



Sygn. akt II UK 229/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 października 2016 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Halina Kiriło (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Krzysztof Rączka

SSN Małgorzata Wrębiakowska-Marzec

w sprawie z wniosku P. Sp. z o.o. w W.

przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddziałowi w W.

z udziałem zainteresowanego M. A.

o wydanie zaświadczenia w sprawie z zakresu ubezpieczeń społecznych,

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń

Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 5 października 2016 r.,

skargi kasacyjnej wnioskodawcy od wyroku Sądu Apelacyjnego

z dnia 6 listopada 2014 r., sygn. akt III AUa (...),

**uchyła zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę Sądowi
Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania, pozostawiając temu
Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Decyzją z 15 czerwca 2013 r. Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w W. (dalej „ZUS”) odmówił Spółce P. (dalej „Spółka”) wydania zaświadczenia A1, potwierdzającego, że zainteresowany M. A. w okresie wykonywania pracy we

Francji podlegał polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych. Spółka wniosła odwołanie od tej decyzji.

Sąd Okręgowy w W. wyrokiem z dnia 24 marca 2014 r. zmienił zaskarżoną decyzję i nakazał organowi rentowemu wydanie zaświadczenia A1 potwierdzającego, że zainteresowany w okresie wykonywania pracy na terytorium Francji podlegał polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych na łączny okres od 29 października 2012 r. do 21 grudnia 2012 r. oraz zasądził od ZUS na rzecz wnioskodawcy kwotę 120 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd pierwszej instancji oparł swoje rozstrzygnięcie o następujące ustalenia faktyczne: Spółka posiadająca siedzibę w Polsce jest agencją pracy tymczasowej i zajmuje się wyszukiwaniem miejsc pracy i pozyskiwaniem pracowników, współpracując z przedsiębiorcami we Francji, Niemczech i w Polsce, przez delegowanie im określonej liczby pracowników. Administracja Spółki, a także kadry, księgowość i marketing prowadzone są w Polsce. Spółka W. zatrudniała: w styczniu 2012 r. - 155 osób za granicą, a w Polsce 115 osób; w lutym - 171 osób za granicą, a w Polsce 122; w marcu 2012 r. - 179 osób za granicą, a w Polsce 127; w kwietniu 2012 r. - 207 osób za granicą, a w Polsce 131; w maju 2012 r. - 229 osób za granicą, a w Polsce 154; w czerwcu 2012 r. - 254 osoby za granicą, a w Polsce 143; w lipcu 2012 r. - 224 osoby za granicą, a w Polsce 117; w sierpniu 2012 r. - 249 osób za granicą, a w Polsce 88; we wrześniu 2012 r. - 226 osób za granicą, a w Polsce 101. Agencja w okresie od stycznia 2012 r. do września 2012 r. zrealizowała następującą ilość kontraktów: w styczniu 2012 r. - 32 w Unii Europejskiej, a 11 w Polsce; w lutym 2012 r. - 34 kontrakty w Unii Europejskiej, a 11 w Polsce; w marcu 2012 r. - 40 kontraktów w Unii Europejskiej, a 11 w Polsce; w kwietniu 2012 r. - 46 kontraktów w Unii Europejskiej, a 11 w Polsce; w maju 2012 r. - 48 kontraktów w Unii Europejskiej, a 11 w Polsce; w czerwcu 2012 r. - 51 kontraktów w Unii Europejskiej, a 12 w Polsce; w lipcu 2012 r. - 41 kontraktów w Unii Europejskiej, a 12 w Polsce; w sierpniu 2012 r. - 46 kontraktów w Unii Europejskiej, a 12 w Polsce; we wrześniu 2012 r. - 43 kontrakty w Unii Europejskiej, a 12 w Polsce. Średnie obroty Spółki z tytułu działalności prowadzonej poza granicami kraju w okresie od stycznia 2012 r. do września 2012 r. wynosiły około

82%, zaś z tytułu działalności w kraju - około 17%. Sąd ustalił również, że w dniu 26 października 2012 r. zainteresowany M. A., zamieszkały na stałe w Polsce, zawarł z wnioskodawcą umowę o pracę na czas określony od 29 października 2012 r. do 30 listopada 2012 r., a w dniu 26 października 2012 r. aneksem do umowy przedłużono zatrudnienia do dnia 21 grudnia 2012 r. W ramach umowy o pracę zainteresowany wykonywał w pełnym wymiarze czasu pracy obowiązki pracownika stolarza aluminium, pod kierownictwem użytkownika P. S.A.S. na terenie Francji. Wynagrodzenie określone zostało na 45 euro za dzień. Zainteresowany M. A. został zgłoszony do ubezpieczenia społecznego jako pracownik firmy P. Sp. z o.o. w okresie od 29 października 2012 r. do 21 grudnia 2012 r. Wnioskodawca złożył do ZUS wnioski o poświadczenie dokumentu o ustawodawstwie właściwym (formularz A1) dla zainteresowanego w związku z czasowym wysłaniem do pracy na terytorium Niemiec. Decyzją z dnia 15 czerwca 2013 r. organ rentowy odmówił wydania wnioskodawcy zaświadczenia dotyczącego ustawodawstwa właściwego potwierdzającego, że zainteresowany M. A. w okresie wykonywania pracy na terytorium Francji podlegał polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych z uwagi na brak spełnienia warunku prowadzenia przez płatnika składek w kraju działalności w znacznej części.

Przy tak ustalonym stanie faktycznym sprawy Sąd pierwszej instancji stwierdził, że odwołanie wnioskodawcy zasługiwało na uwzględnienie. Sąd wskazał, że obowiązek ubezpieczeń społecznych pracownika w ustawodawstwie polskim określają przepisy ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (jednolity tekst: Dz.U. z 2015 r., poz. 121 ze zm., dalej jako ustawa systemowa). Osoby fizyczne, które na terytorium RP są pracownikami podlegają obowiązkowym ubezpieczeniom emerytalnemu, rentowemu, chorobowemu i wypadkowemu od dnia nawiązania stosunku pracy. Zgodnie z art. 11 ust. 2 lit. a Rozporządzenia Parlamentu i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz. Urz. UE nr L 166 z 30.04.2004 r.), osoba wykonująca w państwie członkowskim pracę najemną lub pracę na własny rachunek podlega ustawodawstwu tego państwa członkowskiego. Od przytoczonej zasady wyjątek stanowi art. 12 ust. 1 cytowanego rozporządzenia zgodnie z którym, osoba wykonująca działalność jako

pracownik najemny w państwie członkowskim w imieniu pracodawcy, który tam normalnie prowadzi 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 osobę. Stosownie do art. 14 ust. 1 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r. dotyczącego wykonywania rozporządzenia nr 883/2004 (Dz. Urz. UE nr L 284 z 30.04.2009 r.) osoba, która wykonuje działalność jako pracownik najemny w państwie członkowskim w imieniu pracodawcy, który normalnie tam prowadzi swoją działalność, a która jest delegowana przez tego pracodawcę do innego państwa członkowskiego, oznacza także osobę zatrudnioną w celu oddelegowania jej do innego państwa członkowskiego pod warunkiem, że osoba ta bezpośrednio przed rozpoczęciem zatrudnienia podlega już ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym siedzibę ma jej pracodawca.

Zastosowanie powołanego przepisu wymaga spełnienia warunków, które zostały wykazane w rozporządzeniu nr 987/2009 i omówionej szerzej Decyzji A2 Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego 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 nr C 106/2 z 24.04.2010 r.). Odpowiednie warunki muszą zostać spełnione po stronie pracodawcy i pracownika. Po stronie pracodawcy został określony wymóg, by wysyłające przedsiębiorstwo zazwyczaj prowadziło na terenie kraju delegującego swoją znaczną część działalności (art. 14 ust. 2 rozporządzenia). O tym, czy pracodawca spełnia to kryterium, decydują między innymi wielkość obrotów osiągniętych w kraju i za granicą, a także liczba pracowników wykonujących pracę w państwie wysłania, z wyjątkiem pracowników administracyjnych i zarządzających, oraz ilość umów zawartych w ramach działalności prowadzonej na obszarze tego państwa. Zdaniem Komisji Administracyjnej, powyższy wykaz nie jest wyczerpujący, ponieważ kryteria

powinny być dostosowane do konkretnego przypadku i uwzględniać charakter działalności prowadzonej przez przedsiębiorstwo w państwie, w którym ma siedzibę.

Opracowany przez Komisję Administracyjną na podstawie wyżej wymienionej Decyzji nr A2 Praktyczny poradnik: Ustawodawstwo mające zastosowanie od pracowników Unii Europejskiej, Europejskim Obszarze Gospodarczym i Szwajcarii wskazuje ponadto, że obroty osiągnęte przez delegujące przedsiębiorstwo w państwie zatrudnienia w odpowiednim okresie powinny wynosić co najmniej 25%. Przypadki, kiedy obrót firmy jest niższy niż 25% wymagają pogłębionej analizy w zakresie liczby pracowników zatrudnionych w kraju i za granicą oraz liczby realizowanych umów kontraktów w kraju i za granicą. Akt ten nie ma charakteru normatywnego ma charakter pomocniczy. Nadto Sąd podniósł, że z treści decyzji nie wynika, aby to właśnie obrót odgrywał rolę pierwszoplanową przy ocenie, czy przedsiębiorstwo może powołać się na art. 14 ust. 1 lit. a rozporządzenia 1408/71. Sąd ocenił, że zgromadzony materiał dowodowy w sprawie potwierdził, że Agencja Pracy od początku swojej działalności większość pracowników rekrutuje do prac w zagranicznych firmach w państwach członkowskich Unii Europejskiej. W związku z tym obroty agencji uzyskane w Polsce z krajowych umów zawsze pozostają w dysproporcji z obrotami z umów zawartych z firmami zagranicznymi w krajach UE. Bezsprzeczne w sprawie jest fakt, iż agencja pracy ma siedzibę w Polsce i w kraju prowadzi działalność polegającą na rekrutacji pracowników do pracy w kraju jak i do pracy za granicą w państwach członkowskich UE. Agencja opłaca składki na ubezpieczenie społeczne za zatrudnionych pracowników, odprowadza też zaliczki na podatek dochodowy do Urzędu Skarbowego oraz płaci składki na PFRON.

Zdaniem Sądu wymóg, aby wysyłające przedsiębiorstwo zazwyczaj prowadziło na terenie kraju delegującego swoją znaczną część działalności należy rozumieć szeroko. Należy wziąć pod uwagę szereg czynników, między innymi, gdzie znajduje się siedziba przedsiębiorstwa, gdzie znajduje się kadra kierownicza, biura, administracja, kadry, ale przede wszystkim należy uwzględnić charakter działalności danego przedsiębiorstwa. W niniejszej sprawie materiał dowodowy potwierdza, że agencja pracy prowadzi znaczącą działalność w kraju, gdyż spełnia

wyżej wymienione przesłanki. Przemawia za tym również charakter działalności agencji pracy. Kryterium przyjęte przez ZUS osiągnięcie 25% obrotu w Polsce jest wymogiem pozanormatywnym, ma charakter pomocniczy i nie może być traktowane jako jedyne kryterium wyboru ustawodawstwa w zakresie ubezpieczeń społecznych. Sąd nie miał przy tym wątpliwości, że umowa o pracę pomiędzy wnioskodawcą, posiadającym siedzibę w Polsce i prowadzącym działalność zarówno w Polsce jak i za granicą (we Francji) a zainteresowanym, została zawarta w celu oddelegowania zainteresowanego do pracy w innym państwie członkowskim - we Francji, na czas określony nieprzekraczający 24 miesięcy. Przed zatrudnieniem przez agencję zainteresowany podlegał ustawodawstwu polskiemu. Składki na ubezpieczenie społeczne od otrzymanego wynagrodzenia za okresy pracy we Francji zostały zapłacone przez płatnika w Polsce. Zatem spełnione zostały warunki wynikające z art. 11 ust. 2 lit. a rozporządzenia nr 883/2004.

Na skutek apelacji organu rentowego, Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 6 listopada 2014 r. zmienił zaskarżone orzeczenie w ten sposób, że oddalił odwołanie i zasądził od wnioskodawcy na rzecz strony pozwanej kwotę 60 zł tytułem kosztów procesu.

Sąd drugiej instancji wskazał, że wyjątkiem od ogólnej zasady, iż ustawodawstwem mającym zastosowanie jest ustawodawstwo Państwa Członkowskiego, w którym zainteresowana osoba wykonuje swą pracę jako pracownik najemny lub na własny rachunek, jest zasada uregulowana w art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004, zgodnie z którym aby uznać ustawodawstwo państwa innego niż państwo miejsca wykonywania pracy, pracownik najemny musi wykonywać pracę w państwie członkowskim tym samym, w którym pracodawca normalnie prowadzi swoją działalność oraz zostać oddelegowany przez tego pracodawcę do innego państwa do wykonywania pracy w imieniu pracodawcy na okres nieprzekraczający 24 miesięcy i nie w zastępstwie innej osoby delegowanej. Pracodawca natomiast musi normalnie prowadzić działalność w danym państwie. W niniejszej sprawie spór dotyczy normalnego prowadzenia przez Spółkę działalności w Polsce.

Przy określeniu „normalnego prowadzenia działalności” w danym państwie należy posłużyć się przepisami rozporządzenia wykonawczego nr 987/2009,

którego art. 14 zawiera szczegółowe uregulowanie dotyczące art. 12 i 13 rozporządzenia podstawowego. W art. 14 ust. 2 rozporządzenia wykonawczego wskazano, że sformułowanie „który normalnie tam prowadzi swą działalność” odnosi się do pracodawcy zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności, ale innej niż działalność związana z samym zarządzaniem wewnętrznym, na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, z uwzględnieniem wszystkich kryteriów charakteryzujących działalność prowadzoną przez dane przedsiębiorstwo i cech danego pracodawcy.

Przy takiej treści art. 14 ust. 2 rozporządzenia wykonawczego trudno zgodzić się ze stanowiskiem Sądu Okręgowego, że do określenia „normalnie prowadzonej działalności” należy wziąć pod uwagę siedzibę przedsiębiorstwa, miejsce gdzie znajduje się kadra kierownicza, biura, administracja i kadry. Ten wyznacznik działalności został bowiem wyłączony z definiowania „znaczej części działalności” prowadzonej przez pracodawcę. Podstawowym kryterium pozostaje wielkość obrotu z prowadzonej działalności. Sąd drugiej instancji powołał w tym miejscu wyroki Sądu Najwyższego z dnia 4 czerwca 2014 r. (II UK 550/13 i II UK 565/13) i zaznaczył, że w wyrokach tych jednoznacznie podkreślono, że decydujące dla uznania, że pracodawca, delegujący zatrudnianych pracowników do pracy za granicą, może być uznany za pracodawcę zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, jest kryterium osiągania w kraju delegowania obrotu z prowadzonej działalności na poziomie co najmniej 25% całego swojego obrotu.

W rozpoznawanej sprawie zainteresowany był zatrudniony wyłącznie w celu wykonywania pracy we Francji, a spółka „P.” w spornym okresie na terenie Polski osiągała zaledwie 18% swoich dochodów. Dodatkowo istniała także znaczna dysproporcja w zakresie dotyczącym osób zatrudnionych w kraju do tych pracujących za granicą oraz w realizowaniu kontraktów. Wnioskodawca prowadzi działalność gospodarczą w zakresie pośrednictwa pracy i zajmuje się głównie delegacją pracowników do pracy za granicą, bo współpracuje z przedsiębiorstwami we Francji, w Niemczech i w Polsce. Działalność Spółki na terenie Polski ogranicza się w zasadzie tylko do zarządzania wewnętrznego i prowadzenia czynności administracyjnych. Zainteresowany był de facto pracownikiem pracodawcy

francuskiego i na jego rzecz świadczył pracę. Wobec powyższego i w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego, stwierdzenie, że Spółka nie osiągnęła w spornym okresie w Polsce minimum 25% obrotu z całej prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej uniemożliwia uznanie, że oddelegowany do pracy we Francji M. A. podlega z tego tytułu w tym czasie ustawodawstwu polskiemu.

Powyższy wyrok został zaskarżony skargą kasacyjną wnioskodawcy. Skargę oparto na podstawie naruszenia przepisów prawa materialnego: art. 11 ust. 2 lit. a i art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 oraz art. 14 ust. 1 i 2 i art. 19 ust. 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009, przez ich błędną wykładnię i zastosowanie, w wyniku czego niezasadnie przyjęto, że Spółka w spornym okresie, od 4 stycznia 2012 r. do 31 marca 2012 r. nie prowadziła normalnej działalności na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, czego następstwem było przyjęcie, iż zainteresowany nie podlegał ustawodawstwu polskiemu w zakresie ubezpieczeń społecznych. Skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu, a także o zasądzenie od organu rentowego na rzecz wnioskodawcy kosztów postępowania, w tym zwrotu kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych i wstrzymanie wykonania zaskarżonego orzeczenia do czasu ukończenia postępowania kasacyjnego.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna zasługuje na uwzględnienie.

Przepisy będące materialnoprawną podstawą zaskarżonej decyzji i orzeczeń sądowych zapadłych w wyniku rozpoznania odwołania od niej były przedmiotem analizy Sądu Najwyższego w wyroku składu siedmiu sędziów z dnia 18 listopada 2015 r., sygn. akt II UK 100/14.

Wyjaśniono w nim, że zgodnie z art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 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 rozporządzenia nr 883/2004. Przepisem wykonawczym do art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 jest między innymi art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 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 zarządzaniem 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 rozporządzenia nr 883/2004) i wyjaśniającego je określenia „prowadzenie przez pracodawcę zazwyczaj znacznej części działalności, innej niż działalność związana z samym zarządzaniem wewnętrznym, na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma on swoją siedzibę” (art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 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 rozporządzenia nr 883/2004 w ramach jej zadań dotyczących wykładni i usprawniania jednolitego stosowania prawa Unii Europejskiej. W decyzji wskazuje się, że decydującym warunkiem dla zastosowania art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 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”. 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 osiągnęte 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 rozporządzenia nr 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 sugestią 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 rozporządzenia nr 987/2009 próg 25% odnosi się jedynie do kryteriów ilościowych branych 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 nr 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 (por. wyrok 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; z dnia 17 grudnia 1970 r. w sprawie 35/70 (Sarl Manpower przeciwko Caisse Primaire d' Assurance Maladie, ECR 1970, s. 01251; dalej jako Manpower oraz z dnia 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).

Konkludując Sąd Najwyższy stwierdził, że w celu ustalenia, że przedsiębiorstwo prowadzi normalną działalność (w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004), czy też znaczną część działalności innej niż zarządzanie wewnętrzne (według art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009), należy uwzględnić 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.

Podstawowym celem wyżej wskazanej oceny jest ustalenie, czy przedsiębiorstwo delegujące prowadzi w Polsce normalnie swoją działalność (art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004, co oznacza prowadzenie w Polsce znacznej części działalności (art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009). Określenie

„znaczną część działalności” należy przy tym, jak wynika z innych wersji językowych rozporządzenia nr 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 rozporządzenia nr 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.

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.

W rozpoznawanej sprawie Sąd Apelacyjny błędnie przyjął, że uzyskiwanie w kraju obrotu poniżej 25% całkowitego obrotu prowadzi do wniosku o nieprowadzeniu przez skarżącą Spółkę normalnej działalności w państwie siedziby przedsiębiorstwa delegującego i niesłusznie uznał, iż w takim wypadku zbędna jest

całościowa ocena, czy przedsiębiorstwo prowadzi faktyczną działalność w państwie wysyłającym.

Brak stosownych ustaleń i niedokonanie przez Sąd Apelacyjny takiej właśnie oceny działalności skarżącej Spółki czyni skargę kasacyjną uzasadnioną i implikuje uchylenie wyroku drugoinstancyjnego z mocy art. 398¹⁵ § 1 k.p.c.

R. G.