

# Symulowanie choroby nadal bez konsekwencji. Kontrole zwolnień będą łatwe do storpedowania



Karolina Topolska  
karolina.topolska@informa.pl

Jeśli ZUS liczy na to, że wreszcie będzie mógł skutecznie kontrolować krótkotrwałe zwolnienia lekarskie, to może się przeliczyć. Projekt ustawy o zmianie niektórych ustaw w celu wprowadzenia uproszczeń dla przedsiębiorców w prawie podatkowym i gospodarczym, który przewiduje m.in. zmiany w ustawie o świadczeniach pieniężnych z ubezpieczenia społecznego w razie choroby i macierzyństwa, wcale mu w tym nie pomoże. Co prawda zaproponowana nowelizacja pozwala wezwać na kontrolę szybciej: telefonicznie, np. SMS-em lub e-mailem (dziś ZUS może wysłać tylko tradycyjną przesyłkę pocztową), ale już wiadomo, że cel nie zostanie osiągnięty – a przynajmniej nie w pełni. Do pokonania jest bowiem zbyt wiele trudności. Problem pierwszy: ZUS (ewentualnie pracodawca, jeśli to on wzywa) musi znać numer telefonu/adres poczty elektronicznej chorego. Problem drugi: ubezpieczony przebywający na zwolnieniu lekarskim musi w ogóle odebrać połączenie lub wiadomość elektroniczną. Problem trzeci: rozmowa musi być nagrywana i chory musi się na to zgodzić, w przypadku poczty elektronicznej musi zaś potwierdzić otrzymanie wezwania w tej formie. Co istotne, zgoda i potwierdzenie muszą być wyraźne. Ekspertki wskazują, że nie wystarczy tu np. dorożumiana akceptacja poprzez kontynuowanie rozmowy z pracownikiem ZUS albo automatyczne potwierdzenie odebrania e-maila wygenerowane przez serwer pocztowy. Efekt? Przepisy w zasadzie pozostaną na papierze, a ZUS sprawdzi co najwyższej tych, którzy nie znając przepisów, złapią się na haczyk. Wygląda więc na to, że kontrola na chorobowym wciąż będzie walką z czasem i zabawą w kotka i myszkę. Przypomnijmy: dziś zawiadomienie przesłane pocztą z reguły wyklucza możliwość weryfikacji zwolnień trwających do dwóch tygodni – a takich jest zdecydowana większość. Jeśli bowiem nie zostanie ono odebrane od razu, w grę wchodzi 14-dniowy okres awizowania, a wówczas ZUS nie ma szans odwiedzić chorego przed końcem zwolnienia. To właśnie ma się zmienić za sprawą nowych przepisów. I się zmieni, ale wygląda na to, że tylko teoretycznie.



JOANNA ŚLIWIŃSKA  
radca prawny

## ZUS nie pozbedzie się problemu

**Weryfikacja zaświadczeń o krótkotrwałej niezdolności do pracy jest bardzo utrudniona. A nowe przepisy nie zawsze ją ułatwią. Znajomość prawa pozwoli bowiem uniknąć kontroli**

Ponad siedem tysięcy decyzji odmawiających chorym zasiłku wydał ZUS w pierwszym półroczu 2018 r. No właśnie, czy rzeczywiście chorzy? Problem wydawania zaświadczeń o niezdolności do pracy osobom, które tak naprawdę są zdrowe, ale potrzebują wolnego, nie jest nowy. Traci na tym Fundusz Ubezpieczeń Społecznych, a więc wszyscy ubezpieczeni, i pracodawcy, którzy przez pierwsze tygodnie niezdolności do pracy w danym roku muszą wypłacić wynagrodzenie chorobowe.

Narzędziem do walki z tym zjawiskiem jest kontrola zasadności zwolnienia. ZUS może wezwać domniemanego chorego na badanie, dzięki czemu może sprawdzić, czy zaświadczenie rzeczywiście powinno być wydane. Wezwanie, aby było uznane za ważne, musi być wysłane listem poleconym za zwrotnym potwierdzeniem odbioru. Taki list może w ogóle nie zostać odebrany z poczty, a żeby uznać go za doręczony, musi tam oczekiwać na adresata przez 14 dni. Efekt jest łatwy do przewidzenia – skontrolowanie krótkich zwolnień nie jest możliwe, bo zanim ubezpieczony wezwanie odbierze albo będzie je można uznać za doręczone, to okres zwolnienia się skończy. A kontrola wsteczna nie jest możliwa.

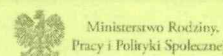
Resort pracy podjął jednak próbę walki z tym zjawiskiem i przedstawił propozycję nowelizacji ustawy z 25 czerwca 1999 r. o świadczeniach pieniężnych z ubezpieczenia społecznego w razie choroby i macierzyństwa (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1368 ze zm.; dalej: ustawa zasiłkowa). Zawiera ją projekt ustawy o zmianie niektórych

ustaw w celu wprowadzenia uproszczeń dla przedsiębiorców w prawie podatkowym i gospodarczym, który jest już po pierwszym czytaniu w Sejmie. Zakłada on, że ZUS będzie mógł wezwać na badanie za pośrednictwem poczty elektronicznej, tj. wysyłając e-mail do ubezpieczonego, albo telefonicznie. Może się jednak okazać, że i te rozwiązania nie zlikwidują problemu, a niektórzy eksperci mówią wprost – nowe przepisy będą martwe. Pytanie jednak, czy skuteczne rozwiązania w ogóle istnieją?

### Urlop czy choroba

Nie jest dla nikogo tajemnicą, że zwolnienie lekarskie często jest traktowane jak nieco mniej płatny urlop. Wyjazd na wakacje, przedłużony weekend, nieporozumienia z szefem – to wszystko powody, dla których wielu pracowników udaje się do zaprzyjaźnionego lekarza i prosi o wystawienie zaświadczenia o niezdolności do pracy. Do tego dochodzą osoby obawiające się wypowiedzenia (w czasie choroby pracodawca nie może go wręczyć) oraz ci, które uczynili sobie z zasiłków źródło utrzymania. Sposób jest banalnie prosty, wystarczy dostarczać krótkie jedno-dwutygodniowe zwolnienia, których ZUS skontrolować po prostu nie może. Wszystko za sprawą obecnego brzmienia art. 59 ust. 5 ustawy zasiłkowej. Zgodnie z nim zakład, aby zweryfikować zasadność zwolnienia, musi wezwać ubezpieczonego na badanie pismem za zwrotnym potwierdzeniem odbioru, w którym określa termin badania przez lekarza orzecznika (lekarza konsultanta) lub dostarczenia posiadanych wyników badań pomocniczych. Zignorowanie wezwania i niepojawienie się na badaniu oznacza automatycznie, że ZUS wydaje decyzję o pozbawieniu zasiłku za okres po dniu badania do końca zwolnienia. Często jednak ubezpieczony celowo nie odbiera listu poleconego, bo podejrzewa, że to właśnie wezwanie. Musi jednak pamiętać, że po 14 dniach awizowania przesyłki zgodnie z art. 44 kodeksu postępowania administracyjnego uznaje się, że była ona doręczona, a więc niestawienie się na badanie – mimo że

## Stanowisko Ministerstwa Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej z 16 października 2018 r.



W projekcie proponuje się umożliwienie ZUS dokonywania zawiadomień za pomocą operatora pocztowego swoich pracowników, innych upoważnionych osób lub za pośrednictwem pracodawcy. Projekt przewiduje także uprawnienie do przekazania zawiadomienia o kontroli czasowej niezdolności do pracy ubezpieczonego przez pracowników ZUS oraz pracodawców telefonicznie lub przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną.

Celem zmian proponowanych w art. 59 jest wprowadzenie efektywnego trybu doręczania zawiadomienia na badanie do lekarza orzecznika ZUS lub lekarza konsultanta w sprawach o kontrolę prawidłowości orzekania o czasowej niezdolności do pracy. Proponowane zapisy mają na celu skrócenie i uproszczenie trybu doręczania skierowania na badanie, w porównaniu z ogólnym trybem doręczania korespondencji określonym w kodeksie postępowania administracyjnego.

ubezpieczony listu w rzeczywistości nie odczytał – jest traktowane jak jego zignorowanie, co skutkuje pozbawieniem zasiłku. Ubezpieczony może się co prawda od decyzji odwołać, ale jedynie, co może mu pomóc w takiej sytuacji, to udowodnienie, że w jego skrzynce nie było żadnego awiza. Czy to prawdopodobne, ocenia już sąd. Gdyby jednak wezwania były wysyłane zwykłym piśmem, w każdym przypadku ubezpieczony mógłby się bronić, że nigdy nie zostało mu doręczone i o badaniu nie wiedział. Wszystkie te rozważania są jednak bez znaczenia, jeśli ubezpieczony przedstawił zaświadczenie lekarskie na krótki okres, np. na tydzień, ZUS nie zdąży w tym czasie go zweryfikować, wysłać wezwania, uznać przesyłki za doręzoną i jeszcze wyznaczyć terminu badania.

#### Jak wyeliminować nadużycia

Sytuacja jest więc patowa. Jak duża może być skala problemu, możemy dowiedzieć się chociażby z uzasadnienia do omawianej nowelizacji, gdzie czytamy, że w 2016 r. niemal 56 proc. wszystkich zwolnień zostało wystawionych na okres nieprzekraczający 10 dni. Oznacza to, że w ponad połowie przypadków ZUS może nie mieć możliwości skutecznego przeprowadzenia kontroli.

Zaradzić temu ma zaproponowana przez ministerstwo zmiana art. 59 ust. 5 ustawy zasiłkowej, który po nowelizacji będzie stanowił jedynie, że ZUS zawiadamia ubezpieczonego o terminie badania. W kolejnych, dodanych do art. 59 ustępach sprecyzowano, że zawiadomienie dokonywane jest za pośrednictwem:

- operatora pocztowego,
- pracowników ZUS lub upoważnionych osób,
- pracodawcy.

Jeśli ZUS prześle zawiadomienie pisemne, będzie musiał to zrobić za pomocą poczty. Tutaj trzeba zauważyć, że ustawodawca nie posługuje się już wyrażeniem „za zwrotnym potwierdzeniem odbioru”. Trudno sobie jednak wyobrazić, aby ZUS wysyłał wezwania listem zwykłym.

Być może nacisk będzie więc położony na dwa nowe, alternatywne sposoby zawiadomienia – telefoniczne lub elektroniczne. Tak zawiadomić ubezpieczonego mogą pracownicy ZUS, upoważnione osoby (ustawa nie precyzuje, o kogo może chodzić) lub pracodawca. Oczywiście będzie to możliwe jedynie wtedy, gdy ZUS albo pracodawca będą znali numer telefonu ubezpieczonego lub jego adres mailowy. A to samo w sobie może stanowić problem, bo prywatny numer telefonu i adres e-mail nie znajdują się w katalogu danych, które zgodnie z art. 22<sup>1</sup> kodeksu pracy (dalej k.p.) pracownik musi przekazać pracodawcy. Jeśli tego nie zrobi, wezwanie telefoniczne lub elektroniczne będzie wykluczone. Warto tu jednak odnotować, że pewną zmianę w zakresie pozyskiwania danych kontaktowych pracownika przewiduje projekt ustawy o zmianie niektórych ustaw w związku z zapewnieniem stosowania rozporządzenia 2016/679 (ustawy „okółorodowskiej”, dostosowującej polskie przepisy do unijnego rozporządzenia o ochronie danych – RODO). W zaproponowanym nowym brzmieniu art. 22<sup>1</sup> k.p. nie jest jednak jednoznaczny. Wedle projektu miałby on bowiem przewidywać, że pracodawca będzie mógł żądać od osoby ubiegającej się o zatrudnienie podania danych osobowych obejmujących dane kontaktowe wskazane przez taką osobę. To, że pracodawca będzie mógł żądać takich danych, oznacza, że ich podanie będzie obowiązkowe. Planowany przepis ma jednak dotyczyć danych kontaktowych wskazanych przez kandydata do pracy (jednocześnie ich niewskazanie jest raczej wykluczone), a w związku z tym nie jest jasne, czy objąłby również pracowników zatrudnionych przed jego wejściem w życie, którzy na etapie rekrutacji nie podali niektórych danych, np. adresu e-mail.

#### Trudności się piętrzą

Jednak nawet gdy pracownik poda dane kontaktowe pracodawcy (niezależnie od tego, czy nastąpiłoby to przed planowaną zmianą art. 22<sup>1</sup> k.p., czy już po niej), to i tak wezwanie go na badanie telefonicznie lub mailowo nie będzie takie łatwe. Dlaczego? Kluczowe jest bowiem potwierdzenie, że ubezpieczony rzeczywiście został wezwany za pośrednictwem środków komunikacji na odległość, tj. odbył rozmowę telefoniczną albo otrzymał e-mail. Twórcy projektu nowelizacji musieli znaleźć na to sposób. W projektowanym art. 59 ust. 5g czytamy, że „zawiadomienie przekazane telefonicznie ma skutek doręczenia, jeżeli rozmowa była rejestrowana, a ubezpieczony wyraził zgodę na

## Kontrola zwolnień lekarskich



### JAK JEST TERAZ

ZUS WYSYŁA WEZWANIE NA BADANIE KONTROLNE ZA ZWROTNYM POTWIERDZENIEM ODBIORU

### Ważne

Wezwanie powinno określać termin badania przez lekarza orzecznika (albo lekarza konsultanta) oraz zawierać informację o skutkach uniemożli-

wienia badania (utrata ważności zaświadczenia lekarskiego i w efekcie wydanie przez ZUS decyzji o braku prawa do zasiłku).

### JAK MA BYĆ OD 1 STYCZNIA 2019 R.

ZUS ZAWIADOMI O TERMINIE BADANIA KONTROLNEGO – PRZY CZYM BĘDZIE MÓGŁ TO ZROBIĆ PRZEZ:

- 1) POCZTĘ – NA PIŚMIE
- 2) PRACODAWCĘ, PRACOWNIKÓW ZUS LUB INNE UPOWAŻNIONE OSOBY – TELEFONICZNIE LUB PRZY UŻYCIU ŚRODKÓW KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ (NP. E-MAILEM)



## 3 dni

BĘDZIE MIAŁ UBEZPIECZONY NA POINFORMOWANIE PŁATNIKA SKŁADEK I ZUS O ZMIANIE W TRAKCIE NIEZDOLNOŚCI DO PRACY ADRESU POBYTU WSKAZANEGO W ZAŚWIADCZENIU LEKARSKIM (LICZĄC OD DNIA ZMIANY)

### Uwaga

Zawiadomienie będzie nadal musiało zawierać informację o skutkach uniemożliwienia badania (utrata ważności

zaświadczenia lekarskiego i w efekcie wydanie przez ZUS decyzji o braku prawa do zasiłku).



TYLE ZAŚWIADCZEŃ LEKARSKICH WYDANO W I POŁOWIE 2018 R.

10,5 mln

7,6 mln

TYLE ZAŚWIADCZEŃ LEKARSKICH Z I POŁOWY 2018 R. TO ZWOLNIENIA OD PRACY DO 14 DNI WŁĄCZNIE

Oprac. Karolina Topolska

#### OPINIA EKSPERTA

### Odmowa nagrywania bez sankcji



ŁUKASZ KUCZKOWSKI

radca prawny, partner w kancelarii Raczkowski Paruch

Projektowane przepisy mają przede wszystkim usprawnić i przyspieszyć możliwość weryfikację zasadności zwolnienia lekarskiego. W tym kontekście wprowadzenie możliwości doręczania zawiadomień ZUS za pośrednictwem telefonu lub poczty elektronicznej jest niewątpliwie słusznym rozwiązaniem. Obawiam się jednak, że będą to przepisy martwe ze względu na przyjętą konstrukcję doręczeń, a co więcej, ich stosowanie w wielu przypadkach wydłuży kontrolę zwolnień lekarskich, co uczyni ją całkowicie nieskuteczną. Wystarczy bowiem, że ubezpieczony nie wyrazi zgody na nagrywanie rozmowy telefonicznej, podczas której ma zostać przekazane mu zawiadomienie wzywające na kontrolę lekarską. I już zawiadomienie nie będzie skuteczne. Analogiczna sytuacja będzie miała miejsce w przypadku próby doręczenia zawiadomienia za pośrednictwem poczty elektronicznej. Jeżeli ubezpieczony nie potwierdzi jego otrzymania, to też nie zostanie ono uznane za doręczone. Przy czym potwierdzenie otrzymania e-maila czy potwierdzenie przeczytania przez jego adresata, które to opcje można włączyć przy wysłaniu wiadomości pocztowej, nie mogą być uznane za potwierdzenie otrzymania zawiadomienia. Przy braku doręczenia za pośrednictwem telefonu lub poczty elektronicznej konieczne będzie skierowanie do ubezpieczonego zawiadomienia pisemnego za pośrednictwem poczty. Jak widać, wszystko to wydłuży postępowanie. Odmowa nagrania lub potwierdzenia otrzymania e-mail nie wywołuje żadnych skutków dla ubezpieczonego (takich jak np. nieodebranie zawiadomienia awizowanego na pocztę). Oczywiście w części przypadków dojdzie do dokonania zawiadomienia – czy to za pośrednictwem telefonu, czy poczty elektronicznej – zapewne wszędzie tam, gdzie były podstawy do udzielenia zwolnienia lekarskiego. Jednak to nie w tych ubezpieczonych wymierzone są nowe przepisy. Warto przy tym podkreślić, że w związku z planowaną zmianą zasad doręczania zawiadomień nowe obowiązki zostaną nałożone również na pracodawcę. ZUS będzie mógł bowiem zażądać od niego podjęcia próby doręczenia zawiadomienia za pośrednictwem telefonu lub poczty elektronicznej. Jeżeli pracodawca będzie miał numer telefonu pracownika lub jego adres poczty elektronicznej (ale nie służbowej, tylko prywatnej; tu od razu pojawia się pytanie o podstawy prawne przetwarzania tych danych osobowych), to na żądanie ZUS będzie zobowiązany podjąć próbę kontaktu z pracownikiem w celu doręczenia zawiadomienia. W przypadku zawiadomień telefonicznych pracodawca będzie musiał również zainwestować w sprzęt do nagrywania rozmów telefonicznych. Do tego dochodzi archiwizacja tych nagrań oraz e-maili zawierających potwierdzenia otrzymania zawiadomienia na potrzeby postępowania przez ZUS i przekazywanie tych danych pomiędzy ZUS a pracodawcą. Wydaje się, że nie ma przeszkód, aby sam ubezpieczony podczas wizyty u lekarza podawał swój numer telefonu lub adres poczty elektronicznej tak, aby próby podjęcia zawiadomienia ciążyły wyłącznie na ZUS, a nie na pracodawcę.

nagranie, zaś to przekazane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej – jeżeli doręczający otrzymał potwierdzenie jego otrzymania przez ubezpieczonego”.

Alternatywne doręczenie będzie więc możliwe, ale tylko warunkowo, przy czym spełnienie warunków leży po stronie ubezpieczonego. Gdy przedstawiciele ZUS lub pracodawcy do niego zadzwonią, muszą go zapytać, czy wyraża zgodę na nagrywanie. Jeśli odmówi, wezwania przekazanego telefonicznie nie będzie można uznać za ważne. Jednocześnie nagrywanie jest niezbędne, bo z łatwością można wyobrazić sobie sytuację, w której ubezpieczony nie stawia się na badanie, a przed sądem twierdzi, że wprowadzono go w błąd i podano mu inny termin. Może nawet twierdzić, że to nie z nim rozmawiano, a z domownikiem, który odebrał jego telefon. Podobnie będzie z doręczaniem elektronicznym: ubezpieczony może nie potwierdzić, że otrzymał wiadomość. Nie ma przecież obowiązku regularnego sprawdzania skrzynki elektronicznej. Co ważne, jak zauważa Łukasz Kuczkowski, radca prawny, partner w kancelarii Raczkowski Paruch, odmowa zgody na nagranie rozmowy lub niepotwierdzenie otrzymania e-maila nie niesie za sobą negatywnych konsekwencji dla ubezpieczonego. Nie może być mu za to odebrany zasiłek. ZUS może jedynie liczyć na to, że pracownik, do którego zadzwonił pracodawca, bojąc się reakcji z jego strony, zgodzi się na nagrywanie, nawet jeśli po badaniu w ZUS miałyby się okazać, że jest zdrowy.

Mecenas Kuczkowski wskazuje również, że proponowane przepisy nakładają nowe obowiązki na pracodawcę. ZUS będzie mógł bowiem zażądać od niego podjęcia próby doręczenia zawiadomienia za pośrednictwem telefonu lub poczty elektronicznej. Nie bez znaczenia jest też to, że takie obowiązki powodują, że zatrudniający będzie musiał również zainwestować w sprzęt do nagrywania rozmów telefonicznych. Jeśli tego nie zrobi, to wzywaniem telefonicznym przez pracodawcę będzie fikcją. Na ten problem zwraca uwagę także Hubert Hajduczenia, adwokat w DLA Piper. Jego zdaniem nowe rozwiązania mogą mieć ograniczone zastosowanie chociażby dlatego, że wielu pracodawców nie ma możliwości spełnienia wymogów technicznych, jakie są konieczne do wezwania pracownika zgodnie z proponowanymi przepisami.

#### Dobrych pomysłów nie ma

Skoro przepisy ustawy zasiłkowej – zarówno te obowiązujące, jak i te proponowane – nie spełniają swojej funkcji, to warto postawić pytanie, jak je poprawić, aby ograniczyć wyludzenie zwolnień? W dyskusji publicznej padają różne propozycje, np. wprowadzenie niepłatnych pierwszych dni zwolnienia lekarskiego (takie rozwiązania funkcjonują już na świecie). Byłoby to jednak niesprawiedliwe wobec osób, które rzeczywiście były chore, a poza tym, szczególnie ci najmniej zarabiający, przychodzący do pracy mimo choroby, aby nie stracić wynagrodzenia za kilka dni. To dzieje się już dziś wszędzie tam, gdzie dodatki do wynagrodzenia uzależnione są od braku absencji. Mecenas Hajduczenia widzi potrzebę takiego doprecyzowania propozycji zmian, aby np. zgoda na nagrywanie mogła być wyrażana przez kontynuowanie rozmowy. A to spowodowałoby, że nowe rozwiązania mogły być bardziej użyteczne. Z kolei mecenas Agnieszka Bagińska-Petryka, radca prawny z kancelarii Petryka Kancelaria Prawna, zastanawia się, czy nie lepiej byłoby odwołać się do zasady wynikającej z art. 61 kodeksu cywilnego. Zgodnie z jego treścią oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Zaś oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią. Jak się wydaje, oznaczałoby to, że skuteczne byłoby samo wysłanie e-maila przez ZUS lub pracodawcę. Taka propozycja mogłaby jednak budzić liczne protesty ubezpieczonych oraz problemy z ustaleniem, czy wezwanie rzeczywiście do ubezpieczonego dotarło.

Tak więc optymalnych rozwiązań na razie brak. A te proponowane obecnie do nich nie należą, choć zapewne w jakiś sposób ograniczą wypłacanie zasiłków na podstawie niezasadnych zwolnień. Jak jednak trafnie podsumowuje Marta Nowakowicz-Jankowiak, jeśli ktoś będzie znał przepisy, to skutecznie uniknie wezwania do ZUS.

#### OPINIE EKSPERTÓW

## Wystarczy spryt i znajomość przepisów



MARTA NOWAKOWICZ-JANKOWIAK

ekspert ds. wynagrodzeń

Nowelizacja prawdopodobnie nic nie zmieni. Tak jak w dotychczasowym brzmieniu przepisów – jeśli ubezpieczony je zna, może, nie naruszając żadnego z nich, postąpić tak, aby nie zostać wezwany na kontrolę ZUS. Obecnie w tym celu ubezpieczony wysyła zwolnienie lekarskie do płatnika składek dopiero w siódmym dniu od

jego wystawienia i najlepiej listem ekonomicznym, którego czas dostarczenia to co najmniej dwa dni. Jest wówczas szansa, że zanim płatnik pomyśli o skontrolovaniu ubezpieczonego (czego nie może zrobić bez dokumentu ZUS ZLA), ubezpieczony odzyska zdolność do pracy lub rozpocznie kolejny okres niezdolności, za który zwolnienie znów wyśle w ostatnim możliwym dniu. Przez takie praktyki czasem przez wiele miesięcy nie można skontrolować danej osoby. Podobnie może być po nowelizacji przepisów. Wystarczy, że ubezpieczony, który nie będzie chciał poddać się kontroli, odmówi zgody na nagrywanie rozmowy telefonicznej lub nie odbierze wiadomości e-mail od ZUS lub nie prześle potwierdzenia odbioru wiadomości. Wówczas nie nastąpi skuteczne doręczenie, o jakim mowa w znowelizowanych przepisach, a tym samym ZUS nie wezwie ubezpieczonego do kontroli. ©P

## W praktyce rewolucji i tak nie będzie



JULIA WALICKA-OSTACHOWSKA

radca prawny, kancelaria Hogan Lovells

Wzamyśle twórców projektu zmiany art. 59 mają ułatwić dokonywanie przez ZUS kontroli krótkoterminowych zwolnień lekarskich, jednak w mojej opinii zaproponowane rozwiązanie może nie przynieść spodziewanych efektów. Wobec dość jednoznacznego brzmienia projektu wydaje się, że brak zgody pracownika na nagrywanie rozmowy lub niewysłanie przez

pracownika potwierdzenia otrzymania e-maila mogą skutecznie zablokować przeprowadzenie kontroli przez ZUS. Zwracam uwagę, że projekt nie przewiduje wyraźnej sankcji na wypadek nieuzasadnionej odmowy wyrażenia przez kontrolowanego pracownika zgody na nagranie rozmowy telefonicznej czy też na wypadek nieuzasadnionego braku potwierdzenia przez niego otrzymania wezwania wysłanego drogą elektroniczną. Nie została również przewidziana możliwość osobistego udania się przez pracodawcę lub pracownika ZUS pod adres wskazany przez osobę przebywającą na zwolnieniu lekarskim – w celu przekazania jej zawiadomienia o badaniu kontrolnym osobiście. Wydaje się zatem, że nowe przepisy w kształcie przewidzianym w projekcie raczej nie zrewolucjonizują obecnie funkcjonujących zasad przeprowadzania kontroli przez ZUS. ©P

## Alternatywą pozostaje kodeks cywilny



AGNIESZKA BAGIŃSKA-PETRYKA

radca prawny, Petryka Kancelaria Prawna

W mojej opinii projektowane przepisy należy oceniać z punktu widzenia konsekwencji, jakie dla ubezpieczonego powoduje niestawienie się na badania lekarskie – mówią o nich art. 59 ust. 6 i 10 ustawy zasiłkowej. Mianowicie konsekwencją niestawienia się na badanie lekarskie jest utrata prawa do zasiłku chorobowego od dnia następnego po wyznaczonym terminie badania i być może takich skutków niewyrażenia zgody na nagrywanie rozmowy lub potwierdzenie otrzymania wiadomości oczekiwał projektodawca zmian. Jednocześnie interpretując projektowane przepisy, zgodnie z którymi zawiadomienie o kontroli przekazane telefonicznie ma skutek doręczenia, jeżeli rozmowa była rejestrowana, a ubezpieczony wyraził

zgodę na nagranie, a w przypadku zawiadomienia wysłanego e-mailem jest skuteczne, jeżeli doręczający otrzymał potwierdzenie jego otrzymania przez ubezpieczonego, takie „niepotwierdzone” zawiadomienie dokonane telefonicznie lub mailowo nie może wywoływać negatywnych skutków dla ubezpieczonego. Może okazać się zatem, że projektowane przepisy będą martwe. Inaczej byłoby, gdyby w tej sytuacji ustawodawca posłużył się zasadą wynikającą z art. 61 kodeksu cywilnego, zgodnie z którym oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Zaś oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią. Taka propozycja mogłaby jednak budzić liczne protesty ubezpieczonych oraz powodować procesy sądowe dotyczące ustalenia, że zawiadomienie o kontroli w rzeczywistości nie dotarło do ubezpieczonego (stąd dotychczasowe zapisy w ustawie zasiłkowej, że zawiadomienie o kontroli wysyła się listem poleconym za potwierdzeniem odbioru). ©P

## Nowoczesne rozwiązania zostaną na papierze



HUBERT HAJDUCZENIA

adwokat, DLA Piper

Wprowadzenie wymogu uzyskania zgody na nagrywanie rozmowy lub potwierdzenia otrzymania wiadomości elektronicznej – przy zawiadomieniach dokonywanych tą drogą przez pracowników ZUS, inne upoważnione osoby lub pracodawcę – w praktyce może ograniczyć wykorzystanie wprowadzonych rozwiązań. Wielu pracodawców ma bowiem ograniczone możliwości spełnienia powyższych wymogów technicznych.

Wiele przy tym zależy od wymaganej formy udzielenia zgody. Jeżeli np. wystarczające będzie kontynuowanie samej rozmowy (jako równoznaczne z udzieleniem zgody), to rozwiązanie to będzie praktyczniejsze. Przy czym co do zasady milczenie nie powinno być poczytywane za oświadczenie woli (wyjątki od tej zasady są najczęściej wprowadzane ustawą), a zatem warto byłoby tę kwestię wprost uregulować. Analogicznie z potwierdzeniem odczytania e-maila, dobrze byłoby, aby było generowane automatycznie. Inaczej ubezpieczony, który będzie chciał uniknąć szybkiego otrzymania zawiadomienia o badaniu, ma taką możliwość. Wyżej zaproponowane rozwiązania ograniczyłyby to ryzyko. Bez nich wydaje się, że nadal przeważającą formą komunikacji będą pisemne wezwania. A nowoczesne rozwiązania zostaną tylko na papierze jako przepisy ustawy. ©P

## Jak zidentyfikujemy rozmówcę? Będzie problem



PAWEŁ SYCH

radca prawny, katowickie biuro kancelarii Raczkowski Paruch

Kierunek proponowanych zmian dotyczących doręczeń uznaje się za prawidłowy. Projektowane rozwiązania w mojej opinii mogą jednak w praktyce okazać się niewystarczająco skuteczne. Przede wszystkim wskazać należy, że zgodnie z projektem powiadomienie telefoniczne może odbywać się jedynie po wyrażeniu przez osobę zawiadamianą zgody na nagrywanie rozmowy. Brak takiej zgody powodować więc będzie jednocześnie brak możliwości prawnie skutecznego zawiadomienia tą drogą o terminie badania. Innym zauważalnym problemem jest identyfikacja rozmówcy, a dokładniej potwierdzenie, że rozmawiamy z właściwą osobą. Nie jest bowiem wykluczona sytuacja, w której telefon zostanie odebrany przez inną osobę niż adresat zawiadomie-

nia. Projektowane przepisy nie wskazują sposobu potwierdzenia tożsamości takiej osoby, co również może być wykorzystywane przez osobę na zwolnieniu i sprawiać, że cel takiego rozwiązania nie będzie osiągnięty. Wątpliwości budzi również zawiadomienie drogą elektroniczną, a więc głównie za pomocą e-maila. W tym wypadku wystarczy, że chory nie potwierdzi otrzymania wiadomości (z powodu niewiedzy lub celowo), aby wezwania takie nie było dla niego zobowiązujące. W projektowanych zmianach nie wskazano również czasu na potwierdzenie otrzymania zawiadomienia, przez co trudno określić termin na wysłanie zawiadomienia drogą pocztową. Co więcej, takie zawiadomienie pracownika może być uznane poniekąd za ostrzeżenie go, że będzie wezwany przez ZUS na badanie, dając mu tym samym odpowiedni czas na reakcję w przypadku, gdy zwolnienie takie jest nieprawidłowe. Zgodnie więc z projektowanymi zmianami niejednokrotnie chory pracownik, jeżeli będzie chciał, będzie mógł uniknąć kontroli, nie potwierdzając otrzymania zawiadomienia, a następnie nie odbierając przed końcem zwolnienia zawiadomienia wysłanego drogą pocztową. ©P

## Sprawdzenie na kilka sposobów

Na gruncie obecnie obowiązujących przepisów ubezpieczony, który otrzymał zaświadczenie o niezdolności do pracy, może spodziewać się dwóch, a nawet trzech rodzajów kontroli

Pierwsza z nich dotyczy samego zaświadczenia lekarskiego, kolejne zaś prawidłowości wykorzystania zwolnienia od pracy i zasadności wystawienia zaświadczenia. Wizyta kontrolerów lub wezwanie do ZUS prawdopodobnie nie omiśnie osoby, która często przebywa na zwolnieniach lekarskich. Mimo że najczęściej mówi się o sprawdzaniu pracowników, to kontrola może również dotyczyć innych ubezpieczonych. Ustawa zasiłkowa posługuje się bowiem pojęciem „ubezpieczony”, a nie „pracownik”. Z uwagi jednak na charakter stosunku pracy, najczęściej kontroli poddawani będą pracownicy.

### Pierwsze sito: płatnik

Pierwsza weryfikacja zaświadczenia lekarskiego powinna być przeprowadzona już przez samego płatnika, do którego pracownik ten dokument składa. Jej zasady zostały określone w rozporządzeniu ministra pracy i polityki socjalnej z 27 lipca 1999 r. w sprawie szczegółowych zasad i trybu kontroli prawidłowości wykorzystywania zwolnień lekarskich od pracy oraz formalnej kontroli zaświadczeń lekarskich (Dz.U. z 1999 r. nr 65, poz. 743; dalej: rozporządzenie). Kontrola polega na sprawdzeniu, czy zaświadczenie:

- nie zostało sfałszowane,

- zostało wydane zgodnie z przepisami w sprawie zasad i trybu wystawiania zaświadczeń lekarskich.

Jeżeli zachodzi podejrzenie, że zaświadczenie zostało sfałszowane, płatnik musi wystąpić do lekarza o wyjaśnienie sprawy. Jeśli zaś stwierdzi, że wydane zostało niezgodnie z przepisami w sprawie zasad i trybu wystawiania zaświadczeń lekarskich (a więc np. niezasadnie), występuje o wyjaśnienie sprawy do ZUS. Do ZUS należy więc podjęcie dalszych kroków w sprawie.

### Wbrew zaleceniom

Kontrola prawidłowości wykorzystania zwolnienia może być przeprowadzona albo przez ZUS, albo przez płatnika. Taka kontrola to nic innego jak sprawdzenie, czy chory rzeczywiście wykorzystuje zwolnienie na poprawę zdrowia, czy też np. dorabia lub wyjechał na wakacje. Przepisy rozporządzenia zalecają, aby była dokonywana w miarę potrzeby, bez ustalania z góry stałych jej terminów, a nasilana szczególnie w okresach, w których występuje zwiększona absencja z powodu choroby. Precyzują, że kontrola prawidłowości wykorzystywania zwolnień lekarskich od pracy z powodu choroby polega na ustaleniu, czy ubezpieczony w okresie orzeczonej niezdolności do pracy:

- nie wykonuje pracy zarobkowej,
- nie wykorzystuje zwolnienia lekarskiego od pracy w sposób niezgodny z jego celem.

W praktyce sytuacje te wywołują wiele kontrowersji, a spory nierazko kończą się w sądzie.

O pracy zarobkowej ZUS dowiaduje się niejednokrotnie z tego, że inny płatnik zgłosił chorego do ubezpieczeń. Problematyczna jest także sytuacja, gdy ubezpieczony otrzymał zwolnienie lekarskie, które złożył pracodawcy, ale jednocześnie wykonuje działalność gospodarczą, która akurat zintensyfikowała się w okresie korzystania z tego zwolnienia. Orzecznictwo dotyczące pojęcia „praca zarobkowa” jest niezwykle bogate, a wynika z niego, że w praktyce uznana za nią może być każda aktywność, która przyniosła ubezpieczonemu dochód.

### Chory może chodzić

Druga z kategorii zachowań, które mogą zostać zakwestionowane, to wykorzystywanie zwolnienia od pracy w sposób niezgodny z jego celem. Jest to więc kategoria szersza niż wykonywanie pracy zarobkowej i obejmuje wszystko to, co zdaniem ZUS nie może być zakwalifikowane jako służące odzyskiwaniu zdrowia. Jednak postawienie wyraźnej granicy, co można uznać za element rekonwalescencji, a co już świadczy o traktowaniu zwolnienia jak urlopu, nie jest możliwe. Jeśli na zaświadczeniu jest wskazanie, że chory może chodzić, to nie ma przeszkód, aby mógł np. wyjść po zakupy. Wizyta kontrolerów w trakcie nieobecności spowoduje jednak, że będzie musiał złożyć wyjaśnienia. Oczywiście wyjazd na wakacje lub aktywność sportowa z pewnością zostaną przez ZUS uzna-

**WAŻNE** W razie stwierdzenia przez pracodawcę nieprawidłowego wykorzystania zwolnienia przez pracownika w okresie, w którym pobiera on jeszcze wynagrodzenie chorobowe, ZUS nie może wydać decyzji pozbawiającej go tego wynagrodzenia. Może bowiem stwierdzić jedynie brak prawa do zasiłku chorobowego.

na nieprawidłowe wykorzystywanie zwolnienia. Ale i takie przypadki mogą budzić wątpliwości – co bowiem z osobami chorymi na depresję i inne schorzenia natury psychicznej, w przypadku których lekarz ostatnie co zaleci, to siedzenie w domu i oczekiwanie na ewentualną kontrolę? Takie spory zazwyczaj kończą się w sądzie, który do każdej sprawy powinien podejść indywidualnie.

Trzeba podkreślić, że przy badaniu prawidłowości wykorzystania zwolnienia nie ma znaczenia, czy ubezpieczony jest rzeczywiście chory czy nie. Ta okoliczność nie jest tu badana. Jeśli nawet ktoś faktycznie chory wykorzystuje zwolnienie w sposób niezgodny z jego celem, w tym np. wykonuje pracę zarobkową, to również spotka się z sankcją ze strony ZUS. Jest nią pozbawianie prawa do zasiłku za okres od początku zwolnienia.

Nie ma przy tym znaczenia, że naruszenie stwierdzono np. w ostatnim dniu. Jednak także w tym przypadku krótkotrwałe zwolnienia lekarskie przysparzają ZUS kłopotów. Ubezpieczony, który składał serię krótkich zaświadczeń lekarskich, a nieprawidłowe wykorzystanie stwierdzono dopiero przy ostatnim, utraci zwolnienie tylko za ten okres, a nie od początku łącznej niezdolności do pracy.

Có ciekawe, ZUS może pozbawić zasiłku na tej podstawie także już po zakończeniu okresu choroby. Najczęściej będzie tak wtedy, gdy dowie się, że ubezpieczony w tym czasie zarabiał.

### Prawo pracodawcy

Zgodnie z ustawą zasiłkową kontrolę może przeprowadzić także płatnik, ale tylko ten, który zgłasza do ubezpieczeń powyżej 20 ubezpieczonych. W takim przypadku samodzielnie powołuje komisję kontrolującą. Mniejsza firma może zwrócić się o przeprowadzenie takiej kontroli do ZUS, chyba że jeszcze wypłaca wynagrodzenie chorobowe.

Jeśli kontrolę przeprowadza płatnik, wyznacza on spośród pracowników kontrolera i wystawia imienne upoważnienie, które uprawnia do wykonywania kontroli również w miejscu zamieszkania, miejscu czasowego pobytu lub miejscu zatrudnienia osoby kontrolowanej – podobnie jak ma to miejsce w przypadku kontroli przeprowadzanej przez ZUS. Praktycznie więc taka kontrola może zdarzyć się wszędzie. Jeśli okaże się, że ubezpieczony wykorzystuje zwolnienie w sposób nieprawidłowy, kontroler (kontrolerzy) sporządza protokół, w którym opisuje te okoliczności. Ubezpieczony ma prawo wnieść uwagi. Zakwestionowany przez niego protokół przekazywany jest do ZUS. Jeśli nie ma podstaw do kwestionowania stanowiska płatnika, ZUS wydaje decyzję o braku prawa do zasiłku. Protokół taki sporządza się także wtedy, gdy płatnik uzyskał wiadomości o nieprawidłowościach z innych źródeł (np. ubezpieczony zamieścił na portalu społecznościowym zdjęcie z wyjazdu). Takie same podstawy do odebrania zasiłku może mieć ZUS.

### Czy naprawdę zasadne

Inny charakter ma trzeci rodzaj kontroli – zasadności wystawiania zwolnienia. Leży ona wyłącznie w gestii ZUS i przeprowadzają ją lekarze orzecznicy. Jednak także płatnik może wystąpić do ZUS o takie sprawdzenie, czy ubezpieczony rzeczywiście jest chory, w przypadku gdy wypłaca mu wynagrodzenie chorobowe. Nie ma także przeszkód, aby w każdej sytuacji gdy istnieje podejrzenie, że zwolnienie jest niezasadne, płatnik poinformował o tym ZUS. Podstaw

do sprawdzenia może być wiele – częste zwolnienia, do tego wystawiane przez różnych lekarzy na pewno dają pole do domysłów.

Wbrew pozorom kontrola nie polega tylko na wezwaniu chorego do ZUS i przeprowadzeniu badania na miejscu. Może ona polegać na:

- przeprowadzeniu badania lekarskiego:
  - w wyznaczonym miejscu,
  - w miejscu pobytu ubezpieczonego;
- skierowaniu ubezpieczonego na badanie specjalistyczne przez lekarza konsultanta ZUS (lekarz ten nie wydaje orzeczenia, jak lekarz orzecznik, a jedynie opinię);
- zażądaniu od wystawiającego zaświadczenie lekarskie udostępnienia dokumentacji medycznej dotyczącej ubezpieczonego stanowiącej podstawę wydania zaświadczenia lekarskiego lub udzielenia wyjaśnień i informacji w sprawie;
- zleceniu wykonania badań pomocniczych w wyznaczonym terminie.

Ubezpieczony ma obowiązek udostępnić podczas badań posiadaną dokumentację medyczną. Nie zawsze jednak musi stawiać się w siedzibie ZUS w celu przeprowadzenia badania – możliwe jest bowiem jego wykonanie także w domu ubezpieczonego. Czasami kontrola może się też rozpocząć od badania przez lekarza konsultanta, który jedynie opiniuje chorego. Wówczas dopiero później bada go lekarz orzecznik i wydaje orzeczenie. Jeśli wynik nie będzie stał w sprzeczności z zaświadczeniem lekarskim, ZUS żadnej decyzji nie wyda, tylko wypłaci zasiłek, albo, jeśli zasiłek wypłaca płatnik, jemu przekaze tę informację. Decyzja zostanie wydana, jeśli okaże się, że ubezpieczony nie jest już chory.

### Wezwanie i skutki niestawiennictwa

Aby jednak chory mógł się stawić na badanie, musi zostać o nim zawiadomiony. Zgodnie z art. 59 ust. 5 stawy zasiłkowej ZUS wysłała do niego wezwanie, w którym określa:

- termin badania przez lekarza orzecznika;
- termin badania przez lekarza konsultanta;
- termin dostarczenia posiadanych wyników badań pomocniczych.

Wezwanie musi zawierać pouczenie o skutkach, jakie niesie ze sobą jego zignorowanie. Co jednak najważniejsze, musi ono zostać wysłane za zwrotnym potwierdzeniem odbioru. Jeśli ubezpieczony nie odbierze listu, o czym była już mowa wyżej, to po 14 dniach uważa się go za skutecznie doręczony (doręczenie zastępcze), placówka pocztowa odsyła go zaś do nadawcy (ZUS). Jeśli jednak ZUS z jakichś powodów nie będzie dysponował potwierdzeniem odbioru (doręczenia zastępczego), a wyda decyzję pozbawiającą zasiłku z powodu niestawienia się ubezpieczonego na badanie, która następnie zostanie zaskarżona, to spór przed sądem najprawdopodobniej przegra. Wystarczy, że ubezpieczony zarzuci zakładowi, że wezwanie nigdy do niego nie dotarło. Jeśli jednak ubezpieczony takie wezwanie odebrał, to jego zignorowanie odczuje we własnym portfelu. Niestawienie się na badanie albo niedostarczenie żądanych przez ZUS wyników badań spowoduje bowiem, że jego zaświadczenie lekarskie traci ważność od dnia następującego po terminie, w którym miało odbyć się badanie lub miał dostarczyć dokumentację.

Może się także zdarzyć, że lekarz orzecznik, badając ubezpieczonego i analizując jego dokumentację medyczną, dojdzie do wniosku, że ubezpieczony odzyskał zdolność do pracy przed końcową datą niezdolności do pracy wskazaną na zaświadczeniu lekarskim. W takim przypadku lekarz określa to w orzeczeniu. Od tej daty zaświadczenie lekarskie traci ważność. W praktyce dotyczy to także sytuacji, w których zwolnienie od początku było niezasadne.

W obu tych przypadkach lekarz orzecznik wystawia zaświadczenie, które jest traktowane na równi z zaświadczeniem stwierdzającym brak przeciwwskazań do pracy na określonym stanowisku, wydanym w myśl art. 229 par. 4 k.p. W obu tych przypadkach – a więc w razie stwierdzenia, że chory jest tak naprawdę zdrowy lub gdy zignorował wezwanie (nie stawił się na badanie lub nie dostarczył wyników badań) – ZUS wydaje decyzję o braku prawa do zasiłku. Decyzja ta jest przesyłana także pracodawcy, u którego dana osoba jest ubezpieczona. Decyzję tę można oczywiście zaskarżyć. Warto zwrócić uwagę, że mimo iż ubezpieczonego bada lekarz orzecznik, to nie wydaje on odrębnego orzeczenia, od którego przysługiwałby sprzeciw do komisji lekarskiej, tak jak w postępowaniu rentowym prowadzonym zgodnie z przepisami ustawy z 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1270 ze zm.)

### Ramka

#### Zasiłek do zwrotu

Jeśli decyzja o braku prawa ubezpieczonego do zasiłku w wyniku stwierdzenia nieprawidłowości wykorzystania zwolnienia lub niezasadnego jego wystawienia była wydana przed wypłatą zasiłku, to płatność będzie wstrzymana. Pieniądze zostaną wypłacone, jeśli decyzja ulegnie zmianie – przy czym najczęściej takie decyzje zmieniane są przez sąd.

Gdy jednak decyzja została wydana już po wypłacie zasiłku, może ona stwierdzać również, że zasiłek jest świadczeniem nienależnie pobranym. Wówczas ubezpieczony ma obowiązek je zwrócić wraz z odsetkami ustawowymi. Ustawa z 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1778 ze zm.) za nienależne świadczenia uznaje:

- świadczenia wypłacone mimo zaistnienia okoliczności powodujących ustanie prawa do świadczeń albo wstrzymanie ich wypłaty w całości lub w części, jeżeli osoba pobierająca świadczenie była pouczona o braku prawa do ich pobierania;
- świadczenia przyznane lub wypłacone na podstawie nieprawdziwych zeznań lub fałszywych dokumentów albo w innych przypadkach świadomego wprowadzania w błąd organu wypłacającego świadczenia przez osobę pobierającą świadczenia.

Jak od każdej decyzji, także od tego rodzaju orzeczenia można złożyć odwołanie. Co ciekawe, orzecznictwo w tym zakresie jest bardzo zróżnicowane i zdarza się, że sądy nie nakazują zwrotu pobranego zasiłku, czasami nawet w tak oczywistych przypadkach, jak dorabianie w trakcie trwania zwolnienia lekarskiego.