



Sygn. akt I UK 304/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 listopada 2018 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Krzysztof Staryk (przewodniczący)

SSN Zbigniew Myszka

SSN Krzysztof Rączka (sprawozdawca)

w sprawie z odwołania M. T. S.
przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddziałowi w O.
o ustalenie podlegania ubezpieczeniom społecznym z tytułu prowadzenia
pozarolniczej działalności gospodarczej,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy i Ubezpieczeń
Społecznych w dniu 21 listopada 2018 r.,
skargi kasacyjnej organu rentowego od wyroku Sądu Apelacyjnego w [...]
z dnia 5 kwietnia 2017 r., sygn. akt III AUa [...],

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

UZASADNIENIE

Wyrokiem z 5 kwietnia 2017 r., sygn. akt III AUa [...] Sąd Apelacyjny w [...] na skutek apelacji odwołującej się M. T. S. zmienił wyrok Sądu Okręgowego w O. z 28 kwietnia 2016 r., sygn. akt IV U [...] i poprzedzającą go decyzję Zakładu

Ubezpieczeń Społecznych Oddział w O. z 10 grudnia 2015 r. i ustalił, że M. T. S. podlega od 1 września 2015 r. obowiązkowym ubezpieczeniom: emerytalnemu, rentowym, wypadkowemu oraz dobrowolnemu ubezpieczeniu chorobowemu jako osoba prowadząca pozarolniczą działalność gospodarczą.

W sprawie ustalono, że od dnia 4 lutego 2008 r. do dnia 30 czerwca 2008 r. oraz od dnia 1 stycznia 2009 r. do dnia 5 kwietnia 2011 r. M. S. figurowała w ewidencji ZUS jako osoba bezrobotna niepobierająca zasiłku dla bezrobotnych zgłoszona do ubezpieczenia zdrowotnego przez Powiatowy Urząd Pracy w B.. W okresie od dnia 7 stycznia 2014 r. do dnia 28 października 2015 r. była zatrudniona w [...] „P.” M. W. w O. na stanowisku technika informatyka w pełnym wymiarze czasu pracy, a od dnia 1 września 2015 r. - w wymiarze 3/4 etatu, ostatnio z wynagrodzeniem netto 1.097,16 zł miesięcznie. We wniosku z dnia 14 sierpnia 2015 r. o obniżenie wymiaru czasu pracy skarżąca wskazała, że jest w 29 tygodniu ciąży, a długotrwała pozycja siedząca bądź stojąca sprzyja powstawaniu skurczy, które doskwierają jej od początku ciąży.

Skarżąca figuruje w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej jako osoba wykonująca pozarolniczą działalność gospodarczą od dnia 1 września 2015 r. pod nazwą „M.” M. S.. Z tego tytułu zgłosiła się do obowiązkowych ubezpieczeń społecznych oraz dobrowolnego ubezpieczenia chorobowego od dnia 1 września 2015 r. W tym czasie zadeklarowała następujące podstawy wymiaru składek na wskazane ubezpieczenia: wrzesień i październik 2015 r. - po 9.897,50 zł; listopad 2015 r. - 0,00 zł. Od dnia 1 października 2015 r. skarżąca wystąpiła z roszczeniem o wypłatę zasiłku chorobowego w czasie ciąży. Organ rentowy decyzją z dnia 10 grudnia 2015 r. stwierdził, że M. S. jako osoba prowadząca pozarolniczą działalność gospodarczą nie podlega obowiązkowym ubezpieczeniom: emerytalnemu, rentowym, wypadkowemu oraz dobrowolnemu ubezpieczeniu chorobowemu od dnia 1 września 2015 r.

W toku postępowania wyjaśniającego przed organem rentowym odwołująca przedstawiła wydruki różnorodnych operacji dokonanych w sieci, wydruki bankowe i potwierdzenia przelewów, umowy o dropshipping, spis z natury wykonany na dzień rozpoczęcia działalności, tj. 1 września 2015 r. w którym wskazano: welon 5 sztuk, podwiązka 12 sztuk i organza 3 sztuki (składniki prywatne) oraz księgę

przychodów i rozchodów, z której wynika, że skarżąca z tytułu prowadzonej działalności osiągnęła we wrześniu 2015 r. przychód w kwocie: 162,40 zł.

Podczas wizyty w poradni ginekologicznej w dniu 17 marca 2015 r. odwołująca była w 8 tygodniu ciąży. W dniu 27 października 2015 r. urodziła córkę. Odwołująca skończyła szkołę policealną, jest technikiem informatyki. Pracowała w Hotelu [...] w O. jako recepcjonistka na podstawie umowy o dzieło zawartej w wakacje w 2007 r. Później zaszła w ciążę i urodziła dwoje dzieci (16 czerwca 2008 r. i 22 września 2009 r.), z tego tytułu nie otrzymywała żadnych świadczeń z ZUS. Obecnie otrzymuje świadczenie macierzyńskie (1.180 zł) z tytułu pracy w firmie P., w której pracowała do października 2015 r. P. przedłużył jej umowę o pracę do dnia porodu. Odwołująca wpłaciła dwie składki, we wrześniu i październiku 2015 r. od najwyższej podstawy (w kwocie: 3.120 zł). W P. otrzymywała wynagrodzenie w wysokości 1.900 zł i prowizję od sprzedaży kas fiskalnych, tj. 1.600-1.800 zł brutto. Odnośnie działalności gospodarczej rozpoczętej od września 2015 r. wyjaśniła, iż część towaru miała z poprzedniej działalności prowadzonej w 2011 r., był to sklep internetowy z asortymentem ślubnym (przez 13 miesięcy). Działalność nie przynosiła dochodu, więc ją zamknęła. Wskazała, że we wrześniu 2015 r. nie było większych dochodów, a czas poświęcała na reklamę, wystawianie ogłoszeń, pozycjonowanie stron i uzupełnianie asortymentu. Wyjaśniła, że z wydruku bankowego za okres od sierpnia do grudnia 2015 r. wynika, że otrzymała tytułem zapłaty: 7 września 2015 r. za welon i podwiązkę ślubną w wysokości 27 zł; 16 września 2015 r. za bieliznę w wysokości 84,90 zł; 24 września 2015 r. kwotę 38 zł; 29 września 2015 r. - 34,50 zł oraz 30 września 2015 r. - 135 zł. W październiku 2015 r. pracowała jedynie 3 dni, więc przychód był niewielki. Wprawdzie klienci wpłacali pieniądze na konto, ale większość zamówień anulowała, a pieniądze zwróciła, np. 3 listopada 2015 r. dokonała zwrotu kwoty 183,04 zł. Wyjaśniła, że nie ma swojego magazynu i pracuje na podstawie dropshippingu, czyli jest pośrednikiem innego sklepu internetowego. W grudniu poszerzyła asortyment o zabawki, wózki i leżaki. Do dnia wydania zaskarżonej decyzji miała różne wpływy. W marcu 2016 r. miała już dochód 1.500 zł po zapłaceniu składki zdrowotnej na ZUS, w kwietniu 2016 r. - 1.300 zł; w lutym - 600 zł, a w styczniu - 150 zł. Z księgi przychodów i rozchodów wynika, że

we wrześniu 2015 r. sprzedała towary za 162,40 zł; w październiku miała 8,45 zł przychodu za 3 dni pracy; w listopadzie 2015 r. - 239,16 zł. Dokonała zakupu kasy fiskalnej za 1.000 zł. We wrześniu 2015 r. odwołująca wydała na działalność 1.315,23 zł. Pieniądze na składki miała z własnych oszczędności, a złożone w dniu rozprawy tj. 28 kwietnia 2016 r. teczki z dokumentami miały dowodzić, że nadal prowadzi działalność i podpisała umowę na pozycjonowanie strony z zabawkami.

Mąż odwołującej C. S., zatrudniony w Jednostce Wojskowej w B. jako żołnierz zawodowy z wynagrodzeniem 2.520 zł netto zeznał, że nie zna dochodów żony. Stwierdził, iż polecała ona stronę internetową i ma oklejony samochód A. reklamą sklepu internetowego, a on rozdawał wizytówki reklamowe znajomym.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy w O. wyrokiem z 28 kwietnia 2016 r., sygn. akt IV U [...] oddalił odwołanie. Apelację od tego wyroku wniosła ubezpieczona, zarzucając Sądowi pierwszej instancji naruszenie art. 233 k.p.c. oraz art. 328 § 2 k.p.c., a także sprzeczność istotnych ustaleń Sądu pierwszej instancji z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego.

W wyniku rozpoznania apelacji Sąd Apelacyjny stwierdził, że apelacja zasługuje na uwzględnienie. Sąd odwoławczy ocenił, że Sąd pierwszej instancji ustalił prawidłowo stan faktyczny sprawy, jednak dokonał błędnej oceny prawnej.

W ocenie Sądu drugiej instancji, działania podjęte przez odwołującą odpowiadały przywoływanym przez Sąd Okręgowy cechom działalności gospodarczej ustalonym w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 6 grudnia 1991 r. (III CZP 117/91, OSNCP 1992 nr 5, poz. 65), do których należą: a) zawodowy, a więc stały charakter, b) związaną z nią powtarzalność podejmowanych działań, c) podporządkowanie zasadzie racjonalnego gospodarowania, d) uczestnictwo w obrocie gospodarczym.

Sąd odwoławczy uznał, że uzupełniony w postępowaniu apelacyjnym materiał dowodowy sprawy, oceniany łącznie z materiałem dowodowym sprawy zgromadzonym przed Sądem pierwszej instancji, daje podstawy do uznania, że M. S. od dnia 1 września 2015 r. prowadzi pozarolniczą działalność gospodarczą i z tego tytułu podlega obowiązkowemu ubezpieczeniu emerytalnemu, rentowym i wypadkowemu oraz dobrowolnemu ubezpieczeniu chorobowemu na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 5, art. 8 ust. 6, art. 11 ust. 2, art. 12 ust. 1 i art. 13 pkt 4 ustawy

z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (jednolity tekst: Dz.U. z 2015 r., poz. 121 z późn. zm.).

W toku postępowania apelacyjnego M. S. potwierdziła, że pierwszą działalność gospodarczą prowadziła przez 13 miesięcy, a jej przedmiotem była sprzedaż artykułów ślubnych przez Internet. Odwołująca potwierdziła również okoliczności związane z podjęciem w 2015 r. decyzji o prowadzeniu drugiej działalności gospodarczej, z którą wiązała się m.in. informacja pracodawcy (M. W. prowadzącej działalność gospodarczą o nazwie [...] „P.” M. W., zajmującej się serwisem kas fiskalnych) o przedłużeniu zawartej z nią umowy o pracę jedynie do dnia porodu. Odwołująca urodziła trzecie dziecko w dniu 27 października 2015 r. Zgodnie z dokumentacją medyczną złożoną w postępowaniu apelacyjnym, w dniu 3 marca 2015 r. ustalono, że odwołująca była w 6 tygodniu ciąży, a w dniu 31 sierpnia 2015 r. (w dniu poprzedzającym zmniejszenie wymiaru czasu pracy z pełnego na 3/4 etatu) - w 32 tygodniu ciąży. Od dnia 1 września 2015 r. odwołująca prowadzi działalność gospodarczą, której przedmiotem początkowo była sprzedaż odzieży i bielizny, a od listopada 2015 r. - sprzedaż zabawek i akcesoriów dziecięcych. Do prowadzenia tej działalności odwołująca kupiła kasę fiskalną, poczyniła nakłady na reklamę, serwer, ulotki, wizytówki. Odwołująca reklamowała działalność m.in. poprzez umieszczenie reklamy na samochodzie należącym do niej i jej męża. Zawierała umowy z hurtowniami na dropshipping. Asortyment, który sprzedaje w ramach prowadzonej działalności, jest składowany w magazynach zewnętrznych, co wynika z tego, że odwołująca składała zamówienie w hurtowni, a hurtownia wysyłała zamówiony towar do klienta. Odwołująca pracowała przy użyciu laptopa. Zgodnie z księgą przychodów i rozchodów z kwietnia i maja 2016 r. odwołująca osiągnęła dochód w wysokości odpowiednio 1.149,76 zł i 3.153,38 zł.

Jak wynikało z materiału dowodowego sprawy, poza udokumentowanym kupnem kasy fiskalnej oraz kupnem towaru w hurtowniach, odwołująca zlecała reklamę swojej działalności wyspecjalizowanym jednostkom, wprowadzała oferty sprzedaży zakupionego towaru na portalach internetowych (m.in. [...], [...], [...], [...], [...].pl) od miesiąca rejestracji działalności gospodarczej (wrzesień 2015 r.), realizowała zamówienia prowadziła korespondencję z przedstawicielami hurtowni.

Materiał dowodowy sprawy zawiera faktury zakupionych i sprzedanych towarów, raporty operacji bankowych i ofert sprzedaży wstawionych na portalu internetowym [...], [...] [...], [...], [...].pl od września 2015 r.

Realizację podjętej działalności gospodarczą potwierdza także liczna korespondencja prowadzona z kontrahentami już od września 2015 r. Z korespondencji tej wynika, że odwołująca udzielała informacji na temat stanu i wymiarów oferowanej odzieży i artykułów ślubnych i dziecięcych oraz zabawek. Dostępna korespondencja obejmuje nie tylko okres przed urodzeniem dziecka, ale także okres po tym zdarzeniu, a na dzień wniesienia apelacji (tj. w dniu 17 czerwca 2016 r.) potwierdza wykonywanie czynności związanych z działalnością odwołującej do maja 2016 r. Okoliczność ta w zestawieniu z historią operacji bankowych na koncie odwołującej, historią zamówień wystawionych na portalach internetowych, a także zawarciem dodatkowo w dniu 28 kwietnia 2016 r. umowy o współpracy nr [...] między V. Sp. z o.o. z siedzibą w W. a M. S. na prowadzenie usług świadczonych drogą elektroniczną, daje podstawy do uznania, że odwołująca wykonywała czynności związane z założoną działalnością gospodarczą.

Ponadto, okoliczność, że odwołująca prowadziła swoją działalność po urodzeniu dziecka (tj. po dniu 27 października 2015 r.), przeczy z góry założonej tezie, że podjęcie działalności z dniem 1 września 2015 r. miało na celu wyłącznie uzyskanie przez odwołującą świadczeń z ubezpieczenia społecznego. Zamiar prowadzonej przez odwołującą działalności gospodarczej znajduje bowiem oparcie w materiale dowodowym w postaci zebranej w sprawie dokumentacji. Z kolei wzrost dochodu z tej działalności, który w kwietniu i maju 2016 r. wyniósł odpowiednio 1.149,76 zł i 3.153,38 zł potwierdza stałe prowadzenie działalności z nastawieniem na zysk.

Fakt prowadzenia działalności gospodarczej, w ocenie Sądu Apelacyjnego, potwierdzały również zeznania odwołującej i przesłuchiowanych w sprawie świadków C. S. (męża odwołującej) oraz A. i M. T. (znajomych odwołującej i jej męża) w zakresie reklamowania działalności gospodarczej czy sprzedaży towaru klientom. Zeznaniom tych osób nie można było odmówić wiarygodności tylko z uwagi na powiązania rodzinne i koleżeńskie. Podkreślić bowiem należy, że materiał dowodowy sprawy w postaci faktur zakupu towaru, raportów operacji bankowych

na koncie odwołującej i ofert sprzedaży wstawionych na portalach internetowych od września 2015 r. a także licznej korespondencji z klientami i przedstawicielami hurtowni potwierdził okoliczności związane z rozpoczętą i prowadzoną przez odwołującą działalnością gospodarczą. Z dokumentacji przedłożonej do akt organu rentowego i akt sądowych nie wynikają okoliczności przeciwne, niż wynikające z zeznań świadków, a przez to zeznaniom tym nie można odmówić waloru wiarygodności.

Sąd Apelacyjny zwrócił uwagę, że odwołująca rozpoczęła prowadzenie działalności gospodarczej w okresie zatrudnienia na podstawie umowy o pracę zawartej z M. W., prowadzącą działalność gospodarczą o nazwie [...] „P.” M. W.. W dniu 14 sierpnia 2015 r. (czyli przed rozpoczęciem prowadzenia własnej działalności) złożyła do pracodawcy wnioski o zmniejszenie wymiaru czasu pracy z pełnego na 3/4 etatu, co wiązało się ze zmniejszeniem wynagrodzenia. Dobrowolne umniejszanie kwoty wynagrodzenia poprzez zmniejszenie wymiaru czasu pracy byłoby nieracjonalne, gdyby odwołująca nie zamierzała prowadzić działalności gospodarczej przed urodzeniem trzeciego dziecka i w okresie późniejszym.

Wbrew stanowisku Sądu Okręgowego, całość materiału dowodowego sprawy dawała, w ocenie Sądu odwoławczego, podstawy do uznania, że nastąpiło rzeczywiste prowadzenie zawodowej działalności gospodarczej w celach zarobkowych oraz w sposób zorganizowany i ciągły. Oceny tej nie zmieniał fakt, że odwołująca, świadcząc usługi w domu, sama dysponowała czasem przeznaczonym na wykonywanie działalności (który wykorzystywała na bezpośrednie świadczenie usług, czynności pomocnicze), sama wyznaczała sobie zadania i realizowała je na własne ryzyko i odpowiedzialność. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, ciągłość wykonywania działalności nie musi polegać w każdym przypadku na codziennym podejmowaniu czynności związanych z przedmiotem tej działalności. Ważne jest to, aby czynności te charakteryzowała powtarzalność i taką powtarzalność odwołująca wykazała, o czym świadczy zebrana w sprawie dokumentacja. Dlatego też zarzuty natury procesowej okazały się zasadne. Sąd drugiej instancji zauważył, że rozwijające się środki komunikacji społecznej wywierają wpływ na sposób prowadzenia działalności gospodarczej. Obecnie sprzedaż internetowa stanowi

istotny element w systemie handlu. Początkujący sprzedawcy nie angażują tym samym środków w wynajem pomieszczeń, biur, lecz z obniżeniem kosztów prowadzą działalność w miejscu zamieszkania. To samo z siebie nie może prowadzić do negacji podjętej działalności, w sytuacji gdy sprzedaż faktycznie ma miejsce. Aktualnie komputer i dostęp do Internetu zastępuje hale i magazyny, a platformy sprzedażowe zapewniają dostęp do nieograniczonej liczby potencjalnych nabywców. Stąd też w razie ustalenia, że działalność jest faktycznie wykonywana, nie ma przesłanek do skutecznego negowania podjętego przedsięwzięcia. Jednocześnie o faktycznie prowadzonej działalności nie decydują tylko walory zewnętrzne i formalne, lecz rzeczywiste wykonywanie pracy, zgodnej z deklarowanym profilem działalności.

Sąd Apelacyjny podzielił pogląd, że ciąża ubezpieczonej nie może być uznana za przeszkodę do skutecznego rozpoczęcia prowadzenia działalności gospodarczej, zwłaszcza jeśli działalność ta nie wymaga wysiłku fizycznego oraz pozwala na ustalenie elastycznych godzin wykonywania usług, a nawet świadczenie pracy we własnym domu. Samo rozpoczęcie prowadzenia działalności gospodarczej w okresie ciąży nie jest w żadnym zakresie sprzeczne z prawem. Nie może też świadczyć o braku woli do prowadzenia tej działalności, bowiem taką wolę każdorazowo winno się badać w oparciu o całokształt okoliczności sprawy, a taką wolę (zamiar) prowadzenia działalności gospodarczej odwołująca wykazała w postępowaniu sądowym.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, Sąd Apelacyjny uznał, że M. S. prowadziła pozarolniczą działalność gospodarczą w okresie od dnia 1 września 2015 r. i z tego tytułu podlegała obowiązkowym ubezpieczeniom emerytalnemu, rentowym, wypadkowemu oraz dobrowolnemu ubezpieczeniu chorobowemu na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 5, art. 8 ust. 6, art. 11 ust. 2, art. 12 ust. 1 i art. 13 pkt 4 u.s.u.s.

Powyższy wyrok skargą kasacyjną zaskarżył w całości organ rentowy. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił naruszenie:

- art. 2 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (jednolity tekst: Dz.U. z 2016 r., poz. 1829 ze zm.) poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że ubezpieczona podjęła działalność gospodarczą pomimo

tego, że działania nie były nakierowane na chęć osiągnięcia zysku, wobec czego nie miały zarobkowego charakteru oraz ze względu na zamiar ubezpieczonej nie miały cechy ciągłości;

- art. 6 ust. 1 pkt 5, art. 11 ust. 2, art. 12 ust. 1, art. 13 pkt 4 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (jednolity tekst: Dz.U. z 2016 r., poz. 963 ze zm.) przez błędne przyjęcie, iż ubezpieczona podlega obowiązkowym ubezpieczeniom społecznym i dobrowolnemu ubezpieczeniu chorobowemu od 1 września 2015 r. z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej;

- art. 382 k.p.c. w związku z art. 328 § 2 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c., polegające na bezpodstawnym pominięciu dowodów wskazujących na brak jakiegokolwiek rentowności w działaniu ubezpieczonej i w konsekwencji przyjęciu, iż rozpoczęła prowadzenie działalności gospodarczej, które to uchybienie miało przesądzający wpływ na wynik sprawy, ponieważ skutkowało bezpodstawnym przyjęciem o podleganiu obowiązkowym ubezpieczeniom społecznym.

Skarżący wniósł o:

1. uchylenie zaskarżonego wyroku i oddalenie apelacji ubezpieczonej od wyroku Sądu Okręgowego w O. z 28 kwietnia 2016 r., sygn. akt IV U [...],

Ewentualnie

2. uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu w [...] do ponownego rozpoznania;

3. zasądzenie kosztów postępowania kasacyjnego według norm przepisanych.

W odpowiedzi na skargę kasacyjną, w przypadku przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania, wnioskodawczyni wniosła o:

1. oddalenie skargi kasacyjnej;

2. zasądzenie od organu rentowego na rzecz ubezpieczonej M. S. zwrotu poniesionych przez nią kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, za postępowanie przed Sądem Najwyższym, według norm przepisanych.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Zarzuty skargi kasacyjnej okazały się uzasadnione w stopniu wskazującym na konieczność uchylenia zaskarżonego wyroku.

Na podstawie art. 398¹³ § 1 k.p.c. Sąd Najwyższy rozpoznaje skargę kasacyjną w granicach zaskarżenia oraz w granicach podstaw; w granicach zaskarżenia bierze jednak z urzędu pod rozwagę nieważność postępowania.

W pierwszej kolejności należy odnieść się do zarzutów naruszenia prawa procesowego sformułowanych w skardze kasacyjnej, bowiem zasadność zarzutów naruszenia prawa materialnego można zbadać dopiero po ustaleniu, że Sąd drugiej instancji przeprowadził prawidłowo postępowanie rozpoznawcze. W ocenie Sądu Najwyższego niezasadnym okazał się zarzut naruszenia art. 382 k.p.c. w związku z art. 328 § 2 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c. Zgodnie z przepisem art. 382 k.p.c., sąd drugiej instancji orzeka na podstawie materiału zebranego w postępowaniu w pierwszej instancji oraz w postępowaniu apelacyjnym. Z naruszeniem tego przepisu mamy do czynienia wtedy, gdy sąd drugiej instancji, mimo przeprowadzonego przez siebie postępowania dowodowego, orzekł wyłącznie na podstawie materiału zgromadzonego przed sądem pierwszej instancji albo oparł swoje merytoryczne orzeczenie na własnym materiale, z pominięciem wyników postępowania dowodowego przeprowadzonego przez sąd pierwszej instancji (zob. wyrok Sądu Najwyższego z 18 kwietnia 2018 r., II PK 49/17, LEX nr 2540109). W niniejszej sprawie skarżący organ rentowy nie wskazał w treści skargi kasacyjnej, jakie konkretnie dowody pominął Sąd drugiej instancji wydając zaskarżone orzeczenie; nie jest wystarczające ogólne wskazanie na „dowody wskazujące na brak jakiegokolwiek rentowności w działaniu ubezpieczonej”, bez skonkretyzowania w uzasadnieniu skargi kasacyjnej, o jakie dowody chodzi, w szczególności, które dowody zebrane w sprawie wskazywały na brak rentowności w działalności wnioskodawczyni, a zostały przez Sąd bezpodstawnie pominięte. W tej sytuacji zarzut naruszenia wskazanych przepisów postępowania nie mógł zostać uwzględniony.

Przechodząc do zarzutów naruszenia prawa materialnego należy wskazać, że na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 5 ustawy systemowej osoby prowadzące pozarolniczą działalność gospodarczą podlegają obowiązkowi ubezpieczenia

emerytalnego i rentowego, zaś z mocy art. 12 tejże ustawy - także obowiązkowi ubezpieczenia wypadkowego. Jednocześnie na podstawie art. 11 ust. 2 ustawy podlegają na swój wniosek dobrowolnie ubezpieczeniu chorobowemu. Pojęcie osoby prowadzącej działalność pozarolniczą zostało zdefiniowane na potrzeby ustawy systemowej w jej art. 8 ust. 6 i dotyczy osób wykonujących różnego rodzaju działalność na własny rachunek. Za osobę prowadzącą pozarolniczą działalność ustawa uznaje osobę (fizyczną) prowadzącą działalność gospodarczą na podstawie przepisów o działalności gospodarczej lub innych przepisów szczególnych (art. 8 ust. 6 pkt 1 ustawy).

Zgodnie z art. 13 pkt 4 ustawy systemowej obowiązkowo ubezpieczeniom emerytalnemu, rentowym, chorobowym i wypadkowemu podlegają osoby fizyczne prowadzące działalność pozarolniczą - od dnia rozpoczęcia wykonywania działalności do dnia zaprzestania wykonywania tej działalności, z wyłączeniem okresu, na który wykonywanie działalności zostało zawieszone na podstawie przepisów o swobodzie działalności gospodarczej. Chodzi w tym przepisie o faktyczne wykonywanie działalności pozarolniczej, w tym działalności gospodarczej. Pojęcie to należy rozumieć w sposób przyjęty w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej. Oznacza to, że wykonywanie pozarolniczej działalności w rozumieniu art. 13 ust. 4 ustawy systemowej to rzeczywista działalność o cechach określonych w art. 2 ustawy o swobodzie gospodarczej, czyli zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły. W literaturze i orzecznictwie przyjmuje się, że działalnością gospodarczą jest działalność wskazująca zawodowy, czyli stały charakter, w tym powtarzalność podejmowanych działań, podporządkowanie regułom zysku i opłacalności (lub zasadzie racjonalnego gospodarowania) oraz uczestnictwo w działalności gospodarczej (por. uchwałę Sądu Najwyższego z 6 grudnia 1991 r., III CZP 117/91, OSNCP 1992 nr 5, poz. 65 oraz z 23 lutego 2005 r., III CZP 88/04, OSNC nr 1, poz. 5, a także wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 15 września 2005 r., FSK 2643/04, LEX nr 153881). Wobec tego nie stanowi działalności gospodarczej działalność wykonywana okresowo i sporadycznie (por. wyrok Naczelnego Sądu

Administracyjnego z 19 marca 1991 r., II SA 898/90, ONSA 1992 nr 3-4, poz. 58 oraz z 17 września 1997 r., II SA/Wa 1089/96, Pr. Gosp. 1998 nr 1, s. 32), a także jeśli nie jest ona prowadzona w celu osiągnięcia dochodu (zarobku) rozumianego jako nadwyżka przychodów nad poniesionymi kosztami. Określenie celu zarobkowego ma wymiar subiektywny i mieści się w sferze zamiaru danego podmiotu.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, należało uznać, że uzasadniony okazał się zarzut naruszenia art. 2 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (jednolity tekst: Dz.U. z 2016 r., poz. 1829 ze zm.). Definicja legalna pojęcia działalności gospodarczej ustanowiona została w art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, stosownie do którego działalnością gospodarczą jest zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły. Wobec tego samo przejawienie jednego z wymienionych powyżej rodzajów aktywności nie przesądza jeszcze o tym, że mamy do czynienia z działalnością gospodarczą w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Aby można było o niej mówić muszą zostać spełnione kumulatywnie wszystkie przesłanki wymienione w art. 2 tej ustawy, mianowicie zarobkowy charakter prowadzonej działalności, zorganizowany charakter, ciągłość wykonywania działalności (zob. wyrok Sądu Najwyższego z 6 kwietnia 2017 r., II UK 98/16, LEX nr 2307127 czy z 13 września 2016 r., I UK 455/15, LEX nr 2122404 i powołane tam orzeczenia). Przesłanka zarobkowego charakteru jest spełniona wtedy, gdy prowadzenie działalności gospodarczej nastawione jest na uzyskanie dochodu, choć może się zdarzyć, że działalność ta w danym okresie przynosi straty. W tej mierze istotny jest jednak wyznaczony przez przedsiębiorcę cel, który przez realizację zamierzonych przedsięwzięć musi zakładać dany wynik finansowy. Zarobkowy charakter jest nastawiony na zysk, który powinien co najmniej pokryć koszty założenia i prowadzenia przedsięwzięcia (zob. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 24 listopada 2008 r., II GSK 1219/10, LEX nr 1102977). Z tego względu inaczej należy ocenić sytuację, w której od początku wymiernym, stałym i założonym z góry kosztem, nieznajdującym pokrycia w

przewidywanych zyskach, staje się opłacanie składek na ubezpieczenia społeczne w wysokości znacznie przekraczającej obowiązujące minimum. Takie mnożenie kosztów prowadzonej działalności nieuzasadnione jest bowiem potrzebą inwestowania w podjęte przedsięwzięcie celem jego perspektywicznego rozwoju (por. Sądu Najwyższego z dnia 5 października 2017 r., I UK 395/16, LEX nr 2400313).

Sąd drugiej instancji badając przesłanki uznania, że wnioskodawczyni prowadziła działalności gospodarczą całkowicie pominął przy ocenie zarobkowego charakteru tej działalności fakt, że wnioskodawczyni deklarowała od początku działalności maksymalną podstawę wymiaru składek, jednocześnie osiągając jednak minimalne przychody z tytułu prowadzonej działalności. Zasadnie zatem skarżący podniósł, że Sąd Apelacyjny pominął, przy uznawaniu, że wnioskodawczyni prowadzi działalność gospodarczą, wymóg zarobkowego charakteru tej działalności, a zatem dokonał niewłaściwej wykładni art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej i zawartego w nim pojęcia działalności gospodarczej.

W konsekwencji nieprawidłowe i przedwczesne było zastosowanie art. 6 ust. 1 pkt 5, art. 11 ust. 2, art. 12 ust. 1, art. 13 pkt 4 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (jednolity tekst: Dz.U. z 2016 r., poz. 963 ze zm.) i przyjęcie, że ubezpieczona podlega obowiązkowym ubezpieczeniom społecznym i dobrowolnemu ubezpieczeniu chorobowemu od 1 września 2015 r. z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej.

Rozpoznając sprawę ponownie Sąd Apelacyjny weźmie zatem pod uwagę wskazane powyżej wskazówki interpretacyjne dotyczące wykładni art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej i dopiero po prawidłowym zinterpretowaniu tego przepisu dokona subsumpcji stanu faktycznego niniejszej sprawy pod właściwie wywiedzioną normę prawną, a następnie prawidłowo zastosuje art. 6 ust. 1 pkt 5, art. 11 ust. 2, art. 12 ust. 1, art. 13 pkt 4 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych i oceni czy wnioskodawczyni podlegała obowiązkowym ubezpieczeniom społecznym i dobrowolnemu ubezpieczeniu chorobowemu z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej.

Na zakończenie należy podnieść, że z utrwalonego orzecznictwa Sądu Najwyższego wynika, że złożenie wniosku restytucyjnego (którego rozpoznanie wymaga zachowania konstytucyjnego standardu postępowania dwuinstancyjnego), uniemożliwia wydanie wyroku reformatoryjnego, choćby były spełnione przesłanki z art. 398¹⁶ k.p.c. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 marca 2014 r., I PK 193/13, LEX nr 1446439).

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji, zgodnie z art. 398¹⁵ § 1 k.p.c.

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