



Sygn. akt II UK 93/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 16 grudnia 2014 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jerzy Kuźniar (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Beata Gudowska

SSN Małgorzata Wrębiakowska-Marzec

w sprawie z wniosku W. Spółka z o.o. w W.
przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddział w W.
przy udziale zainteresowanych: K. M., A. K., S. M., L. S.
o wydanie zaświadczenia w sprawie z zakresu ubezpieczeń społecznych,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń
Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 16 grudnia 2014 r.,
skargi kasacyjnej organu rentowego od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)
z dnia 17 października 2013 r., sygn. akt III AUa (...),

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

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 17 października 2013 r., III AUa (...), Sąd Apelacyjny w (...) zmienił, na skutek apelacji wnioskodawcy – W. Spółki z o.o. z siedzibą w W. (dalej także płatnik) wyrok Sądu Okręgowego – Sądu Pracy i Ubezpieczeń Społecznych

w W. z dnia 4 kwietnia 2013 r. w sprawie przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddziałowi w W. o wydanie zaświadczenia, dotyczącego właściwego ustawodawstwa, przy udziale zainteresowanych K. M., A. K., S. M. i L. S., nakazując organowi rentowemu wydanie zaświadczeń potwierdzających, że zainteresowani: K. M. w okresie od dnia 14 maja 2012 r. do dnia 12 sierpnia 2012 r. i od dnia 27 sierpnia 2012 r. do dnia 30 września 2012 r., A. K. w okresie od dnia 2 kwietnia 2012 r. do dnia 30 czerwca 2012 r., S.M. w okresie od dnia 2 kwietnia 2012 r. do dnia 31 października 2012 r. i L. S. w okresie od dnia 1 kwietnia 2012 r. do dnia 30 września 2012 r.; podlegali polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych.

W stanie faktycznym sprawy, płatnik w dniach 23 maja, 11 czerwca, 12 lipca, 21 sierpnia 18 września i 5 października 2012 r. złożył wnioski o poświadczenie dokumentów o ustawodawstwie właściwym dla pracowników firmy w związku z czasowym delegowaniem ich do pracy na terytorium Francji, w okresach; K. M. od dnia 14 maja 2012 r. do dnia 12 sierpnia 2012 r. i od dnia 27 sierpnia 2012 r. do dnia 30 września 2012 r., A. K. od dnia 2 kwietnia 2012 r. do dnia 30 czerwca 2012 r., S. M., od dnia 2 kwietnia 2012 r. do dnia 31 października 2012 r. i L. S. od dnia 1 kwietnia 2012 r. do dnia 30 września 2012 r.

Czterema decyzjami z tej samej daty (20 listopada sierpnia 2012 r.), organ rentowy odmówił wydania zaświadczenia A1 potwierdzającego podleganie zainteresowanych polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych. Wnioskodawca jest agencją pracy tymczasowej i zajmuje się m.in. działalnością związaną z wyszukiwaniem miejsc pracy i pozyskiwaniem pracowników, udostępnianiem wykwalifikowanych pracowników przedsiębiorstwom z krajów Unii Europejskiej w branżach: budowlanej, konstrukcyjnej oraz turystycznej. Zainteresowani zostali zatrudnieni na podstawie umów o pracę i zgłoszeni do ubezpieczeń jako pracownicy. K. M. był zatrudniony na podstawie umowy o pracę zawartej na czas określony od dnia 14 maja 2012 r. do dnia 12 sierpnia 2012 r. i od dnia 27 sierpnia 2012 r. do dnia 30 września 2012 r. i na jej podstawie został wysłany na terytorium Francji do pracy na stanowisku stolarza. A.K. był zatrudniony na podstawie umowy o pracę zawartej na czas określony od dnia 2 kwietnia 2012 r. do dnia 30 czerwca 2012 r. i wysłany na terytorium Francji do

pracy na stanowisku spawacza. S. M. była zatrudniona na podstawie umowy o pracę od dnia 2 kwietnia 2012 r. do dnia 31 października 2012 r. i w okresie od dnia 2 kwietnia 2012 r. do dnia 2 czerwca 2012 r. została zgłoszona do ubezpieczeń jako pracownik. Zgodnie z umową o pracę, zainteresowana została wysłana na terytorium Francji do pracy w charakterze personelu sprząającego, natomiast zainteresowana L. S. była zatrudniona na podstawie umowy o pracę od dnia 1 kwietnia 2012 r. do dnia 30 września 2012 r. i wysłana na terytorium Francji do pracy w tym samym charakterze.

Płatnik, we wniosku o poświadczenie formularza A1 dla zainteresowanych wskazał, że firma z tytułu działalności prowadzonej w Polsce uzyskała obroty na poziomie 12%. W okresie od stycznia 2012 r. do kwietnia 2012 r. zatrudniała 57 pracowników w miesiącu i realizowała w kraju 11 umów z kontrahentami, natomiast we Francji i Niemczech pracę wykonywało średnio 178 osób w ramach 38 umów. W okresie od maja 2012 r. do czerwca 2012 r. płatnik zatrudniał 97 pracowników w miesiącu i realizował 9 umów z kontrahentami. Natomiast w Francji pracę wykonywało średnio 214 osób w ramach realizowanych 38 umów.

W trakcie przeprowadzonej kontroli organ rentowy ustalił, że płatnik osiągnął średnie obroty z okresu ostatnich 12 miesięcy prowadzenia pozarolniczej działalności gospodarczej na poziomie 12%, zaś podane przez płatnika we wniosku o poświadczenie formularzy A1 dane, wskazują, że przychody z działalności w kraju spadały z poziomu 31% (na dzień 30 sierpnia 2010 r.) do 18% (na dzień 31 grudnia 2010 r.) i do 12% (na dzień 30 czerwca 2011 r.). W okresie od stycznia do marca 2012 r. obrót osiągnany przez firmę z działalności w Polsce utrzymywał się na poziomie 12%.

Płatnik w okresie od stycznia do kwietnia 2012 r. zatrudniał (na podstawie umów o pracę i umów zlecenia) i zgłaszał do ubezpieczeń społecznych w kraju średnio - łącznie w miesiącu - 57 osób oraz realizował 11 umów/kontraktów z podmiotami gospodarczymi w Polsce, natomiast we Francji i w Niemczech pracę wykonywało łącznie średnio 178 osób w ramach realizowanych około 38 umów/kontraktów. W okresie od maja do czerwca 2012 r. płatnik zatrudniał (na podstawie umów o pracę i umów zlecenia) i zgłaszał do ubezpieczeń społecznych w kraju średnio - łącznie w miesiącu - 97 osób oraz realizował 9 umów/kontraktów z

podmiotami gospodarczymi w Polsce, natomiast we Francji i w Niemczech pracę wykonywało łącznie średnio 214 osób w ramach realizowanych około 38 umów/kontraktów.

Z przedłożonych przez niego dokumentów wynika, że w okresie od stycznia 2011 r. do lipca 2012 r. w krajach Unii Europejskiej płatnik realizował średnio od 25 do 51 kontraktów w stosunku miesięcznym (przy 88 do 254 osobach zatrudnionych), gdy w tym samym czasie w kraju dochodziło do realizowania od 2 do 12 kontraktów (przy 12 do 154 osobach zatrudnionych).

Z zeznań świadków jak i słuchanego w charakterze strony Prezesa Spółki, wynikało, że średnie obroty w krajach Unii Europejskiej w okresie ostatnich 12 miesięcy wynosiły od 82% do 85% i od 12% do 18 % w kraju, a zatem obrót w kraju nie osiągnął wartości minimalnej 25%. Ponadto Sąd pierwszej instancji ustalił, że spółka w deklaracjach dla podatku od towarów i usług VAT-7 wskazała za rok 2011 sprzedaż na terenie kraju, stanowiącą 8,3% sprzedaży łącznej (tj. w kraju i poza granicami kraju) oraz za okres od stycznia do lipca 2012 r. na poziomie 9,6%. W roku 2011 r. sprzedaż w kraju wyniosła 2.047.585,00 zł, a sprzedaż poza krajem 22.604.601,00 zł, zaś w roku 2012 r. sprzedaż na terenie kraju wyniosła 832.589,00 zł, zaś poza krajem 6.712.375,00 zł.

Wyrokiem z dnia 4 kwietnia 2013 r., VIII U (...), Sąd Okręgowy w W. oddalił odwołanie wnioskodawcy, wskazując w uzasadnieniu, że zgodnie z art. 11 ust. 2 lit. a 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 ze zm.) osoba wykonująca w Państwie Członkowskim pracę najemną, pracę na własny rachunek, podlega ustawodawstwu tego państwa członkowskiego, za wyjątkiem sytuacji, gdy 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 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 osoba ta nie jest wysłana, by zastąpić inną osobę (art. 12 ust. 1 rozporządzenia).

Na podstawie art. 14 ust. 1 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.U. UE L 2009.284.1 ze zm.) do celów stosowania art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004 „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 do innego państwa członkowskiego, pod warunkiem, że bezpośrednio przed rozpoczęciem zatrudnienia podlegała już ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym siedzibę ma jej pracodawca. Zastosowanie powołanego przepisu wymaga spełnienia warunków, które zostały wskazane w rozporządzeniu nr 987/2009 i omówione szerzej w Decyzji nr A2 Komisji Administracyjnej d/s Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego. Opracowany przez Komisję Administracyjną na podstawie Decyzji „Praktyczny Poradnik: Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej (UE), Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) i Szwajcarii” wskazuje nadto, że obroty osiągnęte przez delegujące przedsiębiorstwo w państwie zatrudnienia w odpowiednim okresie powinny wynosić co najmniej 25%, zaś przypadki, kiedy obrót jest niższy wymagają pogłębionej analizy. Jak wskazał Sąd pierwszej instancji, z ustaleń stanu faktycznego wynika, że zainteresowani realizowali umowę o pracę wyłącznie na terenie Francji. Zawierając umowę o pracę strony były w pełni świadome, że na terenie Polski nie będą realizowane żadne czynności związane z jej wykonaniem. Wnioskodawca zatrudnił zainteresowanych jedynie w celu wykonania pracy tymczasowej pod kierownictwem i na rzecz francuskiego pracodawcy użytkownika. W ocenie Sądu płatnik na dzień delegowania zainteresowanych osiągnął średnie obroty z okresu 12 miesięcy prowadzenia pozarolniczej działalności gospodarczej na poziomie od 12% do 18% - nie przekraczając tym samym wymaganych 25%. Dysproporcja w zakresie obrotów, liczby umów i pracowników zatrudnionych i zgłoszonych do ubezpieczeń w Polsce i za granicą świadczą o nie prowadzeniu przez płatnika w kraju

działalności w znacznej części w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004. Wobec powyższego Sąd uznał zasadność zaskarżonych decyzji.

Wyrokiem z dnia 17 października 2013 r., Sąd Apelacyjny w (...) zmienił, na skutek apelacji wnioskodawcy, wyrok Sądu pierwszej instancji oraz poprzedzające go decyzje i nakazał organowi rentowemu wydanie zaświadczeń potwierdzających, że zainteresowani we wskazanych okresach podlegali polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych. Sąd wskazał, że w sprawie znajdują zastosowanie przepisy rozporządzenia nr 883/2004 oraz przepisy rozporządzenia nr 987/2009, dotyczącego wykonywania rozporządzenia nr 883/2004. W szczegółowych uregulowaniach dotyczących art. 12 i 13 rozporządzenia podstawowego nr 883/2004, zawartych w rozporządzeniu nr 987/2009 (art. 14 ust. 1 i 2) wskazano, że sformułowanie użyte w art. 12 ust. 1 rozporządzenia podstawowego oznacza także osobę zatrudnioną w celu oddelegowania jej do innego państwa członkowskiego, pod warunkiem, że osoba ta bezpośrednio przed rozpoczęciem zatrudnienia podlegała już ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym siedzibę ma jej pracodawca. W ustępie 2 natomiast wyjaśniono, że art. 12 ust. 1 rozporządzenia podstawowego odnosi się do pracodawcy 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. W rozpoznawanej sprawie wymagało rozstrzygnięcia, czy płatnik prowadził na terenie Polski „znaczną działalność”, inną niż działalność związaną z samym zarządzeniem wewnętrznym oraz na jakich zasadach zainteresowani zostali oddelegowani do pracy we Francji. Sąd przywołał treść decyzji nr A2 z dnia 12 czerwca 2009 r. dotyczącej wykładni art. 12 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004, według której pierwszym i decydującym warunkiem zastosowania art. 12 ust. 1 rozporządzenia jest bezpośredni związek między pracodawcą a zatrudnionym przez niego pracownikiem. Drugim warunkiem jest więź między pracodawcą a państwem członkowskim, w którym ma on swoją siedzibę. Możliwość delegowania pracowników, według Komisji, powinna zatem ograniczać się wyłącznie do przedsiębiorstw, które normalnie prowadzą swą działalność na terytorium państwa

członkowskiego, którego ustawodawstwu nadal podlega pracownik delegowany; dlatego przyjmuje się, że powyższe przepisy mają zastosowanie jedynie do przedsiębiorstw, które zazwyczaj prowadzą znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego, w którym mają siedzibę. Podkreślenia wymaga stwierdzenie Komisji, że gwarancja utrzymania bezpośredniego związku przestaje istnieć, jeżeli pracownik delegowany zostaje oddany do dyspozycji trzeciego przedsiębiorstwa. Z powyższego wynika, że poza istnieniem więzi pracowniczej wymaga się, by przedsiębiorstwo delegujące „zwykle” prowadziło działalność na terenie państwa, z którego pracownik został oddelegowany, przy czym chodzi o działalność „godną odnotowania” w kraju delegującym. Z decyzji nie wynika, aby to właśnie obrót odgrywał pierwszoplanową rolę przy ocenie czy przedsiębiorstwo może powołać się na art. 14 ust. 1 lit. a rozporządzenia Rady (EWG) Nr 1408/71 z dnia 14 czerwca 1971 r. w sprawie stosowania systemów zabezpieczenia społecznego do pracowników najemnych, osób prowadzących działalność na własny rachunek i do członków ich rodzin przemieszczających się we Wspólnocie (Dz.U.E.L. 1971 Nr 149, poz. 2 ze zm.). Nie można też pominąć, że celem dla którego stworzono możliwość odstępstw od zasady terytorialności było maksymalne wspieranie swobodnego przepływu pracowników oraz umożliwienie pracownikom, przedsiębiorstwom i instytucjom uniknięcia niepotrzebnych i kosztownych komplikacji administracyjnych (ust. 2 Praktycznego przewodnika). Sąd drugiej instancji wskazał także, że w przypadku, gdy organ rentowy wydawał zaświadczenia E 101 w okresie poprzedzającym okres sporny oraz w okresie następnym, krótkotrwała zmiana niektórych wskaźników nie powinna ważyć na ocenie wniosku. Z tego też względu wartość osiągniętych przez wnioskodawcę obrotów, nie może stanowić podstawowego determinantu w rozstrzygnięciu niniejszej sprawy.

W skardze kasacyjnej od powyższego wyroku, zaskarżając go w całości, pełnomocnik organu rentowego, zarzucił naruszenie przepisów prawa materialnego – art. 83b ust. 1 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (jednolity tekst: Dz.U. z 2013 r., poz. 1442 ze zm.), oraz art. 11 ust. 2 lit. a i art. 12 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004, art. 14 ust. 1 i 2 i art. 19 ust. 2 rozporządzenia Parlamentu

Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009, poprzez ich błędną wykładnię, co spowodowało z kolei naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 11 ust. 1, 12 ust. 1 oraz 13 pkt 1 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, poprzez niezasadne objęcie zainteresowanych ubezpieczeniami społecznymi, jako pracowników na terenie Polski, wniósł o uchylenie w całości zaskarżonego wyroku Sądu Apelacyjnego i orzeczenie co do istoty sprawy, ewentualnie uchylenie w całości zaskarżonego wyroku przekazanie sprawy sądowi drugiej instancji do ponownego rozpoznania wraz z orzeczeniem o kosztach postępowania w tym kosztach zastępstwa procesowego.

W odpowiedzi na skargę kasacyjną pełnomocnik wnioskodawcy wniósł o odmowę przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania, ewentualnie oddalenie skargi kasacyjnej wraz z orzeczeniem o kosztach postępowania.

Sąd Najwyższy wziął pod uwagę co następuje:

Skarga kasacyjna jest uzasadniona.

Stosownie do art. 398¹³ § 1 i 2 k.p.c., Sąd Najwyższy rozpoznaje sprawę w granicach skargi kasacyjnej (jej podstaw) i jest związany ustaleniami faktycznymi stanowiącymi podstawę zaskarżonego orzeczenia, jeżeli skarga nie zawiera zarzutu naruszenia przepisów postępowania (bądź jeżeli taki zarzut okaże się niezasadny).

W przytoczonych wyżej okolicznościach sprawy, należy uznać za usprawiedliwiony podniesiony w skardze zarzut naruszenia prawa materialnego. Przede wszystkim nie można podzielić stanowiska Sądu Apelacyjnego, że obrót nie odgrywa pierwszoplanowej roli w ocenie „czy przedsiębiorstwo może powołać się na art. 14 ust. 1 lit. a rozporządzenia 883/2004”, a więc przyjęcie, że obrót w kraju delegowania nie przesądza, czy przedsiębiorstwo delegujące (w sprawie agencja pracy tymczasowej) prowadzi znaczną część działalności w kraju delegowania.

Nawet gdyby podzielić taką ogólną tezę, należałoby ją uzupełnić o zasadnicze zastrzeżenie, że obrót – jako kryterium prowadzenia znacznej działalności, nie może być pomijany, szczególnie gdy się zważy, że obrót ustalony w sprawie jest o ponad połowę niższy niż wymagany (12% i 25%). Obrót na

poziomie 25% odnosi się dla wszystkich państw Unii i w tym wyraża się jego uniwersalny walor jako jednakowego punktu odniesienia dla wszystkich adresatów (firm, przedsiębiorstwa) z wielu różnych państw. Taki poziom wymaganego obrotu odpowiada regulacji prawnej, adresowanej do „pracodawcy zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności, innej niż działalność związana z samym zarządzaniem wewnętrznym na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma siedzibę, (...)” - art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 w związku z art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009).

Potwierdza to także orzecznictwo ETS (por. sprawa *Sarl Manpower przeciwko Caisse Primaire d' Assurance Maladie* - wyrok ETS z dnia 17 grudnia 1970, sygn. 35/70, ECR 1970/2/01251; sprawa *Fitzwilliam* - wyrok ETS z dnia 10 lutego 2000 r., C-202/97, ECR 2000/2/I-00883; sprawa *Plum* - wyrok ETS z dnia 9 listopada 2000 r., C-404/98, ECR 2000/11A/I-09397). Szczególne znaczenie w tej kwestii należy przypisać stanowisku wyrażonemu w sprawie *Fitzwilliam*, w którym przyjęto, że warunek zwykłego wykonywania swej działalności w pierwszym państwie, jest spełniony jeżeli przedsiębiorstwo stale wykonuje znaczącą działalność w państwie, w którym ma siedzibę. Tak więc stanowisko, że obrót stanowi istotne kryterium odwołujące się do skali działalności przedsiębiorstwa, można uznać za utrwalone i aktualne, jako kryterium racjonalnie sprawdzalne. Przekładając to na okoliczności sprawy, należy uznać, że skoro wymagany jest obrót na poziomie jednej czwartej całego obrotu (25%) w kraju delegowania, to (1) dotyczyć to może jedynie przedsiębiorstwa działającego w danym państwie, i (2) przedsiębiorstwa z wymaganą wysokością obrotu, który - co do zasady - nie pozwala na dowolne obniżenie tak określonej skali. Wspomniany wyżej Poradnik praktyczny stwierdza, że przypadki, w których obrót jest niższy niż 25% „wymagałyby pogłębionej analizy”. Z tego ostatniego zapisu nie wynika, że znosi zastrzeżony poziom obrotu, lecz tylko, że odstępstwo powinno stanowić wyjątek oparty na racjonalnej podstawie, a więc na analizie, która musi być tym bardziej wzmocniona. Nie oznacza to jednak, że niższy obrót może być równoważony (kompensowany) wartością innych kryteriów, gdyż są one rodzajowo odmienne i dotyczą czego innego. Kryteria te - co do siedziby przedsiębiorstwa i zawierania umów w miejscu delegowania - również powinny być spełnione, gdyż to należy do

zwykłej istoty rozważanej regulacji. Natomiast ilość 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%), co oznacza, że 12% obrót nie spełnia kryterium wymaganego obrotu w kraju delegowania, gdy się dodatkowo uwzględni, że niższy obrót nie był krótkotrwały, lecz utrzymywał się dłużej na poziomie 12% - ustalono, że na koniec 2010 r. wynosił 18%, w 2011 r. 12% i podobnie w 2012 r., znaczącym dla wydania zaświadczenia.

W sprawie nie ustalono, aby tendencja spadkowa była krótkotrwała i że pewna jest poprawa do wymaganego poziomu, gdyż „sytuacja na rynku europejskim” (dekoniunktura) sama w sobie nie uzasadnia wyjątku, od przedstawionej wyżej zasady - wykładnia i stosowanie przepisów nie może zależeć od koniunktury czy dekonunktury w danym państwie.

Stwierdzenie więc, że „wartość osiągniętych przez stronę odwołującą się obrotów (...) nie może stanowić podstawowego determinantu w rozstrzygnięciu niniejszej sprawy”, nie zasługuje na podzielenie, gdy się uwzględni, że w omawianej regulacji chodzi o wyjątek od zasady *lex loci laboris*, a więc ułatwienia, a nie o system, w którym pracownik z kraju o niższych kosztach pracy (ubezpieczenia społecznego) jest wysyłany (delegowany) do pracy w kraju o wyższych kosztach (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 listopada 2009 r., II UK 99/09, OSNP 2011 nr 11-12, poz. 162). Dobrodziejstwo wyjątku od tej zasady odnosi się do pracodawcy osadzonego w jednym państwie i wykonującego roboty lub usługi w innym państwie, zatrudniając do tej pracy swoich dotychczasowych pracowników albo osoby dopiero zatrudniane z kraju delegowania. Dzięki takiemu rozwiązaniu pracodawca (agencja pracy tymczasowej) za granicą nie musi zatrudniać pracowników z innego kraju według kosztów miejsca pracy (wykonywania usługi, działania firmy). Jednak taki wyjątek ma swe racjonalne granice, które wyznacza warunek prowadzenia znaczącej części działalności, innej niż działalność związana z samym zarządzaniem wewnętrznym, na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę. Na tle przedstawionego stanu faktycznego sprawy, nie można nie dostrzegać różnicy między pracodawcą, który za granicą wykonuje roboty lub usługi a agencją pracy tymczasowej, gdyż w przypadku zatrudnienia

przez agencję, pracodawcą faktycznym jest tzw. pracodawca użytkownik, gdyż to on określa reżim pracy i sprawuje kierownictwo w zatrudnieniu. Pracownik delegowany jest więc do zagranicznego pracodawcy użytkownika, czyli nie jest to sytuacja typowa, w której pracownik delegowany jest do wykonywania pracy (robót, usług) na rzecz delegującego pracodawcy. Innymi słowy agencja pracy tymczasowej pośredniczy w zatrudnieniu co uzasadnia jej określony profit - zapłatę za usługę (marżę) po zwrocie kosztów. Te czynniki determinują też zasadniczy cel jej działalności, dlatego agencja pracy tymczasowej nie powinna być zwolniona z wymaganego poziomu obrotu jako kryterium oceny w podstawowej kwestii czy prowadzi znaczącą część działalności na terytorium państwa członkowskiego, z którego wysyła zatrudnionych do pracy za granicę. Innymi słowy skoro próg obrotu na poziomie 25% odnosi się do zwykłych pracodawców, to tym bardziej dotyczy agencji pracy tymczasowej.

Uzasadnia to konkluzję, według której 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 Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) 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.

Tym się kierując, uwzględniając wniosek skargi, orzeczono jak w sentencji, po myśli art. 398¹⁵ § 1 k.p.c.

O kosztach orzeczono na podstawie art. 108 § 2 w związku z art. 398²¹ k.p.c.