

RZYM I A PAKIET MOBILNOŚCI

ROME I AND MOBILITY PACKAGE I

Prof. dr hab. Artur Nowak-Far, adwokat

PL

OPINIA W SPRAWIE
**ZMIAN PROPONOWANYCH W ROZPORZĄDZENIACH NR 1071/2009
ORAZ 1072/2009 W ZAKRESIE, W JAKIM ODWOŁUJĄ SIĘ ONE
DO ROZPORZĄDZENIA RZYM I**

(stan prawny na 8 lipca 2019 r.)

sporządzona na zlecenie Związku Pracodawców „Transport i Logistyka Polska”
Warszawa 2019

Artur Nowak - Far, Attorney at Law, Prof. Hab. Dr.

EN

LEGAL OPINION
**CONCERNING THE CHANGES PROPOSED IN THE REGULATIONS
NO. 11071/2009 AND 1072/2009 WITHN TE SCOPE OF THEIR
CORRELATIONS WITH THE ROME I REGULATIONS**

(legal status of July, 8th, 2019)

Elaborated by order of “Transport & Logistics Poland” Employers’ Union



1. Cel i zakres opinii

Celem opinii jest identyfikacja znaczenia dla branży transportu drogowego zaproponowanych przez Parlament Europejski zmian do projektu aktu prawnego Komisji zmieniającego Rozporządzenia 1071/2009 i 1072/2009 w odniesieniu do art. 8 Rozporządzenia Rzym I (oraz art. 6 Konwencji rzymskiej) odzwierciedlonych dokumentacyjnie w piśmie Sekretariatu Rady 7823/19. Opinię sporządzono na zlecenie Związku Pracodawców „Transport i Logistyka Polska” z siedzibą w Warszawie.

1. Purpose and scope of the legal advice

The purpose of this legal opinion is to identify how the changes that have been proposed by the European Parliament to the Draft Act of the Commission, altering Regulations 1071/2009 and 1072/2009 will affect the European Union in respect of Article 8 of Rome I (as well as Article 6 of the Rome Convention) as reflected in Council Letter No 7823/19.

The legal opinion has been drawn up at the order of the “Transport & Logistics Poland” Employers’ Union in Warsaw.



2. Stan negocjacji zmian

Propozycja Parlamentu Europejskiego do wniosku Komisji i stanowiska Rady dotyczy dwóch powiązanych ze sobą kwestii regulacyjnych:

- (a) zmiany (oznaczonej cyfrą 123) preambuły Rozporządzeń poprzez wprowadzenie nowego motywu (16b), który brzmiałby następująco:

„Prawodawstwo dotyczące przewozów drogowych powinno być wzmocnione w celu zapewnienia dobrego stosowania i wzmocnienia Rozporządzenia Rzym I w taki sposób, że umowy o pracę odzwierciedlały miejsce, w którym pracownicy zazwyczaj świadczą pracę. Fundamentalne reguły Rozporządzenia (WE) 1071/2009 przyjęte w celu zwalczania spółek działających na zasadzie skrzynki pocztowej oraz w celu zapewnienia spółkom właściwych kryteriów określenia zakładu są uzupełniające i bezpośrednio związane z Rozporządzeniem Rzym I. Reguły te należy wzmocnić po to, by zagwarantować prawa pracowników wtedy, gdy czasowo pracują oni poza państwem, w którym zazwyczaj świadczą pracę, oraz po to, by zapewnić uczciwą konkurencję pomiędzy przedsiębiorstwami transportowymi.”

[“ang. “Road transport legislation should be reinforced to ensure a good application and enforcement of the Rome I regulation in a way that labour contracts reflect the habitual place of work of employees. Complementary to, and directly linked with Rome I Regulation are the fundamental rules of Regulation (EC) 1071/2009 intended to fight letterbox companies and

to ensure proper establishment criteria of companies. These rules need to be strengthened to guarantee the rights of employees when temporarily working outside their country of habitual work, and to ensure fair competition between transport undertakings.]

- (b) zmiany (oznaczonej cyfrą 133) do Rozporządzenia 1071/2009 oraz Rozporządzenia nr 1072/2009 polegającej na wprowadzeniu do nich przepisu brzmiącego następująco:

„(h) zapewnić, by zakład był miejscem, w którym lub z którego pracownicy zazwyczaj świadczą swoją pracę zgodnie z Rozporządzeniem nr 593/2008 Parlamentu Europejskiego i Rady lub Konwencji rzymskiej.”

[ang. „(h) ensure that the establishment is the place in which or from which workers habitually carry out their work according to Regulation Nr. 593/2008 of the European Parliament and of the Council and/or the Rome Convention.”]

Wspomniane propozycje zostały zgłoszone przez Parlament Europejski w pierwszym czytaniu projektu tego aktu pierwotnie zgłoszonego przez Komisję. Akt ma być przyjęty w zwykłej procedurze prawodawczej. Rada ma możliwość odniesienia się do tych poprawek albo poprzez zatwierdzenia stanowiska Parlamentu, albo poprzez zgłoszenie własnych poprawek (stosuje się tu bowiem procedurę art. 294 TFUE). W dalszym toku prac, w drugim czytaniu, Parlament Europejski może odrzucić stanowisko Rady albo, większością głosów swoich członków, zgłosić poprawki do stanowiska Rady.

2. Status of negotiating the changes

The European Parliament’s proposed changes to the Commission’s motion and the Council’s position concern two interconnected regulatory issues:

- (a) The change (marked as No 123) to the preamble of the Regulations would introduce a new recital (16b), which would read:

“Road transport legislation should be reinforced to ensure a good application and enforcement of the Rome I regulation in a way that labour contract reflect the habitual place of work of employees. Complementary to, and directly linked with Rome I Regulation are the fundamental rules of Regulation (EC) 1071/2009 intended to fight letterbox companies and to ensure proper established criteria of companies. These rules need to be strengthened to guarantee the right of employees when temporarily working outside their country of habitual work, and to ensure fair competition between transport undertakings”

- (b) The change (marked as No 133) to Regulation 1071/2009 and to Regulation 1072/2009 would introduce the following provision:

(h) ensure that the establishment is the place in which or from which workers habitually carry out their work according to Regulation 592/2008 of the European Parliament and of the Council and/or the Rome Convention.”

The proposals mentioned above were forwarded by the European Parliament during the first reading of this draft act sent from the Commission. The act should be approved through the normal legislative procedure. The Council can comment upon the proposals either by approving the Parliament’s opinion, or by forwarding proposed amendments of its own (the procedure of Article 294 TFUE being applied here). During the further course of the work, and notably during the second reading, the European Parliament may either reject the Council’s position or, with a majority vote by the members, propose amendments to the Council’s position.

3. Potencjalne konsekwencje proponowanych zmian w odniesieniu do reguł kolizyjnych

Obie proponowane propozycje legislacyjne odnoszą się do art. 8 Rozporządzenia Nr 593/2008 z dnia 17 czerwca 2008 r.

w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I) 1 oraz odpowiadającego mu postanowienia zawartego zasadniczo w art. 6 Konwencji rzymskiej² (w związku z jej art. 3 oraz 4).

Reguły Rozporządzenia Rzym I oraz Konwencji rzymskiej mające zastosowanie w odniesieniu do wskazania prawa właściwego w umowach o pracę przedstawia następująca tabela:

KONWENCJA RZYMSKA	ROZPORZĄDZENIE RZYM I
<p>Punkt wyjścia: prawo wybrane przez strony (art. 3), z zastrzeżeniem, że nie może to prowadzić do pozbawienia pracowników ochrony wynikającej z bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa (art. 6 ust. 1).</p> <p>Gdy nie dokonano wyboru prawa – prawo państwa, z którym umowa na ścisły związek (art. 4 ust. 1); przyjęcie, że ścisły związek istnieje wtedy, gdy w danym państwie uzgodniono wykonanie świadczenia charakterystycznego (art. 4 ust. 1); domniemanie, że najściślejszy jest związek z państwem, w którym znajduje się główne przedsiębiorstwo (art. 4 ust. 2).</p> <p>Gdyby powyższe reguły prowadziły do pozbawienia pracownika ochrony na podstawie przepisów bezwzględnie obowiązujących:</p> <p>(a) prawo państwa, w którym pracownik zazwyczaj świadczy pracę w wykonaniu umowy, nawet gdy jest tymczasowo oddelegowany do innego państwa (art. 6 ust. 2 lit. a) albo</p> <p>(b) prawo państwa, w którym znajduje się przedsiębiorstwo zatrudniające pracownika, jeżeli zazwyczaj nie świadczy on pracy w jednym i tym samym państwie (art. 6 ust. 2 lit. b)</p> <p>- chyba że z całokształtu okoliczności wynika, że umowa o pracę</p>	<p>Punkt wyjścia: prawo wybrane przez strony (art. 3), z zastrzeżeniem, że nie może to prowadzić do pozbawienia pracownika ochrony wynikającej z przepisów prawa właściwego (ustalanego niezależnie od wyboru stron), których nie można wyłączyć w umowie o pracę (art. 7 ust. 1).</p> <p>Gdy nie dokonano wyboru prawa – prawo państwa, w którym lub z którego pracownik zazwyczaj świadczy pracę w wykonaniu umowy, z wyjątkiem państwa tymczasowego zatrudnienia (art. 8 ust. 2).</p> <p>Gdy nie można ustalić prawa właściwego wedle reguły wyżej, prawem właściwym prawo państwa, w którym znajduje się przedsiębiorstwo zatrudniające pracownika (art. 8 ust. 3).</p> <p>Jeżeli z okoliczności wynika, że umowa ma ściślejszy związek z innym państwem niż zidentyfikowane w ust. 2 i 3, stosuje się to właśnie prawo.</p>

3. Potential consequences of the alterations proposed with respect to the conflict rules

Both of the forwarded legislative proposals concern Article 8 of Regulation No 593/2008 dated 17 June 2008, on the law

applicable to contractual obligations (Rome I),¹ as well as the corresponding regulations, i.e. basically Article 6 of the Rome Convention² (in connection to Articles 3 and 4 thereof).

The table below sets out rules that apply to define the relevant law in labour contracts as far as Rome I and Roman Convention Regulation rules are concerned:

ROMAN CONVENTION	REGULATIONS ROME I
<p>Starting point: the law chosen by the Parties (Art. 3), with the reservation that this cannot lead to the workers losing protection under the legislation in effect (Art. 6, section 1).</p> <p>If no law is chosen – then the law of the state the contract is most closely connected to (Art. 4 section 1); it is assumed, that a close connection exists when a peculiar service is agreed upon to be performed in a given state (Art. 4 passage 10; the tightest connection being presumed to the state where the headquarters of an enterprise is placed (Art. 4 section 2);</p> <p>If the rules mentioned above would deprive a worker of protection based on the legislation in effect:</p> <p>(a) The law of the state where an employee habitually performs the contract, even if he is temporarily posted in another state (Art. 6 section 2, letter a), or</p> <p>(b) the law of the state where the employing enterprise is located, if the employee usually performs the services in different states (Art. 6 section 2, letter b)</p> <p>- unless the specific context shows that the employment contract has the closest connection to a different state</p>	<p>Starting point: the law chosen by the Parties (Art. 3), with the reservation that this cannot lead to the workers losing protection under the relevant legislation (established irrespective of the Parties' choice) which cannot be excluded from a labour contract (Art. 7, section 1).</p> <p>If no law has been chosen, then the law of the state where the employee habitually performs the contract, apart from the state of temporary employment (Art. 8 section 2)</p> <p>If it impossible to establish the relevant governing law according to the above rule, then the law will be the state where the employing enterprise is located (Art. 8 section 3).</p> <p>If the specific context shows that the employment contract has the closest connection to a state other than that defined in sections 2 and 3, then this law will be applied.</p>

Proponowane zmiany, gdyby zostały przyjęte, stanowiłyby zmianę Rozporządzenia Rzym I - swoiste *ius specialis* w stosunku do przedstawionych przepisów Rozporządzenia Rzym 1 oraz Konwencji rzymskiej. Projekty zmian w przepisach nie zawierają uzasadnienia ani analizy, dlatego taka zmiana systemowa miałaby zostać wprowadzona jedynie w odniesieniu do branży transportu międzynarodowego. Przedstawiane ogólne wyjaśnienia do zmian mają jedynie charakter *stricte* polityczny, nie zaś merytoryczny – nie są zatem oparte na sprawdzonych dowodach.

Proponowane zmiany w odniesieniu do pracowników uczestniczących bezpośrednio w świadczeniu usług transportowych skutkowałyby ustanowieniem w Rozporządzeniach 1071/2009 oraz 1072/2009 dodatkowego, mającego zastosowanie wobec przedsiębiorstw transportowych, kryterium prawidłowości (w tym zwłaszcza legalności) ich działania, a w kontekście podejmowania działalności – wręcz dodatkowy warunek jej prowadzenia. Skutkiem wprowadzenia wspomnianego nowego kryterium świadczenia usług przewozu na rynku wewnętrznym Unii Europejskiej jest stworzenie sytuacji, w której – bez względu na sposób świadczenia usług, w tym na treść samych umów zawieranych o takie świadczenie – przedsiębiorstwa te byłyby uznane za mające, dla celów określania prawa właściwego do umów o pracę zawieranych z pracownikami, stały zakład w państwie, w którym lub z którego ich pracownicy zazwyczaj świadczyliby pracę.

Proponowane zmiany przepisów, o których mowa, nie usuwają problemu prawnego nieostrości określenia okoliczności „świadczenia zazwyczaj pracy [w określonym miejscu/państwie]”. Istotniejszym problemem jest jednak to, że nawet, gdyby proponowane przepisy zostały przyjęte, nie wiadomo byłoby, jaką mają one funkcję systemową (tj. jak mają funkcjonować w całym systemie prawa Unii Europejskiej). Nie została ona ani określona ani tym bardziej uzasadniona merytorycznie.

Można bowiem proponowane przepisy rozumieć dwojako:

- (a) jako bliżej nieokreśloną formę przepisu określającego zasadę wykładni prawa odnoszącej się do sytuacji, w której przedsiębiorstwo transportowe świadczy usługi zatrudniając pracowników wykonujących w danym państwie, zazwyczaj, pracę;
- (b) jako przepis prawa *stricte* materialnego, który wymaga od przedsiębiorstw transportowych przyjęcia takiego modelu działania, w którym – aby świadczyć swoje usługi w danym państwie przy zatrudnieniu pracowników, którzy zazwyczaj świadczą albo świadczyliby w nich pracę, przedsiębiorstwa te musiałyby ustanowić w tym państwie zakład (co do czego najpewniej miałyby powstać wręcz domniemanie, że taki zakład istotnie tam istnieje).

Przyjęcie pierwszej interpretacji proponowanego przepisu (tj. interpretacji ujętej w punkcie (a)) byłoby równoznaczne z akceptowaniem swoistej perwersji legislacyjnej, w której władza prawodawcza UE zastępowałaby władzę sądowniczą (a więc – w tym przypadku także Trybunału Sprawiedliwości UE) w wykładni prawa i wykreowaniu sytuacji, w której władza sądownicza miałaby jedynie rolę kontrolną w odniesieniu do prawidłowości zebrania przez administrację kontrolującą rynek pracy danego państwa faktów świadczących o tym, że pracownik istotnie wykonuje zazwyczaj w tym państwie pracę. Takie podejście jest nie do zaakceptowania nawet gdyby przyjąć, że przepis ustanawia jakieś domniemanie prawne. Z reguły tworzenia prawa znanych już prawu rzymskiemu wynika, że takie domniemanie nie może bowiem stworzyć niekorzystnych skutków prawnych dla kogokolwiek wtedy, gdy opiera się na wątpliwej relacji pomiędzy przyczynowo-skutkowej pomiędzy istotą (sensem) domniemania a przesłankami, na których się ono opiera; ustanowienie domniemania wymagałoby ponadto wykazania, że sądy po prostu nie radzą sobie ze stosowaniem istniejącego prawa, a więc ich władzę oceny faktów i stosowania w odniesieniu do nich reguły prawa należy w ten sposób ograniczyć.

Przyjęcie drugiej interpretacji proponowanego przepisu (tj. interpretacji ujętej w punkcie (b)) faktycznie oznacza także, że nawet nieustanawiając zakładu w danym państwie, przedsiębiorstwo transportowe musiałyby się liczyć z konsekwencją automatycznego uznania, że świadczenie przez któregośkolwiek z jego pracowników pracy w tym państwie uznanej za „zazwyczaj tam właśnie wykonywanej” rodzi skutek w postaci uznania umowy o pracę tego właśnie pracownika za podlegającą prawu tegoż państwa. **Oznacza to ustanowienie reguły, zgodnie z którą – już na podstawie Rozporządzenia 1071/2009 albo 1072/2009 – niemożliwe byłoby stosowanie w pełni mechanizmu identyfikacji prawa właściwego ustanowionego w art. 8 Rozporządzenia Rzym I albo art. 6 Konwencji rzymskiej**, co wydaje się nieprzemysłanym ograniczeniem stosowania zawartych w tych przepisach, rozsądnych przecież, zasad. Do tego rozwiązania także należałoby zgłosić sformułowane już wątpliwości dotyczące zasad formułowania w prawie domniemań prawnych.

Najpewniej również w takiej sytuacji powstałby zawsze stan naruszenia pewności zasadniczych wymogów legalności funkcjonowania przedsiębiorstwa transportowego, bo i tak ostateczne uznanie, czy i w jakim zakresie stosują się wobec nich lokalne przepisy prawa pracy zależałoby od interpretacji tego, czy świadczone przez któregośkolwiek z ich pracowników praca jest tam wykonywana „zazwyczaj”, czy nie. Uznanie, że tak istotnie jest przez organy nadzoru rynku pracy mogłoby spowodować zastosowanie wobec takiego przedsiębiorstwa sankcji, a nawet stwierdzenie, że w ogóle nie spełnia ono ustanowionych wymagań zezwolenia na prowa-

The amendments proposed, should they be approved, would present themselves as alterations of the Rome I Regulation – a *ius specialis* of a kind, with respect to the presented rules of the Rome I Regulation. The draft changes to the regulations do not contain any justification or analysis why a system change like that should be introduced with respect to international road transport alone. The general explanations presented have only a political, not substantive, nature – so they are not based on verified evidence.

The changes proposed with respect to the employees participating directly in transport servicing would lead to the establishment of an additional criterion in Regulations 1071/2009 and 1072/2009 concerning the reliability (and in particular the legality) of the operations of transport enterprises and, in a context of their business activities, even an additional condition of their operation.

The introduction of this new criterion will lead to a situation being created in the European Union market whereby – regardless of the method of providing the service, or the contents of the service contract – those enterprises would be recognised as possessing a stable working unit in the Member State in which, or from which, its employees would habitually provide their services, where the working units are required to define the relevant law under which the contracts with such employees would be concluded.

The proposed changes in question do not remove the legal problem of the vagueness of the definition of the circumstance of “a habitual service being provided [in a certain place/state]”. More importantly, however, even if the proposed changes were approved, it would not be known what their systemic function is (i.e. how they are to function under EU law as a whole). The function has not been defined, nor has it been justified on merits.

The regulations proposed could be understood in two ways:

- (a) As an unspecified form of a provision setting out the principle of interpretation of the law concerning the situation in which the transport enterprise provides services while employing the workers who usually work in a given Member State;
- (b) As a strictly substantive provision of law that requires transport enterprises to accept a business model whereby, in order to provide their services in a given Member State while employing workers who usually work there, they would have to establish an establishment in that Member State (which would most likely give rise to the presumption that such an establishment really exists there).

Accepting the first interpretation of the proposed provision (i.e. the interpretation set out in (a) above), would essentially be approval of a kind of legal perversion in which the legislative authority of the EU would replace the judicial authority (and in this respect the European Court of Justice as well) as far as the interpretation of laws is concerned, and a situation could be created where the judicial power could play a mere supervisory role with respect to the correctness of the information gathered by the administration controlling the market of a given state on whether the worker in question is really employed there. This approach is unacceptable, even if it could be assumed that the regulation established any legal presumption. It follows from the rules of law-making since Roman times that such a presumption cannot create adverse legal effects for anybody when it is based on a questionable causal relationship between the essence (meaning) of the presumption and the grounds on which it is based; furthermore, the establishment of a presumption would require a demonstration that the courts simply cannot cope with the application of existing law, so that their power to assess the facts and apply the rules of law to them should be limited in this way.

Accepting the second interpretation of the proposed provision (i.e. the interpretation according to (b) above), would in fact mean that, even despite the lack of an establishment in a given state, a transport enterprise could face the consequences of any of his employees rendering services in the state in question being automatically recognised as “habitually working just there”, and the employment contract would consequently be recognised as falling within the law of that state. **It means that the rule will be established whereby – on the basis of Regulation 1071/2009 or 1072/2009 – it would be impossible to fully apply a mechanism of identifying the relevant law established in Article 8 of the Regulation Rome I, or Article 6 of the Rome Convention**, which seems to be reckless limitation of the application of the otherwise sound principles contained therein. The doubts already formulated concerning the principles of creating the legal presumptions in the law should be applied here too.

It is also likely that, in such a situation, there would always be a state of uncertainty regarding the essential requirements for the legality of a transport undertaking's operations, since the final recognition of whether and to what extent local labour law applies to them would depend on the interpretation of whether the work carried out by any of their employees is “habitually” performed there or not. The recognition by the authorities supervising the labour market that this is the case could lead to sanctions being imposed on such an undertaking, or even to the conclusion that it does not satisfy the requirements for a transport authorisation at all. It is not certain whether the amended Regulations 1071/2009 and

dzenie działalności w dziedzinie transportu. Nie jest pewne, czy zmienione Rozporządzenia 1071/2009 i 1072/2009 systemowo zostały w ogóle przygotowane do prawidłowego (tj. zwłaszcza zgodnego z przepisami traktatowymi dotyczącymi swobody świadczenia usług i swobody przedsiębiorczości, a także z ogólną zasadą proporcjonalności) systemowego określenia konsekwencji tego przepisu, np. w odniesieniu do tego jakie podmioty miałyby stosować wspomniane przepisy i w jakim zakresie (to jednak wykracza poza zakres tej opinii).

Biorąc pod uwagę dotychczasowe doświadczenia TSUE z interpretacją wspomnianego, użytego w art. 8 ust. 2 Rozporządzenia Rzym I (oraz art. 6 ust. 2 lit. a)), zwrotu „miejsca/państwa, w którym pracownik zazwyczaj świadczy pracę” należy zauważyć, że wyraźnie wskazuje ono na niemożliwość określenia go w sposób ramowy, pozwalający na zastosowanie go w odniesieniu do wystarczająco szerokiego katalogu podobnych do siebie sytuacji o wyraźnych cechach wspólnych. Dlatego właśnie TSUE wyraźnie woli interpretację sytuacyjną (kontyngentną), w której ocenie podlega konkretna sytuacja.³

Jak już wspomniano, przyjęcie, że proponowane przepisy mają charakter materialny oznaczałoby, że automatycznie łączą one aktywność przedsiębiorstw transportowych łączącą się z zatrudnianiem pracowników, którzy świadczą pracę w warunkach wystarczająco wysokiego prawdopodobieństwa, że zostanie to uznane za świadczenie jej w danym państwie „zazwyczaj”) ze skutkiem w postaci uznania, że istnieje tam zakład tychże przedsiębiorstw. Z przyjęciem takiej konstrukcji wiąże się problem, z których następujące wydają się najbardziej istotne:

- (a) reguły ustanawiania zakładu, o którym mowa w proponowanym przepisie, jest niezgodne z traktatowymi zasadami swobody świadczenia usług i swobody przedsiębiorczości – przepisy te określają bowiem model ekonomicznej obecności przedsiębiorstwa w danym państwie w sposób sprzeczny z regulacjami traktatowymi dotyczącymi tych swobód, w tym także poprzez wprowadzenie regulacji, której ukrytą intencją jest faktyczne uniemożliwienie wyboru tego modelu;
- (b) zwiększenie ryzyka funkcjonowania przedsiębiorstw branży transportowej w warunkach niepewności prawa – o świadczeniu przez pracownika zazwyczaj pracy i tak będą decydowały kryteria, które ujawnią się z czasem a nie na samym początku czy w początkowej fazie świadczenia usług – chyba, że przyjęto by w interpretacji proponowanych przepisów koncepcję oparcia całej konstrukcji na intencji świadczenia, która musiałaby być zidentyfikowana jeszcze przed podjęciem działalności usługowej w danym państwie; taka koncepcja prowadziłaby do naruszenia unijnej zasady pewności prawa, gdyż nie można wykluczyć, że dane przedsiębiorstwo może mieć inną intencję przy przyjęciu pierwszej

oferty świadczenia usług a inną wtedy, gdy zamówień z danego państwa przybywa i jest ich po prostu tak dużo, że wymaga to zwiększonej obecności usługodawczej w tym państwie,

- (c) naruszenie zasady proporcjonalności, bowiem wzbudza poważne wątpliwości to, czy odpowiedni standard ochrony pracowników nie mógłby być osiągnięty za pomocą środków mniej problematycznych (zob. argumenty (a) i (b)), a przez to mniej dolegliwych, a także wątpliwość, co do tego, czy środki te są konieczne i właściwe do osiągnięcia tego celu;
- (d) naruszenie zasady pomocniczości poprzez substytuowanie przez sztywno określone przepisy o niepewnym zakresie stosowania (zob. pkt (b)) możliwej aktywności sądów krajowych (a także samego TSUE) i krajowych organów nadzoru rynku, które mogą stosować przepisy Rozporządzenia Rzym I i Konwencji rzymskiej także po to, by zapewnić odpowiednią ochronę pracowników;
- (e) wspomniane już nieuzasadnione zdezaktywizowanie przepisów Konwencji rzymskiej i Rozporządzenia Rzym I odnoszących się do prawa właściwego do indywidualnych umów o pracę.

W odniesieniu do punktu (a) należy stwierdzić, że właściwe instytucje UE mają uprawnienie do takiego kształtowania prawa wtórnego, które odpowiada zmianom ich polityki i to w szczególności w stosunku do korzyści (w rozważanym przypadku wynikających z unijnej zasady swobody przepływu usług i swobody przedsiębiorczości), które przedsiębiorstwa odnoszą na podstawie prawa unijnego.⁴ Instytucje te mają ponadto traktatowy tytuł do wspomnianych działań: w szczególności art. 3 ust. 3 tiret drugie TFUE w którym mowa, że celem UE jest m. in. wspieranie ochrony socjalnej. Przyjmowane w tym zakresie środki nie mogą jednak wkraczać – i to w sposób bardzo ograniczający – w zasadniczą treść swobód gospodarczych regulowanych w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, a więc w akcie prawnym, którego „właścicielem” są państwa członkowskie. Nie wydaje się bowiem, by deklarowany w projekcie interes w postaci zwiększenia ochrony pracowników (i tak przecież realizowany w art. 8 Rozporządzenia Rzym I oraz art. 6 Konwencji rzymskiej) był wystarczająco masywną przeciwwagą (był „przeciwważnym interesem” – „overriding interest”⁵) dla konieczności ograniczenia wspomnianych swobód, zwłaszcza dlatego, że i skuteczność planowanego środka jest w tym zakresie po prostu niepewna (o czym jest mowa dalej).

Co do naruszenia zasady pewności prawa, tak jak zostało to przedstawiona w punkcie (b), należy stwierdzić, że w wyniku przyjęcia propozycji, jej główni adresaci, tj. przedsiębiorstwa transportowe, nie byłyby w stanie (z powodów przedstawi-

1072/2009 have been systemically prepared for a proper (i.e. especially compliant with the Treaty provisions on the freedom to provide services and the freedom of establishment, as well as with the general principle of proportionality) systemic determination of the consequences of this provision, e.g. with respect to which entities would apply the aforementioned provisions, and to what extent (this, however, goes beyond the scope of this opinion).

Taking into consideration the previous TSUE experiences concerning the interpretation of the above mentioned use of the expression “place/state in which an employee habitually performs his work”, as used in **Article 8 section 2 Regulation Rome I** (as well as Article 6 section 2 lit a)), it should be mentioned that **it very precisely shows the inability to define it in a framework way**, which could allow it to be used with respect to the catalogue of similar situations that produce clear cut common features, as the catalogue is already clear enough. Therefore, it is TSUE that really prefers an interpretation (contingency) where a certain specific situation is evaluated in a clear cut way.³

As has been mentioned already, the assumption that the proposed provisions are of a material nature would mean that they automatically combine the activity of transport undertakings with the employment of workers who carry out work in a sufficiently high probability that it will be regarded as a ‘normal’ provision in a given state, with the result that they are deemed to have established a permanent establishment there. The adoption of such a design raises problems, the most significant of which seem to be the following:

- (a) The rules on setting up a permanent establishment, as referred to in the proposed provision, are incompatible with the principles of the Treaty of the freedom to provide services and the freedom of establishment, since those provisions define the economic presence of an undertaking in a State in a manner contrary to the Treaty rules governing those freedoms, including by introducing rules that are concealed in such a way as to render the choice of that model effectively impossible,
- (b) Increasing the risk of transport undertakings operating under conditions of legal uncertainty – the provision of services by the employee will normally be determined by criteria that become apparent over time, rather than at the beginning, or when starting to provide services – unless the concept of basing the whole construction on a provisional intention that would have to be identified before starting to perform the service in the Member State is accepted in the interpretation of the proposed provisions; such a concept would infringe the EU principle of legal certainty, since it is possible that a Member State may have a different intention

when accepting an initial offer of services, and a different intention when contracts from a given Member State arrive, and there may be simply so many of them that it requires an increased service presence in that Member State,

- (c) A violation of the proportionality system – for serious doubts arise whether a corresponding standard of worker protection could not be achieved by using less problematic means (see arguments (a) and (b)), and therefore less complicated, as well as doubts whether the measures like that are necessary and proper in order to achieve the goal in question,
- (d) A violation of the subsidiarity principle by substituting the possible activity of national courts (as well as the CJEU itself) and national market surveillance authorities, which may apply the Rome I Regulation and the Rome Convention, by rigidly defined rules with uncertain scope of application (see point (b)) to ensure the adequate protection of workers;
- (e) The already mentioned unjustified deactivation of the Rome Convention and Regulation Rome I rules concerning the relevant law with respect to individual employment contracts.

With regard to point (a), it should be noted that the competent EU institutions have the power to shape secondary legislation in a way that corresponds to changes in their policies, in particular in relation to the benefits (in the present case, stemming from the EU principle of the free movement of services and the freedom of establishment) that businesses derive from EU law.⁴ These institutions also have a treaty title for these actions: in particular, Article 3(3), second indent, TFEU, which states that the objective of the EU includes the promotion of social protection. However, the measures adopted in this area cannot – and in a very restrictive way – encroach on the fundamental content of the economic freedoms governed by the Treaty on the Functioning of the European Union, i.e. a legal act adopted by the Member States. It does not appear that the declared interest in increasing worker protection in the proposal (which is, after all, the case under Article 8 of the Rome I Regulation and Article 6 of the Rome Convention) is a sufficiently massive counterbalance (i.e. an ‘overriding interest’⁵) to the need to restrict these freedoms, particularly since the effectiveness of the planned measure is simply uncertain in this respect (see below).

As far as the violation of the legal certainty condition is concerned as it has been presented in argument (b), it should be stated that, if the proposal is accepted, its chief addressees, i.e. transport enterprises, would not be in a position (because of the reasons presented in argument (b)) to define the consequences of implementing the proposed regulation, nor the



nych w punkcie (b)) określić w swoich planach skutków zastosowania proponowanych regulacji ani momentu, w którym te skutki wystąpiłyby. Byłoby to zatem sprzeczne ze wspomnianą w tym punkcie zasadą pewności prawa, która wymaga, by w odniesieniu do ustanawianych w UE aktów prawa ich efekt był jasny i przewidywalny dla tych którzy im podlegają („*the effect of Community legislation must be clear and predictable for those who are subject to it*”).⁶ Kontyngencję sytuacyjną (tj. konieczny zakres zmienności reakcji na znacząco zmienność sytuacji, które powstają w kontekście korzystania przez przedsiębiorstwa transportowe ze swobody przepływu usług i swobody przedsiębiorczości), znakomicie odzwierciedlają i umożliwiają przepisy art. 8 Rozporządzenia Rzym I oraz art. 6 Konwencji rzymskiej. Proponowane przepisy natomiast starają się jej po prostu nie dostrzegać lub ją pominąć, a więc są poniekąd po prostu nieracjonalne w tym zakresie.

W odniesieniu do kwestii wątpliwości, czy proponowane rozwiązanie legislacyjne nie narusza zasady proporcjonalności, to należy zauważyć, że prawotwórcze instytucje UE mają uprawnienie do kształtowania polityki unijnej w określonych sprawach, leżących w zakresie ich kompetencji. W takim przypadku zasadniczym wymogiem, które owe środki muszą spełnić jest to, by nie były one rażąco (*manifestly*) sprzeczne z zasadą proporcjonalności – tj. **by nie stwarzały one stanu rażącej dysproporcjonalności użytych środków do celu, który owe środki mają osiągnąć.**⁷ W tym jednak przypad-

ku najpewniej z takim rażącym naruszeniem owej zasady mamy do czynienia. Użyte środki nie dają bowiem żadnej pewności, że cel ochrony pracowników zostanie osiągnięty. Ukryte założenie tego przypisu jest przecież takie, że będzie on dotyczył przedsiębiorstw z państw, w których koszty pracy są niższe i skutkowało rozciągnięciem na nie prawodawstwa pracy państw, w których koszty pracy są wyższe (być może także z uwagi na domniemaną większą intensywność ochrony socjalnej). Jednak takie przepisy jak projektowane muszą być rozpatrywane także na przyszłość, a więc w warunkach, w których nie znamy porównawczej struktury kosztów pracy⁸, a także w odniesieniu do sytuacji nietypowych, niezakładanych przez projektodawców. W tych wszystkich przypadkach zastosowanie proponowanych przepisów może powodować wręcz skutek odwrotny od zamierzonego, którego nie da się odwrócić po prostu poprzez przytoczenie preambuły (deklarującej cel ochronny). Naruszenie zasady pomocniczości polega tu na substytuowaniu roli organów krajowych legitymowanej – choćby w świetle orzeczenia TSUE w sprawie C- 29/10 Heiko Koelzsch przeciwko Luksemburgowi (zob. przypis 3 w tej opinii) – w zakresie sytuacyjnej oceny przesłanek stosowania art. 8 Rozporządzenia Rzym I (albo odpowiednio art. 6 Konwencji rzymskiej) co do określonych umów o pracę przez sztywną regułę, której intencją jest najprawdopodobniej co najmniej ustanowienie de facto domniemania konieczności istnienia/ posiadania zakładu w danym państwie.

moment when such consequences would occur. This would then contradict the principle of legal certainty declared in that point, where the principle demands that the effects of EU law should be clear and predictable for those who would fall thereunder (“*the effect of Community legislation must be clear and predictable for those who are subject to it*”).⁶ Situational continuity (i.e. the necessary scope for variation in the response to the considerable variability in the situations that arise in the context of the transport undertakings exercising the freedom to provide services and the freedom of establishment) is perfectly reflected and made possible by the provisions of Article 8 of the Rome I Regulation and Article 6 of the Rome Convention. The proposed provisions, on the other hand, simply try not to notice or omit it, so they are somewhat irrational in this respect.

With regard to the question as to whether the proposed legislative solution infringes the principle of proportionality, it should be noted that the EU’s law-making institutions have the power to formulate EU policies on specific matters falling within their sphere of competence. In such a case, the essential requirement that these measures must meet is that they are not manifestly contrary to the principle of proportionality – i.e. that they do not create a manifestly disproportionate state of the means used in relation to the objective that they are intended to achieve.⁷ In this case, however, flagrant breaches of that principle are most likely to occur. The means

used do not provide any certainty that the objective of protecting workers will be achieved. The hidden assumption of this provision is, after all, that it will apply to enterprises from Member States where labour costs are lower, and will extend to them the labour legislation of Member States where labour costs are higher (perhaps also because of the alleged higher intensity of social protection). However, provisions such as those proposed must also be considered in the future, i.e. in conditions in which we do not know the comparative structure of labour costs,⁸ as well as in relation to atypical situations, not assumed by the lawmakers. In all these cases, the application of the proposed provisions may even have the opposite effect to the intended one, which cannot be simply reversed by quoting a preamble (declaring the protective purpose of the project).

The infringement of the principle of subsidiarity consists in substituting the role of the national authorities in legitimising – even in light of the judgment of the CJEU in Case C-29/10 Heiko Koelzsch v Luxembourg (see footnote 3 in this opinion) – the role of the national authorities in situating the conditions for applying Article 8 of the Rome I Regulation (or Article 6 of the Rome Convention, respectively) in relation to certain employment contracts with a rigid rule, the intention of which is most probably at least to establish a de facto presumption of the need to have an establishment in a given Member State.

4. Wnioski

Przyjęcie proponowanych poprawek Parlamentu Europejskiego do inicjatywy prawodawczej Komisji Europejskiej odnoszących się do art. 8 Rozporządzenia Rzym I (i art. 6 Konwencji rzymskiej) oznaczałoby ustanowienie dodatkowego kryterium, obok już w projekcie przewidzianych, legalności prowadzenia działalności w dziedzinie transportu drogowego. Propozycja może być interpretowana jako próba (bez uzasadnienia prawnego oraz oceny skutków regulacji) wyłączenia stosowania w stosunku do przedsiębiorstw transportu drogowego świadczących usługi transgranicznie wszystkich innych przepisów wspomnianego art. 8 Rozporządzenia Rzym I poza przepisem art. 8 ust. 2.

Z uwagi na bardzo dużą niejasność wynikającą stąd konstrukcji prawnej, nie jest możliwe określenie wszystkich konsekwencji prawnych, które mogłyby wynikać z przyjęcia wspomnianej poprawki. Jednak aby zapobiec owej niejasności (a tym samym zwiększeniu przez samego prawodawcę ryzyka prowadzenia przez przedsiębiorstwa transportowe działalności gospodarczej) należy jak najszybciej przekazać instytucjom uczestniczącym w procesie legislacyjnym (tj. Komisji Europejskiej, Radzie i Parlamentowi Europejskiemu) informacje o stwierdzonych wadach rozwiązania. Na etapie prac nad projektem nie jest natomiast możliwe wszczęcie jakiegokolwiek procedury przed Trybunałem Sprawiedliwości UE.

Zgłoszona poprawka nie wydaje się przemyślana przede wszystkim ze względu na brak wyraźnych sygnałów w samym

projekcie (z poprawkami), które wskazywałyby, że inicjatorzy zmiany przemyśleli jej konsekwencje odnoszące się do całej struktury regulacji Rozporządzeń 1071/2009 i 1072/2009. Po drugie, poprawka wzbudza także poważne wątpliwości w następujących zakresach:

- (a) jej zgodności z regulacjami traktatowymi dotyczącymi swobody przepływu usług i swobody przedsiębiorczości,
- (b) naruszenia zasady ogólnej pewności prawa,
- (c) naruszenia zasady ogólnej proporcjonalności,
- (d) naruszenia zasady pomocniczości,
- (e) naruszenia zasady jednolitości i spójności systemu prawnego UE poprzez nieuzasadnione dezaktywizowanie przepisów Konwencji rzymskiej i Rozporządzenia Rzym I odnoszących się do indywidualnych umów o pracę.

Ponieważ jedną z zasad naruszonych przez tą poprawkę jest zasada pomocniczości, ważnym elementem działań informacyjnych zleceniodawcy powinno być poinformowanie parlamentów narodowych (w tym – co oczywiste – Sejmu) o tym fakcie. Zgodnie z postanowieniami Protokołu (nr 2) załączonego do Traktatu z Lizbony, w sprawie stosowania zasad pomocniczości i proporcjonalności, parlamenty narodowe mają określone kompetencje w zakresie inicjowania kontroli aktów prawnych te zasady ogólne prawa UE naruszającymi. Istotną cechą posiadanych przez parlamenty narodowe kompetencji w tym zakresie jest to, że odnoszą się one do projektów aktów prawa UE.

Przypisy

¹ Dz. U. UE 2008, L 177/6.

² Konwencja 80/934/EWG o prawie właściwym do zobowiązań umownych otwarta do podpisu w Rzymie 19 czerwca 1980 r., Dz. U. 1980, L 266/1. Konwencja ma nadal zastosowanie wobec Danii oraz zamorskich terytoriów państw członkowskich Unii Europejskiej.

³ Zob. np. orzeczenie w sprawie C-29/10 Heiko Koelzsch przeciwko Luksemburgowi, (Zb. Orz. 2011, s. I-1595), w którym TSUE uznał, że przepisy art. 8 Rozporządzenia Rzym I zostały przyjęte w celu ochrony pracowników oraz uznał, że miejsce, w którym praca jest zazwyczaj świadczona, należy określać poprzez odniesienie do miejsca, w którym pracownik ma osiągnąć cele pracy i w którym znajduje się zawodowe środowisko jego aktywności. Te okoliczności należy natomiast identyfikować poprzez identyfikację miejsca: (a) wykonywania pracy, (b) pochodzenia konkretnych poleceń służbowych, (c) „organizowania sobie wykonywania pracy” przez samego pracownika, (d) trzymania przez niego narzędzi pracy, (e) zakończenia pracy (tj. osiągnięcia ostatecznego celu, dla którego wydano określone polecenie służbowe), (f) powrotu pracownika po zakończeniu pracy/zadania pracowniczego.

⁴ Zob. np. orzeczenie w sprawie C-402/98 Agricola Tabacchi Bonavicina Snc di Mercati Federica (ATB) et al. przeciwko Ministero per le Politiche Agricole, Azienda di Stato per gli interventi nel mercato agricolo (AIMA) and Mario Pittaro. Zb. Orz. 2000, s. I-5502, motyw 37.

⁵ Zob. orzeczenie w sprawie C74/74 CNTA SA przeciwko Komisji Europejskiej, Zb. Orz. 1975, s. 533, motyw 43.

⁶ Zob. np. orzeczenie w sprawach 212-217/80 Amministrazione delle Finanze dello Stato przeciwko Srl Meridionale Industria Salumi, Zb. Orz 1981, s. 2735, motyw 10; C-110/03 Belgia przeciwko Komisji, Zb. Orz 2005, s. I-2801

⁷ Zob. np. orzeczenie w sprawie C-189/01 H. Jippes et al. przeciwko Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij, Zb. Orz. 2001, s. I-5689, motyw 83.

⁸ O tym, że nawet w istniejących warunkach trudno jest dokonać sensownych porównań świadczy orzecznictwo TSUE. Zob. np. orzeczenie w sprawie C-396/13 Sähköalojen ammattiliitto ry przeciwko Elektorbudowa Spółka Akcyjna, ECLI:EU:C:2015:86.

4. Conclusions

If the amendments proposed by the European Parliament to the legislative initiative of European Commission concerning Article 8 of Rome I Regulations (and Article 6 of the Roman Convention) are accepted, it would mean establishing an additional criterion alongside what is already foreseen in the project, namely the legality of conducting road transport business. The proposal may be interpreted as an attempt (without any legal justification or impact assessment) to exclude the application to the road transport enterprises providing cross-border services of all the other provisions of Article 8 of the Rome I Regulation, apart from Article 8 section 2.

Due to the very high degree of ambiguity of the resulting legal structure, it is not possible to identify all the legal consequences that could result from the adoption of this amendment. However, in order to prevent this ambiguity (and thus increase the risk that the legislator itself poses towards transport undertakings carrying out economic activity), it is necessary to inform the institutions involved in the legislative process (i.e. the European Commission, the Council and the European Parliament) as soon as possible of the shortcomings identified. At the drafting stage, however, it is not possible to initiate any procedure before the Court of Justice of the EU.

The proposed amendment does not seem to be well thought out, first of all due to the lack of clear signals in the draft itself

(as amended) suggesting that the initiators of the change have thought through its consequences for the whole structure of the regulations of Regulations 1071/2009 and 1072/2009. Secondly, the amendment also raises serious doubts in the following areas:

- (a) Its compatibility with the Treaty rules on the free movement of services and freedom of establishment,
- (b) The violation of the principle of general legal certainty,
- (c) The violation of the principle of general proportionality,
- (d) The violation of the principle of subsidiarity,
- (e) The violation of the principle of unity and coherence of the EU legal system through unjustifiably deactivating the Rome Convention and the Rome I Regulation concerning individual employment contracts.

Since one of the principles violated by this amendment is the principle of subsidiarity, an important element of the information activities of the employer should be to inform national parliaments (including, of course, the Polish Sejm) of this fact. In accordance with the provisions of Protocol (No 2) annexed to the Lisbon Treaty on the application of the principles of subsidiarity and proportionality, national Parliaments have specific powers to initiate the scrutiny of legislative acts in violation of these general principles of EU law. An important feature of the powers held by national Parliaments in this respect is that they relate to draft EU legislation.

Endnotes

¹ ECR 2008, L 177/6

² Convention 80/934/EEC, on the law applied to the contractual obligations was open for signatures in Rome, on 19 June 1980. ECR 1980, L 177/6. The Convention is still applicable to Denmark and European Union Member Countries overseas territories.

³ Cf. e.g., a ruling in case C-29/10 Heiko Koelzsch against Luxemburg (Rep. 2011, p. I -1595) where TSUE recognises the rules of Article 8 of Regulation Rome I as accepted with the purpose of protecting employees, and recognised that the working place where the work is usually performed should be defined by defining the work place as where the purpose of the performance is achieved, and where the professional environment of the activity is located. Those circumstances should be immediately identified through the place identification: (a) work fulfilment, (b) specific work assignments origin, (c) "self-working arrangement" by a worker himself, (d) where working tool kit is kept by him, (e) work finalisation, (i.e., the achievement of a final goal according to the working assignment), (f) the return of the employee after the job/working assignment is fulfilled.

⁴ See, for example, the judgement in the case C-402/98 Agricola Tabacchi Bonavicina Snc di Mercati Federica (ATB) et al., against Ministero per le Politiche Agricole, Azienda di Stato per gli interventi nel mercato adricolo (AIM) and Mario Pittaro. ECR 2000, p. I-5502, recital 37.

⁵ See judgment in Case C-74/74 CNTA SA v European Commission [2004] ECR 1975, p. 533, recital 43.

⁶ See, for example, the judgement in cases 212-217/80 Amministrazione delle Finanze dello Stato against Srl Merionale Industria Salumi, ECR 1981, p.2735, recital 10; C-110/03 Belgium against European Commission, ECR 2005, p.I-2801

⁷ See, for example, the judgement in case C-189/01 H.Jippes et al. Against Minister van Lanbouw, Natuurbeheer en Visserij, ECR 2001, p. I-5689, recital 83.

⁸ The TSUE Digest of Opinions could be used as evidence that it is difficult to draw sensible comparisons even under modern conditions. See, for example, judgement in the case C-396/13 Sähköalojen ammattiliitto ry against Elektorbudowa Spółka akcyjna, ECLI:EU:C:2015:86.

Publisher:
Związek Pracodawców „Transport i Logistyka Polska”
Employers Association 'Transport & Logistics Poland'
al. Jana Pawła II 23, 00-854 Warszawa
info@tlp.org.pl, www.tlp.org.pl

Copyright © Transport & Logistics Poland
info@tlp.org.pl, www.tlp.org.pl

Graphic design:
PressToRead Custom Publishing