

maj 2005 r.

Marcin Borkowski

Wymóg uzyskania zezwolenia na pracę dla cudzoziemców pełniących funkcję członków zarządów spółek kapitałowych z siedzibą w Polsce

Przedmiotem niniejszego opracowania będzie przedstawienie zmian, które zaszły w zakresie zasad, na jakich cudzoziemcy mogą uzyskiwać zezwolenia na pracę w Polsce, ze szczególnym uwzględnieniem cudzoziemców pełniących funkcję członków zarządów spółek kapitałowych z siedzibą w Polsce. Zmiany te wynikają z nowelizacji przepisów wykonawczych do art. 50 i art. 51 ustawy z dnia 14.12.1994 r. o zatrudnieniu i przeciwdziałaniu bezrobociu (tekst jedn.: Dz.U. z 2003 r. Nr 58, poz. 514 z późn. zm.).

Przepisy ustawy z dnia 14.12.1994 r. o zatrudnieniu i przeciwdziałaniu bezrobociu zostały uchylone w związku z wejściem w życie ustawy z dnia 20.04.2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz.U. z 2004 r. Nr 99, poz. 1001 z późn. zm., dalej: ustawa). Podkreślenia wymaga, że ustawodawca uregulował zagadnienie zatrudniania cudzoziemców w Polsce w sposób bardzo zbliżony do regulacji zawartej dotychczas w ustawie z dnia 14.12.1994 r. o zatrudnieniu i przeciwdziałaniu bezrobociu. Co więcej, zgodnie z art. 149 § 1 ustawy, przepisy wykonawcze wydane na podstawie art. 51 ustawy z dnia 14.12.1994 r. o zatrudnieniu i przeciwdziałaniu bezrobociu zachowują moc obowiązującą do czasu wydania nowych przepisów wykonawczych.

1. Zasady uzyskiwania zezwolenia na pracę. Uwagi ogólne

Według definicji zawartej w przepisie art. 2 ustawy z dnia 13.06.2003 r. o cudzoziemcach (Dz.U. Nr 128, poz. 1175), cudzoziemcem jest każdy, kto nie posiada obywatelstwa polskiego. Podobnie przepis art. 2 ust. 1 pkt 7 ustawy precyzuje, że pojęcie cudzoziemca oznacza osoby nieposiadające obywatelstwa polskiego.

Zgodnie z generalną zasadą, wynikającą z przepisu art. 87 ustawy, cudzoziemiec może wykonywać pracę na terytorium Polski, jeżeli posiada zezwolenie. Ustawa zdefiniowała pojęcie wykonywanie pracy przez cudzoziemca, które obejmuje również „pełnienie funkcji w zarządach osób prawnych prowadzących działalność gospodarczą” (art. 2 ust. 1 pkt 40 ustawy). Z uwagi na powyższe, wykonywanie funkcji członka zarządu spółki kapitałowej przez cudzoziemca wymaga uzyskania przez niego stosownego zezwolenia na pracę. O zezwolenie takie występuje podmiot upoważniony do powierzenia cudzoziemcowi wykonywania pracy, tj. sama spółka (art. 88 ust. 5 pkt 1 ustawy).

Z brzmienia art. 2 ust. 1 pkt 40 ustawy wysnuć można wniosek, że ustawa nie będzie miała zastosowania do cudzoziemców pełniących funkcję w zarządach spółek, które nie prowadzą działalności gospodarczej.

Wymóg uzyskania zezwolenia na pracę obowiązuje cudzoziemca niezależnie od tego, czy w związku z pełnieniem funkcji członka zarządu będzie pobierał wynagrodzenie, czy też będzie wykonywał swoje obowiązki nieodpłatnie¹. Uzasadnione są wątpliwości, czy ustawodawca powinien nakładać na cudzoziemca obowiązek uzyskania zezwolenia na pracę, również w przypadku gdy cudzoziemiec pełni funkcję członka zarządu nieodpłatnie i nie wiąże go ze spółką żaden stosunek podstawowy, który mógłby wynikać np. z umowy o pracę lub umowy zlecenia. Powyższa kwestia wymaga jednak pogłębionej analizy, na którą brak miejsca w ramach niniejszego opracowania.

Procedura uzyskania zezwolenia na pracę uzależniona jest od tego, czy cudzoziemiec posiada stosowną wizę lub zezwolenie na zamieszkanie na czas oznaczony na terytorium Polski. Jeżeli cudzoziemiec dysponuje odpowiednią wizą lub zezwoleniem, procedura uzyskania zezwolenia jest uproszczona. Pracodawca, który zamierza zatrudnić takiego cudzoziemca, może bowiem wystąpić bezpośrednio z wnioskiem o wydanie zezwolenia na pracę. Stosowny wniosek kierowany jest do wojewody właściwego ze względu na siedzibę pracodawcy jako organu administracyjnego wydającego zezwolenie (art. 88 ust. 3 ustawy).

W sytuacji gdy cudzoziemiec nie posiada wizej lub zezwolenia na zamieszkanie na terytorium Polski, warunkiem wydania mu zezwolenia na pracę jest wcześniejsze uzyskanie przez pracodawcę przyrzeczenia wydania zezwolenia na pracę (dalej: przyrzeczenie), a następnie uzyskanie przez cudzoziemca odpowiedniej wizej lub zezwolenia na zamieszkanie. Zanim cudzoziemiec wystąpi o wydanie zezwolenia na pracę, musi więc złożyć wniosek o wydanie przyrzeczenia (art. 88 ust. 2 ustawy), które podobnie jak zezwolenie wydaje pracodawcy wojewoda na czas oznaczony dla określonego cudzoziemca i pracodawcy na określone stanowisko lub rodzaj wykonywanej pracy (art. 88 ust. 8 ustawy).

Po uzyskaniu przyrzeczenia oraz stosownej wizej lub zezwolenia na zamieszkanie, możliwe jest złożenie wniosku o wydanie zezwolenia na pracę. Zezwolenie wydawane jest na warunkach określonych w przyrzeczeniu, na okres nie dłuższy niż czas pobytu określony w wizie lub okres ważności zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony na terytorium Polski.

Jeżeli poza powierzeniem cudzoziemcowi stanowiska członka zarządu, zgodnie z zasadami określonymi w kodeksie spółek handlowych oraz umowie (statucie) spółki, pracodawca zamierza zawrzeć z cudzoziemcem umowę np. o pracę, zlecenie czy kontrakt menedżerski umowa taka powinna być zawarta na czas udzielonego zezwolenia (art. 88 ust. 10 ustawy).

Zasady i tryb wydawania przyrzeczeń i zezwoleń na pracę cudzoziemców reguluje rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 19.12.2001 r. w sprawie szczegółowych zasad i trybu wydawania przyrzeczeń i zezwoleń na pracę cudzoziemców (Dz.U. Nr 153, poz. 1766, dalej: trybem rozporządzenia). Przepisy powyższego rozporządzenia budzą wątpliwości z uwagi na ich ogólnikowość, niejasność przesłanek wydawania zezwoleń i postawienie zbyt dużego akcentu na uznanie administracyjne w zakresie oceny zaistnienia przesłanek do wydawania zezwoleń. Mimo istnienia tych wątpliwości, poszczególne urzędy wojewódzkie wypracowały własne, szczegółowe zasady wydawania zezwoleń. Podmiot, który zamierzał wystąpić o zezwolenie na pracę, miał więc świadomość, jakie działania musi podjąć i jakie dokumenty przedstawić, aby to zezwolenie uzyskać.

Przedmiotowe zasady i tryb wydawania przyrzeczeń i zezwoleń zmieniły się jednak w marcu 2004 r. Zmiany wynikają z przepisów rozporządzenia Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia

09.02.2004 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie szczegółowych zasad i trybu wydawania przyrzeczeń i zezwoleń na pracę cudzoziemców (Dz.U. Nr 27, poz. 236).

Treść dokonanych zmian ocenić należy negatywnie. Ich analiza prowadzi do wniosku, że celem wprowadzenia nie było z pewnością ustalenie jasnych zasad uzyskiwania zezwoleń na pracę. Wydaje się, że zamiarem ustawodawcy było uniemożliwienie powołania się przez wnioskodawcę na okoliczności, które w poprzednim stanie prawnym ułatwiały uzyskanie zezwolenia. Powołane zmiany zdają się zmierzać do tego, aby znacznie utrudnić uzyskanie zezwolenia na pracę poprzez postawienie wielu warunków, które musi spełnić wnioskodawca. Sam wnioskodawca, składając wniosek o wydanie zezwolenia, nie ma pewności, czy spełnił wszystkie wymogi, gdyż jedynym podmiotem, który o tym decyduje i dokonuje oceny zaistnienia przesłanek do wydania zezwolenia, jest wojewoda.

2. Analiza sytuacji na lokalnym rynku pracy jako przesłanka uzyskania zezwolenia

Pomimo dokonanej nowelizacji przepisów nie zmienia się generalna zasada, że wojewoda wydaje decyzję w sprawie przyrzeczenia, uwzględniając sytuację na lokalnym rynku pracy.

Dokonując analizy sytuacji bierze pod uwagę informacje:

- 1) starosty powiatu właściwego dla miejsca wykonywania pracy o sytuacji na lokalnym rynku pracy oraz możliwości zabezpieczenia potrzeb kadrowych pracodawcy,
- 2) pracodawcy o podjętych przez niego działaniach w zakresie powierzenia pracy, która jest przedmiotem wniosku, obywatelowi polskiemu lub cudzoziemcowi, który korzysta ze zwolnienia od obowiązku dysponowania zezwoleniem (§ 3 ust. 2 tryb.rozp.).

Ad 1) Znowelizowane przepisy trybu rozporządzenia, określają, na czym polegać mają działania starosty, zmierzające do zabezpieczenia potrzeb kadrowych pracodawcy. Obejmują one w szczególności:

- a) analizę ewidencji zarejestrowanych osób bezrobotnych i poszukujących pracy,
- b) analizę ofert pracy zgłoszonych do urzędu pracy,
- c) inicjowanie działań w celu upowszechnienia oferty także wśród osób niebędących w ewidencji jako bezrobotne lub poszukujące pracy (§ 3 ust. 2b tryb.rozp.).

Znowelizowane przepisy wskazują przykładowe działania, jakie powinien podjąć starosta, zmierzające do ustalenia, czy wśród obywateli polskich lub cudzoziemców, na których nie spoczywa obowiązek posiadania zezwolenia na pracę, nie ma osoby mogącej pełnić funkcję członka zarządu w zarządzie spółki wnioskującej o wydanie cudzoziemcowi zezwolenia na pracę². Osobę taką można by znaleźć w szczególności wśród osób bezrobotnych i poszukujących pracy. Przepisy trybu rozporządzenia zobowiązują starostę do inicjowania działań w celu upowszechnienia oferty także wśród osób niebędących w ewidencji jako bezrobotne lub poszukujące pracy.

Na marginesie należy dodać, że działania podejmowane przez starostę, niezależnie od tego, czy zakończą się powodzeniem, czy nie są bardzo czasochłonne³. Starosta podejmuje je, aby wykazać wojewodzie, że brak jest innego kandydata na stanowisko, które ma objąć cudzoziemiec. Jeżeli

charakter wykonywanej przez cudzoziemca pracy wymaga częstej zmiany miejsca, powyższych informacji udziela starosta powiatu właściwego dla siedziby pracodawcy (§ 3 ust. 2a tryb.rozp.).

Starosta ma prawo skierować na stanowisko proponowane cudzoziemcowi osobę bezrobotną lub poszukującą pracy, jeżeli uzna, że taka osoba spełnia wymagania stawiane przez pracodawcę. Co więcej, starosta nie bierze pod uwagę wskazanych w ofercie pracy wymagań, jeżeli, jego zdaniem, nie są one odpowiednie do pracy, którą cudzoziemiec ma wykonywać (§ 3 ust. 2c tryb.rozp.). Jeżeli starosta znajdzie odpowiedniego kandydata na stanowisko członka zarządu, a pracodawca bez uzasadnionej przyczyny odmówi jego zatrudnienia, wojewoda jest upoważniony do odmowy wydania zezwolenia (§ 3 ust. 2e pkt 1 tryb.rozp.).

Zgodnie z przepisami trybu rozporządzenia, starosta może wskazać osobę, jego zdaniem, spełniającą wymogi, aby objąć stanowisko, które pracodawca chciałby powierzyć cudzoziemcowi. Zmienione przepisy pozwalają staroście pomijać wymagania, które stawia pracodawca, jeżeli, jego zdaniem, członek zarządu w danej spółce takich wymagań nie musi spełniać. Należy zauważyć, że pracodawcy, którzy zamierzali powierzyć określone stanowisko cudzoziemcowi, do tej pory starali się tak konstruować oferty pracy, aby odpowiadały one profilowi cudzoziemca – kandydata na stanowisko. Często jednak uzupełniali ofertę pracy o takie wymagania, których nie spełniał nawet cudzoziemiec, a którego zatrudnienie było uzależnione od uzyskania zezwolenia (np. rzadko występujące wykształcenie, znajomość wielu języków obcych). Dodatkowe wymogi stawiane były właśnie po to, aby ograniczyć do minimum możliwość, że wojewoda lub starosta znajdą jakkolwiek inną osobę, której można byłoby powierzyć dane stanowisko. Praktykę takiego konstruowania ofert pracy, aby ograniczyć możliwość znalezienia kandydata, który spełnia wszystkie warunki, należało oceniać negatywnie, gdyż najczęściej również wybrany przez pracodawcę cudzoziemiec ich nie spełniał. Przyznana staroście możliwość oceny wymagań, które stawia pracodawca, i eliminowania spośród nich takich, które, jego zdaniem, nie muszą być spełnione na danym stanowisku, daje jednak zbyt dużo swobody staroście. Nie zawsze zna on bowiem na tyle dobrze specyfikę danego zakładu, aby jednoznacznie ocenić, jakie wymagania muszą być spełnione na określonym stanowisku u danego pracodawcy. Ryzyko, że starosta zakwestionuje takie spośród wymagań, które są jednak istotne dla danego pracodawcy, jest duże.

Pracodawca powinien dołączyć do wniosku o wydanie zezwolenia opinię powiatowego urzędu pracy o niemożności skierowania obywatela polskiego na stanowisko wnioskowane przez niego.

W przypadku gdy wniosek o wydanie zezwolenia dotyczy cudzoziemców, wspólników lub akcjonariuszy spółek prawa handlowego zamierzających wykonywać pracę lub cudzoziemców zamierzających pełnić funkcję w zarządzie spółki kapitałowej, ocena sytuacji na lokalnym rynku pracy może zostać przeprowadzona w formie analizy przydatności pracodawcy dla danego rynku (§ 3 ust. 2d tryb.rozp.). Niestety, ustawodawca nie precyzuje, jakimi kryteriami należy kierować się, dokonując „analizy przydatności pracodawcy dla tego rynku pracy”. Powyższą regulację uznać należy za kolejny dowód na potwierdzenie tezy, że znowelizowane przepisy pozostawiają organom zbyt duże pole działania w zakresie uznania administracyjnego. Kryterium „przydatności podmiotu dla rynku pracy i gospodarki” może uwzględnić również wojewoda, wydając przyrzeczenie lub zezwolenie (art. 88 ust. 7 ustawy).

Ad 2) Przed wystąpieniem o wydanie zezwolenia lub przyrzeczenia pracodawca musi podjąć działania zmierzające do powierzenia pracy, która jest przedmiotem wniosku, obywatelowi polskiemu lub

cudzoziemcowi, który korzysta ze zwolnienia od obowiązku dysponowania zezwoleniem (§ 3 ust. 2 pkt 2 tryb.rozp.). Działania takie muszą być podjęte zanim zostanie złożony wniosek o wydanie przyrzeczenia lub zezwolenia, ponieważ pracodawca we wniosku musi wykazać ich realizację. W postępowaniu o udzielenie zezwolenia wojewoda ocenia działania podjęte w tym zakresie przez pracodawcę; negatywna ocena prowadzi do odmowy wydania zezwolenia.

Pracodawca musi wykazać, że podjęte przez niego działania nie przyniosły rezultatu. Na gruncie dotychczas obowiązujących przepisów wystarczyło złożenie oferty w urzędzie pracy i otrzymanie odpowiedzi, że wśród osób poszukujących pracy nie ma osoby, która spełniała wszystkie wymagania stawiane przez pracodawcę. Znowelizowane przepisy wyraźnie podkreślają jednak, że działania podejmowane przez pracodawcę uznawane są za niewystarczające, jeżeli pracodawca ograniczył się do złożenia oferty pracy w powiatowym urzędzie pracy. Pracodawca musi więc podjąć również inne próby znalezienia odpowiedniego kandydata na stanowisko, które ma objąć cudzoziemiec. Zasadne jest skorzystanie z usług agencji pośrednictwa pracy i przedstawienie oświadczenia tej agencji, że w jej bazie osób poszukujących pracy nie ma kandydata, który spełnia wymagania pracodawcy. Pracodawca powinien także opublikować oferty pracy w prasie lub w Internecie. Zasadniczo, im więcej pracodawca podejmie prób znalezienia obywatela polskiego lub cudzoziemca, który korzysta ze zwolnienia od obowiązku dysponowania zezwoleniem i mógłby objąć dane stanowisko pracy, tym więcej będzie miał argumentów, aby twierdzić, że tylko proponowany przez niego cudzoziemiec spełnia stawiane wymagania.

Działania podjęte przez pracodawcę w powyższym zakresie muszą być potwierdzone stosownymi dokumentami.

3. Podstawy wydania przez wojewodę decyzji odmownej

Znowelizowane przepisy trybu rozporządzenia nie wymieniają wszystkich podstaw do wydania przez wojewodę decyzji o odmowie wydania przyrzeczenia lub zezwolenia. Przepis § 3 ust. 2e tryb.rozp. wskazuje, jakie w szczególności okoliczności dotyczące pracodawcy mogą stanowić podstawę do odmowy wydania zezwolenia. Oznacza to, że również inne, niewymienione w analizowanym przepisie okoliczności mogą stanowić podstawę do wydania decyzji odmownej⁴. Ocena, czy konkretny powód jest na tyle istotny, aby być podstawą decyzji odmownej, należy wyłącznie do wojewody. Ustawodawca rozszerzył listę przykładowych możliwości powodujących wydanie decyzji odmownej.

Wojewoda wydaje decyzję o odmowie wydania przyrzeczenia lub zezwolenia, w szczególności gdy:

- 1) pracodawca odmówi bez uzasadnionej przyczyny zatrudnienia osób bezrobotnych lub poszukujących pracy skierowanych przez starostę na stanowisko proponowane cudzoziemcowi,
- 2) pracodawca wnioskuje o wydanie zezwolenia w stosunku do cudzoziemca, którego kwalifikacje, umiejętności lub proponowane wynagrodzenie nie są odpowiednie do pracy, którą ma wykonywać. Wojewoda może żądać od wnioskodawcy wystąpienia do właściwych organów w celu określenia poziomu wykształcenia cudzoziemca lub potwierdzenia równoważności zagranicznych dokumentów o jego wykształceniu z polskimi.

Wojewodzie przyznano więc uprawnienie do ustalenia, czy wymagane przez pracodawcę kwalifikacje są adekwatne do proponowanego stanowiska,

3) pracodawca w postępowaniu o wydanie zezwolenia:

a) złożył wniosek zawierający nieprawdziwe dane osobowe albo fałszywe informacje lub dołączył do niego dokumenty zawierające takie dane,

b) zeznał nieprawdę lub zataił prawdę albo w celu użycia za autentyczny podrobił bądź przerobił dokument, bądź takiego dokumentu jako autentycznego używał,

4) pracodawca złożył wniosek przed upływem roku od dnia stwierdzenia przez wojewodę faktu naruszenia przez pracodawcę przepisów o zatrudnieniu i przeciwdziałaniu bezrobociu.

Przepis ten zasadniczo może uniemożliwić uzyskanie zezwolenia przez osoby, które dotychczas pracowały nielegalnie, w szczególności bez stosownego zezwolenia. We wniosku o wydanie zezwolenia konieczne jest określenie, gdzie dotychczas w Polsce był zatrudniony cudzoziemiec, który się o zezwolenie stara. Poza tym do wniosku należy załączyć wypis z KRS dla spółki, w której cudzoziemiec ma być zatrudniony. Jeżeli dotychczas pełnił funkcję członka zarządu tej spółki, fakt ten wynikać będzie z przedmiotowego wypisu. Jeżeli wojewoda stwierdzi, że cudzoziemiec dotychczas pełnił funkcję członka zarządu spółki bez zezwolenia, jest upoważniony do wszczęcia w spółce kontroli przestrzegania przepisów o zatrudnieniu i przeciwdziałaniu bezrobociu. Stwierdzenie w toku kontroli faktu naruszenia przepisów o zatrudnieniu i przeciwdziałaniu bezrobociu przed upływem roku od dnia złożenia wniosku o wydanie zezwolenia, zobowiązuje wojewodę do wydania decyzji odmownej. Zgodnie z art. 88 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 13.06.2003 r. o cudzoziemcach, stwierdzenie, że cudzoziemiec pracuje bez stosownego zezwolenia stanowi podstawę do jego wydalenia z terytorium Polski. Z uwagi na powyższe, podmioty, które zatrudniały cudzoziemca, będą stać na stanowisku, że cudzoziemiec dotychczas spełniał i nadal spełnia wymogi do skorzystania ze zwolnienia z obowiązku posiadania zezwolenia na pracę. Usankcjonowanie pobytu w Polsce wiązać się będzie bowiem ze zbyt dużym ryzykiem wydania przez wojewodę decyzji o odmowie udzielenia zezwolenia i wydalenia cudzoziemca z kraju,

5) pracodawca prowadzi działalność, która nie jest odpowiednia do stanowiska lub rodzaju wykonywanej pracy zaproponowanej cudzoziemcowi.

Kryteria oceny, czy praca zaproponowana cudzoziemcowi jest adekwatna do działalności prowadzonej przez pracodawcę, również nie zostały określone. Wojewoda może więc samodzielnie ocenić, jakie stanowiska mogą być utworzone w danej spółce. Rozszerzanie uprawnień wojewody należy oceniać negatywnie, zwłaszcza gdy nie są znane podstawy dokonania przez niego takiej oceny.

Znowelizowane przepisy trybu rozporządzenia określają także okoliczności dotyczące bezpośrednio cudzoziemca, które stanowią podstawę do wydania przez wojewodę decyzji odmownej.

Zgodnie z przepisem § 3 ust. 2f tryb.rozp., wojewoda wydaje pracodawcy decyzję o odmowie wydania przyrzeczenia w stosunku do cudzoziemca, który:

1) został skazany w Rzeczypospolitej Polskiej prawomocnym wyrokiem na karę pozbawienia wolności,

2) został skazany w Rzeczypospolitej Polskiej na karę pozbawienia wolności, której wykonanie zostało zawieszona do czasu zakończenia okresu próby,

3) rok przed złożeniem przez pracodawcę wniosku o wydanie zezwolenia naruszył przepisy o zatrudnieniu i przeciwdziałaniu bezrobociu; naruszenie przez cudzoziemca tych przepisów zostało stwierdzone przez wojewodę w wyniku przeprowadzonej kontroli,

4) jest stroną postępowania w sprawie zobowiązania do opuszczenia terytorium Rzeczypospolitej Polskiej lub o wydalenie.

W zakresie zezwoleń na pracę, polegającym na pełnieniu przez cudzoziemca funkcji członka zarządu spółki kapitałowej, szczególnie istotna jest zmiana wynikająca z wprowadzonego do trybu rozporządzenia przepisu § 3 ust. 2g. Analizowany przepis wskazuje podstawy do wydania przez wojewodę decyzji o odmowie udzielenia zezwolenia, gdy wniosek dotyczy wykonywania pracy przez cudzoziemców, wspólników albo akcjonariuszy spółek prawa handlowego zamierzających wykonywać pracę lub cudzoziemców zamierzających pełnić funkcję w zarządzie osoby prawnej prowadzącej działalność gospodarczą.

W stosunku do powyższej grupy cudzoziemców wojewoda może odmówić wydania zezwolenia, jeżeli:

1) wnioskodawca nie wykaże, że prowadzi działalność z zyskiem, od którego odprowadzany jest podatek dochodowy od osób prawnych, w szczególności przez zeznanie o wysokości osiągniętego dochodu (poniesionej straty) przez podatnika podatku dochodowego od osób prawnych.

Wykazanie okoliczności, że pracodawca osiąga zysk może nastąpić przez przedstawienie sprawozdania finansowego lub deklaracji podatkowych. Pracodawca powinien dołączyć także zaświadczenie z Urzędu Skarbowego oraz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych o braku zaległości w opłatach publicznoprawnych;

2) wnioskodawca nie osiąga zysku, którego wysokość wskazuje, że działalność podmiotu jest korzystna dla gospodarki.

Trudno wskazać, w jaki sposób pracodawca może wykazać, że osiąga zysk w wysokości wskazującej, że jego działalność jest korzystna dla gospodarki. Tymczasem niewykazanie tej okoliczności stanowi podstawę do odmowy wydania decyzji. Wojewoda ma więc pełną swobodę oceny przedmiotowej okoliczności. Zakres prowadzonej działalności oszacować można na podstawie deklaracji ZUS, stwierdzającej liczbę zatrudnionych u pracodawcy osób;

3) nie prowadzi działalności przyczyniającej się do wzrostu inwestycji, transferu technologii, wprowadzania korzystnych innowacji lub tworzenia nowych miejsc pracy albo

4) w momencie rozpoczynania działalności nie wykaże środków pozwalających na spełnienie w przyszłości warunków, o których mowa w pkt 1 i 3.

W pkt 3 i 4 analizowanego przepisu mamy do czynienia z kolejną okolicznością, którą będzie pracodawcy bardzo trudno wykazać. Założeniem jest, że pracodawca poszczególne okoliczności, niezbędne do otrzymania zezwolenia, powinien udowodnić zasadniczo za pomocą dokumentów. Wskazanie, za pomocą jakich dokumentów można wykazać powyższe okoliczności, jest jednak szczególnie utrudnione. W praktyce również urzędy wojewódzkie mają problemy z określeniem, jakie dokumenty należy na tę okoliczność przedstawić.

Zgodnie z przepisem § 3 ust. 2h tryb.rozp., przepisów ust. 2g pkt 1-3 nie stosuje się, jeżeli pracodawca wykaże prowadzenie inwestycji pozwalających na spełnienie w przyszłości warunków w nich określonych. Należy domniemywać, że wykazanie prowadzenia takich inwestycji może nastąpić np. przez przedstawienie stosownych umów lub biznes-planów.

4. Próba oceny znowelizowanych przepisów regulujących tryb występowania o zezwolenie na pracę

Powyższe zmiany przepisów prawnych, dotyczące trybu wydawania zezwoleń, należy ocenić negatywnie. W imię ochrony rynku pracy nakłada się dodatkowe obowiązki na podmioty, które często poprzez swoje inwestycje rozwijają ten rynek. Zagraniczni inwestorzy, którzy decydują się na prowadzenie działalności gospodarczej w Polsce, chcą zachować kontrolę nad tymi inwestycjami, w szczególności obejmując funkcję członków zarządów zakładanych przez siebie spółek. Nie zawsze potrafią znaleźć zaufanych współpracowników Polaków, którym mogliby powierzyć zarządzanie swoimi interesami. I właśnie ci cudzoziemcy, którzy inwestując w Polsce przyczyniają się do powstawania nowych miejsc pracy, muszą spełniać szereg warunków, aby uzyskać zezwolenie na pracę.

Samemu obowiązkowi uzyskania zezwolenia na pracę przez cudzoziemców, zwłaszcza tych, którzy mają pełnić funkcję członka zarządu spółki kapitałowej, nie można oceniać negatywnie, ale skoro państwa Unii Europejskiej stosują okresy przejściowe w zakresie możliwości zatrudnienia Polaków, nie powinno budzić zdziwienia, że nakłada się dodatkowe obowiązki na obywateli tych państw, którzy chcą pracować w Polsce. Kryteria wydania zezwolenia powinny być jednak na tyle jasne, żeby wnioskodawca wiedział, jakie działania musi podjąć, aby je uzyskać. Tymczasem są na tyle nieprecyzyjne, że nie jest wiadome, w jaki sposób wykazać ich zaistnienie. Powyższe utrudnienia nie będą stanowiły dla cudzoziemców zachęty do inwestowania w Polsce, poza tym będą skłaniały do poszukiwania metod ominięcia kłopotliwych przepisów.

Wprowadzanie surowszych kryteriów wydawania zezwoleń na pracę, w sytuacji gdy w związku z akcesją Polski do Unii Europejskiej liberalizują się zasady przekraczania granic między państwami Unii, należy również oceniać negatywnie.

Znowelizowanym przepisom trybu rozporządzenia zarzucić można również, że organom administracyjnym przyznano zbyt dużą uznaniowość w ocenie zaistnienia przesłanek do wydawania zezwoleń. Prowadzić to będzie do sytuacji, że poszczególne urzędy wojewódzkie przygotują własne zestawienia dokumentów, które należy dołączyć do wniosku. Będzie to ułatwione o tyle, że ustawodawca nie określił pełnej listy wymaganych dokumentów.

Do wniosku o przedłużenie zezwolenia lub przyrzeczenia stosuje się odpowiednio powyżej analizowane przepisy. Oznacza to, że przedmiotowe okoliczności wykazywać będą musieli również ci cudzoziemcy, którzy obecnie pracują na podstawie stosownego zezwolenia, jeżeli będzie zależało im na jego przedłużeniu.

5. Zwolnienie z obowiązku analizy sytuacji na lokalnym rynku pracy

Zwrócić należy również uwagę na zmiany w stosunku do przepisów rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 19.12.2001 r. w sprawie określenia przypadków, w których przyrzeczenie i zezwolenie na pracę cudzoziemca wydawane jest przez wojewodę, bez względu na sytuację na

lokalnym rynku pracy i kryteria wydawania przyrzeczeń i zezwoleń na pracę cudzoziemców (Dz.U. Nr 153, poz. 1767 dalej: analiza rozp.). Zmiany te wynikają z postanowień rozporządzenia Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 09.02.2004 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie określenia przypadków, w których przyrzeczenie i zezwolenie na pracę cudzoziemca wydawane jest przez wojewodę, bez względu na sytuację na lokalnym rynku pracy i kryteria wydawania przyrzeczeń i zezwoleń na pracę cudzoziemców (Dz.U. Nr 27, poz. 239).

Przepisy analizy rozporządzenia wskazują enumeratywne przypadki, w których wojewoda, podejmując decyzje odnośnie do wydania zezwolenia lub przyrzeczenia, zwolniony jest z obowiązku badania lokalnego rynku pracy i sprawdzania spełnienia kryteriów wydawania tych decyzji. Cudzoziemcy, którzy spełniają wymogi wskazane w analizie rozporządzenia, nie są zwolnieni z obowiązku uzyskania zezwolenia na podjęcie pracy w Polsce, ale nie muszą spełnić wymogów, które zasadniczo spełnić trzeba, aby przedmiotowe zezwolenie uzyskać. Zwolnienie ich z tego obowiązku wynika ze specyfiki działalności, którą mieliby podjąć w Polsce. Przepisy analizy rozporządzenia dotyczą w szczególności cudzoziemców będących sportowcami, członkami rodzin pracowników przedstawicielstw dyplomatycznych lub lekarzami – absolwentami polskich uczelni, zamierzającymi odbyć staż w Polsce.

Wśród dokonanych zmian przepisów analizy rozporządzenia, które dotyczą cudzoziemców mających zamiar objęcia funkcji członka zarządu spółki kapitałowej w Polsce, podkreślić można uchylenie § 1 pkt 2 analizy rozp. Przepis ten ułatwiał uzyskanie zezwolenia lub przyrzeczenia cudzoziemcom – właścicielom lub współwłaścicielom firm pragnącym wykonywać pracę lub cudzoziemcom pełniącym funkcję w zarządach osób prawnych prowadzących działalność gospodarczą, zatrudniających co najmniej 50 pracowników, jeżeli ich działalność przyczyniała się do wzrostu inwestycji, transferu technologii, wprowadzania korzystnych innowacji lub tworzenia nowych miejsc pracy. Przyjąć należy, że celem uchylonego przepisu w dotychczasowym brzmieniu było ułatwienie uzyskania zezwolenia przez cudzoziemca, który inwestuje w Polsce, a prowadzona przez niego działalność przyczynia się w szczególności do wzrostu inwestycji lub tworzenia nowych miejsc pracy.

Uchylenie ww. przepisu prowadzi do wniosku, że ustawodawca uznał, iż ułatwienie takim osobom kontroli nad własnym interesem w Polsce przez pełnienie w szczególności funkcji członka zarządu spółki kapitałowej przestało być celowe. Ta polityka w świetle niekorzystnej sytuacji na rynku pracy, potrzeby rozwijania inwestycji w Polsce oraz wejścia do Unii Europejskiej może zastanawiać. Argument, że zachodzi potrzeba ochrony polskiego rynku pracy przed cudzoziemcami wydaje się być słaby, w sytuacji gdy ci sami cudzoziemcy inwestują własne środki w Polsce, przyczyniając się do wzrostu gospodarki oraz zatrudnienia w regionie.

6. Zwolnienie z obowiązku posiadania zezwolenia na pracę

Przepis art. 87 ustawy przewiduje generalną zasadę, że z obowiązku posiadania zezwolenia na pracę zwolnieni są cudzoziemcy posiadający zezwolenie na osiedlenie się, zgodę na pobyt tolerowany, status uchodźcy nadany w Rzeczypospolitej Polskiej lub korzystający z ochrony czasowej na jej terytorium.

Cudzoziemcy, którzy w szczególnych sytuacjach korzystają ze zwolnienia, wskazani są także w rozporządzeniu Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 19.12.2001 r. w sprawie wykonywania pracy przez cudzoziemców bez konieczności uzyskania zezwolenia na pracę (Dz.U. Nr 153, poz. 1765,

dalej: zwol.rozp.). Zwolnienie ich z tego obowiązku wynika ze specyfiki działalności, którą prowadzą w Polsce. Przepisy rozporządzenia o zwolnieniu dotyczą w szczególności cudzoziemców będących stałymi korespondentami zagranicznych środków przekazu, nauczycielami języków obcych, członków korpusu NATO. Zmiany dotknęły również przepisy rozporządzenia o zwolnieniu i wynikają z rozporządzenia Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 09.02.2004 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wykonywania pracy przez cudzoziemców bez konieczności uzyskania zezwolenia na pracę (Dz.U. Nr 27, poz. 238).

Powołane przepisy rozporządzenia przewidują zwolnienie, z którego najczęściej korzystają cudzoziemcy wykonujący w Polsce funkcję członka zarządu spółki kapitałowej. Na podstawie przepisu § 2 pkt 12 zwol.rozp. w jego dotychczasowym brzmieniu, z obowiązku dysponowania zezwoleniem na pracę zwolnieni byli cudzoziemcy pełniący funkcję w zarządach osób prawnych prowadzących działalność gospodarczą, którzy, zachowując miejsce stałego pobytu za granicą, wykonywali pracę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej do 30 dni w roku kalendarzowym.

Pojęcie pełnienia na terenie Rzeczypospolitej Polskiej funkcji członka zarządu spółki należy rozumieć jako faktyczne i osobiste wykonywanie w danym dniu czynności objętych funkcją członka zarządu na podstawie umowy spółki lub przepisów prawnych (np. podpisywanie dokumentów lub prowadzenie rozmów w imieniu spółki), o ile czynności te mają miejsce na terytorium Polski. Jeżeli więc cudzoziemiec przebywa na terenie Polski, ale nie działa jako członek zarządu, uznać należy, że w tym dniu nie przebywa w Polsce w związku z pełnieniem funkcji członka zarządu. Podobnie, jeżeli wykonuje jakieś czynności, ale pozostaje poza granicami Polski. Takich dni, w których cudzoziemiec nie działa aktywnie jako członek zarządu spółki, nie wlicza się do powyższego 30-dniowego limitu.

Na podstawie przepisów obowiązujących w dotychczasowym brzmieniu pracodawca musiał jedynie ocenić, czy biorąc pod uwagę zakres jego działalności, możliwy do spełnienia jest warunek, że cudzoziemiec nie będzie działał aktywnie w zarządzie przez więcej niż 30 dni w ciągu roku kalendarzowego. Jeżeli powyższy warunek był możliwy do realizacji, cudzoziemiec nie miał obowiązku dysponowania zezwoleniem na pracę i mógł od razu objąć stanowisko członka zarządu. Cudzoziemiec, który zamierzał objąć stanowisko członka zarządu spółki kapitałowej w Polsce, musiał więc tak zorganizować sobie czas pracy, aby nie działał aktywnie w zarządzie przez więcej niż 30 dni w ciągu roku kalendarzowego.

Znowelizowane przepisy rozporządzenia o zwolnieniu nakładają na cudzoziemca dodatkowe obowiązki, które musi spełnić, aby mieć możliwość powołania się na analizowane zwolnienie. Od obowiązku uzyskania zezwolenia na pracę zwalnia się cudzoziemców pełniących funkcję w zarządach osób prawnych prowadzących działalność gospodarczą, jeżeli łącznie spełniają oni następujące warunki:

- 1) cudzoziemiec przebywa na terytorium Polski na podstawie wizy pobytowej w celu wykonywania pracy,
- 2) czas pobytu cudzoziemca na terytorium Polski w związku z pełnieniem funkcji, bez względu na liczbę osób prawnych prowadzących działalność gospodarczą, w których funkcja jest pełniona, nie przekracza 30 dni w roku kalendarzowym.

Pierwsza zmiana polega na nałożeniu na cudzoziemca obowiązku uzyskania wizy pobytowej w celu wykonywania pracy w Polsce. Dopiero po jej uzyskaniu może objąć stanowisko członka zarządu spółki. O wydanie wizy pobytowej w celu wykonywania pracy cudzoziemiec występuje do polskiego konsula właściwego ze względu na miejsce jego stałego zamieszkania. Poza tym zmieniony przepis stanowi, że limit 30 dni w roku kalendarzowym, w ciągu którego cudzoziemiec przebywa w Polsce w związku z pełnieniem funkcji członka zarządu, ustalany jest bez względu na liczbę osób prawnych, w których funkcja jest pełniona. Jeżeli więc cudzoziemiec jest członkiem zarządu dwóch spółek, nie może przebywać łącznie więcej niż 30 dni w Polsce w związku z pełnieniem funkcji członka zarządów obu spółek.

Zmienione przepisy wprowadzają więc dodatkowe utrudnienia w zakresie możliwości skorzystania z przedmiotowego zwolnienia. Wymóg uprzedniego uzyskania wizy pozwala również na weryfikację liczby osób korzystających ze zwolnienia.

Weryfikacja, czy cudzoziemiec spełnił warunki korzystania ze zwolnienia, może nastąpić w toku ewentualnej kontroli przestrzegania przez pracodawcę przepisów o zatrudnieniu. Potwierdzeniem przekroczenia 30-dniowego limitu może być okoliczność, że dokumenty podpisane przez cudzoziemca jako członka zarządu są datowane w taki sposób, że wynika z nich jednoznacznie, iż działał on aktywnie przez więcej niż 30 dni w ciągu roku kalendarzowego.

Jeżeli powołanie się na powyższe zwolnienie jest niemożliwe z uwagi na dużą aktywność cudzoziemca w Polsce, konieczne jest wszczęcie procedury w sprawie wydania zezwolenia na pracę.

Wskazać można także zwolnienie, które wynika z § 2 pkt 16 tryb.rozp. Umożliwia ono podjęcie pracy w Polsce bez obowiązku posiadania zezwolenia przez cudzoziemców – małżonków obywateli polskich, przebywających na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej na podstawie zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony, udzielonego w związku z zawarciem związku małżeńskiego.

Przepis art. 87 pkt 8 ustawy przewiduje generalne zwolnienie obywateli państw członkowskich Unii Europejskiej z obowiązku uzyskania zezwolenia na wykonywanie pracy w Polsce, przy czym ustawa dopuszcza możliwość zastosowania wobec nich zasady wzajemności z użyciem środków równoważnych lub ograniczeń, o których mowa w Załączniku XII pkt 2 ust. 11 Traktatu o przystąpieniu Polski do Unii Europejskiej. Ustawodawca skorzystał z powyższej możliwości, uchwalając Rozporządzenie Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 26.05.2004 r. w sprawie zakresu ograniczeń w sferze wykonywania pracy przez cudzoziemców na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 2004 r. Nr 123, poz. 1293).

Rozporządzenie określa zakres ograniczeń w sferze wykonywania pracy przez cudzoziemców na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, mając na względzie ochronę polskiego rynku pracy. Uchwalając rozporządzenie, ustawodawca wziął pod uwagę, że obywateli polskich obowiązują tzw. okresy przejściowe w stosowaniu zasady swobodnego przepływu pracowników między Polską a pozostałymi państwami Unii Europejskiej, w związku z czym muszą oni uzyskać stosowne zezwolenie na pracę w poszczególnych państwach Unii Europejskiej. Na podstawie analizowanego rozporządzenia również obywatele państw członkowskich Unii Europejskiej zostali zobowiązani do uzyskania zezwolenia na wykonywanie pracy w Polsce, z powołaniem się na zasadę wzajemności.

Przypisy

1 B.Raczkowski, S.Paluch, Zatrudnianie cudzoziemców w Polsce, Monitor Prawniczy 2002, nr 6, s. 248;
L.Mitrus, Nowe zasady zatrudniania cudzoziemców, Praca i Zabezpieczenie Społeczne 2002, nr 2, s. 19.

2 A.Kisielewicz, Zatrudnianie cudzoziemców w Polsce, Prawo Pracy 2002, nr 2, s. 11.

3 L.Mitrus, Nowe zasady zatrudniania cudzoziemców..., s. 21.

4 B.Raczkowski, S.Paluch, Zatrudnianie cudzoziemców w Polsce..., s. 248.