Zezwolenie to będzie mogło być wydane, jeśli cudzoziemiec spełnia następujące wymogi:

- 1) posiada ubezpieczenie zdrowotne w rozumieniu przepisów o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych lub potwierdzenie pokrycia przez ubezpieczyciela kosztów leczenia na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej,
- 2) posiada stabilne i regularne źródło dochodu wystarczającego na pokrycie kosztów utrzymania siebie i członków rodziny pozostających na jego utrzymaniu.

IV.16.

Dyrektywa 2009/52, w art. 6 ust. 2 zdanie drugie, nakłada na państwa członkowskie obowiązek systematycznego i obiektywnego informowania nielegalnie zatrudnionych obywateli państw trzecich o przysługujących im prawach przed wykonaniem decyzji nakazującej powrót.

Zgodnie z art. 10 ustawy o cudzoziemcach, organy prowadzące postępowania, m.in. w sprawach o wydalenie z terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, pouczają cudzoziemca w języku dla niego zrozumiałym o zasadach i trybie postępowania oraz o przysługujących mu prawach i ciążących na nim obowiązkach. W przypadku gdy postępowanie w sprawie wydalenia z terytorium Rzeczypospolitej Polskiej wszczynają na wniosek organu, który zatrzymał cudzoziemca, pouczenia dokonuje organ, który wystąpił z wnioskiem o wydanie decyzji o wydaleniu.

Projektowana ustawa w art. 16 przewiduje odpowiednie uzupełnienie art. 10 ustawy o cudzoziemcach poprzez dodanie nowego ustępu 1a, w którym określony jest zakres pouczenia cudzoziemca przez organy prowadzące postępowania w sprawach o wydalenie z terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Organy te pouczają także o przysługujących prawach w zakresie możliwości wystąpienia z roszczeniem przeciwko pracodawcy oraz wyegzekwowania orzeczenia wydanego przeciwko pracodawcy w związku z wszelkim zaległym wynagrodzeniem oraz wniesienia skargi przeciwko pracodawcy, a także o możliwości udzielenia zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony cudzoziemcowi, który jest pokrzywdzonym przez wprowadzone projektowaną ustawą przestępstwo nielegalnego zatrudnienia, któremu towarzyszyły warunki pracy powodujące szczególnie wyzysk lub w przypadku nielegalnego zatrudnienia małoletniego, na czas trwania postępowania karnego toczącego się przeciwko podmiotowi powierzającemu wykonywanie pracy, w którym cudzoziemiec występuje w charakterze pokrzywdzonego.

Przepisy przejściowe

Projektowana ustawa w art. 20 wprowadza obowiązek uzupełnienia dokumentacji dotyczącej zatrudnionych w dniu wejścia w życie ustawy obywateli państw trzecich w ciągu 45 dni od dnia wejścia w życie ustawy o kopie dokumentu potwierdzającego status pobytowy zatrudnionego obywatela państwa trzeciego. Taki sam termin przewidziany jest dla dokonania korekty – jeśli istnieje taka potrzeba - zgłoszenia obywatela państwa trzeciego do ubezpieczenia społecznego. Obowiązek ten dotyczy także podmiotów powierzających wykonywanie pracy cudzoziemcowi na innej podstawie niż stosunek pracy.

Termin ten pozwoli na wypełnienie obowiązku przez podmioty powierzające wykonywanie pracy także w przypadku czasowej (np. spowodowanej urlopem) nieobecności pracownika – obywatela państwa trzeciego.

Termin 45 dni pozwoli także na dokonanie stosownych czynności sprawdzających przez wykonawcę dotyczących realizacji wynikających z niniejszej ustawy obowiązków przez podwykonawców celem wykazania należytej staranności będącej podstawą uchylenia się od współodpowiedzialności (zgodnie z art. 8 i 9 projektowanej ustawy).

Przewidywany termin wejścia w życie

Zgodnie z art. 17 ust. 1 dyrektywy 2009/52 jej transpozycja do prawa krajowego powinna nastąpić do dnia 20 lipca 2011 r.

Ze względu na wprowadzane sankcje karne dla podmiotów powierzających wykonywanie pracy, proponuje się wejście w życie w terminie 14 dni od dnia jej ogłoszenia w Dzienniku Ustaw.

V. Ocena przewidywanych skutków (kosztów i korzyści) społeczno gospodarczych regulacji

V.1. Podmioty, na które oddziaływać będzie projektowana ustawa

- 1) Pracodawcy lub podmioty powierzające wykonywanie pracy obywatelom państw trzecich, z uwzględnieniem także podmiotów zbiorowych - w zakresie dodatkowych obowiązków administracyjnych oraz w zakresie sankcji za powierzenie wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej;
- 2) Obywatele państw trzecich przebywający na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej – w zakresie obowiązku przedłożenia przed rozpoczęciem pracy ważnego dokumentu pobytowego oraz w zakresie ułatwień w dochodzeniu roszczeń z tytułu zaległego wynagrodzenia i świadczeń z tym związanych;
- 3) Wykonawcy, których podwykonawcy naruszyli zakaz nielegalnego zatrudniania lub obowiązki pracodawcy / podmiotu powierzającego wykonanie pracy wobec obywateli państw trzecich – w zakresie sankcji finansowych lub wypłaty zaległego wynagrodzenia i świadczeń z tym związanych;
- 4) Straż Graniczna i Państwowa Inspekcja Pracy – w zakresie współpracy przy określaniu – na podstawie oceny ryzyka – sektorów działalności, w których

koncentruje się zatrudnienie nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich oraz w zakresie przekazywania danych o wynikach kontroli legalności wykonywania pracy przez cudzoziemców w kontekście legalności ich pobytu, a także w związku z postępowaniami w zakresie objętym przedmiotem dyrektywy 2009/52;

- 5) Minister właściwy do spraw pracy we współpracy z ministrem właściwym do spraw wewnętrznych – w zakresie określania – na podstawie oceny ryzyka – sektorów działalności, w których koncentruje się zatrudnienie nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich oraz w zakresie pozyskiwania danych od Straży Granicznej i Państwowej Inspekcji Pracy i przekazywania Komisji Europejskiej – co roku – informacji o liczbie przeprowadzonych w poprzednim roku kontroli oraz – co trzy lata - sprawozdania z realizacji postanowień dyrektywy 2009/52;
- 6) Minister właściwy do spraw budownictwa, finansów publicznych, gospodarki, nauki, rolnictwa, rozwoju regionalnego, rybołówstwa, transportu, turystyki, zabezpieczenia społecznego, spraw zagranicznych oraz zdrowia – w zakresie współpracy przy ocenie ryzyka i określaniu sektorów działalności, w których koncentruje się zatrudnienie nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich;
- 7) Zakład Ubezpieczeń Społecznych – w zakresie przepływu informacji na potrzeby kontroli legalności zatrudnienia obywatela państwa trzeciego;
- 8) Sądy i prokuratura – w zakresie postępowań dot. naruszeń zakazu nielegalnego zatrudniania;
- 9) Wojewodowie - w zakresie udzielania cudzoziemcom zezwoleń pobytowych na czas trwania postępowania karnego toczącego się przeciwko podmiotowi powierzającemu wykonywanie pracy z udziałem tych osób oraz zezwoleń pobytowych udzielanych cudzoziemcom do czasu wypłaty zaległego wynagrodzenia;
- 10) Zamawiający w rozumieniu prawa zamówień publicznych – w zakresie weryfikacji wykonawcy oraz wykonawcy - w zakresie sankcji;
- 11) Podmioty przyznające pomoc publiczną – w zakresie weryfikacji beneficjentów i ewentualnego cofnięcia pomocy;
- 12) Organizacje pozarządowe – w zakresie wspierania nielegalnie zatrudnionych obywateli państw trzecich w dochodzeniu roszczeń z tytułu zaległego wynagrodzenia i świadczeń z tym związanych.

V.2. Analiza wpływu projektowanej ustawy:

a) na sektor finansów publicznych, w tym budżet państwa i budżety jednostek samorządu terytorialnego

V.2a.1. Racjonalizacja wydatków

Dyrektywa 2009/52 zobowiązuje państwa członkowskie do dokonywania oceny ryzyka i regularnego określania sektorów działalności, w których koncentruje się nielegalne zatrudnienie cudzoziemców oraz corocznych sprawozdań nt. wyników kontroli dla Komisji Europejskiej. Dokonywanie, zgodnie z projektowaną ustawą, regularnej oceny ryzyka, jak również łatwiejszy dostęp do danych dotyczących cudzoziemców zatrudnianych w Rzeczypospolitej Polskiej wpłynie na zwiększenie efektywności wydatkowania środków publicznych w zakresie prowadzenia kontroli legalności zatrudnienia.

V.2a.2. Działania informacyjne

Przewiduje się prowadzenie działań informacyjnych, skorelowanych czasowo z wejściem w życie regulacji implementującej dyrektywę 2009/52. Jej adresatami będą w szczególności:

- 1) pracodawcy lub podmioty powierzające wykonywanie pracy obywatelom państw trzecich – w zakresie nowych obowiązków administracyjnych, sankcji oraz informacji na temat wzorów wiz oraz polskich dokumentów pobytowych; obywatele państw trzecich przebywający wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej – w zakresie praw i obowiązków;
- 2) organizacje pozarządowe – w zakresie możliwości wspierania cudzoziemców w dochodzeniu roszczeń z tytułu zaległego wynagrodzenia.

Przygotowanie i aktualizacja materiałów informacyjnych nastąpi w ramach obowiązków MPiPS i UdSC, ich upowszechnienie nastąpi głównie za pośrednictwem internetu.

Koszty ponoszone przez Straż Graniczną w zakresie pouczania cudzoziemca w języku dla niego zrozumiałym o zasadach i trybie postępowania oraz o przysługujących mu prawach i ciążących na nim obowiązkach, związane z planowaną zmianą art. 10 ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o cudzoziemcach, w tym koszty dokonywania tłumaczeń pisemnych pouczeń cudzoziemców, szacuje się na ok. 5 tys. zł.

Źródło finansowania:

Plany finansowe jednostek realizujących zadania – w ramach realizacji zadań informacyjnych. Przedmiotowe wydatki nie będą stanowiły podstawy do ubiegania się o dodatkowe środki z budżetu państwa.

V.2a.3. Skutki finansowe związane ze zwiększeniem zadań instytucji kontrolnych

Implementacja dyrektywy 2009/52 wpłynie na rozszerzenie zakresu zadań Straży Granicznej i Państwowej Inspekcji Pracy w zakresie współpracy przy regularnym określaniu – na podstawie oceny ryzyka – sektorów działalności, w których koncentruje się nielegalne zatrudnienie cudzoziemców, corocznych sprawozdań nt. wyników kontroli dla Komisji Europejskiej. Zwiększy się także zakres ściganych przez SG przestępstw w związku z wprowadzeniem nowych typów przestępstwa w postaci zatrudnienia osoby przebywającej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej wbrew przepisom.

Źródło finansowania:

Plany finansowe jednostek realizujących zadania. Przedmiotowe wydatki nie będą stanowiły podstawy do ubiegania się o dodatkowe środki z budżetu państwa.

W związku z zapewnieniem dostępu Straży Granicznej do danych zgłoszonych do ubezpieczeń społecznych, koszty stworzenia relacyjnej bazy danych pracującej w Intranecie, w tym w szczególności zakup: Web Service, serwera na bazę danych, serwera na logi o sprawdzeniach, licencji Windows Serwer 2008 Enterprise Edition, licencji SQL serwer Enterprise Edition oraz szkolenia i pomoce dydaktyczne, oszacowano na ok. 180 000 zł.

Źródło finansowania:

W ramach planu finansowego Straży Granicznej, dział 754 – bezpieczeństwo publiczne i ochrona przeciwpożarowa. Przedmiotowe wydatki nie będą stanowiły podstawy do ubiegania się o dodatkowe środki z budżetu państwa.

W związku z wprowadzeniem podstawy do nieodpłatnego korzystania z danych dotyczących zgłoszonych do ubezpieczeń społecznych obywateli państw trzecich w zakresie niezbędnym do realizacji zadań kontrolnych, zwiększy się zakres zadań ZUS. Dotyczyć to będzie okresowego (kwartalnego) przekazywania SG i PIP wykazu płatników zatrudniających cudzoziemców oraz udzielania – na wniosek SG lub PIP – informacji dotyczących cudzoziemca.

Źródło finansowania:

Plan finansowy ZUS – w zakresie działalności bieżącej. Wobec braku konieczności budowania dedykowanych kanałów łączności pomiędzy ZUS a PIP i SG - zadania te nie będą stanowiły podstawy do ubiegania się o dodatkowe środki z budżetu państwa.

V.2a.4. Skutki finansowe związane ze zwiększeniem zadań ministra właściwego do spraw pracy

Implementacja dyrektywy 2009/52 wpłynie na rozszerzenie zakresu zadań ministra właściwego do spraw pracy. W drodze proponowanej ustawy nałożony zostanie obowiązek określania – na podstawie oceny ryzyka – sektorów działalności, w których koncentruje się zatrudnienie nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich oraz przygotowywania i przekazywania Komisji Europejskiej informacji o liczbie przeprowadzonych w poprzednim roku kontroli w zakresie zatrudnienia cudzoziemców przebywających w Rzeczypospolitej Polskiej wbrew przepisom oraz sprawozdania z realizacji postanowień dyrektywy 2009/52.

Realizacja tych zadań wymagać będzie współpracy z ministrem właściwym do spraw wewnętrznych, Strażą Graniczną i Głównym Inspektorem Pracy, a także – w zakresie współpracy przy ocenie ryzyka i określaniu sektorów działalności, w których koncentruje się zatrudnienie nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich, z ministrami właściwymi do spraw, odpowiednio: budownictwa, finansów publicznych, gospodarki, nauki, rolnictwa, rozwoju regionalnego, rybołówstwa, transportu, turystyki, zabezpieczenia społecznego, spraw zagranicznych oraz zdrowia.

Złożoność tych zadań wymaga wyodrębnienia dwóch stanowisk pracy w urzędzie obsługującym ministra właściwego do spraw pracy. Nastąpi to w oparciu o dotychczasowy zasób kadrowy.

Źródło finansowania:

Plan finansowy MPiPS – w ramach przyznanego limitu wydatków w trakcie prac nad ustawą budżetową. Przedmiotowe wydatki nie będą stanowiły podstawy do ubiegania się o dodatkowe środki z budżetu państwa.

V.2a.5. Ograniczenie nielegalnego zatrudnienia

Należy się także spodziewać, że wprowadzenie dotkliwych sankcji nie tylko karnych lecz także o wymiernych skutkach finansowych (jak wykluczenie z postępowań o zamówienia

publiczne czy konieczność zwrotu środków publicznych), a także przeprowadzenie kampanii informacyjnej sprzyjać będzie ograniczeniu patologii nielegalnego zatrudnienia. Można się spodziewać, iż wpłynie to nie tylko na ograniczenie zatrudnienia cudzoziemców przebywających wbrew przepisom, ale także ograniczenie szarej strefy. W konsekwencji przyczyni się to do wzrostu wpływów z tytułu składek i podatków. Wymierne korzyści finansowe dla budżetu państwa trudno jest oszacować z powodu braku informacji na temat nielegalnego zatrudnienia.

V.2a.6. Skutki finansowe w zakresie pomocy publicznej

Jedną z sankcji przewidzianych dyrektywą 2009/52 jest zwrot świadczeń, pomocy lub dotacji publicznych, w tym funduszy UE zarządzanych przez państwa członkowskie, przyznanych podmiotom powierzającym wykonywanie pracy obywatelom państw trzecich przebywającym w Rzeczypospolitej Polskiej wbrew przepisom - w okresie do 12 miesięcy poprzedzających wykrycie nielegalnego zatrudnienia. Może mieć to dwojaki wpływ na sektor finansów publicznych: wpływy z tytułu zwrotu przyznanych świadczeń oraz koszty administracyjne instytucji udzielających pomocy publicznej w związku z cofnięciem pomocy. Wymierne skutki finansowe dla budżetu państwa trudno jest oszacować z powodu braku informacji na temat nielegalnego zatrudnienia oraz liczby podmiotów, które mogłyby być objęte wspomnianą sankcją.

b) na rynek pracy

Można zakładać, że wejście w życie przepisów projektowanej ustawy przyczyni się do ograniczenia zatrudnienia nielegalnego, a w konsekwencji do zwiększenia skali oraz atrakcyjności legalnego zatrudnienia cudzoziemców. Może także wpłynąć na zwiększenie skłonności do powierzenia wykonywania pracy osobom dostępnym na miejscowym rynku pracy. Zapowiedź sankcji może zmotywować pracodawców do zakończenia zatrudniania cudzoziemców przebywających w Rzeczypospolitej Polskiej wbrew przepisom. Biorąc jednak pod uwagę stosunkowo niewielki udział imigrantów na polskim rynku pracy wpływ regulacji na liczbę dostępnych ofert pracy, skalę aktywności zawodowej obywateli polskich i poziom bezrobocia lub poziom wynagrodzeń będzie znikomy.

Proponowana regulacja pozytywnie wpłynie na możliwość dochodzenia przez nielegalnie zatrudnionych obywateli państw trzecich zaległego wynagrodzenia i świadczeń z tym związanych.

Przewidziane w projektowanej ustawie domniemanie istnienia stosunku pracy przez okres trzech miesięcy lub w przypadku wykonywania pracy na podstawie umów cywilnoprawnych domniemanie uzgodnionego wynagrodzenia, które ma być stosowane w celu ułatwienia dochodzenia roszczeń w zakresie zaległego wynagrodzenia i związanych z tym świadczeń (art. 6 projektu), tylko w odniesieniu do cudzoziemców przebywających wbrew przepisom, tj. grupy cudzoziemców objętych zakresem podmiotowym dyrektywy 2009/52, może stanowić podstawę do formułowania zarzutów o dyskryminacji innych osób zatrudnionych (Polaków i cudzoziemców legalnie przebywających). Wprowadzenie domniemania tylko w odniesieniu do cudzoziemców objętych zakresem dyrektywy 2009/52, uzasadnione jest jednakże ich specyficzną sytuacją wynikającą z nielegalnego statusu i trudności związanych z dochodzeniem roszczeń. Fakt przyjęcia dyrektywy 2009/52 w obecnym brzmieniu również

świadczy o tym, że na poziomie unijnym uznano szczególną sytuację tych osób uzasadniającą ich szczególne traktowanie.

c) na konkurencyjność gospodarki i przedsiębiorczość, w tym na funkcjonowanie przedsiębiorstw

Proponowana regulacja wprowadza nowe obowiązki dla podmiotów (w tym pracodawców) powierzających wykonywanie pracy obywatelom państw trzecich obligując ich do gromadzenia przed rozpoczęciem zatrudnienia przez obywateli państw trzecich dokumentu uprawniającego cudzoziemca do pobytu oraz przechowywania kopii tych dokumentów przez cały okres zatrudnienia, a także obowiązku powiadamiania właściwych organów o rozpoczęciu zatrudnienia cudzoziemca.

Z uwagi na wykorzystanie istniejącego obowiązku zgłaszania zatrudnionych do ubezpieczenia społecznego, obowiązki wynikające z implementacji dyrektywy 2009/52, nie spowodują znaczącego obciążenia finansowego dla pracodawców. Wymagać będą jednak zapoznania się z informacją nt. obowiązujących wzorów dokumentów pobytowych.

Proponowana regulacja nie będzie miała wpływu na funkcjonowanie rynku i nie będzie zakłócać mechanizmów konkurencji. Przedmiotu regulacji nie stanowią bowiem kwestie konkurencji, monopolizacji, prywatyzacji, itp. Regulacje nie zmieniają także istoty funkcjonowania gospodarki oraz zadań i roli przedsiębiorców.

Jednocześnie, w przypadku naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu wprowadzonego proponowaną regulacją zastosowana sankcja w postaci wykluczenia z postępowań o zamówienia publiczne czy konieczności zwrotu środków publicznych, a nawet czasowego wstrzymania działalności, może mieć niekorzystny wpływ na możliwość funkcjonowania tego przedsiębiorcy.

d) na sytuację i rozwój regionalny

Proponowana regulacja nie będzie miała wpływu na sytuację i rozwój regionalny.

V. 3. Wyniki przeprowadzonych konsultacji

Niezależnie od stosunkowo niewielkiej skali imigracji do Rzeczypospolitej Polskiej, napływ cudzoziemców na rynek pracy budzi emocje w opinii publicznej, wśród pracodawców oraz związków zawodowych. Już obecnie jednak część imigrantów przebywa w Rzeczypospolitej Polskiej nielegalnie, a udział imigrantów w szarej strefie jest bezsporny. Podczas jednego z posiedzeń Naczelnej Rady Zatrudnienia, przy okazji dyskusji nad przyszłością polskiej polityki w zakresie imigracji zarobkowych, przedstawiciele partnerów społecznych zgodnie stwierdzili, że potrzebny jest klarowny sygnał polityki państwa w kwestii zwalczania nielegalnej pracy i ograniczania szarej strefy.

Projekt ustawy został zamieszczony na stronie internetowej Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej oraz w Biuletynie Informacji Publicznej Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej, zgodnie z art. 5 ustawy z dnia 7 lipca 2005 r. o działalności lobbingsowej w procesie stanowienia prawa (Dz. U. Nr 169, poz. 1414 oraz z 2009 r. Nr 42, poz. 337). Do projektu ustawy dotychczas nie wpłynęły żadne zgłoszenia w trybie wyżej wymienionej ustawy.

Komisja Wspólna Rządu i Samorządu Terytorialnego 25 sierpnia 2011 r. pozytywnie zaopiniowała projekt ustawy.

Projekt ustawy został także skierowany do konsultacji społecznych z tymi samymi partnerami, z którymi konsultowano projekt założeń projektu ustawy. Konsultacjami tymi objęci zostali:

- 1) NSZZ „Solidarność”;
- 2) Ogólnopolskie Porozumienie Związków Zawodowych;
- 3) Business Centre Club - Związek Pracodawców;
- 4) Krajowa Izba Gospodarcza;
- 5) Polska Konfederacja Pracodawców Prywatnych „Lewiatan”;
- 6) Pracodawcy Rzeczypospolitej Polskiej;
- 7) Związek Rzemiosła Polskiego;
- 8) Forum Związków Zawodowych;
- 9) Państwowa Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości;
- 10) Stowarzyszenie Agencji Zatrudnienia;
- 11) Krajowa Rada Izb Rolniczych;
- 12) Federacja Branżowych Związków Producentów Rolnych;
- 13) Krajowy Związek Rolników, Kółek i Organizacji Rolniczych;
- 14) Niezależny Samorządny Związek Zawodowy Rolników Indywidualnych „Solidarność”;
- 15) Związek Zawodowy Pracowników Rolnictwa w Rzeczypospolitej Polskiej;
- 16) Związek Zawodowy Rolnictwa „Samoobrona”;
- 17) Związek Sadowników Rzeczypospolitej Polskiej.

Do dnia 30 sierpnia br. uwagi do projektu ustawy przekazały: Ogólnopolskie Porozumienie Związków Zawodowych (OPZZ), Krajowa Izba Gospodarcza (KIG), Business Centre Club (BCC) oraz Pracodawcy RP.

NSZZ „Solidarność” przekazała informację o braku uwag do przekazanego projektu ustawy.

OPZZ zgłosiło wątpliwość dotyczącą wprowadzenia do Kodeksu karnego w nowym art. 264b pojęcia „uporczywie”. Wskazało na niepewność, czy uporczywie oznacza jednorazowe, dwukrotne, siedmiokrotne czy inne zatrudnienie i zasugerowało wykreślenie z przepisu tego słowa. Biorąc pod uwagę brzmienie art. 9 ust. 1 lit. a dyrektywy 2009/52, które wyraźnie wskazuje na „uporczywe ponawianie” naruszenia zakazu zatrudniania nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich jako przesłanki wyższego poziomu odpowiedzialności sprawcy czynu, sugestia wykreślenia słowa „uporczywie” nie została uwzględniona w projekcie ustawy. Oceny zaistnienia przesłanki uporczywości dokona każdorazowo sąd na podstawie całokształtu okoliczności ujawnionych w postępowaniu w danej sprawie.

KIG pozytywnie ocenił propozycję sposobu wdrożenia dyrektywy 2009/52 w przedkładanej ustawie. Zaproponował jednak dwie zmiany dotyczące projektowanego art. 8 ust. 2 (dot. odpowiedzialności wykonawcy): 1) zamianę słowa „oraz” na „lub” w odniesieniu do

przesłanek dopełnienia należytej staranności oraz 2) uzupełnienie przepisu w części dotyczącej sprawdzenia wykonania obowiązku zgłoszenia cudzoziemców do ubezpieczeń społecznych poprzez doprecyzowanie: „przez uzyskanie odpowiedniego oświadczenia”. Propozycje te nie zostały uwzględnione z następujących powodów:

- uwaga 1) ze względu na zgodność proponowanego przepisu z brzmieniem przyjętych przez Radę Ministrów założeń (pkt. 3.10), które przewidują łączność obu przesłanek;
- uwaga 2) proponowane brzmienie narzucałoby wykonawcom sposób sprawdzenia wykonania obowiązku przez podwykonawcę. Wydaje się jednak istotne pozostawienie tu większej swobody wykonawcom.

BCC poparło projekt ustawy i wdrożenie dyrektywy 2009/52 niezależnie od wskazania kilku wątpliwości. Zaproponowało, celem wzmocnienia sankcji, rozważenie orzekania o łącznego zastosowania kary pozbawienia dostępu do pomocy publicznej i zwrotu przyznanej pomocy. Należy wskazać, że projektowana ustawa w art. 5 i 15 nie wyklucza możliwości łącznego orzeczenia ww. sankcji. Za niesłuszny BCC uznało przepis zobowiązujący wykonawcę do poniesienia kosztów wydalenia cudzoziemca; wynika to jednak z konieczności odpowiedniego wdrożenia art. 8 ust. 1 lit a w zw. z art. 5 ust. 2 lit. b dyrektywy 2009/52.

Pracodawcy RP wskazują na jednakowe traktowanie w projekcie ustawy wszystkich pracodawców, włączając nawet te „osoby fizyczne, które stały się pracodawcami niejako „przy okazji” zatrudniania cudzoziemca (np. rolnicy, osoby korzystające z pracy cudzoziemców w celu sprawowania opieki nad dziećmi lub wykonania prostych remontów)” i wnioskuje o zróżnicowanie i łagodniejsze potraktowanie tych osób. Zwrócić należy jednak uwagę, że polskie przepisy prawa pracy nie różnicują pracodawców ze względu na cel zatrudnienia, niezależnie czy zatrudnienie to dotyczy Polaka czy cudzoziemca. W myśl art. 3 Kodeksu pracy pracodawcą jest jednostka organizacyjna, choćby nie posiadała osobowości prawnej, a także osoba fizyczna, jeżeli zatrudniają one pracowników. Zastrzeżenia budzą także przepisy dotyczące przewidzianego w projekcie ustawy wysokości domniemanego wynagrodzenia (projektowany art. 6 ust.4). Należy wyjaśnić, że dyrektywa przewiduje domniemanie istnienia stosunku pracy przez okres co najmniej trzech miesięcy. Wskazany przepis przewiduje takie rozwiązanie celem zapewnienia ułatwień w dochodzeniu zaległych roszczeń w przypadku powierzenia wykonywania pracy obywatelowi państwa trzeciego na podstawie umowy cywilnoprawnej. W przypadku umowy cywilnoprawnej, np. umowy o dzieło, która jest umową rezultatu, nie jest możliwe określenie miesięcznego wynagrodzenia. Proponowany przepis konsumuje zatem cel dyrektywy, uwzględniając jednocześnie specyfikę umów cywilnoprawnych. Należy podkreślić, że strony będą miały zawsze bowiem możliwość wykazania innej uzgodnionej wysokości wynagrodzenia.

Załącznik 1

Wstępna opinia o zgodności projektu z prawem Unii Europejskiej

Według wstępnej opinii organu wnioskującego, proponowane regulacje nie są sprzeczne z prawem Unii Europejskiej, stanowiąc jego implementację w zakresie przepisów dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/52/WE z dnia 18 czerwca 2009 r. przewidującej minimalne normy w odniesieniu do kar i środków stosowanych wobec pracodawców zatrudniających nielegalnie przebywających obywateli krajów trzecich (Dz. Urz. UE L. 168 s. 24 -32).

Ministerstwo Spraw Zagranicznych stwierdziło zgodność z prawem Unii Europejskiej projektu ustawy o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Załącznik 2

Informacja o przedstawieniu projektu dokumentu rządowego zgodnie z § 12a Uchwały Nr 49 Rady Ministrów z dnia 19 marca 2002r. Regulamin pracy Rady Ministrów

Projekt ustawy nie podlega przedstawieniu właściwym instytucjom i organom Unii Europejskiej lub Europejskiemu Bankowi Centralnemu celem uzyskania opinii, dokonania konsultacji albo uzgodnienia, w przypadkach określonych w obowiązujących na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przepisach Unii Europejskiej zgodnie z § 12a uchwały Nr 49 Rady Ministrów z dnia 19 marca 2002 r. Regulamin pracy Rady Ministrów (M.P. Nr 13, poz. 221, z późn. zm.).

Załącznik 3

Informacja o notyfikacji

Projekt ustawy nie zawiera przepisów technicznych, więc projekt nie podlega notyfikacji zgodnie z trybem przewidzianym w przepisach dotyczących sposobu funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych.

Załącznik 4

Informacja o zgłoszeniach podmiotów zainteresowanych pracami nad projektem ustawy w trybie przepisów o działalności lobbingowej w procesie stanowienia prawa lub o ich braku

Żaden podmiot nie zgłosił – w trybie przepisów o działalności lobbingowej w procesie stanowienia prawa – zainteresowania pracami ani nad projektem założeń ustawy wdrażającej dyrektywę 2009/52 ani nad przedstawianym projektem ustawy, opracowanym w oparciu o przyjęte założenia.

Załącznik 5

**Tabelaryczne zestawienie przepisów prawa Unii Europejskiej,
których wdrożenie jest celem niniejszego projektu ustawy dostosowawczej
i projektowanych przepisów prawa polskiego**