

# Jest sposób, by nie płacić 13 zł od zleceń, a kontrola PIP może być nieskuteczna



**Agata Mierwa**  
adwokat w praktyce prawa pracy kancelarii Domański Zakrzewski Palinka

1 stycznia 2017 r. zaczynają obowiązywać przepisy o minimalnym wynagrodzeniu zleceniobiorców (osób świadczących usługi). Zmiany mają charakter zasadniczy, dlatego nadchodzący kwartał firmy korzystające z usług takich osób powinny poświęcić na przegląd już obowiązujących, długoterminowych umów-zleceń. Stawka minimalna będzie bowiem musiała zostać zastosowana tak w przypadku umów już obowiązujących, jak i nowych, zawieranych po tej dacie. Warto zatem przyrzeć się niektórym wyjątkom, jakie od zasady minimalnego wynagrodzenia zleceniobiorców wprowadza ustawa z 22 lipca 2016 r. o zmianie ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1265, dalej: ustawa lub nowelizacja).

## UE bez 13 zł

Minimalna stawka będzie obowiązywała w przypadku umów-zleceń zawartych z osobami fizycznymi nieprowadzącymi działalności gospodarczej oraz z osobami wykonującymi co prawda taką działalność, ale niezatrudniającymi pracowników ani niezawierającymi umów-zleceń (samozatrudnieni). W przypadku tych ostatnich ważne będzie także miejsce zarejestrowania działalności. Ustawa znajdzie zastosowanie wyłącznie do jednoosobowych działalności zarejestrowanych w Polsce albo innym kraju należącym do Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Tak więc firma nie będzie musiała stosować stawki minimalnej, jeśli zawrze umowę ze zleceniobiorcą, który zarejestrował działalność w innym kraju UE (EOG). Z uzasadnienia do projektu ustawy wynika, że przeciw-

na regulacja byłaby sprzeczna z art. 16 dyrektywy 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 12 grudnia 2006 r. dotyczącej usług na rynku wewnętrznym. To pierwszy wyjątek wprowadzony ustawą, choć jego stosowanie nie będzie zapewne powszechne.

## Czas, miejsce...

Zastosowanie drugiego z ustawowych wyjątków wydaje się jeszcze trudniejsze do realizacji. Będzie bowiem wymagało spełnienia łącznie dwóch przesłanek:

- 1) zleceniobiorca (samozatrudniony) musi mieć swobodę wyboru miejsca i czasu wykonania zlecenia,
- 2) za świadczoną usługę zleceniobiorca (samozatrudniony) będzie otrzymywał wyjątkowo wysokie wynagrodzenie prowizyjne.

Pierwsza przesłanka wyłącza spod stawki minimalnej całą rzeszę umów, w których specyfika zlecenia pociąga za sobą konieczność jego wykonania w konkretnym miejscu, np. usługa zapewnienia ochrony budynku czy sprzątania pomieszczeń biurowych. Konieczność wykonania zlecenia w miejscu wskazanym przez zleceniodawcę może również wynikać z samej umowy. Tak dzieje się, jeśli zlecenie mogłoby co prawda być wykonane w dowolnym miejscu, ale w siedzibie zleceniodawcy znajduje się infrastruktura potrzebna do jego prawidłowej realizacji albo wymagają tego względy poufności (np. w przypadku usług księgowych czy kadrowej, a także w przypadku zatrudnionych w sądach). Co więcej, mimo że nie wynika to wprost z ustawy, intencją ustawodawcy jest zapewnienie całkowitej swobody wyboru miejsca wykonania zlecenia bądź usługi. Jak wynika z uzasadnienia do projektu, wybór miejsca wykonania usługi przez zleceniobiorcę nie będzie rzeczywisty, jeśli zleceniobiorca dokona go pomiędzy trzema uprzednio wskazanymi mu

przez zleceniodawcę lokalizacjami. O braku swobodnego wyboru będziemy mówić również wtedy – zgodnie z założeniami ustawodawcy – gdy to zleceniodawca sam określi kolejność realizacji zadań w danym miejscu, należącym do jednej z trzech lokalizacji.

Duże znaczenie będzie też odgrywał sposób sformułowania postanowień umowy. Przykładowo wskazanie miejsc, w których może nastąpić wykonanie zlecenia, np. siedziba zleceniodawcy, miejsce zamieszkania zleceniobiorcy lub inne

**WAŻNE** Firma nie będzie musiała stosować stawki minimalnej, jeśli zawrze umowę ze zleceniobiorcą, który zarejestrował działalność w innym kraju Unii Europejskiej

miejsce gwarantujące prawidłowy sposób wykonania zlecenia, powinno być nadal dopuszczalne i nie powodować konieczności zastosowania minimalnej stawki godzinowej. Podobnie będzie należało pójść do czasu wykonania usługi czy zlecenia. Co więcej, nawet biorąc pod uwagę zapisy ustawy, firma nadal powinna mieć możliwość udzielania zleceniobiorcy zwolnień co do sposobu wykonania zlecenia, co gwarantuje jej art. 737 ustawy z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 380 ze zm.). W mojej ocenie można zatem zgodnie z prawem wymagać, aby zleceniobiorca uwzględnił przy wykonaniu zlecenia np. godziny funkcjonowania biura zleceniodawcy albo terminy uzgodnione z klientem i w takich godzinach przekazał rezultat swojej pracy. Oznaczałoby to, że zleceniobiorca miałby swobodę wyboru, ale nie dowolność. Czy takie rozumienie przepisu ustawy

„obroni się”, pokaże dopiero orzecznictwo.

Warto też zauważyć, że podstawowe znaczenie przy ocenie możliwości skorzystania z omawianego wyjątku będzie miała praktyka wykonywania danej umowy. Nawet najlepsze postanowienie umowne nie zabezpieczy bowiem interesów firmy, jeśli w rzeczywistości zleceniobiorca nie będzie miał w praktyce dostatecznej swobody wykonując zlecenie. Zarówno Państwowa Inspekcja Pracy, jak i sądy powszechne mają bowiem możliwość weryfikowania prawdziwości zapisów umownych w oparciu o zeznania samych zleceniobiorców i świadków.

## ...i prowizja

Druga przesłanka umożliwiająca wyłączenie zasady stosowania minimalnego wynagrodzenia godzinowego zleceniobiorców jest jeszcze bardziej rygorystyczna. Przepis wymaga bowiem, aby wynagrodzeniem za wykonanie zlecenia była wyłącznie prowizja. Ustawa precyzuje przy tym, że wynagrodzenie prowizyjne to wynagrodzenie uzależnione od wyników, takich jak liczba zawartych umów lub ich wartość, sprzedaż, obrót, pozyskane zlecenia, wykonane usługi lub uzyskane należności. Jest to wyliczenie przykładowe.

Uzasadnienie do projektu wskazuje, że ustawodawcy przyszła idea uzależnienia wynagrodzenia zleceniobiorcy w całości od rezultatu wykonania zlecenia (usługi). Praktyka rynkowa wskazuje jednak, że taki model wynagrodzenia zleceniobiorców jest niezwykle rzadki. Zazwyczaj bowiem takim osobom gwarantowane jest wynagrodzenie bazowe, w stałej wysokości, a wynagrodzenie prowizyjne stanowi istotny, ale dodatkowy element płacy. Takie umowy będą objęte minimalnym wynagrodzeniem, co implikuje również konieczność uzgodnienia

## Przykładowe postanowienia umowne

„Wybór miejsca i czasu świadczenia usług należy do Usługobiorcy”.

„Konsultant będzie świadczył usługi w Polsce lub za granicą, w miejscu, w którym Konsultant prowadzi lub będzie prowadził swoją działalność. Zgodnie ze swoim wyborem Konsultant może świadczyć usługi w siedzibie Spółki i w takim przypadku, na jego żądanie, Spółka udostępni Konsultantowi powierzchnię biurową wraz z odpowiednią infrastrukturą za zryczałtowaną opłatą [x] netto. W każdym czasie wybór miejsca świadczenia usług należy do Konsultanta, w szczególności udostępnienie Konsultantowi na jego życzenie przestrzeni biurowej nie oznacza wymogu świadczenia usług w siedzibie Spółki”.

„Zleceniobiorca samodzielnie decyduje o godzinach wykonania zlecenia, biorąc jednak pod uwagę wszelkie terminy określone przez Spółkę na jego wykonanie”.

„Z tytułu świadczenia usług na podstawie niniejszej umowy Zleceniobiorcy przysługuje od Zleceniodawcy wynagrodzenie prowizyjne według następującego modelu:

- a) [n] (słownie: [n]) zł netto miesięcznie za realizację miesięcznej sprzedaży na rzecz odbiorców pozyskanych staraniem Zleceniodawcy w przedziale od X do Y zł sztuk;
- b) [n] (słownie: [n]) zł netto miesięcznie za realizację miesięcznej sprzedaży na rzecz odbiorców pozyskanych staraniem Zleceniodawcy powyżej Y mln sztuk. Do kwot określonych powyżej doliczony zostanie podatek od towarów i usług zgodnie z obowiązującymi przepisami. Wynagrodzenie prowizyjne będzie płatne kwartalnie w terminie Z (słownie: [Z]) dni od dnia otrzymania przez Zleceniodawcę prawidłowo wystawionej faktury VAT obejmującej dany kwartał. Strony zastrzegają, że Zleceniobiorca jest uprawniony do wystawienia faktury nie wcześniej niż ostatniego dnia danego kwartału”.

ze zleceniobiorcą sposobu ewidencjonowania czasu poświęconego na wykonanie zlecenia, a przy braku takiego ustalenia – zdanie się na zestawienie przedstawione przez zleceniobiorcę. Ponieważ często wynagrodzenie prowizyjne związane jest ze świadczeniem usługi poza siedzibą firmy, w terenie, weryfikacja prawdziwości zestawienia zleceniobiorcy może być niezwykle trudna. W przypadku stosowania dualnego modelu wynagrodzenia zleceniobiorców (stawka bazowa

plus wynagrodzenie prowizyjne) osiągnięcie w danym miesiącu godzinowego wynagrodzenia minimalnego powinno być ustalane z uwzględnieniem obydwu składników. To oznacza, że w słabszym okresie zleceniobiorca miałby roszczenie o uzupełnienie swojego wynagrodzenia do kwoty wynagrodzenia minimalnego. Ryzyko byłoby zatem przeliczone na podmiot zlecający usługę, a wynagrodzenie prowizyjne traciłoby swój tradycyjny, motywacyjny charakter.

## OPINIA EKSPERTA

# Mogą być kłopoty przy zamówieniach publicznych



**TOMASZ MICHALCZYK**  
radca prawny, senior associate w praktyce infrastruktury i energetyki kancelarii Domański Zakrzewski Palinka

Już od 1 września 2016 r. obowiązują przepisy nowelizacji m.in. w części dotyczącej umów o zamówienie publiczne. W postępowaniach o zamówienie publiczne wszczętych i prowadzonych od 1 września 2016 r., w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy zamawiający muszą więc określić warunki zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy, jeśli zmieni się minimalna stawka godzinowa ustalona na podstawie ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. W art. 8–10 ustawy nowelizującej ustawodawca przewidział również mechanizm, który w zamyśle ma pozwalać na zastosowanie jej przepisów do umów zawartych w ramach postępowań wszczętych przed 1 września 2016 r. Zgodnie z art. 8 nowelizacji, jeżeli zmiana wysokości minimalnej stawki godzinowej będzie miała wpływ na

koszty wykonania zamówienia, to każda ze stron umowy może wystąpić, nie później niż do 31 grudnia 2016 r., z pisemnym wnioskiem o przeprowadzenie negocjacji, których celem jest zawarcie porozumienia w sprawie zmiany wysokości wynagrodzenia, tj. jego podwyższenia w sposób uwzględniający minimalną stawkę godzinową, ze skutkiem od 1 stycznia 2017 r. Jeżeli mimo złożenia wniosku o przeprowadzenie negocjacji strony w ciągu 30 dni nie osiągną porozumienia, to każda z nich będzie miała prawo rozwiązać umowę z zachowaniem dwumiesięcznego okresu wypowiedzenia.

Przyjęte przez ustawodawcę rozwiązanie w postaci możliwości przeprowadzenia negocjacji co do wysokości wynagrodzenia implikuje pewne trudności praktyczne. Po pierwsze, to na wykonawcy będzie ciążył obowiązek przedstawienia sposobu i podstawy wyliczenia zmiany wynagrodzenia. Wykonawcy często nie mają obowiązku przedstawiania w ofertach dokładnego sposobu kalkulacji kosztów, co w praktyce oznacza, że może dochodzić do nadużyć polegających na występowaniu z wnioskiem o zmianę wysokości wy-

grodzienia, mimo że nie zachodzą ku temu przesłanki, tj. już pierwotna oferta wykonawcy uwzględniła minimalną stawkę godzinową. Po drugie, ustawa nie przewiduje instrumentów prawnych, które pozwoliłyby przymusić zamawiającego do wyrażenia zgody na podwyższenie wynagrodzenia. W oczywisty sposób zawarciem porozumienia bardziej zainteresowany będzie wykonawca, który ponosi ryzyko wypłaty wynagrodzenia według stawki godzinowej wymaganej przepisami prawa, a tym samym również ryzyko nałożenia kary przez Państwową Inspekcję Pracy. W sytuacji gdy koszty wykonawcy faktycznie drastycznie wzrosną, a zamawiający nie będzie skłonny wyrazić zgody na zwiększenia wynagrodzenia, to wykonawcy pozostanie wyłącznie wypowiedzenie umowy. W innym przypadku wykonawca będzie musiał pokryć zwiększone koszty z planowanego zysku lub będzie musiał dokończyć kontrakt z ryzykiem poniesienia straty. Istotny problem praktyczny może też dotknąć wykonawców, którzy do 31 grudnia 2016 r. nie wystąpią z wnioskiem

o zmianę wynagrodzenia. Literalna wykładnia art. 8 ust. 1 ustawy nowelizującej prowadzi do wniosku, że tacy wykonawcy stracą uprawnienie do negocjacji wynagrodzenia lub wypowiedzenia umowy, a tym samym będą zmuszeni samodzielnie pokryć zwiększone koszty wynagrodzenia wynikające z wprowadzenia minimalnej stawki godzinowej. W niekorzystnej sytuacji zostaną postawieni również wykonawcy realizujący inwestycje finansowane z budżetu państwa, w rozumieniu art. 134 ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 885 ze zm.). Nowelizacja zakłada bowiem, że w przypadku tego typu projektów zmiana wynagrodzenia nie może prowadzić do zwiększenia wartości kosztorysowej inwestycji, określonej przy rozpoczęciu jej realizacji, a jeżeli od takiego zwiększenia dojdzie, to wykonawca nie będzie uprawniony do rozwiązania umowy. W konsekwencji spowoduje to, że wykonawcy będą musieli samodzielnie pokryć zwiększone koszty pracownicze wynikające ze zmiany prawa bez możliwości wcześniejszego rozwiązania umowy.