



Sygn. akt II UK 101/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 kwietnia 2016 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Bogusław Cudowski (przewodniczący)

SSN Jolanta Frańczak

SSN Jolanta Strusińska-Żukowska (sprawozdawca)

w sprawie z wniosku W. Sp. z o.o. z siedzibą w W.
przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddziałowi w W.
z udziałem zainteresowanego M. G.
o wydanie zaświadczenia w sprawie z zakresu ubezpieczeń społecznych,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń
Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 12 kwietnia 2016 r.,
skargi kasacyjnej organu rentowego od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)
z dnia 8 listopada 2013 r., sygn. akt III AUa (...),

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

UZASADNIENIE

Decyzją z 27 sierpnia 2012 r. Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w W. (dalej „ZUS”) odmówił Spółce W. dalej „Spółka”) wydania zaświadczenia A1,

potwierdzającego, że zainteresowany M. G. w okresie wykonywania pracy we Francji od 3 stycznia do 30 czerwca 2012 r. podlegał polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych.

Wyrokiem z dnia 26 marca 2013 r. Sąd Okręgowy w W. oddalił odwołanie Spółki od tej decyzji.

Sąd ustalił, że Spółka, będąca agencją pracy tymczasowej, zajmuje się wyszukiwaniem miejsc pracy i pozyskiwaniem pracowników, udostępnianiem wykwalifikowanych pracowników przedsiębiorstwom z krajów Unii Europejskiej w branżach: budowlanej, konstrukcyjnej oraz turystycznej. Znaczna większość dochodów Spółki w 2012 r. uzyskiwana była za granicą. Tam też zatrudniona była znaczna większość pracowników. Liczba kontraktów realizowanych w 2012 r. za granicą przewyższała kilkakrotnie liczbę kontraktów realizowanych w Polsce. Obrót osiągnęty przez Spółkę w 2012 r. z działalności w Polsce utrzymywał się na poziomie 12% obrotów całkowitych. Sąd pierwszej instancji ustalił również, że zainteresowany zawarł ze Spółką umowy o pracę na czas określony od 18 lipca 2011 r. do 28 sierpnia 2011 r., od 29 sierpnia 2011 r. do 25 września 2011 r., od 3 października 2011 r. do 23 grudnia 2011 r., od 16 kwietnia 2012 r. do 30 czerwca 2012 r., która aneksem została przedłużona do 31 grudnia 2012 r. Zainteresowany wykonywał pracę na terenie Francji.

Sąd pierwszej instancji, wskazując jako podstawę rozstrzygnięcia art. 11 ust. 2a i art. 12 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz.Urz. UE L 166 z 30.04.2004 r., s. 1; dalej „rozp. 883/2004”) i art. 14 ust. 1 rozporządzenia nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r. dotyczącego wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz.Urz. UE L 284 z 30.10.2009 r., s. 1; dalej „rozp. 987/2009”) w związku z postanowieniami wydanej przez Komisję Administracyjną ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego decyzji A2 z dnia 12 czerwca 2009 r. dotyczącej wykładni art. 12 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 w sprawie ustawodawstwa mającego zastosowanie do pracowników delegowanych i osób wykonujących pracę na własny rachunek, tymczasowo pracujących poza państwem

właściwym (Dz.Urz. UE C 106 z 24.04.2010 r., s. 5; dalej „decyzja A2”) uznał, że nie można przyjąć, aby normalna działalność odwołującej się Spółki prowadzona była w Polsce, o czym świadczą przedłożone przez nią zestawienia jej obrotów oraz liczby kontraktów zrealizowanych w kraju i za granicą, a także liczby jej pracowników zatrudnionych w kraju i za granicą w latach 2011-2012. W spornym okresie Spółka prowadziła swoją działalność przede wszystkim za granicą, w niewielkim jedynie stopniu na terenie Polski, bowiem średnie obroty Spółki za granicą wynosiły 82-85%, zaś w kraju około 12-18%. Za granicą zatrudniona była większość pracowników. Dysproporcja w obrotach osiąganych przez Spółkę za granicą i w kraju nie pozwala na konkluzję, iż znaczna większość dochodów uzyskiwana jest w Polsce. Na taką ocenę Sądu pierwszej instancji wpływ miała również liczba pracowników delegowanych za granicę i pracujących w kraju oraz liczba zrealizowanych kontraktów w kraju i za granicą. Dlatego wnioskodawca nie wykazał, że jego normalna działalność była prowadzona w Polsce, w związku z czym jego odwołanie podlegało oddaleniu.

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

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, warunek, że przedsiębiorca oddelegowujący „zwykle” (zasadniczo) prowadzi działalność na terytorium kraju oddelegowującego nie oznacza, że w państwie oddelegowującym działalność przedsiębiorstwa musi mieć charakter przeważający. Nie chodzi tu także o kryterium ilościowe osiąganego obrotu. Według Sądu odwoławczego, warunkiem zastosowania art. 12 ust. 1 rozp. 883/2004, który określa warunki objęcia pracownika ubezpieczeniem w państwie delegującym jest, w świetle decyzji A2, bezpośredni związek między pracodawcą a pracownikiem i więź między pracodawcą a państwem członkowskim, w którym ma on swoją siedzibę. Z decyzji nr A2 nie wynika, aby obrót odgrywał pierwszoplanową rolę przy ocenie, czy przedsiębiorstwo może powołać się na art. 14 ust. 1 lit. a rozp. 987/2009. W ocenie Sądu drugiej instancji, skoro w sprawie wykazano bezpośredni związek między odwołującą się Spółką a pracownikiem i czasowy charakter delegowania nieprzekraczający 24 miesięcy, ponadto oddelegowanie pracownika nie miało na celu zastąpienie innego pracownika, a zainteresowany uprzednio

podlegał polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych, apelacja podlegała uwzględnieniu.

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

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

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Sprawa o analogicznym stanie faktycznym i prawnym była przedmiotem rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego w składzie powiększonym w dniu 18 listopada 2015 r., II UK 100/14. Sąd Najwyższy w składzie powiększonym rozpoznając skargę kasacyjną organu rentowego z identycznymi do podniesionych w sprawie niniejszej zarzutami, wskazał przede wszystkim na to, że zgodnie z art. 12 ust. 1 rozp. 883/2004, osoba, która wykonuje działalność jako pracownik najemny w państwie członkowskim w imieniu pracodawcy, który normalnie prowadzi tam swą działalność, a która jest delegowana przez tego pracodawcę do innego państwa członkowskiego do wykonywania pracy w imieniu tego pracodawcy, nadal podlega ustawodawstwu pierwszego państwa członkowskiego, pod warunkiem że

przewidywany czas takiej pracy nie przekracza 24 miesięcy i że osoba ta nie jest wysłana, by zastąpić inną delegowaną osobę. Przepis ten wprowadza wyjątek od zasady, że pracownik podlega ustawodawstwu państwa, w którym wykonuje pracę (*lex loci laboris*), przyjętej w art. 11 ust. 3a rozp. 883/2004. Przepisem wykonawczym do art. 12 ust. 1 rozp. 883/2004 jest między innymi art. 14 ust. 2 rozp. 987/2009, który stanowi, że za pracodawcę, który normalnie prowadzi swą działalność należy rozumieć pracodawcę „zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności, innej niż działalność związana z samym 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 ma więc wyjaśnienie pojęcia „normalne prowadzenie działalności” (art. 12 ust. 1 rozp. 883/2004) i wyjaśniającego je określenia „prowadzenie przez pracodawcę zazwyczaj znacznej części działalności, innej niż działalność związana z samym zarządzaniem wewnętrznym, na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma on swoją siedzibę” (art. 14 ust. 2 rozp. 987/2009).

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

Podobnie kwestię tę ujmuje decyzja A2 Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego. Akt ten nie ma charakteru źródła prawa Unii Europejskiej w rozumieniu traktatowym, lecz jest aktem informacyjno-pomocniczym, wydanym przez Komisję Administracyjną na podstawie

art. 72 lit. a i b rozp. 883/2004 w ramach jej zadań dotyczących wykładni i usprawniania jednolitego stosowania prawa Unii Europejskiej (zob. D. Dzieński, *Charakter prawny decyzji Komisji Administracyjnej do Spraw Zabezpieczenia Społecznego*, Ubezpieczenia Społeczne 2011 nr 1-2; K. Ślęzak, *Koordinacja systemów zabezpieczenia społecznego*, Warszawa 2012, s. 295). W decyzji wskazuje się, że decydującym warunkiem dla zastosowania art. 12 ust. 1 rozp. 883/2004 jest istnienie więzi między pracodawcą a państwem członkowskim, w którym ma on swoją siedzibę. Możliwość delegowania pracowników powinna zatem ograniczać się wyłącznie do przedsiębiorstw, które normalnie prowadzą swą działalność na terytorium państwa członkowskiego, którego ustawodawstwu nadal podlega pracownik delegowany. Z tego względu przyjmuje się, że powyższe przepisy mają zastosowanie jedynie do przedsiębiorstw, które zazwyczaj prowadzą znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego, w którym mają siedzibę. Dlatego, w celu ustalenia, w razie potrzeby i w razie wątpliwości, czy pracodawca zazwyczaj prowadzi znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, instytucja właściwa w tym państwie zobowiązana jest zbadać wszystkie kryteria charakteryzujące działalność prowadzoną przez tego pracodawcę, w tym miejsce, w którym przedsiębiorstwo ma swą zarejestrowaną siedzibę i administrację, liczebność personelu administracyjnego pracującego w państwie członkowskim, w którym pracodawca ma siedzibę, oraz w drugim państwie członkowskim, miejsce, w którym rekrutowani są pracownicy delegowani, i miejsce, w którym zawierana jest większość umów z klientami, prawo mające zastosowanie do umów zawartych przez przedsiębiorstwo z jednej strony z pracownikami i z drugiej strony z klientami, obroty w odpowiednio typowym okresie w każdym z państw członkowskich, których rzecz dotyczy, oraz liczbę umów wykonanych w państwie wysyłającym. W przedmiotowej decyzji podkreśla się też, że „wykaz ten nie jest wyczerpujący, ponieważ kryteria powinny być dostosowane do każdego konkretnego przypadku i powinny uwzględniać charakter działalności prowadzonej przez przedsiębiorstwo w państwie, w którym ma ono siedzibę” (pkt 1 decyzji A2).

Podobnie zagadnienie to wyjaśnione zostało w publikacji Komisji Europejskiej pt. „*Praktyczny poradnik: Ustawodawstwo mające zastosowanie do*

pracowników w Unii Europejskiej (UE), w Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) i w Szwajcarii” (s. 8). Stwierdza się w nim, że fakt prowadzenia znacznej części działalności w państwie delegującym można sprawdzić poprzez szereg obiektywnych czynników, przy czym następujące czynniki są szczególnie istotne: (-) miejsce, w którym delegujące przedsiębiorstwo ma swą zarejestrowaną siedzibę i administrację; (-) liczebność personelu administracyjnego delegującego przedsiębiorstwa pracującego w państwie delegującym i w państwie zatrudnienia, przy czym obecność wyłącznie personelu administracyjnego w państwie delegującym wyklucza możliwość zastosowania do tego przedsiębiorstwa przepisów dotyczących delegowania; (-) miejsce, w którym rekrutowani są pracownicy delegowani; (-) miejsce, w którym zawierana jest większość umów z klientami; (-) prawo mające zastosowanie do umów zawartych przez delegujące przedsiębiorstwo z pracownikami i z klientami; (-) liczba umów wykonanych w państwie delegującym i w państwie zatrudnienia; (-) obroty 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 rozp. 987/2009 i z tego względu nie może

być pomijany w procesie stosowania prawa, choćby ze względu na zasadę solidarności państw członkowskich. Uzyskiwanie 25% obrotu w państwie siedziby przedsiębiorstwa delegującego stanowi wyłącznie sugestię interpretacyjną, że osiągnięcie tego poziomu może uzasadniać przyjęcie faktycznego domniemania, że przedsiębiorstwo prowadzi normalną działalność, z jednoczesną sugestią, że jego nieosiągnięcie wymaga bardziej pogłębionej analizy pozostałych kryteriów.

Z przedstawionych regulacji wynika, że tylko w Praktycznym poradniku pojawia się kryterium 25% całkowitego obrotu w państwie delegującym. Sformułowanie wskaźnika uzyskiwania w państwie członkowskim miejsca rejestracji co najmniej 25% obrotu nie znajduje zatem oparcia ani w treści rozporządzenia 883/2004, ani rozporządzenia 987/2009, ani decyzji A2. Na gruncie rozp. 987/2009 próg 25% odnosi się jedynie do kryteriów ilościowych 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 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.

Zdaniem Sądu Najwyższego w składzie powiększonym, w celu ustalenia, że przedsiębiorstwo prowadzi normalną działalność (w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozp. 883/2004), czy też znaczną część działalności innej niż zarządzanie wewnętrze

(według art. 14 ust. 2 rozp. 987/2009), należy uwzględniać wszystkie kryteria charakteryzujące jego działalność oraz charakter przedsiębiorstwa delegującego. Wybór kryteriów powinien być dostosowany do konkretnego wypadku. Ocena ta powinna mieć charakter całościowy, a zatem stanowić ogólny wniosek wynikający z rozważenia wszystkich przyjętych kryteriów. Kryterium obrotu nie ma decydującego lub szczególnego znaczenia, jednakże osiągnięcie obrotu w państwie siedziby przedsiębiorstwa delegującego w wysokości ok. 25% całych obrotów może prowadzić do wniosku, że prowadzi ono w tym państwie znaczną część działalności, a więc normalnie prowadzi działalność.

Ponadto, lista kryteriów, które zostały wymienione jedynie w aktach o charakterze interpretacyjnym 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.

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 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.

Akceptując w całości stanowisko przedstawione przez powiększony skład Sądu Najwyższego, Sąd Najwyższy w składzie rozpoznającym niniejszą skargę kasacyjną uznał ją za uzasadnioną.

Podobnie bowiem jak w sprawie II UK 100/14 należy stwierdzić, że choć Sąd Apelacyjny trafnie przyjął, że nie można poprzestać na stwierdzeniu, że uzyskiwanie obrotu poniżej 25% całkowitego obrotu prowadzi do wniosku o nieprowadzeniu normalnej działalności w państwie siedziby przedsiębiorstwa delegującego i słusznie uznał, że w takim wypadku konieczna jest całościowa ocena, czy przedsiębiorstwo prowadzi faktyczną działalność w państwie wysyłającym, to jednak nie zastosował się do tej tezy. Sąd ustalił, że Spółka będąca wnioskodawcą: (-) ma siedzibę w Polsce, (-) prowadzi działalność w Polsce i za granicą, (-) zajmuje się wyszukiwaniem miejsc pracy i pozyskiwaniem pracowników, (-) współpracuje z przedsiębiorcami z Unii Europejskiej, delegując do nich określoną liczbę pracowników, (-) znaczna większość dochodów Spółki w 2012 r. uzyskiwana była za granicą i tam zatrudniona była znaczna większość pracowników, (-) liczba kontraktów realizowanych w 2012 r. za granicą przewyższała kilkakrotnie liczbę kontraktów realizowanych w Polsce (-) obrót osiągnęty przez Spółkę w 2012 r. z działalności w Polsce utrzymywał się na poziomie 12% obrotów całkowitych. Jednocześnie Sąd Apelacyjny przyjął za Sądem pierwszej instancji, że w spornym okresie Spółka prowadziła swoją działalność przede wszystkim za granicą, w niewielkim jedynie stopniu na terenie Polski.

Jak już powiedziano, w celu ustalenia, w razie potrzeby i w razie wątpliwości, czy pracodawca zazwyczaj prowadzi znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, instytucja właściwa w tym państwie powinna zbadać wszystkie kryteria charakteryzujące działalność prowadzoną przez tego pracodawcę, w tym kryteria wyliczone w decyzji. Wynika stąd, że w postępowaniu sądowym wywołanym odwołaniem od decyzji instytucji właściwej (organu rentowego) wydanej w tej kwestii, sąd jest zobowiązany do skontrolowania, czy instytucja ta właściwie dobrała do specyfiki przedsiębiorstwa i zbadała wymagane kryteria i dokonać weryfikacji działania organu rentowego w tym zakresie. W szczególności, jeśli instytucja właściwa lub sąd nie biorą pod uwagę

niektórych z kryteriów wskazanych w decyzji A2, powinny wyjaśnić jakie względy merytoryczne (np. nieadekwatność danego kryterium z punktu widzenia charakteru działalności pracodawcy) lub procesowe (np. brak stosownych wniosków dowodowych) są tego przyczyną. Kontrola ta jest przesłanką prawidłowego zastosowania prawa materialnego, tj. wymienionych powyżej przepisów rozporządzeń. Uzasadnienie zaskarżonego wyroku wskazuje, że Sąd Apelacyjny takiej kontroli nie przeprowadził. Sąd nie wyjaśnił, dlaczego nie wziął pod uwagę takich kryteriów, jak: (-) miejsce, w którym prowadzone są kadry i księgowość, (-) liczebność personelu administracyjnego pracującego w państwie członkowskim, w którym pracodawca ma siedzibę, oraz w drugim państwie członkowskim, (-) miejsce, w którym rekrutowani są pracownicy delegowani, (-) miejsce, w którym zawierana jest większość umów z klientami, (-) prawo mające zastosowanie do umów zawartych przez przedsiębiorstwo z jednej strony z pracownikami i prawo mające zastosowanie do umów zawartych przez przedsiębiorstwo z drugiej strony z klientami. Inne kryteria uwzględnione przez Sąd odwoławczy zostały natomiast przedstawione niedokładnie.

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

Z powyższych względów Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji na podstawie art. 398¹⁵ § 1 k.p.c., a o kosztach postępowania kasacyjnego - na podstawie art. 108 § 2 k.p.c. w związku z 398²¹ k.p.c.

