



Sygn. akt II UK 100/14

**WYROK**  
**W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**  
**składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego**

Dnia 18 listopada 2015 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

Prezes SN Teresa Flemming-Kulesza (przewodniczący)  
SSN Zbigniew Hajn (sprawozdawca)  
SSN Józef Iwulski  
SSN Jerzy Kuźniar  
SSN Maciej Pacuda  
SSN Romualda Spyt (współsprawozdawca)  
SSN Małgorzata Wrębiakowska-Marzec

Protokolant Paweł Nowacki

w sprawie z wniosku P. Sp. z o.o. z siedzibą w W.  
przeciwko Zakład Ubezpieczeń Społecznych  
z udziałem zainteresowanego Z. W.  
o wydanie zaświadczenia w sprawie podlegania ubezpieczeniom społecznym,  
po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw  
Publicznych w dniu 18 listopada 2015 r.,  
skargi kasacyjnej organu rentowego od wyroku Sądu Apelacyjnego  
z dnia 8 października 2013 r.,

**uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę Sądowi  
Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania i orzeczenia o  
kosztach postępowania kasacyjnego**

## UZASADNIENIE

Decyzją z 7 sierpnia 2012 r. Zakład Ubezpieczeń Społecznych (dalej „ZUS”) odmówił Spółce P. (dalej „Spółka”) wydania zaświadczenia A1, potwierdzającego, że zainteresowany Z. W. w okresie wykonywania pracy we Francji od 16 stycznia do 18 marca oraz od 19 marca do 27 kwietnia 2012 r. podlega polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych.

Spółka wniosła odwołanie od tej decyzji, wnosząc o jej zmianę i nakazanie ZUS wydania zaświadczenia A1 za wymienione okresy dla Z. W.

Wyrokiem z dnia 27 marca 2013 r. Sąd Okręgowy Sąd Pracy i Ubezpieczeń Społecznych oddalił odwołanie.

Sąd ustalił, że Spółka, mająca siedzibę i prowadząca działalność w Polsce oraz za granicą, zajmuje się wyszukiwaniem miejsc pracy i pozyskiwaniem pracowników, współpracując z przedsiębiorcami we Francji, Niemczech i w Polsce i delegując do nich określoną liczbę pracowników. Administracja wnioskodawcy, a także kadry, księgowość i marketing, prowadzone są w Polsce. Znaczna większość dochodów Spółki w 2012 r. uzyskiwana była za granicą. Tam też zatrudniona była znaczna większość pracowników. Liczba kontraktów realizowanych w 2012 r. za granicą przewyższała kilkakrotnie liczbę kontraktów realizowanych w Polsce. Obrót osiągniany przez Spółkę w 2012 r. z działalności w Polsce utrzymywał się na poziomie 12% obrotów całkowitych. Sąd pierwszej instancji ustalił również, że 11 stycznia 2012 r. zainteresowany zawarł ze Spółką umowę o pracę na czas określony od 16 stycznia do 18 marca 2012 r. Zainteresowany wykonywał pracę w pełnym wymiarze czasu pracy terenie Francji. 17 marca 2012 r. zawarto aneks do pierwszej umowy, przedłużając okres zatrudnienia zainteresowanego do 27 kwietnia 2012 r.

Sąd pierwszej instancji, wskazując jako podstawę rozstrzygnięcia art. 11 ust. 2a i art. 12 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz.Urz. UE L 166 z 30.04.2004 r., s. 1; dalej „rozp. 883/2004”) i art. 14 ust. 1 rozporządzenia nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r. dotyczącego wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/2004 w sprawie

koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz.Urz. UE L 284 z 30.10.2009 r., s. 1; dalej „rozp. 987/2009”) w związku z postanowieniami wydanej przez Komisję Administracyjną ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego decyzji A2 z dnia 12 czerwca 2009 r. dotyczącej wykładni art. 12 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 w sprawie ustawodawstwa mającego zastosowanie do pracowników delegowanych i osób wykonujących pracę na własny rachunek, tymczasowo pracujących poza państwem właściwym (Dz.Urz. UE C 106 z 24.04.2010 r., s. 5; dalej „decyzja A2”) uznał, że nie można przyjąć, aby normalna działalność odwołującej się Spółki prowadzona była w Polsce, o czym świadczą przedłożone przez nią zestawienia jej obrotów oraz liczby kontraktów zrealizowanych w kraju i za granicą, a także liczby jej pracowników zatrudnionych w kraju i za granicą w latach 2011-2012. W spornym okresie Spółka prowadziła swoją działalność przede wszystkim za granicą, w niewielkim jedynie stopniu na terenie Polski, bowiem średnie obroty Spółki za granicą wynosiły 82-86%, zaś w kraju około 16-18%. Za granicą zatrudniona była większość pracowników. Rażąca dysproporcja w obrotach osiąganych przez Spółkę za granicą i w kraju nie pozwala na konkluzję, iż znaczna większość dochodów uzyskiwana jest w Polsce. Na taką ocenę Sądu pierwszej instancji wpływ miała również liczba pracowników delegowanych za granicę i pracujących w kraju oraz liczba zrealizowanych kontraktów w kraju i za granicą. Dlatego wnioskodawca nie wykazał, że jego normalna działalność była prowadzona w Polsce, w związku z czym jego odwołanie podlegało oddaleniu.

Wyrokiem z dnia 8 października 2013 r. Sąd Apelacyjny na skutek apelacji Spółki zmienił wyrok Sądu Okręgowego i poprzedzającą go decyzję organu rentowego w ten sposób, iż nakazał wydanie przedmiotowego zaświadczenia.

Sąd Apelacyjny odwołał się do ustaleń Sądu pierwszej instancji, że wysokość obrotów Spółki, liczba realizowanych kontraktów oraz liczba pracowników zatrudnionych w kraju i za granicą w latach 2011-2012, wskazuje, że Spółka w spornym okresie prowadziła działalność za granicą, a w Polsce na poziomie 14-18% obrotu całkowitego, co stanowiło negatywną przesłankę do uznania żądania wnioskodawcy. Jednakże, zdaniem Sądu, warunek, że przedsiębiorca oddelegowujący „zwykle” (zasadniczo) prowadzi działalność na

terytorium kraju oddelegowującego nie oznacza, że w państwie oddelegowującym działalność przedsiębiorstwa musi mieć charakter przeważający. Nie chodzi tu także o kryterium ilościowe osiąganego obrotu. Wymagane jest przede wszystkim faktyczne prowadzenie działalności w kraju wysyłającym. Według Sądu odwoławczego, warunkiem zastosowania art. 12 ust. 1 rozp. 883/2004, który określa warunki objęcia pracownika ubezpieczeniem w państwie delegującym jest, w świetle decyzji A2, bezpośredni związek między pracodawcą a pracownikiem i więź między pracodawcą a państwem członkowskim, w którym ma on swoją siedzibę. Z decyzji nr A2 nie wynika, aby obrót odgrywał pierwszoplanową rolę przy ocenie, czy przedsiębiorstwo może powołać się na art. 14 ust. 1 lit. a rozp. 987/2009. W ocenie Sądu drugiej instancji, skoro w sprawie wykazano bezpośredni związek między odwołującą się Spółką a pracownikiem i czasowy charakter delegowania nieprzekraczający 24 miesięcy, ponadto oddelegowanie pracownika nie miało na celu zastąpienie innego pracownika, a zainteresowany uprzednio podlegał polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych, apelacja podlegała uwzględnieniu.

W skardze kasacyjnej organ rentowy zarzucił naruszenie art. 83b ust. 1 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (jednolity tekst: Dz.U. z 2009 r. Nr 205, poz. 1585 ze zm., dalej jako ustawa systemowa) oraz art. 11 ust. 2 lit. a i art. 12 ust. 1 rozp. 883/2004 w związku z art. 14 ust. 1 i art. 19 ust. 2 rozp. 987/2009, przez ich błędną wykładnię, w wyniku której niezasadnie przyjęto, że płatnik składek w spornym okresie prowadził normalną działalność na terenie Polski, a zatem zainteresowany pracownik delegowany powinien podlegać polskiemu ustawodawstwu ubezpieczeń społecznych. Tymczasem doszło do naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 11 ust. 1 i art. 12 ust. 1 oraz art. 13 pkt 1 ustawy systemowej, przez ich niezastosowanie i niezasadne objęcie zainteresowanego ubezpieczeniami społecznymi „jako pracownika na terenie Polski”. W oparciu o te zarzuty skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i orzeczenie co do istoty sprawy, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi drugiej instancji do ponownego rozpoznania.

W odpowiedzi na skargę Spółka wniosła o jej oddalenie i zasądzenie od organu rentowego kosztów postępowania kasacyjnego według norm przepisanych.

Na skutek powyższej skargi kasacyjnej, Sąd Najwyższy w składzie zwykłym postanowieniem z dnia 24 lutego 2015 r. (sygn. akt II UK 100/14) przedstawił powiększonemu składowi Sądu Najwyższego do rozstrzygnięcia zagadnienie prawne: „czy prowadzenie normalnej działalności w Polsce przez pracodawcę, który także deleguje pracowników do pracy w innych państwach członkowskich Unii Europejskiej w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz. U. UE. L. 2004.166.1), wymaga oceny wszystkich kryteriów charakteryzujących prowadzenie zazwyczaj znacznej działalności w Polsce, innej niż działalność związana z samym zarządzaniem wewnętrznym, czy też „w najistotniejszym” stopniu zależy od ustalenia co najmniej 25% proporcji obrotu krajowego w porównaniu do wielkości obrotu uzyskiwanego z kontraktów i pracy delegowanych pracowników do pracy w innych państwach członkowskich UE?”. W uzasadnieniu postanowienia Sąd Najwyższy opowiedział się za stanowiskiem, zgodnie z którym obrót nie jest kryterium przesądzającym kwestię, czy przedsiębiorstwo delegujące, w tym agencja pracy tymczasowej prowadzi znaczną część działalności w kraju delegowania. Sąd Najwyższy stwierdził, że jeżeli agencja pracy tymczasowej normalnie zatrudnia znaczną liczbę wszystkich pracowników w Polsce (nie licząc jej pracowników administracyjnych) oraz w znacznej proporcji realizuje typowe krajowe umowy inwestycyjne lub handlowe w porównaniu do kontraktów zagranicznych, to pracownicy delegowani do pracy u pracodawców użytkowników w innym państwie Unii Europejskiej powinni podlegać polskiemu ustawodawstwu ubezpieczeń społecznych, choćby obrót pracodawcy tymczasowego ze znaczącej ilościowo normalnej działalności krajowej był niższy niż 25% obrotów.

Prokurator Generalny, zajmując stanowisko w sprawie powyższego zagadnienia prawnego wyraził pogląd, że prowadzenie normalnej działalności w Polsce przez pracodawcę, który także deleguje pracowników do pracy w innych państwach członkowskich Unii Europejskiej w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozp. 883/2004, wymaga oceny wszystkich podmiotowych i przedmiotowych kryteriów

charakteryzujących prowadzenie zazwyczaj znacznej części typowej działalności w Polsce, innej niż działalność związana z samym zarządzaniem wewnętrznym, przy uwzględnieniu specyficznych cech każdego przedsiębiorcy, co oznacza, że w najistotniejszym stopniu ani wyłącznie nie zależy od ustalenia co najmniej 25% proporcji obrotu krajowego w porównaniu do wielkości obrotu uzyskiwanego z kontraktów i pracy delegowanych pracowników do pracy w innych państwach członkowskich UE.

Sąd Najwyższy w składzie powiększonym siedmiu sędziów, postanowieniem z 17 czerwca 2015 r. (sygn. akt III UZP 5/15) przejął sprawę do rozpoznania.

Sąd Najwyższy w składzie powiększonym zważył, co następuje:

1. Sąd Najwyższy przejął sprawę do rozpoznania, pomimo że w obecnym stanie nie jest ona dojrzała do rozstrzygnięcia (o czym niżej). Jednakże już na tym etapie postępowania ujawniły się rozbieżności w wykładni przepisów w orzecznictwie Sądu Najwyższego, które wymagają zajęcia wstępnego stanowiska przez Sąd Najwyższy w składzie powiększonym.

2. Należy wskazać, że w dotychczasowym orzecznictwie ukształtowały się dwa stanowiska. Zgodnie z pierwszym z nich, obrót jest kryterium decydującym dla ustalenia, czy pracodawca delegujący pracowników do pracy w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej prowadzi normalną działalność w Polsce. Takie zapatrywanie Sąd Najwyższy przedstawił, między innymi w uzasadnieniach wyroków z dnia: 4 czerwca 2014 r., II UK 550/13 (LEX nr 1478710) oraz II UK 565/13 (LEX nr 1475235), 14 października 2014 r., II UK 32/14 (LEX nr 1545034); 3 grudnia 2014 r., II UK 69/14 (LEX nr 1652390); 10 grudnia 2014 r., II UK 84/14 (LEX nr 1622315) i 10 grudnia 2014 r., II UK 85/14 (LEX nr 1777888). Na przykład, w uzasadnieniu wyżej wymienionego wyroku z 4 czerwca 2014 r. Sąd Najwyższy stwierdził, że agencja pracy tymczasowej, delegująca zatrudnianych pracowników do pracy za granicą, może być uznana za pracodawcę zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności, innej niż działalność związana z samym zarządzaniem wewnętrznym na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę,

w rozumieniu przepisów rozporządzeń nr 883/2004 (art. 12 ust. 1) oraz nr 987/2009 (art. 14 ust. 2), jeżeli osiąga w kraju delegowania wymagany obrót z prowadzonej działalności, na poziomie 25% całego jej obrotu. Sąd Najwyższy uznał także, że niższy obrót nie może być równoważony (kompensowany) wartością innych kryteriów, gdyż są one rodzajowo odmienne i dotyczą czego innego. Kryteria te również powinny być spełnione, a więc co do siedziby przedsiębiorstwa i zawierania umów w miejscu delegowania, gdyż to należy do zwykłej istoty rozważanej regulacji. Natomiast liczba umów czy kontraktów nie zastępuje obrotu, który stanowi właśnie pochodną ich realizacji. Reasumując, obrót jako kryterium oceny w rozważanym aspekcie legitymuje przedsiębiorcę (agencję) dopiero przy określonej wartości (25%).

Z kolei np. z wyroków z dnia: 11 maja 2005 r., II UK 388/09 (LEX nr 611418), 25 maja 2010 r., I UK 1/10 (LEX nr 602670), 2 października 2013 r., II UK 170/13 (OSNP 2014 nr 12, poz. 171) wynika, że zdaniem Sądu Najwyższego obrót nie jest zasadniczym kryterium przesądzającym, czy przedsiębiorstwo delegujące (agencja pracy tymczasowej) prowadzi znaczną część działalności w państwie delegowania (siedziby pracodawcy). Sąd powinien rozważyć wszystkie istotne kryteria, a nie ograniczać się do wybranych, jak np. do osiągniętych obrotów, czy też liczby zatrudnianych pracowników.

3. W celu rozważenia tych rozbieżności konieczne jest odwołanie się do wchodzących w grę przepisów prawa i orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości.

Zgodnie z art. 12 ust. 1 rozp. 883/2004, osoba, która wykonuje działalność jako pracownik najemny w państwie członkowskim w imieniu pracodawcy, który normalnie prowadzi tam swą działalność, a która jest delegowana przez tego pracodawcę do innego państwa członkowskiego do wykonywania pracy w imieniu tego pracodawcy, nadal podlega ustawodawstwu pierwszego państwa członkowskiego, pod warunkiem że przewidywany czas takiej pracy nie przekracza 24 miesięcy i że osoba ta nie jest wysłana, by zastąpić inną delegowaną osobę. Przepis ten wprowadza wyjątek od zasady, że pracownik podlega ustawodawstwu państwa, w którym wykonuje pracę (*lex loci laboris*), przyjętej w art. 11 ust. 3a rozp. 883/2004. Przepisem wykonawczym do art. 12 ust. 1 rozp. 883/2004 jest między innymi art. 14 ust. 2 rozp. 987/2009, który stanowi, że za pracodawcę, który

normalnie prowadzi swą działalność należy rozumieć pracodawcę „zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności, innej niż działalność związana z samym zarządzeniem wewnętrznym, na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, z uwzględnieniem wszystkich kryteriów charakteryzujących działalność prowadzoną przez dane przedsiębiorstwo. Odnośne kryteria muszą zostać dopasowane do specyficznych cech każdego pracodawcy i do rzeczywistego charakteru prowadzonej działalności”.

Zasadnicze znaczenie ma więc wyjaśnienie pojęcia „normalne prowadzenie działalności” (art. 12 ust. 1 rozp. 883/2004) i wyjaśniającego je określenia „prowadzenie przez pracodawcę zazwyczaj znacznej części działalności, innej niż działalność związana z samym zarządzeniem wewnętrznym, na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma on swoją siedzibę” (art. 14 ust. 2 rozp. 987/2009).

Treść powyższych przepisów nie pozostawia wątpliwości, że przy ocenie, czy pracodawca prowadzi normalną działalność, a zatem znaczną część działalności innej niż działalność związana z samym zarządzaniem wewnętrznym na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, należy uwzględniać wszystkie kryteria charakteryzujące jego działalność. Już odwołanie się do zaimka „wszystkie” w odniesieniu do kryteriów, które należy uwzględniać przy omawianej ocenie, wskazuje, że niedopuszczalne jest uznanie jednego kryterium za decydujące w tym sensie, że jego niespełnienie zwalnia instytucję właściwą, bądź sąd, z badania pozostałych cech charakteryzujących działalność prowadzoną przez dane przedsiębiorstwo.

Podobnie kwestię tę ujmuje decyzja A2 Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego. Akt ten nie ma charakteru źródła prawa Unii Europejskiej w rozumieniu traktatowym, lecz jest aktem informacyjno-pomocniczym, wydanym przez Komisję Administracyjną na podstawie art. 72 lit. a i b rozp. 883/2004 w ramach jej zadań dotyczących wykładni i usprawniania jednolitego stosowania prawa Unii Europejskiej (zob. D. Dzienisiuk, *Charakter prawny decyzji Komisji Administracyjnej do Spraw Zabezpieczenia Społecznego*, Ubezpieczenia Społeczne 2011 nr 1-2; K. Ślebzak, *Koordinacja systemów zabezpieczenia społecznego*, Warszawa 2012, s. 295). W decyzji wskazuje się, że decydującym warunkiem dla zastosowania art. 12 ust. 1 rozp.



883/2004 jest istnienie więzi między pracodawcą a państwem członkowskim, w którym ma on swoją siedzibę. Możliwość delegowania pracowników powinna zatem ograniczać się wyłącznie do przedsiębiorstw, które normalnie prowadzą swą działalność na terytorium państwa członkowskiego, którego ustawodawstwu nadal podlega pracownik delegowany. Z tego względu przyjmuje się, że powyższe przepisy mają zastosowanie jedynie do przedsiębiorstw, które zazwyczaj prowadzą znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego, w którym mają siedzibę. Dlatego, w celu ustalenia, w razie potrzeby i w razie wątpliwości, czy pracodawca zazwyczaj prowadzi znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, instytucja właściwa w tym państwie zobowiązana jest zbadać wszystkie kryteria charakteryzujące działalność prowadzoną przez tego pracodawcę, w tym miejsce, w którym przedsiębiorstwo ma swą zarejestrowaną siedzibę i administrację, liczebność personelu administracyjnego pracującego w państwie członkowskim, w którym pracodawca ma siedzibę, oraz w drugim państwie członkowskim, miejsce, w którym rekrutowani są pracownicy delegowani, i miejsce, w którym zawierana jest większość umów z klientami, prawo mające zastosowanie do umów zawartych przez przedsiębiorstwo z jednej strony z pracownikami i z drugiej strony z klientami, obroty w odpowiednio typowym okresie w każdym z państw członkowskich, których rzecz dotyczy, oraz liczbę umów wykonanych w państwie wysyłającym. W przedmiotowej decyzji podkreśla się też, że „wykaz ten nie jest wyczerpujący, ponieważ kryteria powinny być dostosowane do każdego konkretnego przypadku i powinny uwzględniać charakter działalności prowadzonej przez przedsiębiorstwo w państwie, w którym ma ono siedzibę” (pkt 1 decyzji A2).

Podobnie zagadnienie to wyjaśnione zostało w publikacji Komisji Europejskiej pt. *„Praktyczny poradnik: Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej (UE), w Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) i w Szwajcarii”* (s. 8). Stwierdza się w nim, że fakt prowadzenia znacznej części działalności w państwie delegującym można sprawdzić poprzez szereg obiektywnych czynników, przy czym następujące czynniki są szczególnie istotne: (-) miejsce, w którym delegujące przedsiębiorstwo ma swą zarejestrowaną siedzibę i administrację; (-) liczebność personelu administracyjnego delegującego

przedsiębiorstwa pracującego w państwie delegującym i w państwie zatrudnienia, przy czym obecność wyłącznie personelu administracyjnego w państwie delegującym wyklucza możliwość zastosowania do tego przedsiębiorstwa przepisów dotyczących delegowania; (-) miejsce, w którym rekrutowani są pracownicy delegowani; (-) miejsce, w którym zawierana jest większość umów z klientami; (-) prawo mające zastosowanie do umów zawartych przez delegujące przedsiębiorstwo z pracownikami i z klientami; (-) liczba umów wykonanych w państwie delegującym i w państwie zatrudnienia; (-) obroty osiągnięte przez delegujące przedsiębiorstwo w państwie delegującym i w państwie zatrudnienia w odpowiednio typowym okresie (np. obrót wynoszący około 25% całkowitego obrotu w państwie delegującym może być wystarczającym wskaźnikiem, ale przypadki, w których obrót jest niższy niż 25% wymagałyby pogłębionej analizy); (-) okres, przez jaki przedsiębiorstwo posiada siedzibę w delegującym państwie członkowskim. Przy ocenie znacznej części działalności prowadzonej w państwie delegującym instytucje muszą również sprawdzić, czy pracodawca wnioskujący o delegowanie jest faktycznym pracodawcą danego pracownika. Jest to szczególnie ważne w sytuacji, gdy pracodawca korzysta zarówno z personelu stałego, jak i personelu agencji pracy tymczasowej. W poradniku podkreślono, że powyższy wykaz nie jest wyczerpujący, ponieważ kryteria powinny być dostosowane do każdego konkretnego przypadku i powinny uwzględniać charakter działalności prowadzonej przez przedsiębiorstwo w państwie, w którym ma ono siedzibę. Konieczne może również być uwzględnienie innych kryteriów odpowiednich do określonych cech przedsiębiorstwa i rzeczywistego charakteru działalności przedsiębiorstwa w państwie, w którym ma ono siedzibę.

Praktyczny poradnik nie ma waloru wiążącego, niemniej wskazuje na pewną unijną praktykę wykładni art. 14 ust. 2 rozp. 987/2009 i z tego względu nie może być pomijany w procesie stosowania prawa, choćby ze względu na zasadę solidarności państw członkowskich. Uzyskiwanie 25% obrotu w państwie siedziby przedsiębiorstwa delegującego stanowi wyłącznie sugestię interpretacyjną, że osiągnięcie tego poziomu może uzasadniać przyjęcie faktycznego domniemania, że przedsiębiorstwo prowadzi normalną działalność, z jednoczesną sugestią, że jego nieosiągnięcie wymaga bardziej pogłębionej analizy pozostałych kryteriów.

Z przedstawionych regulacji wynika zatem, że tylko w Praktycznym poradniku pojawia się kryterium 25% całkowitego obrotu w państwie delegującym. Sformułowanie wskaźnika uzyskiwania w państwie członkowskim miejsca rejestracji co najmniej 25% obrotu nie znajduje zatem oparcia ani w treści rozporządzenia 883/2004, ani rozporządzenia 987/2009, ani decyzji A2. Na gruncie rozp. 987/2009 próg 25% odnosi się jedynie do kryteriów ilościowych branż pod uwagę przy ocenie, czy w danym państwie wykonywana jest znaczna część pracy najemnej lub działalności na własny rachunek, o której mowa w art. 13 ust. 1 i 2 (zob. art. 14 ust. 8 rozporządzenia 987/2009). Stąd też odnoszenie tego progu do kryterium wielkości obrotu, uwzględnianego przy ocenie, czy dane przedsiębiorstwo prowadzi znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego w kontekście możliwości delegowania pracowników nie ma uzasadnienia. Na marginesie warto dodać, że także dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/67/UE z dnia 15 maja 2014 r. w sprawie egzekwowania dyrektywy 96/71/WE dotyczącej delegowania pracowników w ramach świadczenia usług, zmieniająca rozporządzenie (UE) nr 1024/2012 w sprawie współpracy administracyjnej za pośrednictwem systemu wymiany informacji na rynku wewnętrznym (dalej „dyrektywa 2014/67/UE”), której jednym z celów jest wskazanie metody oceny, czy przedsiębiorstwo delegujące za granicę pracowników rzeczywiście prowadzi w państwie członkowskim, z którego delegowani są pracownicy znaczącą działalność inną niż działalność zarządcza lub administracyjna o charakterze wyłącznie wewnętrznym, nie wprowadza kryterium poziomu 25% obrotu.

Kryterium 25% nie znajduje również oparcia w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości. W pierwszej kolejności trzeba przypomnieć, że część przepisów dotyczących koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego oraz treść decyzji A2 Komisji Administracyjnej jest wyrazem uwzględnienia orzecznictwa Trybunału.

I tak decyzja A2 potwierdza przede wszystkim ustalenia Trybunału zawarte w wyroku z dnia 10 lutego 2000 r. w sprawie *C-202/97 Fitzwilliam Executive Search Ltd v Bestuur van het Landelijk instituut sociale verzekeringen*, (European Court Reports 2000 I-00883). Trybunał stwierdził w nim, że przy ocenie, czy dane przedsiębiorstwo prowadzi znaczącą działalność w państwie członkowskim, instytucja właściwa musi zbadać wszystkie kryteria charakterystyczne dla

działalności prowadzonej przez przedsiębiorstwo (zob. pkt 42). Następnie Sąd ten stwierdził, że kryteria te obejmują miejsce, w którym przedsiębiorstwo ma swą zarejestrowaną siedzibę i administrację, liczebność personelu administracyjnego pracującego w państwie członkowskim, w którym pracodawca ma siedzibę, oraz w drugim państwie członkowskim, miejsce, w którym rekrutowani są pracownicy delegowani, i miejsce, w którym zawierana jest większość umów z klientami, prawo mające zastosowanie do umów zawartych przez przedsiębiorstwo z jednej strony z pracownikami i z drugiej strony z klientami, obroty w odpowiednio typowym okresie w każdym z państw członkowskich, których rzecz dotyczy. Trybunał podkreślił, że lista ta nie jest wyczerpująca, a wybór kryteriów powinien być dostosowany do każdego konkretnego przypadku (pkt 43). Na koniec, odwołując się do wyroku z dnia 5 grudnia 1967 r. w sprawie C-19/67 *van der Vecht*, Trybunał wskazał, że fakt, iż praca wykonywana przez pracownika w miejscu delegowania za granicą różni się od pracy normalnie mu oferowanej przez agencję pracy tymczasowej w państwie jej siedziby nie ma większego znaczenia (pkt 44). W ocenie Sądu Najwyższego, w świetle opisanego wyroku nie ma wątpliwości, że konieczne jest badanie wszystkich kryteriów, a nie tylko kryterium wielkości obrotu w oderwaniu od innych wymagań charakteryzujących dany wypadek. Również w zagranicznych opracowaniach dotyczących wyroku w sprawie *Fitzwilliam* podkreśla się, że Trybunał nie sformułował w nim warunku uzyskiwania w państwie miejsca rejestracji większości dochodów, kładąc nacisk jedynie na to, czy prowadzona tam działalność jest znacząca (F. Pennings, *Introduction to European Social Security Law*, Antwerp – Oxford – New York 2003, s. 110). Powoływanie się zatem na wyrok *Fitzwilliam* dla uzasadnienia poglądu o konieczności stosowania wymogu uzyskiwania przez pracodawcę co najmniej 25% obrotów w państwie, w którym ma swoją siedzibę, należy uznać za nieuprawnione. W żadnym fragmencie tego orzeczenia Trybunału na tak określone kryterium się nie wskazuje.

Uzasadnienia dla takiego zapatrywania nie mogą stanowić także wyroki Trybunału Sprawiedliwości z 17 grudnia 1970 r. w sprawie 35/70 (*Sarl Manpower przeciwko Caisse Promaire d' Assurance Maladie*, ECR 1970, s. 01251; dalej jako *Manpower*) oraz z 9 listopada 2000 r. w sprawie C-404/98 (*Josef Plum przeciwko Allgemeine Ortskrankenkasse Rheinland, Regionaldirektion Köln*, ECR 2000,

s. I-09397, dalej jako *Plum*). I tak w sprawie *Manpower* chodziło o kwestię dopuszczalności zatrudniania pracowników tymczasowych wyłącznie w celu oddelegowania na terytorium innego państwa członkowskiego oraz ocenę, czy taki pracownik jest pracownikiem agencji pracy tymczasowej czy przedsiębiorcy, do którego został oddelegowany. Trybunał stwierdził, że dla pracownika, który został zatrudniony przez przedsiębiorstwo prowadzące działalność w danym państwie członkowskim, otrzymuje od niego wynagrodzenie, jest od niego zależny i odpowiada za działania wyrządzone przez pracownika oraz decyduje o jego zatrudnieniu (zwolnieniu), stosuje się art. 13 lit. a rozp. nr 3 dotyczącego zabezpieczenia społecznego pracowników migrujących, jeżeli na rachunek tego przedsiębiorcy wykonuje on przejściowo pracę na rzecz innego przedsiębiorcy w innym państwie członkowskim. Wyrok ten odnosi się zatem do kryteriów pozwalających na ustalenie, w jakim przypadku można uznać daną osobę za pracownika delegowanego, jakkolwiek w orzeczeniu tym Trybunał wskazał również, że z art. 14 ust. 1 lit. a rozporządzenia nr 1408/71 (którego odpowiednikiem jest obecnie art. 12 ust. 1 rozp. 883/2004) wynika, że agencja pracy tymczasowej oferująca transgraniczne usługi może uzyskać korzyść wynikającą z tego przepisu tylko wtedy, gdy prowadzi normalną działalność w państwie członkowskim, w którym ma swoją siedzibę (pkt 10).

Z kolei w sprawie *Plum*, Trybunał przesądził, że nie jest możliwe delegowanie pracowników w wypadku przedsiębiorstw prowadzących w państwie oddelegowania wyłącznie czynności administracyjne i na tej kwestii skoncentrowana była główna uwaga tego Sądu. Trybunał wskazał, że artykuł 14 ust. 1 lit. a) rozporządzenia nr 1408/71, zmienionego i uaktualnionego przez rozporządzenie nr 2001/83, który pod pewnymi warunkami pozwala przedsiębiorstwu na przyjęcie rozwiązania, zgodnie z którym pracownicy wysłani przez nie czasowo do pracy w innym Państwie Członkowskim niż państwo siedziby przedsiębiorstwa, będą nadal objęci systemem zabezpieczenia społecznego Państwa Członkowskiego siedziby przedsiębiorstwa, musi być interpretowany jako niemający zastosowania do pracowników przedsiębiorstwa budowlanego z siedzibą w jednym Państwie Członkowskim, wysyłanych do pracy przy robotach budowlanych na terytorium innego Państwa Członkowskiego, w którym, poza

czysto wewnętrznymi działaniami zarządzającymi, to przedsiębiorstwo prowadzi całą swoją działalność. Zgodnie z art. 13 ust. 2 lit. a) rozporządzenia nr 1408/71, pracownicy tacy podlegają ustawodawstwu dotyczącemu zabezpieczenia społecznego Państwa Członkowskiego, na którego terytorium rzeczywiście pracują (zob. pkt 23 oraz sentencja).

4. Z powyższych uwag wynika, że w celu ustalenia, że przedsiębiorstwo prowadzi normalną działalność (w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozp. 883/2004), czy też znaczną część działalności innej niż zarządzanie wewnętrze (według art. 14 ust. 2 rozp. 987/2009), należy uwzględniać wszystkie kryteria charakteryzujące jego działalność oraz charakter przedsiębiorstwa delegującego. Wybór kryteriów powinien być dostosowany do konkretnego wypadku. Ocena ta powinna mieć charakter całościowy, a zatem stanowić ogólny wniosek wynikający z rozważenia wszystkich przyjętych kryteriów. Kryterium obrotu nie ma decydującego lub szczególnego znaczenia, jednakże osiągnięcie obrotu w państwie siedziby przedsiębiorstwa delegującego w wysokości ok. 25% całych obrotów może prowadzić do wniosku, że prowadzi ono w tym państwie znaczną część działalności, a więc normalnie prowadzi działalność.

Ponadto, lista kryteriów, które zostały wymienione jedynie w aktach o charakterze interpretacyjnym (wyroku *Fitzwilliam*, decyzji A2 i Praktycznym poradniku), nie ma charakteru wyczerpującego, lecz przykładowy. Oznacza to, że organ rentowy (jako instytucja właściwa), a następnie sąd kontrolujący w postępowaniu cywilnym jej prawidłowość, mogą i powinny w razie potrzeby wziąć pod uwagę także inne kryteria i okoliczności. Między innymi, w razie występowania liczących się różnic w sile nabywczej walut państwa – siedziby pracodawcy delegującego i państwa – miejsca delegowania, prawidłowe stosowanie kryterium obrotu, jako miernika znaczącej działalności w państwie siedziby pracodawcy, bez uwzględnienia tej różnicy może prowadzić do zafałszowania oceny.

Należy też dodać, że podstawowym celem wyżej wskazanej oceny jest ustalenie, czy przedsiębiorstwo delegujące prowadzi w Polsce normalnie swoją działalność (art. 12 ust. 1 rozp. 883/2004, co oznacza prowadzenie w Polsce znacznej części działalności (art. 14 ust. 2 rozp. 987/2009). Określenie „znaczną część działalności” należy przy tym, jak wynika z innych wersji językowych rozp.

987/2009, a także z wyroku *Fitzwilliam* rozumieć jako „znacząca działalność”. Jest ono bowiem równoznaczne z użytymi w innych wersjach językowych art. 14 ust. 2 rozp. 987/2009 i orzeczenia *Fitzwilliam* określeniami: ang. „*substantial activities*”, franc. „*activités substantielles*”, niem. „*nennenswerte Tätigkeiten*”, wł. „*attività sostanziali*”, czesk. „*podstatné činnosti*”. Należy dodać, że także w polskiej wersji językowej wyżej już wymienionej dyrektywy 2014/67/UE używa się określenia „znacząca działalność inna niż działalność zarządcza lub administracyjna o charakterze wyłącznie wewnętrznym” (np. art. 4. ust. 2). Wynika stąd, że pierwszoplanowe znaczenie ma obiektywne ustalenie, czy przedsiębiorstwo rzeczywiście prowadzi w państwie swojej siedziby normalną, rzeczywistą działalność, zaś porównanie skali tej działalności w państwie siedziby i państwie miejsca wykonywania pracy przez pracownika delegowanego ma jedynie znaczenie pomocnicze. Jednocześnie, dla stwierdzenia, czy działalność ta jest znacząca we wskazanym sensie, instytucja właściwa, i ewentualnie sąd, powinny, jak wynika z literalnego brzmienia orzeczenia w sprawie *Fitzwilliam* (pkt 43), decyzji nr A2 (pkt 1 akapit 5) i Praktycznego poradnika, porównać liczebność personelu administracyjnego pracującego w państwie członkowskim, w którym pracodawca ma siedzibę, oraz w drugim państwie członkowskim, obroty w odpowiednio typowym okresie w każdym z państw członkowskich, których rzecz dotyczy (czy też jak to określa Praktyczny poradnik „w państwie delegującym i w państwie zatrudnienia”) oraz liczbę umów wykonanych w państwie delegującym i w państwie zatrudnienia delegowanego pracownika.

Sąd Najwyższy w składzie powiększonym uznaje, że w takim jak powyżej wskazano zakresie, w świetle wcześniej rozpatrzonych aktów prawa unijnego oraz orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości, prawidłowe stosowanie prawa unijnego jest na tyle oczywiste, że nie występują racjonalne wątpliwości i w związku z tym, w tym zakresie, nie ma potrzeby ani obowiązku kierowania do Trybunału Sprawiedliwości pytania o wykładnię prawa wspólnotowego (zob. wyroki Trybunału Sprawiedliwości z dnia 6 października 1982 r. w sprawie 283/81 *Srl CILFIT i Lanificio di Gavardo SpA* (pkt 15) oraz z dnia 15 października 2005 r. w sprawie C-495/05 *Intermodal Transports BV* (pkt 37)).

Należy też stwierdzić, że przedmiotowa ocena ma charakter ustalenia faktycznego i jeśli sąd rozważy, zachowując zasady postępowania cywilnego, wszystkie istotne w okolicznościach sprawy kryteria, to kasacyjny zarzut naruszenia przepisów prawa przez wydany w rezultacie takiej oceny wyrok nie będzie mógł być skutecznie postawiony.

5. Odnosząc powyższe uwagi do oceny zasadności rozpoznawanej skargi kasacyjnej należy stwierdzić, że Sąd Apelacyjny trafnie przyjął, że nie można poprzestać na stwierdzeniu, że uzyskiwanie obrotu poniżej 25% całkowitego obrotu prowadzi do wniosku o nieprowadzeniu normalnej działalności w państwie siedziby przedsiębiorstwa delegującego i słusznie uznał, że w takim wypadku konieczna jest całościowa ocena, czy przedsiębiorstwo prowadzi faktyczną działalność w państwie wysyłającym. Sąd odwoławczy nie zastosował się jednak do tej tezy. Sąd ustalił, że Spółka będąca wnioskodawcą: (-) ma siedzibę w Polsce, (-) prowadzi działalność w Polsce i za granicą, (-) zajmuje się wyszukiwaniem miejsc pracy i pozyskiwaniem pracowników, (-) współpracuje z przedsiębiorcami we Francji, Niemczech i w Polsce, delegując do nich określoną liczbę pracowników, (-) jego administracja, a także kadry, księgowość i marketing, prowadzone są w Polsce, (-) znaczna większość dochodów Spółki w 2012 r. uzyskiwana była za granicą i tam zatrudniona była znaczna większość pracowników, (-) liczba kontraktów realizowanych w 2012 r. za granicą przewyższała kilkakrotnie liczbę kontraktów realizowanych w Polsce (-) obrót osiągniany przez Spółkę w 2012 r. z działalności w Polsce utrzymywał się na poziomie 12% obrotów całkowitych. Jednocześnie Sąd Apelacyjny przyjął za Sądem pierwszej instancji, że w spornym okresie Spółka prowadziła swoją działalność przede wszystkim za granicą, w niewielkim jedynie stopniu na terenie Polski, bowiem średnie obroty Spółki za granicą wynosiły 82-86%, zaś w kraju około 16-18%. Akceptacja takiego ustalenia, poza niedostrzeżeniem zawartego w nim błędu rachunkowego, stoi w sprzeczności z opisanym wcześniej innym ustaleniem dotyczącym obrotu. Sąd odwoławczy posługuje się przy tym kryteriami nieostrymi, jak „większość pracowników” – nie podając jaką większość, ilu pracowników ją stanowiło. Stwierdza, że liczba kontraktów za granicą „kilkakrotnie” przewyższała liczbę kontraktów w Polsce, nie wyjaśniając co oznacza „kilkakrotnie” i jakiego rodzaju kontrakty ma na uwadze.



Poza tym, jak wyżej wskazano, jednym z warunków zastosowania art. 12 ust. 1 rozp. 883/2004, a zatem wyjątkowej regulacji pozwalającej na dalsze pozostanie przez pracownika w systemie ubezpieczeń społecznych państwa, z którego jest delegowany, jest istnienie więzi między delegującym pracodawcą a tym państwem, polegającej na tym, że prowadzi on w nim normalną działalność. Wskazano również, że zgodnie z art. 14 ust. 2 rozp. 987/2009 oraz pkt 1 akapit 5 decyzji A2, w celu ustalenia, w razie potrzeby i w razie wątpliwości, czy pracodawca zazwyczaj prowadzi znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, instytucja właściwa w tym państwie powinna zbadać wszystkie kryteria charakteryzujące działalność prowadzoną przez tego pracodawcę, w tym kryteria wyliczone w decyzji. Wynika stąd, że w postępowaniu sądowym wywołanym odwołaniem od decyzji instytucji właściwej (organu rentowego) wydanej w tej kwestii, sąd jest zobowiązany do skontrolowania, czy instytucja ta właściwie dobrała do specyfiki przedsiębiorstwa i zbadała wymagane kryteria i dokonać weryfikacji działania organu rentowego w tym zakresie. W szczególności, jeśli instytucja właściwa lub sąd nie biorą pod uwagę niektórych z kryteriów wskazanych w decyzji A2, powinny wyjaśnić jakie względy merytoryczne (np. nieadekwatność danego kryterium z punktu widzenia charakteru działalności pracodawcy) lub procesowe (np. brak stosownych wniosków dowodowych) są tego przyczyną. Kontrola ta jest przesłanką prawidłowego zastosowania prawa materialnego, tj. wymienionych powyżej przepisów rozporządzeń. Uzasadnienie zaskarżonego wyroku wskazuje, że Sąd Apelacyjny takiej kontroli nie przeprowadził. Sąd nie wyjaśnił, dlaczego nie wziął pod uwagę takich kryteriów, jak: liczebność personelu administracyjnego pracującego w państwie członkowskim, w którym pracodawca ma siedzibę, oraz w drugim państwie członkowskim, (-) miejsce, w którym rekrutowani są pracownicy delegowani, (-) miejsce, w którym zawierana jest większość umów z klientami, (-) prawo mające zastosowanie do umów zawartych przez przedsiębiorstwo z jednej strony z pracownikami i prawo mające zastosowanie do umów zawartych przez przedsiębiorstwo z drugiej strony z klientami. Jak już wyżej ustalono, inne kryteria uwzględnione przez Sąd odwoławczy zostały przedstawione niedokładnie.

Organ rentowy, skarżący wyrok Sądu Apelacyjnego rozpoznawaną skargą kasacyjną, nie podniósł zarzutów naruszenia przepisów postępowania. Niemniej jednak z przedstawionego wyżej obrazu przyjętych w sprawie ustaleń faktycznych wynika, że Sąd zastosował wskazane w podstawie skargi przepisy prawa materialnego do co najmniej niedostatecznie ustalonego stanu faktycznego, co stanowi błąd subsumcji. Nie jest bowiem możliwe prawidłowe zastosowanie prawa materialnego bez zgodnego z prawem procesowym ustalenia podstawy faktycznej rozstrzygnięcia (por. np. wyroki Sądu Najwyższego z dnia: 7 sierpnia 1997 r., I CKN 261/97, niepublikowany; 26 czerwca 2001 r., III CKN 400/00, LEX nr 52360; 9 grudnia 2004 r., I UK 119/04, niepublikowany; 11 kwietnia 2006 r., I PK 164/05, Monitor Prawa Pracy 2006 nr 10, s. 541; 9 maja 2008 r., II PK 316/07, OSNP 2009 nr 19-20, poz. 250; 4 listopada 2008 r., II PK 100/08, OSNP 2010 nr 9-10, poz. 108; 10 marca 2011 r., II PK 241/10, LEX nr 817524).

Z tych względów rozpoznawana skarga okazała się uzasadniona.

W aktualnym stanie sprawy Sąd Najwyższy nie widzi również potrzeby zwracania się do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniem wstępnym, o co wniosła odwołująca się Spółka. Poza tym, brak odpowiednich ustaleń faktycznych, uniemożliwia, biorąc pod uwagę wymagania stawiane przez art. 267 TFUE, przedstawienie takiego pytania.

Z powyższych względów Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji na podstawie art. 398<sup>15</sup> § 1 k.p.c., a o kosztach postępowania kasacyjnego - na podstawie art. 108 § 2 k.p.c. w związku z 398<sup>21</sup> k.p.c.