



Sygn. akt II UK 60/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 marca 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jerzy Kuźniar (przewodniczący)

SSN Bogusław Cudowski (sprawozdawca)

SSN Krzysztof Staryk

w sprawie z wniosku W. Sp. z o. o. z siedzibą w W.
przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych [...] Oddział w W.
przy udziale zainteresowanych: J. W., R. G., J. D.
o wydanie zaświadczenia na formularzu A1,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń
Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 21 marca 2017 r.,
skargi kasacyjnej wnioskodawcy od wyroku Sądu Apelacyjnego w [...] z dnia 16 lipca 2015 r., sygn. akt III AUa [...],

**uchyła zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje do ponownego
rozpoznania i orzeczenia o kosztach postępowania kasacyjnego
Sądowi Apelacyjnemu w W..**

UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy w W. wyrokiem z 3 września 2014 r. zmienił decyzję Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddziału w W. w ten sposób, że nakazał organowi wydanie zaświadczeń A1 dla zainteresowanych, a w pkt. IV rozstrzygnął o kosztach

zastępstwa procesowego. Sąd ustalił, że wnioskodawca, posiadający 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, delegując im określoną liczbę pracowników. Administracja wnioskodawcy, a także kadry, księgowość i marketing prowadzone są w Polsce. Proces rekrutacyjny prowadzony jest również w Polsce. Wnioskodawca nalicza i wypłaca wynagrodzenie, wystawia zaświadczenia i świadectwa pracy, w toku zatrudnienia kontaktuje się na bieżąco z pracownikami oddelegowanymi, zapewnia im opiekę. Umowy o pracę podlegają polskiemu reżimowi prawnemu. We wniosku o poświadczenie formularza A1 dla zainteresowanych wskazał, że z tytułu działalności prowadzonej w Polsce uzyskał obroty na poziomie 18%. Organ rentowy na skutek przeprowadzonego postępowania ustalił, że na dzień delegowania wnioskodawca osiągnął średnie obroty z okresu 12 miesięcy prowadzenia pozarolniczej działalności gospodarczej na poziomie 9,4%. Dane we wniosku o poświadczenie formularzy A1 złożonych od 2010 r. wskazują, że przychody z działalności w kraju spadły – na dzień 30.08.2010 r. wynosił 31%, na dzień 13 grudnia 2010 r. – 18%, na dzień 30.06.2011 r. – 12%. W okresie od stycznia 2012 r. do marca 2012 obrót osiągniany przez wnioskodawcę z działalności w Polsce utrzymywał się na poziomie 12%. Mając na uwadze tak poczynione ustalenia Sąd orzekł, że odwołanie wnioskodawcy nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Sądu zgromadzony materiał dowodowy w sprawie potwierdził, że wnioskodawca od początku swojej działalności większość pracowników rekrutował do prac w zagranicznych firmach w Unii Europejskiej, w związku z tym obroty uzyskane w Polsce z krajowych umów pozostają w dysproporcji z obrotami z umów z firmami zagranicznymi w krajach Unii. Sąd uznał, że wymóg, aby wysyłające przedsiębiorstwo zazwyczaj prowadziło na terenie kraju delegującego swoją znaczną część działalności należy rozumieć szeroko, czyli wziąć pod uwagę szereg czynników, np. gdzie znajduje się siedzibą przedsiębiorstwa, gdzie znajduje się kadra kierownicza biura i administracja, jaki jest charakter danego przedsiębiorstwa. Kryterium przyjęte przez organ rentowy, to jest osiągnięcie 25% obrotu w Polsce jest, zdaniem Sądu, wymogiem pozanormatywnym, ma jedynie charakter pomocniczy i nie może być traktowane, jako jedyne kryterium wyboru

ustawodawstwa w zakresie ubezpieczeń społecznych. Sąd podkreślił, że istotne jest uwzględnienie charakteru działalności danego przedsiębiorstwa. Wnioskodawca zajmuje się działalnością związaną z wyszukiwaniem miejsc pracy i pozyskiwaniem pracowników, udostępnianiem wykwalifikowanych pracowników przedsiębiorstwom z krajów Unii Europejskiej. Charakter działalności agencji pracy przemawia również za uznaniem, iż wnioskodawca prowadzi swą działalność w Polsce. Sąd ustalił ponadto, że w tej sprawie osoba delegowana nie została zatrudniona w celu zastąpienia innej osoby, składki na ubezpieczenie społeczne od otrzymanego wynagrodzenia zostały zapłacone przez płatnika do polskiego organu rentowego, tym samym w ocenie Sądu, wnioskodawca spełnił warunki wynikające z art. 11 ust. 2 lit. a rozporządzenia nr 883/2004.

Wyrok Sądu Okręgowego organ rentowy zaskarżył w całości. Zarzucono naruszenie przepisów prawa materialnego tj. 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.), oraz art. 11 ust. 2 lit. a 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 nr L 166 z 30 kwietnia 2004 r.), art. 14 ust. 1 i 2 i art. 19 ust. 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) 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 nr L 284 z 30 października 2009 r.) poprzez ich błędną wykładnię i zastosowanie w wyniku, której nie zasadnie przyjęto, że W. sp. z o.o. w spornym okresie prowadziła normalną działalność na terenie Polski; a także naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 233 k.p.c.

Sąd Apelacyjny w [...] wyrokiem z 16 lipca 2015 r. zmienił zaskarżony wyrok w pkt. I, II, III i IV w ten sposób, że oddalił odwołania (pkt I); rozstrzygając o kosztach zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym (pkt II). Po dokonaniu szczegółowej analizy stanu faktycznego sprawy, jak również treści aktów prawnych (tj. 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 kwietnia 2004 r.) oraz rozporządzenia Parlamentu i Rady

(WE) z dnia 16 września 2009 r. nr 987/2009 dotyczącego wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/2004 (Dz. Urz. UE nr L 284 z 30 października 2009 r.), stwierdził, że zarzuty podniesione w apelacji, jak również przedstawiona w niej argumentacja w pełni zasługuje na uwzględnienie. Sąd Apelacyjny wskazał, że nie można zgodzić się z twierdzeniem wnioskodawcy, że powołane wyżej przepisy prawa nie precyzują, jakie kryteria winien spełniać pracodawca, aby móc skutecznie zgłosić pracowników delegowanych do pracy poza granicami w kraju do polskiego systemu zabezpieczenia społecznego. Przepisy te wyraźnie wskazują, że płatnik składek winien osiągnąć obroty na poziomie co najmniej 25% z działalności krajowej, by zostać uznanym za pracodawcę zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, a w konsekwencji móc zgłosić pracowników do ubezpieczenia w polskim systemie. Pogląd ten znajduje uzasadnienie w treści najnowszych orzeczeń Sądu Najwyższego, wydanych w sprawach odwołującej się spółki, a opartych na prawie identycznych stanach faktycznych, w tym m.in. w sprawie o sygn. akt II UK 550/13 oraz II UK 565/13 z dnia 4 czerwca 2014 r. Sąd Apelacyjny podkreślił, że w przytoczonych wyrokach Sąd Najwyższy w sposób jednoznaczny wskazał, 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. Przenosząc te rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy stwierdził, że z ustaleń faktycznych dokonanych przez Sąd Okręgowy wynika, że spółka w spornych okresach na terenie Polski osiągała zaledwie 14 - 18% swoich dochodów. Dodatkowo istniała znaczna dysproporcja w zakresie dotyczącym osób zatrudnionych w kraju do tych pracujących za granicą oraz w realizowaniu kontraktów, znaczna ich część była zatrudniona za granicą. Co więcej, wnioskodawca prowadzi działalność gospodarczą w zakresie pośrednictwa pracy i zajmuje się głównie delegacją pracowników do pracy za granicą, bo współpracuje z przedsiębiorstwami we Francji, Niemczech i w Polsce. Działalność Spółki na terenie Polski ogranicza się w zasadzie tylko do zarządzenia wewnętrznego i prowadzenia czynności

administracyjnych. Nie można w tym wypadku stwierdzić, aby pomiędzy stroną odwołującą się a zainteresowanym w sprawie istniała bezpośrednia więź, albowiem spółka przez okres delegowania tych pracowników do Niemiec i Francji nie miała wpływu ani na przebieg, ani na warunki ich zatrudnienia. Fakt, że administracja Spółki, kadry, księgowość i marketing prowadzone są w Polsce, gdzie odbywa się również cały proces rekrutacyjny i wydawane są dokumenty związane z pracą, nie upoważnia do przyjęcia, że wnioskodawca prowadzi w kraju znaczną część działalności. Decydujące znaczenie ma bowiem generowanie co najmniej 25% obrotu w miejscu, gdzie znajduje się siedziba przedsiębiorstwa delegującego. Wobec powyższego i w świetle ostatniego orzecznictwa Sądu Najwyższego, Sąd Apelacyjny stwierdził, że wnioskodawca nie osiągnął w spornych okresach w Polsce minimum 25% obrotu z całej prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej, co uniemożliwia uznanie, że osoba oddelegowana do pracy przez wnioskodawcę podlega z tego tytułu w okresach wymienionych w decyzjach, ustawodawstwu polskiemu.

Wyrok Sądu Apelacyjnego wnioskodawca zaskarżył w całości. Zarzucono naruszenie przepisów prawa materialnego, to jest art. 11 ust. 2 lit. a 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 kwietnia 2004 r., s. 1 i nast.) oraz art. 14 ust. 1 i 2 i art. 19 ust. 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 roku dotyczącego wykonywania 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 284 z 30 października 2009 r.), a także ust. 1 akapit 5 Decyzji nr 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 prace na własny rachunek, tymczasowo pracujących poza państwem właściwym (2010/C 106/02); poprzez ich błędną wykładnię i zastosowanie, w wyniku czego niezasadnie przyjęto, iż W. sp. z o.o. w spornych okresach nie prowadziła normalnej działalności na terytorium

Rzeczypospolitej Polskiej, czego następstwem było przyjęcie, że zainteresowani nie podlegali ustawodawstwu polskiemu w zakresie ubezpieczeń społecznych. Skarżący wskazał, że błędne zastosowanie i wykładnia polegały przede wszystkim na: (-) zastosowaniu nieprawidłowego i niezgodnego z prawem sposobu określenia, stanowiącej podstawę rozstrzygnięcia sprawy, proporcji: wysokości obrotów, stanu zatrudnienia, wykonywanych umów oraz liczebności personelu administracyjnego osiągniętych przez skarżącego w Polsce i innych krajach, poprzez przyjęcie, że proporcje osiągnięte w państwie delegującym obrotu (stanu zatrudnienia, wykonywanych umów oraz liczebności personelu administracyjnego) należy ustalać w odniesieniu do całłościowych obrotów (i odpowiednio stanu zatrudnienia, wykonywanych umów oraz liczebności personelu administracyjnego) osiągniętych przez skarżącego za granicą, a nie – w odniesieniu wyłącznie do państwa zatrudnienia pracownika delegowanego – taki sposób obliczania proporcji, zdaniem skarżącego, jest sprzeczny z ust. 1 akapit 5 Decyzji A2 oraz „Praktycznym poradnikiem: Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej (UE), w Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) i Szwajcarii”; (-) uznaniu przez Sąd drugiej instancji za decydującą przesłankę warunkującą stwierdzenie prowadzenia przez skarżącego działalności w znacznej części na terenie kraju delegującego kryterium osiągnięcia 25 % obrotów na terenie tegoż kraju; (-) zaniechaniu przez Sąd drugiej instancji przeprowadzenia „pogłębionej analizy” stanu sprawy wymaganej przez „Praktyczny poradnik: Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej (UE), w Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) i Szwajcarii”, w sytuacji braku osiągnięcia w państwie delegującym ok. 25% obrotów.

Ponadto zarzucono naruszenie przepisów prawa procesowego, które miało istotny wpływ na wynik sprawy, to jest:

(-) art. 233 § 1 k.p.c. przez dokonanie dowolnej a nie swobodnej oceny dowodów w sposób pozbawiony wszechstronności w odniesieniu do okoliczności, czy skarżący prowadził w spornym okresie normalną działalność na terenie Polski polegającą w szczególności na uznaniu, że zatrudnienie 1/3 pracowników na terenie kraju wskazuje na brak prowadzenia znaczącej działalności w Polsce;

(-) brak ustalenia okoliczności istotnych dla rozpatrzenia sprawy polegający na: zaniechaniu ustalenia proporcji obrotów osiągniętych przez skarżącego w Polsce oraz w kraju delegowania pracownika; zaniechaniu przeprowadzenia „pogłębionej analizy” stanu sprawy wymaganej przez Praktyczny poradnik w sytuacji braku osiągnięcia w państwie delegującym ok. 25% obrotów;

(-) art. 328 § 2 w związku z art. 391 k.p.c. polegające na niedostatecznym wskazaniu w uzasadnieniu wyroku faktycznych i prawnych podstaw rozstrzygnięcia, co uniemożliwia dokonanie oceny toku wyводу i przesłanek decyzji Sądu - Sąd Apelacyjny wskazał na brak osiągnięcia przez spółkę określonych obrotów na terenie Polski, natomiast całkowicie zaniechał omówienia w wyroku wyników „pogłębionej analizy” wymaganej obligatoryjnie przez przepisy Praktycznego poradnika, na którym Sąd Apelacyjny opierał swój wyrok (w szczególności nie wypowiedział się co do swojej oceny odnośnie spełnienia przez wnioskodawcę pozostałych przesłanek przewidzianych przez przepisy prawa europejskiego).

Skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu we Wrocławiu oraz zasądzenie od organu rentowego na jego rzecz kosztów postępowania, w tym zwrotu kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Ponadto, na podstawie art. 125 § 1 k.p.c. w związku z art. 9, art. 91 ust. 1 i 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., art. 354 k.p.c., art. 267 akapit 1 lit. b oraz art. 267 akapit 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej wniósł o wystąpienie przez Sąd Najwyższy do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z pytaniem prawnym o następującej treści:

1) czy pojęcie «pracodawca, który normalnie prowadzi tam [w państwie członkowskim - przyp. własny pełnomocnika skarżącego] swą działalność» użyte w art. 12 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego, a następnie uszczegółowione przez art. 14 ust. 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r. dotyczące wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego oznacza pracodawcę (agencję pracy tymczasowej), który - niezależnie od pozostałych cech

swojej działalności - musi osiągać roczny obrót na poziomie co najmniej 25% w państwie delegującym pracowników;

2) czy organy administracyjne i sądy państwa członkowskiego mogą uznać, że pracodawca będący agencją pracy tymczasowej wymieniony w art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 zazwyczaj prowadzi znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, w okolicznościach, w których nie osiągnął on rocznych przychodów na poziomie 25% w państwie delegującym pracowników, lecz spełnia pozostałe kryteria charakteryzujące <<normalną działalność>> tego pracodawcy wymienione w przepisach prawa europejskiego i „Poradniku Praktycznym: Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej (UE), Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) i Szwajcarii”;

3) czy wymienione w ust. 1 akapit 5 Decyzji nr 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 (2010/C 106/02) i „Poradniku Praktycznym: Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej (UE), Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) i Szwajcarii” kryteria charakteryzujące działalność prowadzoną przez pracodawcę, w tym liczebność personelu administracyjnego i innych pracowników, liczbę umów oraz obroty w odpowiednio typowym okresie należy ustalać w odniesieniu do całłościowych obrotów (i odpowiednio liczebności personelu administracyjnego i innych pracowników oraz liczby umów) osiągniętych przez przedsiębiorcę za granicą we wszystkich państwach, w których prowadzi działalności, czy – w odniesieniu wyłącznie do państwa zatrudnienia pracownik delegowanego;

4) czy przy dokonywaniu, dla potrzeb ustalenia właściwego ustawodawstwa z zakresu ubezpieczeń społecznych, porównania obrotów osiągniętych przez przedsiębiorcę w kraju macierzystym oraz państwie zatrudnienia pracownika delegowanego powinna być uwzględniana różnica siły nabywczej waluty – wysokości wynagrodzeń, występujące pomiędzy poszczególnymi państwami?

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna zasługuje na uwzględnienie.

Materialnoprawna podstawa zaskarżonej decyzji i orzeczeń sądowych zapadłych w tej sprawie stanowiła przedmiot analizy Sądu Najwyższego w wyroku składu siedmiu sędziów z dnia 18 listopada 2015 r., sygn. akt II UK 100/14, OSNP 2016 nr 7, poz. 88. Sąd Najwyższy w obecnym składzie podzielił stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w tym wyroku odnośnie wykładni 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 2004 r., s. 1, ze zm., dalej rozporządzenie nr 883/2004) oraz 14 ust. 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r. dotyczącego wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego nr 987/2009 (Dz. Urz. UE L 284 z 2009 r., s. 1, ze zm., dalej rozporządzenie nr 987/2009).

Zgodnie z art. 12 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) 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. 3 lit. a rozporządzenia nr 883/2004 (według numeracji ustalonej przez sprostowanie rozporządzenia nr 883/2004 z dnia 9 lipca 2013 r. (Dz. Urz. UE. L 188 z 2013 r., s.10). Przepisem wykonawczym do art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 jest art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009, który stanowi, że dla celów stosowania art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 przez sformułowanie „który normalnie tam 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. Odnosne kryteria muszą zostać dopasowane do specyficznych cech każdego pracodawcy i do rzeczywistego charakteru prowadzonej działalności”.

Zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia tej sprawy 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).

Z wymienionych wyżej przepisów wynika, 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. Powyższy kierunek wykładni znajduje odzwierciedlenie również w Decyzji 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 A2 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 skorzystania z wyjątku ustanowionego w art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 powinna zatem ograniczać się wyłącznie do

przedsiębiorstw, które normalnie prowadzą swą działalność na terytorium państwa członkowskiego, w którym mają siedzibę i z którego delegują pracownika do pracy w innym państwie członkowskim. W celu ustalenia, w razie potrzeby i w razie wątpliwości, czy pracodawca zazwyczaj prowadzi znaczną część działalności na terytorium tego państwa członkowskiego, 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”. Podobnie zagadnienie to zostało wyjaśnione w publikacji Komisji Europejskiej pt. „Praktyczny Poradnik: Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej (UE), Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) i w Szwajcarii”. Praktyczny poradnik nie ma waloru wiążącego, niemniej wskazuje na pewną unijną praktykę stosowania 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 lojalności państw członkowskich. W Praktycznym Poradniku stwierdza się, 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. Podkreślono przy tym, 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. Z powyższego wynika, że uzyskiwanie całkowitego 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.

Należy zauważyć, że tylko w Praktycznym Poradniku pojawia się kryterium 25% całkowitego obrotu w państwie delegującym. Sformułowanie wskaźnika uzyskiwania w państwie członkowskim, w którym przedsiębiorstwo delegujące ma siedzibę, co najmniej całkowitego 25% obrotu nie znajduje oparcia ani w treści rozporządzenia nr 883/2004, ani rozporządzenia nr 987/2009, ani również w Decyzji A2. Kryterium 25% całkowitego obrotu 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*, (ECR 2000 I-00883); wyrok z dnia 17 grudnia 1970 r. w sprawie 35/70 *Sarl Manpower przeciwko Caisse Promaire d' Assurance*

Maladie, ECR 1970, s. 01251; oraz wyrok z dnia 9 listopada 2000 r. w sprawie C-404/98 Josef Plum przeciwko Allgemeine Ortskrankenkasse Rheinland, Regionaldirektion Köln, ECR 2000, s. I 09397).

Podsumowując, w celu ustalenia, czy przedsiębiorstwo prowadzi normalną działalność (w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004), czy też znaczną część działalności innej niż zarządzanie wewnętrzne (art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 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% całkowitych obrotów może prowadzić do wniosku, że prowadzi ono w tym państwie znaczną część działalności, a więc normalnie prowadzi tam działalność. Lista kryteriów, które zostały wymienione jedynie w aktach o charakterze interpretacyjnym nie ma charakteru wyczerpującego, lecz przykładowy. Oznacza to, że organ rentowy, a następnie sąd kontrolujący prawidłowość decyzji organu rentowego, mogą i powinny 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 ww. 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 „znaczna część działalności” należy przy tym, jak wynika z innych wersji językowych rozporządzenia nr 987/2009, a także z wyroku Fitzwilliam rozumieć jako „znacząca działalność”. Należy jednocześnie podkreślić, 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.

Sąd Najwyższy w składzie rozpatrującym tę sprawę podzielił przedstawione powyżej stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z dnia 18 listopada 2015 r., a także w kolejnych wyrokach Sądu Najwyższego (por. wyroki Sądu Najwyższego dnia z 5 października 2016 r., w sprawach II UK 229/15, LEX nr 2155192 oraz II UK 191/15, niepubl.).

W rozpoznawanej sprawie Sąd Apelacyjny błędnie przyjął, że przedsiębiorstwo – agencja pracy tymczasowej - delegujące pracownika do pracy za granicą może być uznane za pracodawcę zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności, innej niż działalność związana z samym zarządzaniem wewnętrznym, na terytorium państwa członkowskiego, na którym ma swoją siedzibę w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 oraz art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009, jeżeli osiąga w kraju delegowania obrót z prowadzonej działalności na poziomie 25 % całego jego obrotu. Ocena czy przedsiębiorstwo delegujące prowadzi normalną działalność w państwie, w którym ma siedzibę i z którego deleguje pracowników wymaga dokonana całościowej oceny, czy przedsiębiorstwo to prowadzi faktyczną działalność w państwie wysyłającym. Przypisanie przez Sąd drugiej instancji znaczenia wyłącznie wielkości obrotu osiąganego w kraju i za granicą, a w konsekwencji niedokonanie całościowej oceny działalności wnioskodawcy czyni skargę kasacyjną uzasadnioną. Uzasadnionym okazał się zatem zarzut naruszenia wskazanych w podstawie skargi przepisów prawa materialnego art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004 oraz art. 14 ust. 1 i 2 rozporządzenia nr 987/2009, które to naruszenie skutkowało nieuwzględnianiem przez Sąd drugiej instancji wszystkich istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczności faktycznych.

Uwzględniając z jednej strony przedstawioną wyżej wykładnię regulacji unijnych, z drugiej brak dokonania przez Sąd Apelacyjny całościowej oceny działalności skarżącego z perspektywy kryterium "prowadzenia normalnej działalności" w Polsce, w ocenie Sąd Najwyższy, na tym etapie sprawy nie ma potrzeby zwracania się do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniem prejudycjalnym.

Z powyższych powodów, na podstawie art. 398¹⁵ § 1 k.p.c., Sąd orzekł jak w sentencji. Z powyższych powodów, na podstawie art. 398¹⁵ § 1 k.p.c., Sąd orzekł jak w sentencji. Rozstrzygnięcie w sprawie kosztów postępowania wydano na podstawie art. 108 § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 oraz art. 398²¹ k.p.c.

I.n