t. LXIII, nr 8/2022 DOI 10.33226/0032-6186.2022.8.7

Wykładnia i praktyka

Prof. dr hab. Daniel Eryk Lach, LL.M. (EUV)
Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
ORCID: 0000-0001-6223-5356
e-mail: lach@amu.edu.pl

Wynagrodzenie nieformalnego opiekuna w modelu tzw. opieki całodobowej (wyrok niemieckiego federalnego sądu pracy [BAG] z 25 czerwca 2021 r., 5 AZR 505/20)*

The informal caregiver's remuneration in the so-called round-the-clock care (Judgment of the German Federal Labour Court [BAG] of June 25, 2021, 5 AZR 505/20)

Streszczenie
Przedmiotem artykułu jest wyrok niemieckiego federalnego sądu pracy (BAG) z 25 czerwca 2021 r., 5 AZR 505/20, w którego tezie wskazano, że opiekun-cudzoziemiec, delegowany do Niemiec w celu pracy w gospodarstwie domowym osoby niesamodzielnej, ma prawo do wynagrodzenia w wysokości co najmniej wynagrodzenia minimalnego nie tylko za czas pracy, ale także za okres dyżuru. Autor omawia skutki przedmiotowego orzeczenia zarówno odnośnie do sytuacji prawnej nieformalnych opiekunów z krajów Europy Wschodniej, jak również możliwości organizacyjnych i finansowych zapewnienia osobom niesamodzielnym należytej opieki (także całodobowej) w warunkach domowych.

Słowa kluczowe
delegowanie opiekuna, wynagrodzenie minimalne, czas pracy

Abstract
The subject of this paper is the judgment of the German Federal Labour Court (BAG) of June 25, 2021, 5 AZR 505/20, in which it was indicated that the caregiver — a foreigner posted to Germany to work in the household of a dependent person, has the right to wages of at least the minimum wage, not only for working time, but also for the period of on-call time. The author discusses the effects of the judgment regarding the legal situation of informal carers from Eastern European countries, as well as the organizational and financial possibilities of providing dependent people with proper care (also around the clock) at home.

Keywords
posting of caregivers, minimum wage, working time

JEL: K31, K39

Wprowadzenie

Problematyka sytuacji prawnopracowniczej pochodzących z państw Europy Wschodniej opiekunów osób niesamodzielnych, świadczących opiekę w warunkach domowych w Niemczech, była często przedmiotem refleksji piśmiennictwa niemieckiego. Dyskutowano zagadnienia dopuszczalności tzw. opieki całodobowej (24-Stunden-Betreuung) w kontekście przepisów regulujących czas pracy (Scheiwe & Schwach, 2013, s. 1117; Brors & Böning, 2015, s. 847, 850; Thüsing i in., 2021, s. 324 i n.; Janda, 2020, s. 309 i n.; Knäbe, 2021) oraz prawa opiekunów do wynagrodzenia w wysokości co najmniej wynagrodzenia minimalnego (Brors & Böning, 2015, s. 847; Knopp, 2015, 2016, s. 446). Reasumując stwierdzano, że *de facto* opieka domowa w Niemczech realizowana przez

delegowanych opiekunów to „olbrzymia prawna szara strefa" (Sell, 2020, s. 92), która stanowi „tolerowane nadużycie prawa" (Brors & Böning, 2015, s. 846), a „kto nie wybiera domu opieki, skazany jest na działania nielegalne" (Thüsing i in., 2021, s. 321). W konsekwencji krytykowano „strusią politykę" rządzących, postulując uporządkowanie kwestii zatrudnieniowych i socjalnoprawnych nieformalnych opiekunów (Sell, 2020, s. 93, 2010).

Niemiecki federalny sąd pracy (BAG) w wyroku z 25 czerwca 2021 r., 5 AZR 505/20, uznał, że opiekun-cudzoziemiec, delegowany do Niemiec w celu pracy w gospodarstwie domowym osoby niesamodzielnej, ma prawo do wynagrodzenia w wysokości co najmniej wynagrodzenia minimalnego nie tylko za czas pracy, ale także za okres dyżuru[1]. Tym samym — co w świetle przepisów dyrektywy nr 96/71 dotyczącej delegowania pracowników w ramach świadczenia usług nie może zaskakiwać — wskazane wyżej krytyczne głosy wyrażane w piśmiennictwie, a odnoszące się do funkcjonowania w praktyce modelu opieki całodobowej, zostały uwzględnione przez federalny sąd pracy.

Trzeba jednak podkreślić, że omawiane orzeczenie może mieć znacznie dalej idące skutki niż tylko uporządkowanie sytuacji prawnopracowniczej nieformalnych opiekunów z krajów Europy Wschodniej. Wydaje się bowiem, że będzie ono rzutować na funkcjonowanie całego systemu Pflegeversicherung, wpływając na możliwości organizacyjne i finansowe zapewnienia osobom niesamodzielnym należytej opieki (także całodobowej) w warunkach domowych. Jak już bowiem zauważano, świadczeń opiekuńczo-pielęgnacyjnych udzielają na ogół nieformalni opiekunowie (Lach, 2018, s. 3), gdyż profesjonalnych opiekunów jest zbyt mało w stosunku do rosnących potrzeb (Schwinger i in., 2020, s. 5), co rzutuje także na wysoki i rosnący poziom ich wynagrodzeń (Bonin, 2020, s. 64–65). Z tego zresztą względu od wielu już lat można zaobserwować zjawisko „drenażu" rynków pracy krajów Europy Wschodniej odnośnie do formalnych i nieformalnych opiekunów przez państwa Europy Zachodniej, zwłaszcza te, w których stworzono systemy finansowania świadczeń opiekuńczych i pielęgnacyjnych, np. Niemcy. Znaczący wzrost kosztów ich zatrudnienia jest w tej sytuacji poważnym wyzwaniem dla tych systemów.

Przedmiotowy wyrok stanowi dogodny pretekst do sformułowania kilku spostrzeżeń dotyczących tej złożonej sytuacji. Chodzi przy tym nie tylko o refleksję w zakresie stosowania określonych przepisów prawa pracy i prawa socjalnego (także w wymiarze europejskim) do tej szczególnej grupy pracowników, którą stanowią nieformalni opiekunowie z krajów Europy Wschodniej, ale szerzej — o dostrzeżenie problemów związanych z ograniczeniami tego istotnego sektora rynku pracy.

Stan faktyczny

Stan faktyczny w rozpoznawanej sprawie był — rzec można — typowy. Powódka, obywatelka Bułgarii, zawarła w kwietniu 2015 r. w Bułgarii z bułgarskim przedsiębiorstwem umowę o pracę w charakterze „asystentki społecznej" w wymiarze 30 godzin pracy tygodniowo, z wolnymi sobotami i niedzielami i z wynagrodzeniem 950 EUR miesięcznie, przy czym jako miejsce pracy wskazano Niemcy. Na podstawie tej umowy powódka została delegowana do Berlina, do pracy w gospodarstwie domowym niesamodzielnej 90-latki, w której mieszkaniu zamieszkała. Do jej obowiązków należały zarówno czynności związane z prowadzeniem gospodarstwa domowego (zakupy, sprzątanie, gotowanie itp.), jak również opieka i pielęgnacja nad podopieczną (pomoc w czynnościach higienicznych, ubieraniu itp.) oraz dotrzymywanie jej towarzystwa, rozmowy itp. Zakres czynności, które powódka była zobowiązana wykonywać, szeroko definiowała umowa zawarta pomiędzy delegującym ją przedsiębiorstwem a synem podopiecznej. Umowa ta wskazywała także, iż powódka powinna wykonywać swoje zadania całodobowo, a czas wolny i przerwy będą udzielane „przy uwzględnieniu sytuacji opiekuńczej".

Już po zakończeniu okresu zatrudnienia i delegowania powódka wystąpiła z roszczeniem o wyrównanie wynagrodzenia do wysokości wynagrodzenia minimalnego obowiązującego ówcześnie w Niemczech (8,50 EUR za godzinę) a także o wynagrodzenie czasu pracy przekraczającego umówiony wymiar 30 godzin tygodniowo, w tym także wynagrodzenie za czasu dyżuru, jako że pozostawała w gotowości do świadczenia pracy w istocie przez 24 godziny na dobę, łącznie — za okres od maja do sierpnia oraz od października do grudnia 2015 r. — domagając się kwoty w wysokości 47 124 EUR.

Federalny sąd pracy, uwzględniając powództwo co do zasady, uchylił wyrok krajowego sądu pracy dla Berlina-Brandenburgii i przekazał mu sprawę do ponownego rozpoznania, w tym zwłaszcza dokonania ustaleń faktycznych co do okresów świadczenia pracy i pozostawania w gotowości do jej świadczenia, aby obliczyć wysokość należnego powódce wynagrodzenia.

Uzasadnienie wyroku BAG

Właściwość sądu niemieckiego

Uzasadniając swoje rozstrzygnięcie federalny sąd pracy wskazał przede wszystkim, że zgodnie z art. 6 dyrektywy 96/71/WE dotyczącej delegowania pracowników w ramach świadczenia usług postępowanie sądowe, którego przedmiotem są warunki pracy i zatrudnienia zagwarantowane w art. 3 tej dyrektywy, może być wszczęte w państwie członkowskim, na którego terytorium jest lub był delegowany pracownik. W konsekwencji niemieckie sądy pracy są właściwe do rozpoznania roszczeń powódki.

Dopuszczalność zastosowania niemieckich przepisów o wynagrodzeniu minimalnym

Odnosząc się do pierwszej z kluczowych kwestii, tj. dopuszczalności zastosowania w sprawie niemieckich przepisów o wynagrodzeniu minimalnym, federalny sąd pracy zauważył, że zasadniczo umowa o pracę powódki podlegała prawu bułgarskiemu (por. art. 8 rozporządzenia nr 593/2008 z 17 czerwca 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych [Rzym I]). Niemniej uznał,

że niemieckie przepisy o wynagrodzeniu minimalnym stanowią „przepisy wymuszające swoje zastosowanie", o których mowa w art. 9 tego rozporządzenia. Służą one bowiem nie tylko ochronie interesu prywatnego pracownika (powódki), ale także interesowi publicznemu, chroniąc wszystkie osoby zatrudnione w warunkach podporządkowania przed nieproporcjonalnie niskim wynagrodzeniem. Sąd wskazał przy tym, że chodzi w istocie o zapewnienie wszystkim pracownikom, także delegowanym z zagranicy, możliwości uzyskania w wyniku aktywności zarobkowej zarobków w wysokości respektującej godność człowieka i zarazem pozwalającej na samodzielne utrzymanie, a w konsekwencji „odciążającej systemy zabezpieczenia społecznego". To ostatnie sformułowanie oznacza, najprościej rzecz ujmując, że uzyskiwanie z pracy zarobku powinno zagwarantować każdemu taki dochód, aby nie było konieczności korzystania z rozmaitych świadczeń socjalnych, w tym zwłaszcza pomocowych.

Ponadto sąd przywołał art. 3 dyrektywy 96/71/WE dotyczącej delegowania pracowników w ramach świadczenia usług, zgodnie z którym państwa członkowskie zapewniają, bez względu na to, jakie prawo ma zastosowanie do danego stosunku pracy, by przedsiębiorstwa delegujące, w oparciu o zasadę równego traktowania, gwarantowały pracownikom, którzy zostali delegowani, stosowanie warunków zatrudnienia obejmujących — między innymi — wynagrodzenie wraz ze stawką za godziny nadliczbowe, które obowiązują w państwie członkowskim, gdzie wykonywana jest praca.

W konsekwencji sąd uznał, że opiekun-cudzoziemiec, delegowany do Niemiec w celu pracy w gospodarstwie domowym osoby niesamodzielnej, ma prawo do wynagrodzenia w wysokości co najmniej wynagrodzenia minimalnego, określonego w przepisach prawa niemieckiego.

Wynagrodzenie za okresy dyżuru (pozostawania w gotowości do pracy)

Odnosząc się natomiast do kwestii wynagrodzenia za okresy dyżuru (pozostawania w gotowości do pracy) federalny sąd pracy wskazał, że w takich okresach pracownik nie dysponuje swobodnie swoim czasem, ale pozostaje w miejscu określonym przez pracodawcę, aby w razie konieczności przystąpić do wykonywania swoich obowiązków pracowniczych. W tym kontekście przywołał orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) dotyczące dyżurów w miejscach pracy, które nie pokrywały się z miejscem zamieszkania pracownika. TSUE wielokrotnie orzekał, że decydującym czynnikiem dla przyjęcia, iż elementy charakteryzujące pojęcie „czasu pracy" w rozumieniu dyrektywy 2003/88 występują, jest fakt, że pracownik jest zmuszony być fizycznie obecny w miejscu określonym przez pracodawcę i pozostawać tam do jego dyspozycji, aby w razie potrzeby móc niezwłocznie świadczyć pracę. Trybunał stwierdził, że w trakcie takiego okresu dyżuru pracownik, który jest zobowiązany do pozostania w miejscu pracy do niezwłocznej dyspozycji pracodawcy, musi być oddalony od swego środowiska społecznego i rodzinnego oraz korzysta z ograniczonej swobody w zakresie zarządzania czasem, w którym nie wymaga się od niego świadczenia pracy. W związku z tym cały ten okres należy zakwalifikować jako „czas pracy" w rozumieniu dyrektywy 2003/88, niezależnie od rzeczywistego świadczenia pracy przez pracownika w omawianym okresie[2].

Federalny sąd pracy wskazał zarazem, że okresy dyżuru (pozostawania w gotowości do pracy) należy zaliczyć do czasu pracy nie tylko z uwagi na potrzebę ochrony bezpieczeństwa i zdrowia pracowników, ale także w kontekście prawa do wynagrodzenia. Przywołując swoje wcześniejsze orzecznictwo sąd uznał bowiem, że nawet gdy praca faktycznie nie jest w takim okresie wykonywana — to jednak wykonując polecenie pracodawcy pracownik pozostaje w określonym miejscu i nie dysponuje swobodnie swoim czasem.

Co do wysokości należnego wynagrodzenia za okresy dyżuru (pozostawania w gotowości do pracy) sąd stwierdził, że w przypadku braku szczególnej ustawowej regulacji należy uznać, iż chodzi o minimalną stawkę godzinową za każdą godzinę dyżuru.

Znaczenie wyroku w sprawie 5 AZR 505/20

Omawiany wyrok jest istotny z kilku co najmniej powodów. W świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego[3] dla polskiego czytelnika niewielkie znaczenie ma okoliczność, że BAG, wbrew głosom krytycznym podnoszonym w piśmiennictwie, potwierdził swoje wcześniejsze orzecznictwo i jednoznacznie uznał, że okresy dyżuru (pozostawania w gotowości do pracy) są okresami pracy, za które pracownikowi przysługuje wynagrodzenie i to — podobnie jak za podstawowy czas pracy — w wysokości co najmniej wynagrodzenia minimalnego. Można więc tylko na marginesie zauważyć, że stanowisko BAG akceptuje literatura niemiecka, wskazując na przeznaczenie regulacji dotyczącej minimalnego wynagrodzenia za pracę (Seifert, 2022, s. 72–73).

Natomiast, także z polskiej perspektywy, istotne jest stwierdzenie, że omawiany wyrok może znacząco wpłynąć na funkcjonowanie powszechnie przyjętego w praktyce usług opiekuńczych w Niemczech modelu tzw. opieki całodobowej. Jego finansową podstawę stanowią przepisy niemieckiego kodeksu socjalnego (SGB) — księgi XI — regulujące świadczenia w ramach ubezpieczenia pielęgnacyjnego. Podstawowym świadczeniem — realizującym zasady: wolnego wyboru (§ 2 SGB XI) oraz prymatu opieki środowiskowej nad opieką instytucjonalną (§ 3 SGB XI) — jest bowiem zryczałtowany i dość niski[4] zasiłek pielęgnacyjny (Pflegegeld, § 37 SGB XI). Osoba niesamodzielna korzystająca z zasiłku staje się konsumentem na rynku usług opiekuńczych, we własnym zakresie zapewniając sobie niezbędną i odpowiednią opiekę podstawową oraz pomoc w prowadzeniu gospodarstwa domowego. W szczególności może to być opieka sprawowana przez krewnych lub opiekunów-wolontariuszy. Mogą to być również usługi nabyte u podmiotów profesjonalnie zajmujących się udzielaniem świadczeń pielęgnacyjnych i opiekuńczych (Przybyłowicz, 2017, s. 130). W świetle wy-

sokości zasiłku nie dziwi jednak, że w praktyce w szerokim zakresie[5] wykorzystywana była dotąd praca nieprofesjonalnych opiekunów z krajów Europy Wschodniej, w tym także z Polski, wykonujących swoje zadania całodobowo, *de facto* z naruszeniem przepisów o wynagrodzeniu minimalnym i czasie pracy.

Uznanie przez federalny sąd pracy, że tacy opiekunowie mają: 1) prawo do wynagrodzenia w wysokości niemieckiego minimalnego wynagrodzenia; 2) także za okresy dyżuru (pozostawania w gotowości do pracy), to jednak tylko *prima facie* bardzo dobra wiadomość dla nieformalnych opiekunów. W praktyce może się bowiem okazać, że zamiast podwyżki otrzymają oni raczej wypowiedzenie. W piśmiennictwie niemieckim zauważa się mianowicie, że w efekcie omawianego wyroku nie będzie zapewne możliwości utrzymania modelu opieki całodobowej w dotychczasowym kształcie ze względów finansowych. Wysokość zasiłków pielęgnacyjnych nie pozwoli bowiem ani na podniesienie wynagrodzeń nieformalnych opiekunów, ani tym bardziej na zatrudnienie w miejsce jednej kilku osób w systemie zmianowym. Z tego względu postuluje się podjęcie prac ustawodawczych w celu przebudowy modelu finansowania opieki środowiskowej sprawowanej całodobowo (Seifert 2022, s. 74–75)[6].

Wprawdzie mogłoby się wydawać, że kontynuowanie całodobowej opieki w warunkach domowych będzie możliwe przy wykorzystaniu tzw. świadczeń opieki środowiskowej w naturze (Pflegesachleistungen), przewidzianych w § 36 SGB XI, tym bardziej że ryczałt na ich sfinansowanie jest znacznie wyższy niż zasiłek pielęgnacyjny, na dodatek wzrósł on od 1 stycznia 2022 r. o 5%[7]. Trzeba jednak wskazać — i jest to kolejna zła wiadomość dla nieformalnych opiekunów — że świadczenia opieki środowiskowej w naturze wykonywane są co do zasady przez profesjonalnych[8] opiekunów zatrudnionych przez ambulatoryjne placówki opiekuńcze, które zostały dopuszczone do udzielania świadczeń, albo przez opiekunów zatrudnionych bezpośrednio przez kasy pielęgnacyjne (Przybyłowicz, 2017, s. 128) (por. § 36 ust. 4 SGB XI). W większości przypadków opieka sprawowana przez nieformalnych opiekunów z Europy Wschodniej nie może być zatem finansowana w ten sposób.

Generalnie można zauważyć, że szersze zastosowanie w praktyce świadczeń opieki środowiskowej w naturze jest utrudnione, ponieważ na rynku pracy brakuje odpowiedniej liczby wykwalifikowanych opiekunów, a wynagrodzenia już aktywnych rosną szybciej niż przeciętne wynagrodzenie (szerzej Lach, 2020, s. 18 i wskazana tam literatura). Nie wydaje się zatem możliwe, by w ten sposób zaspokoić stale rosnące zapotrzebowanie na świadczenia całodobowej opieki w warunkach domowych.

W konsekwencji można więc raczej oczekiwać, że w przeważającej większości przypadków skutkiem omawianego wyroku dla nieformalnych opiekunów realizujących usługi całodobowej opieki nad osobą niesamodzielną w warunkach domowych będzie — mniej lub bardziej wymuszone — podejmowanie przez nich pracy w charakterze osób samozatrudnionych, do których przepisy regulujące wynagrodzenie minimalne i czas pracy nie mają zastosowania[9]. Tylko wtedy w grę wchodzi utrzymanie niskich stawek, możliwych do udźwignięcia przez osoby niesamodzielne korzystające z zasiłku pielęgnacyjnego. Zarazem jednak sytuacja faktyczna i prawna nieformalnych opiekunów nie tylko nie ulegnie poprawie, ale nawet pewnemu pogorszeniu. Aby dochodzić wynagrodzenia w wysokości niemieckiego minimalnego wynagrodzenia, także za okresy dyżuru (pozostawania w gotowości do pracy), będą oni musieli w pierwszej kolejności domagać się ustalenia istnienia stosunku pracy, wykazując pozorność samozatrudnienia lub jego nieważność z uwagi na — generalnie dość oczywistą — chęć obejścia przepisów prawa pracy służących ochronie ich interesów. W konsekwencji usługi opiekuńcze świadczone przez nieformalnych opiekunów z krajów Europy Wschodniej zapewne pozostaną w szarej strefie, nadal stanowiąc „tolerowane nadużycie prawa". Co więcej, ponieważ wykonywanie usług przez nieformalnych opiekunów będzie miało miejsce w ramach wątpliwej prawnie konstrukcji samozatrudnienia, to w konsekwencji dla osób korzystających z całodobowej opieki ryzyko jej ewentualnej „nielegalności" stanie się w istocie wyższe niż wcześniej. W grę może bowiem wchodzić nie tylko — jak dotąd — zaniżanie wynagrodzenia (w tym niewypłacanie go za okresy dyżuru), ale generalnie dopuszczalność samozatrudnienia opiekuna w kontekście charakteru wykonywanej pracy.

Trzeba przy tym dostrzec także socjalnoprawny aspekt omawianej sytuacji. Otóż w przypadku ustalenia pozorności samozatrudnienia i istnienia od początku stosunku pracy pojawia się kwestia podmiotu zobowiązanego do opłacenia i sfinansowania składek ubezpieczeniowych z tytułu zatrudnienia pracowniczego, w tym także części obciążającej pracownika-ubezpieczonego. Podmiot z państwa Europy Wschodniej, który w odniesieniu do opiekunów-pracowników występował jako delegujący pracodawca, w konstrukcji samozatrudnienia będzie zasadniczo odgrywał wyłącznie rolę pośrednika. Natomiast w świetle § 37 SGB XI wydaje się, że jako pracodawca-płatnik będzie występowała osoba niesamodzielna, na rzecz której były wykonywane usługi pielęgnacyjno-opiekuńcze, względnie członkowie jej rodziny/opiekunowie prawni (tak jak w stanie prawnym stanowiącym podstawę omawianego wyroku), będący stroną umowy z opiekunem. Mając ponadto na uwadze przepis § 28g SGB IV należy dalej uznać, że tak ustalony płatnik będzie przy tym odpowiadał w całości za wszystkie zaległe składki (por. Lach, 2021, s. 21–22 i wskazana tam literatura), co stanowi oczywiście dodatkowy i znaczący czynnik ryzyka związany z zawarciem z (pozornie) samozatrudnionym opiekunem umowy o współpracę w miejsce umowy o pracę.

W tym kontekście należy bowiem zauważyć, że w modelu pracowniczym całodobowej opieki delegowany do Niemiec nieformalny opiekun-pracownik podlegał nadal systemowi zabezpieczenia społecznego państwa członkowskiego, z którego był delegowany (art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004). Wprawdzie w sytuacji przejścia nieformalnego opiekuna na samozatrudnienie nadal możliwe jest podleganie ustawodawstwu „pierwszego" państwa

członkowskiego, tj. państwa, w którym jest zarejestrowana jego działalność. Trzeba przy tym jednak zaznaczyć, że art. 12 ust. 2 rozporządzenia 883/2004 formułuje — jak się wydaje w praktyce trudny do spełnienia — wymóg, by opiekun „normalnie wykonywał działalność jako osoba pracująca na własny rachunek”[10] w pierwszym państwie członkowskim, np. w Polsce. Warunek ten należy rozumieć analogicznie do warunku określonego w art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004, aby delegujący pracodawca „normalnie prowadził swą działalność” w państwie delegowania. Pełni on bowiem tę samą funkcję ograniczając możliwość nadużywania wyjątku określonego w art. 12 ust. 2 rozporządzenia 883/2004. Tymczasem nieformalni opiekunowie z państw Europy Wschodniej przed wyjazdem do Niemiec w przeważającej większości przypadków nie prowadzą przecież działalności gospodarczej, której przedmiotem byłyby usługi pielęgnacyjne/opiekuńcze, już choćby tylko z tego względu, że często nie mają stosownych kwalifikacji zawodowych. W konsekwencji samozatrudniony nieformalny opiekun będzie podlegać ustawodawstwu tego państwa członkowskiego, w którym wykonuje pracę na własny rachunek (*lex loci laboris*, art. 11 ust. 2 lit. a rozporządzenia 883/2004). W przypadku Niemiec oznacza to jednak zasadniczo brak obowiązku ubezpieczeniowego, a w konsekwencji możliwość tylko dobrowolnego przystąpienia do ubezpieczeń społecznych i opłacania składek, co w praktyce może oznaczać w wielu przypadkach brak ochrony socjalnej samozatrudnionych nieformalnych opiekunów. Zarazem wsteczne ustalenie istnienia stosunku pracy będzie oznaczać obowiązek opłacenia należnych z jej tytułu składek w całości przez pracodawcę — osobę niesamodzielną lub jej rodzinę zawierającą umowę z opiekunem.

Podsumowanie

Podsumowując należy stwierdzić, że omawiane orzeczenie nie ogranicza się do rozwiązania kwestii sytuacji prawnej nieformalnych opiekunów z krajów Europy Wschodniej. Wydaje się bowiem, że przyjęte w nim rozstrzygnięcie będzie miało znacznie dalej idące skutki, wpływając na funkcjonowanie powszechnie przyjętego w praktyce usług opiekuńczych w Niemczech modelu tzw. opieki całodobowej. Wobec znaczącego wzrostu kosztów zatrudniania nieformalnych opiekunów może on ze względów finansowych okazać się zasadniczo niemożliwy do utrzymania w dotychczasowym kształcie. Zarazem — mając na uwadze brak odpowiedniej liczby wykwalifikowanych opiekunów — trudno sobie wyobrazić rezygnację z opieki sprawowanej przez nieformalnych opiekunów z krajów Europy Wschodniej. W konsekwencji zarówno zainteresowane strony (osoby niesamodzielne i opiekunowie), jak i kreator polityki społecznej stoją przed wyzwaniem poszukiwania rozwiązań godzących sprzeczne interesy, a zarazem możliwych do wdrożenia i zgodnych z prawem. Należy bacznie śledzić te poczynania, ponieważ w naszyn kraju stoimy przez podobnymi wyzwaniami. W Polsce zapotrzebowanie na opiekę długoterminową jest zasadniczo podobne jak w Niemczech, braki na rynku opiekunów — wobec ich emigracji zarobkowej — zapewne nawet większe, natomiast środki finansowe będące w dyspozycji osób niesamodzielnych — bez porównania mniejsze.

Przypisy/Notes

* Publikacja powstała w wyniku badań prowadzonych podczas stażu naukowego w Katedrze Prawa Cywilnego, Niemieckiego i Europejskiego Prawa Pracy oraz Prawa Porównawczego Wydziału Prawa Uniwersytetu Friedricha Schillera w Jenie, sfinansowanego ze środków statutowych Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu.

[1] Na marginesie tylko należy zaznaczyć, że dyrektywa 2003/88/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 4 listopada 2003 r. dotycząca niektórych aspektów organizacji czasu pracy wprowadza dychotomiczny podział na czas pracy i czas odpoczynku, nie przewidując czasu gotowości do pracy (dyżuru) jako osobnej kategorii, zatem czas dyżuru jest w jej rozumieniu czasem pracy (por. np. wyrok TSUE z 9 września 2003 r. w sprawie C-151/02, Jaeger, i postanowienie TSUE z 11 stycznia 2007 r. w sprawie C-437/05, Vorel). Należy jednak wskazać, że prawo wspólnotowe nie dotyczy wynagrodzenia za czas dyżuru: dyrektywa 2003/88 została oparta na art. 137 ust. 5 TWE, zgodnie z którym minimalne standardy ochronne, które Rada może przyjąć w drodze dyrektyw, nie obejmują wynagrodzeń. W omawianej sprawie miał natomiast zastosowanie przepis § 2 ust. 3 „drugiego rozporządzenia o bezwzględnie obowiązujących warunkach pracy w branży opiekuńczej” (Zweite Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Pflegebranche — 2. PflegeArbbV), nakazujący wynagradzanie także okresów „gotowości do pracy” (Bereitschaftsdienst) według stawki minimalnej określnej w § 2 ust. 1 tego rozporządzenia (podobnie zresztą jak czasu dojazdu do osoby niepełnosprawnej — § 2 ust. 2 PflegeArbbV).

[2] Por. wyroki: z 3 października 2000 r., Simap, C-303/98, pkt 48; z 9 września 2003 r., Jaeger, C-151/02, pkt 63; z 5 października 2004 r., Pfeiffer i in., od C-397/01 do C-403/01, EU: C: 2004: 584, pkt 93; z 1 grudnia 2005 r., Dellas i in., C-14/04, pkt 48; z 21 lutego 2018 r., Matzak, C-518/15, pkt 63–66; z 9 marca 2021 r., D. J., C-344/19, pkt 33 i n., a także z 9 marca 2021 r., RJ, C-580/19, pkt 34 i n.

[3] W orzecznictwie tym — odnosząc się jednak do szczególnej sytuacji dyżurów medycznych — przyjmuje się w zasadzie jednolicie, że czas ich pełnienia stanowi dla pracowników wykonujących zawody medyczne odrębną od ich „zwykłej” pracy kategorię aktywności zawodowej, wobec czego praca świadczona w ramach tego dyżuru musi być wynagradzana na innych zasadach niż „normalna” praca. W konsekwencji przyjmuje się, że wynagrodzenie za czas dyżuru medycznego powinno być ustalane według zasad przewidzianych w art. 151^1 § 1–3 k.p., a więc na zasadach ustalania wynagrodzenia za pracę w godzinach nadliczbowych (art. 32j ust. 4 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej oraz art. 95 ust. 5 ustawy o działalności leczniczej). Por. np. wyrok Sądu Najwyższego z 4 czerwca 2013 r., I PK 293/12, OSNP 2014/3/35, oraz wskazane w nim wypowiedzi piśmiennictwa.

[4] W zależności od ustalonego stopnia niesamodzielności wysokość zasiłku wynosi od 316 do 901 EUR miesięcznie, przy czym przysługuje on dopiero od drugiego stopnia niesamodzielności, § 37 ust. 1 SGB XI.

[5] W piśmiennictwie wskazywano, że chodzi o co najmniej 150 tysięcy opiekunów, uznając zarazem, że może ich być nawet około 400 tysięcy, Sell, 2020, s. 93.

[6] Przy czym postulaty takie formułowano już od dawna, Sell, 2010.

[7] Obecnie, w zależności od ustalonego stopnia niesamodzielności, wysokość dofinansowania wynosi od 724 do 2095 EUR miesięcznie i to poczynając już od pierwszego stopnia niesamodzielności, § 36 ust. 3 SGB XI.

[8] W przepisie *expressis verbis* mowa jest o „odpowiednich" (geeignet) opiekunach. W literaturze niemieckiej konieczność posiadania przez nich stosownego wykształcenia jest przedmiotem dyskusji. Za — uzasadnioną funkcjonalnie — koniecznością jego posiadania opowiada się M. Plantholz (2014, s. 850), przeciwko — wskazując, że ustawa milczy w tej kwestii — P. Udsching (2010, s. 371, 2018, komentarz do § 77 nb. 7). Generalnie jednak oba stanowiska sprowadzają się do stwierdzenia, że wymagane — „odpowiednie" — kwalifikacje opiekuna zależą od wynikającej z umowy sytuacji opiekuńczej (Pfegefall) i wymagań związanych z konkretną osobą niesamodzielną, dlatego gdy chodzi jedynie o proste czynności z zakresu prowadzenia gospodarstwa domowego kwalifikacje zawodowe nie są wymagane (Plantholz, 2014, s. 850). Zarazem w sytuacji, gdy umowa nie ogranicza się do określonych sytuacji opiekuńczych i ma charakter ramowy, wówczas w pełni zasadne jest wymaganie posiadania przez opiekuna stosownego wykształcenia zawodowego, o którym mowa w § 71 ust. 1 i 3 SGB XI (Udsching, 2010, s. 371, 2018, komentarz do § 77 nb. 7).

[9] Kwestia prekaryjnego zatrudnienia nieformalnych opiekunów z naruszeniem przepisów prawa pracy była już przedmiotem wcześniejszych wypowiedzi literatury, por. Colombo i in., 2011, s. 91–97, 161 i n.

[10] Rozporządzenie wykonawcze nr 987/2009 wskazuje, że określenie „która normalnie wykonuje działalność jako osoba pracująca na własny rachunek" odnosi się do osoby, która zwykle prowadzi znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę. W szczególności osoba taka musi już prowadzić działalność od pewnego czasu przed dniem, od którego zamierza skorzystać z przepisów tego artykułu, oraz w każdym okresie prowadzenia tymczasowej działalności w innym państwie członkowskim musi nadal spełniać w państwie członkowskim, w którym ma siedzibę, wymogi konieczne do prowadzenia działalności pozwalające na jej ponowne podjęcie po powrocie (§ 14 ust. 3). Zarazem kryterium stosowanym do określenia, czy działalność, którą osoba pracująca na własny rachunek wyjeżdża prowadzić do innego państwa członkowskiego, jest „podobna" do normalnie prowadzonej działalności na własny rachunek, jest rzeczywisty charakter działalności, a nie zakwalifikowanie jej przez to inne państwo członkowskie jako praca najemna lub praca na własny rachunek (§ 14 ust. 4).

Bibliografia/References

Bonin, H. (2020). Fachkräftemangel in der Gesamtperspektive. W K. Jacobs, A. Kuhlmey, S. Greß, J. Klauber, & A. Schwinger (Red.), *Pflege-Report 2019. Mehr Personal in der Langzeitpflege — aber woher?* Berlin. https://doi.org/10.1007/978-3-662-58935-9_4

Brors, Ch., & Böning, M. (2015). Rechtliche Rahmenbedingungen für 24-Stunden-Pflegekräfte aus Polen in Deutschland. *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, (846).

Colombo, F., Llena-Nozal, A., Mercier, J., & Tjadens, F. (2011). *Help Wanted? Providing and Paying for Long-Term Care*. OECD. https://doi.org/10.1787/9789264097759-en

Janda, C. (2020). Die Entlastung von Angehörigen in der Pflege. *VSSAR*, (4).

Knäbe, T. (2021). Häusliche Arbeit im Prisma nationalen, europäischen und internationalen Arbeitsrechts. *Neue Juristische Online-Zeitschrift*, (5).

Knopp, L. (2015). Gesetzlicher Mindestlohn auch für osteuropäische Pflegehilfen — legale Modelle versus Schwarzmarkt. *Neue Zeitschrift für Arbeitsrech*t, (851).

Knopp, L. (2016). Osteuropäische Pflegehilfen in der häuslichen Pflege: Dringender Handlungsbedarf. *Neue Zeitschrift für Sozialrecht*, (445).

Lach, D. E. (2018). Zabezpieczenie społeczne nieformalnych opiekunów osób niesamodzielnych. Rozwiązania polskie na tle wybranych systemów zagranicznych. *Forum Prawnicze*, (5).

Lach, D. E. (2020). Wspólnoty mieszkaniowe osób niesamodzielnych a rodzinne domy pomocy. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, (7). https://doi.org/10.33226/0032-6186.2020.7.3

Lach, D. E. (2021). Roszczenie płatnika o zwrot części składki obciążającej ubezpieczonego. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, (1). https://doi.org/10.33226/0032-6186.2021.1.4

Plantholz, M. (2014). W T. Klie, U. Krahmer, & M. Plantholz, *Sozialgesetzbuch XI. Soziale Pflegeversicherung*. Baden-Baden.

Przybyłowicz, A. (2017). *Ubezpieczenie pielęgnacyjne w Republice Federalnej Niemiec*. Warszawa.

Scheiwe, K., & Schwach, V. (2013). Das Arbeitszeitrecht für Hausangestellte nach Ratifizierung der ILO-Konvention 189. *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, (1116).

Schwinger, A., Klauber, J., & Tsiasioti, Ch. (2020). Pflegepersonal heute und morgen. In K. Jacobs, A. Kuhlmey, S. Greß, J. Klauber, & A. Schwinger (Eds.), *Pflege-Report 2019. Mehr Personal in der Langzeitpflege — aber woher?* Berlin. https://doi.org/10.1007/978-3-662-58935-9_1

Seifert, A. (2022). Mindestlohn für nach Deutschland endsandte Beschäftigte in der häuslichen Pflege. *Gesundheit und Pflege*, (2).

Sell, S. (2010). *Abschied von einer "Lebenslüge" der deutschen Pflegepolitik. Plädoyer für eine "personenbezogene Sonderregelung" und für eine aktive Gestaltung der Beschäftigung von ausländischen Betreuungs- und Pflegekräften in Privathaushalten. Remagener Beiträge zur Sozialpolitik 09–2010*. Hochschule Koblenz, Remagen.

Sell, S. (2020). Potenzial und Grenzen von Zuwanderung in die Pflege. In K. Jacobs, A. Kuhlmey, S. Greß, J. Klauber, & A. Schwinger (Eds.), *Pflege-Report 2019. Mehr Personal in der Langzeitpflege — aber woher?* Berlin. https://doi.org/10.1007/978-3-662-58935-9_6

Thüsing, G., Beden, Y., Denzer, M., Bleckmann, L., & Pöschke, C. (2021). Rechtskonforme Betreuung in den eigenen vier Wänden. Regelungen für die Betreuung in häuslicher Gemeinschaft (24-Stunden- Betreuung) de lege lata und de lege ferenda. *Neue Zeitschrift für Sozialrecht*, (321).

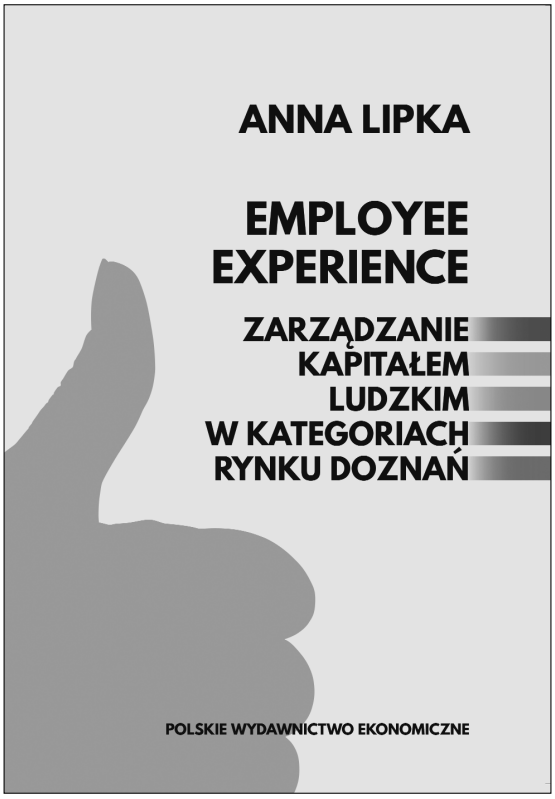
Udsching, P. (2010). *SGB XI. Soziale Pflegeversicherung. Kommentar*. München.

Udsching, P., & Schütze, B. (Eds.). (2018). *SGB XI. Soziale Pflegeversicherung. Kommentar*. München.

Prof. dr hab. Daniel Eryk Lach, LL.M. (EUV), profesor w Zakładzie Prawa Pracy i Prawa Socjalnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, członek Biura Studiów i Analiz Sądu Najwyższego. Stypendysta Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik w Monachium. Autor ponad 100 prac naukowych dotyczących zagadnień teoretycznoprawnych systemu opieki zdrowotnej i długoterminowej, także w aspekcie konstytucyjnym i transgranicznym, jak również prawa zabezpieczenia społecznego oraz prawa pracy. Uczestnik licznych konferencji krajowych i zagranicznych.

Prof. dr hab. Daniel Eryk Lach, LL.M. (EUV), Professor in Chair of Labour Law and Social Law at the Faculty of Law and Administration of the Adam Mickiewicz University in Poznan. Member of the Supreme Court Research and Analyses Office. Scholarship holder of the Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik in Munich. Author of over 100 scientific books and papers on theoretical and legal issues of the health- and long-term care system, also in constitutional and cross-border aspects, as well as social security law and labor law. Participant of numerous domestic and foreign conferences.

PWE poleca



Pracownik (*employee*) od momentu podjęcia pracy w organizacji staje się częścią jej „organizmu". Jednocześnie otwiera się dla niego świat nowych doznań, doświadczeń (*experience*). Od tego, jak ten świat subiektywnie postrzega, zależy czas i jakość jego relacji z organizacją. Ważne jest zatem nie tylko wycinkowe (typu *candidate experience*), ale też kompleksowe kształtowanie doświadczeń pracowników w ramach zarządzania kapitałem ludzkim. Chodzi o doświadczenia:

- sensoryczne,
- emocjonalne,
- intelektualne,
- behawioralne i
- społeczne,

a zatem o te same rodzaje modułów doświadczeń, które są też udziałem klientów, co nie powinno dziwić, zważywszy, że pracownicy to tzw. klienci wewnętrzni. Tego rodzaju prezentacja treści zarządzania najważniejszym kapitałem — kapitałem ludzkim — odpowiada obecnemu etapowi rozwoju rynku, a mianowicie — rynkowi doznań. Czy oznacza ona zerwanie z dominującym w zarządzaniu kapitałem ludzkim neopozytywistyczno-funkcjonalistyczno-systemowym paradygmatem? Na to pytanie starano się w książce znaleźć odpowiedź. Adresowana jest ona jednak nie tylko do teoretyków, ale także do praktyków z obszaru *human resources* (zwłaszcza: do projektantów ds. doświadczeń pracowników) poszukujących sposobów na wykreowanie wartościowych związków z *employees* „na miarę naszych czasów".

Zapraszamy na stronę PWE
www.pwe.com.pl