



Sygn. akt II UK 106/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 kwietnia 2016 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Bogusław Cudowski (przewodniczący)
SSN Jolanta Frańczak (sprawozdawca)
SSN Jolanta Strusińska-Żukowska

w sprawie z wniosku [...] W. Sp. z o.o. z siedzibą w W.
przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddziałowi w W.
przy udziale zainteresowanej J. P.
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 30 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

Sąd Okręgowy - Sąd Pracy i Ubezpieczeń Społecznych w W. wyrokiem z dnia 23 kwietnia 2013 r. oddalił odwołanie [...] W. Spółki z o.o. w W. (dalej jako

płatnik) od decyzji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddziału w W. z dnia 10 sierpnia 2012 r., którą organ rentowy odmówił wydania na rzecz płatnika zaświadczenia A1 potwierdzającego, że zainteresowana J. P. w okresie wykonywania pracy na terytorium Francji podlegała polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych w okresie od dnia 1 marca 2012 r. do dnia 30 września 2012 r.

Sąd Okręgowy ustalił, że płatnik jest agencją pracy tymczasowej, która zajmuje się między innymi działalnością związaną z wyszukiwaniem miejsc pracy i pozyskiwaniem wykwalifikowanych pracowników następnie udostępnianych przedsiębiorstwom z państw Unii Europejskiej w branżach: budowlanej, konstrukcyjnej oraz turystycznej. Prowadzi w tym celu działalność rekrutacyjną, logistyczną, marketingową i administracyjną. Zainteresowana J. P. została zgłoszona do ubezpieczeń z tytułu zatrudnienia u płatnika na podstawie umowy o pracę zawartej na okres od dnia 1 marca 2012 r. do dnia 30 września 2012 r. Zgodnie z umową o pracę, zainteresowana została wysłana na terytorium Francji do pracy na stanowisku pracownika personelu sprząającego. We wniosku o poświadczenie formularza A1 dla zainteresowanej płatnik zaznaczył, że z tytułu działalności prowadzonej w Polsce w 2012 r. Spółka uzyskała obroty na poziomie 12% obrotów całkowitych, wykazując w deklaracjach dla podatku od towarów i usług VAT-7 za rok 2011 sprzedaż na terenie kraju stanowiącą 8,3% sprzedaży łącznej oraz od stycznia 2012 r. do kwietnia 2012 r. na poziomie 11%. Decyzją z dnia 20 sierpnia 2012 r. organ rentowy odmówił płatnikowi wydania formularza A1.

Przy takich ustaleniach faktycznych Sąd Okręgowy oddalił odwołanie, 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 jako rozporządzenie (WE) nr 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 rozporządzenie (WE) nr 987/2009 lub rozporządzenie wykonawcze) 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 (WE) nr 883/2004 (Dz.Urz. UE C 106 z 24.04.2010 r., s. 5; dalej jako decyzja A2) oraz opracowany przez Komisję Administracyjną na podstawie tejże decyzji nr A2 Praktyczny Poradnik, „Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej (UE), Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) i Szwajcarii”. Ze wskazówek zawartych w tym poradniku wynika, że aby zainteresowany pracownik mógł podlegać polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych, obroty osiągnęte przez delegujące przedsiębiorstwo w państwie zatrudnienia (siedziby pracodawcy) w odpowiednim okresie powinny wynosić co najmniej 25%. Tymczasem płatnik na dzień delegowania zainteresowanej osiągnął średnie obroty z okresu 12 miesięcy prowadzenia pozarolniczej działalności gospodarczej na poziomie 12%, a wykazane przez niego dane we wniosku o poświadczenie formularzy A1 złożonych od 2010 r. wskazują, że jego przychody z działalności w kraju spadły. Występowała też znaczna dysproporcja pomiędzy pracownikami delegowanymi a wykonującymi pracę w Polsce. Z tego względu Sąd Okręgowy uznał, że właściwym ustawodawstwem dla prowadzenia działalności płatnika nie było ustawodawstwo polskie.

Od powyższego wyroku apelację wniósł płatnik [...] W. Spółka z o.o. w W. zarzucając naruszenie prawa materialnego, a mianowicie art. 12 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 883/2004 i art. 14 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 987/2009 oraz decyzji A2, a także naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów w odniesieniu do okoliczności czy w spornym okresie płatnik prowadził normalną działalność na terenie Polski.

Sąd Apelacyjny - Sąd Pracy i Ubezpieczeń Społecznych w (...) wyrokiem z dnia 30 października 2013 r. zmienił zaskarżony wyrok oraz poprzedzającą go decyzję organu rentowego w ten sposób, że nakazał wydanie płatnikowi zaświadczenia o podleganiu polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych przez zainteresowaną J. P. w okresie od dnia 1 marca 2012 r. do dnia 30 września 2012 r.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, w niniejszej sprawie spór sprowadzał się do rozstrzygnięcia, czy płatnik prowadzi na terenie Polski „znaczną działalność”,

o której mowa w art. 12 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 883/2004, inną niż działalność związaną z samym zarządzeniem wewnętrznym oraz na jakich zasadach zainteresowana została oddelegowana do pracy we Francji. Według Sądu Apelacyjnego warunkiem zastosowania art. 12 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 883/2004, który określa przesłanki 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. Poza istnieniem więzi pracowniczej wymaga się, by przedsiębiorstwo delegujące „zwykle” prowadziło działalność na terenie państwa, z którego pracownik został oddelegowany. Chodzi tu o działalność „godną odnotowania” w kraju delegującym. Z decyzji nie wynika przy tym, aby to właśnie obrót odgrywał pierwszoplanową rolę przy ocenie, czy przedsiębiorstwo może powołać się na art. 14 ust. 3 rozporządzenia (WE) nr 987/2009. Tym bardziej, że celem, dla którego stworzono możliwość odstępstw od zasady terytorialności (*lex loci laboris*) przyjętej w art. 11 ust. 3a rozporządzenia (WE) nr 883/2004, było maksymalne wspieranie swobodnego przepływu pracowników oraz umożliwienie pracownikom, przedsiębiorstwom i instytucjom uniknięcia niepotrzebnych i kosztownych komplikacji administracyjnych (Praktyczny poradnik ust. 2).

Sąd Apelacyjny za prawidłowe uznał ustalenia Sądu pierwszej instancji co do miejsca siedziby przedsiębiorstwa delegującego i jego administracji, liczby personelu administracyjnego obecnego w państwie członkowskim wysyłającym, miejsca rekrutacji pracowników delegowanych, miejsca zawierania umów oraz prawa, któremu podlegają umowy zawarte z pracownikami. Jednakże uznał, że krótkotrwała zmiana niektórych wskaźników nie powinna ważyć na ocenie wniosku. Funkcjonowanie przedsiębiorstwa uzależnione jest bowiem od szeregu czynników, w tym od niego niezależnych. Dokumentacja dostarczona przez płatnika wskazuje na zmienne wartości zarówno obrotów, jak i liczby zatrudnionych pracowników. W 2011 r. i 2012 r. odnotowano spadek osiąganego obrotu na terenie Polski, jednakże tendencja ta związana jest z obecną sytuacją na rynku europejskim. Z tego też względu wartość osiągniętych przez płatnika obrotów, jak słusznie podnosi apelujący, nie może stanowić podstawowego determinantu w rozstrzygnięciu sprawy. Bezspornym jest przy tym, że podczas całego okresu oddelegowania

pracowników płatnika zachowany był bezpośredni związek między przedsiębiorstwem delegującym a pracownikiem oddelegowanym. W ocenie Sądu Apelacyjnego, wszystkie te okoliczności świadczą o istnieniu po stronie płatnika przesłanek warunkujących wydanie mu przez organ rentowy zaświadczenia A1, potwierdzającego objęcie pracownika delegowanego krajowym systemem ubezpieczeń społecznych.

W skardze kasacyjnej organ rentowy zarzucił naruszenie art. 83b ust. 1 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (obecnie jednolity tekst: Dz.U. z 2015 r., poz. 121 ze zm.; dalej jako ustawa systemowa) oraz art. 11 ust. 2 lit. a i art. 12 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 883/2004 w związku z art. 14 ust. 1 i art. 19 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 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 zainteresowana powinna podlegać polskiemu ustawodawstwu ubezpieczeń społecznych, co spowodowało naruszenie 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 zainteresowanej ubezpieczeniami społecznymi „jako pracownika na terenie Polski”. Skarżący podniósł, że obroty uzyskiwane przez płatnika w państwie jego siedziby wynoszą średnio 12%, liczba pracowników wykonujących prace w kraju wynosi 88 a liczba pracowników delegowanych 160 a ponadto przeważająca liczba kontraktów jest realizowana poza granicami kraju.

W oparciu o takie 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 oraz o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego.

W odpowiedzi na skargę płatnik składek wniósł o jej oddalenie oraz o zasądzenie od skarżącego na rzecz jego rzecz kosztów postępowania kasacyjnego według norm przepisanych.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna jest uzasadniona. W rozpoznawanej sprawie w pierwszej kolejności wskazać należy, że zagadnienie prawne, które zostało zawarte w skardze kasacyjnej organu rentowego a mianowicie, „czy prowadzenie normalnej działalności w Polsce przez pracodawcę, który także deleguje pracowników do pracy w innych państwach członkowskich Unii Europejskiej w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 883/2004, wymaga oceny wszystkich kryteriów charakteryzujących prowadzenie zazwyczaj znacznej działalności w Polsce, innej niż działalność związana z samym zarządzaniem wewnętrznym, czy też w najistotniejszym” stopniu zależy od ustalenia co najmniej 25% proporcji obrotu krajowego w porównaniu do wielkości obrotu uzyskiwanego z kontraktów i pracy delegowanych pracowników do pracy w innych państwach członkowskich UE?” było przedmiotem wyroku składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 18 listopada 2015 r., II UK 100/14 (M.Prawn. 2015 nr 23, s. 1233-1234), którego tezy skład orzekający w niniejszej sprawie przyjmuje za własne.

Sąd Najwyższy w cytowanym powyżej wyroku z dnia 18 listopada 2015 r. II UK 100/14 podniósł, że w dotychczasowym orzecznictwie ukształtowały się w tej kwestii dwa stanowiska. Zgodnie z pierwszym z nich, obrót jest kryterium decydującym dla ustalenia, czy pracodawca delegujący pracowników do pracy w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej prowadzi normalną działalność w Polsce. Takie zapatrywanie Sąd Najwyższy przedstawił, między innymi w uzasadnieniach wyroków: z dnia 4 czerwca 2014 r., II UK 550/13 (LEX nr 1478710) oraz II UK 565/13 (LEX nr 1475235), z dnia 14 października 2014 r., II UK 32/14 (LEX nr 1545034); z dnia 3 grudnia 2014 r., II UK 69/14 (LEX nr 1652390); z dnia 10 grudnia 2014 r., II UK 84/14 (LEX nr 1622315), z dnia 10 grudnia 2014 r., II UK 85/14 (LEX nr 1777888). Na przykład, w uzasadnieniu wyżej wymienionego wyroku z dnia 4 czerwca 2014 r. Sąd Najwyższy stwierdził, że 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 (WE) nr 883/2004 (art. 12 ust. 1) oraz (WE) nr 987/2009 (art. 14 ust. 2), jeżeli osiąga w kraju delegowania wymagany obrót z prowadzonej działalności,

na poziomie 25% całego jej obrotu. Sąd Najwyższy uznał także, że niższy obrót nie może być równoważony (kompensowany) wartością innych kryteriów, gdyż są one rodzajowo odmienne i dotyczą czego innego. Kryteria te również powinny być spełnione, a więc co do siedziby przedsiębiorstwa i zawierania umów w miejscu delegowania, gdyż to należy do zwykłej istoty rozważanej regulacji. Natomiast liczba 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%). Z kolei z wyroków Sądu Najwyższego z dnia 11 maja 2005 r., II UK 388/09 (LEX nr 611418), z dnia 25 maja 2010 r., I UK 1/10 (LEX nr 602670), z dnia 2 października 2013 r., II UK 170/13 (OSNP 2014 nr 12, poz. 171) wynika, że obrót nie jest zasadniczym kryterium przesądzającym, czy przedsiębiorstwo delegujące (agencja pracy tymczasowej) prowadzi znaczną część działalności w państwie delegowania (siedziby pracodawcy). Sąd powinien rozważyć wszystkie istotne kryteria, a nie ograniczać się do wybranych, jak np. do osiągniętych obrotów, czy też liczby zatrudnianych pracowników.

A zatem w celu rozważenia tych rozbieżności konieczne jest odwołanie się do wchodzących w grę przepisów prawa i orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości. Zgodnie z art. 12 ust. 1 rozporządzenia (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. 3a rozporządzenia (WE) nr 883/2004. Przepisem wykonawczym do art. 12 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 883/2004 jest między innymi art. 14 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 987/2009, który stanowi, że za pracodawcę, który normalnie prowadzi swą działalność należy rozumieć pracodawcę „zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności, innej niż

działalność związana z samym zarządzaniem wewnętrznym, na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, z uwzględnieniem wszystkich kryteriów charakteryzujących działalność prowadzoną przez dane przedsiębiorstwo. Odnośne kryteria muszą zostać dopasowane do specyficznych cech każdego pracodawcy i do rzeczywistego charakteru prowadzonej działalności”.

Zasadnicze znaczenie ma więc wyjaśnienie pojęcia „normalne prowadzenie działalności” (art. 12 ust. 1 rozporządzenia (WE) 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 (WE) nr 987/2009). Sąd Najwyższy w składzie siedmiu sędziów w wyroku z dnia 18 listopada 2015 r., II UK 100/14 uznał, że treść powyższych przepisów nie pozostawia wątpliwości, iż przy ocenie, czy pracodawca prowadzi normalną działalność, a zatem znaczną część działalności innej niż działalność związana z samym zarządzaniem wewnętrznym na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, należy uwzględniać wszystkie kryteria charakteryzujące jego działalność. Już odwołanie się do zaimka „wszystkie” w odniesieniu do kryteriów, które należy uwzględniać przy omawianej ocenie, wskazuje, że niedopuszczalne jest uznanie jednego kryterium za decydujące w tym sensie, że jego niespełnienie zwalnia instytucję właściwą, bądź sąd, z badania pozostałych cech charakteryzujących działalność prowadzoną przez dane przedsiębiorstwo. Podobnie kwestię tę ujmuje decyzja A2 Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego. Akt ten nie ma charakteru źródła prawa Unii Europejskiej w rozumieniu traktatowym, lecz jest aktem informacyjno-pomocniczym, wydanym przez Komisję Administracyjną na podstawie art. 72 lit. a i b rozporządzenia (WE) nr 883/2004 w ramach jej zadań dotyczących wykładni i usprawniania jednolitego stosowania prawa Unii Europejskiej (zob. D. Dzienisiuk, *Charakter prawny decyzji Komisji Administracyjnej do Spraw Zabezpieczenia Społecznego*, Ubezpieczenia Społeczne 2011 nr 1-2; K. Ślęzak, *Koordynacja systemów zabezpieczenia społecznego*, Warszawa 2012, s. 295). W decyzji wskazuje się, że decydującym warunkiem dla zastosowania art. 12 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 883/2004 jest istnienie więzi między pracodawcą a

państwem członkowskim, w którym ma on swoją siedzibę. Możliwość delegowania pracowników powinna zatem ograniczać się wyłącznie do przedsiębiorstw, które normalnie prowadzą swą działalność na terytorium państwa członkowskiego, którego ustawodawstwu nadal podlega pracownik delegowany. Z tego względu przyjmuje się, że powyższe przepisy mają zastosowanie jedynie do przedsiębiorstw, które zazwyczaj prowadzą znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego, w którym mają siedzibę. Dlatego, w celu ustalenia, w razie potrzeby i w razie wątpliwości, czy pracodawca zazwyczaj prowadzi znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, instytucja właściwa w tym państwie zobowiązana jest zbadać wszystkie kryteria charakteryzujące działalność prowadzoną przez tego pracodawcę, w tym miejsce, w którym przedsiębiorstwo ma swą zarejestrowaną siedzibę i administrację, liczebność personelu administracyjnego pracującego w państwie członkowskim, w którym pracodawca ma siedzibę, oraz w drugim państwie członkowskim, miejsce, w którym rekrutowani są pracownicy delegowani, i miejsce, w którym zawierana jest większość umów z klientami, prawo mające zastosowanie do umów zawartych przez przedsiębiorstwo z jednej strony z pracownikami i z drugiej strony z klientami, obroty w odpowiednio typowym okresie w każdym z państw członkowskich, których rzecz dotyczy, oraz liczbę umów wykonanych w państwie wysyłającym. W przedmiotowej decyzji podkreśla się też, że „wykaz ten nie jest wyczerpujący, ponieważ kryteria powinny być dostosowane do każdego konkretnego przypadku i powinny uwzględniać charakter działalności prowadzonej przez przedsiębiorstwo w państwie, w którym ma ono siedzibę” (pkt 1 decyzji A2).

Podobnie zagadnienie to wyjaśnione zostało w publikacji Komisji Europejskiej zatytułowanej *„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 osiągane przez delegujące przedsiębiorstwo w państwie delegującym i w państwie zatrudnienia w odpowiednio typowym okresie (np. obrót wynoszący około 25% całkowitego obrotu w państwie delegującym może być wystarczającym wskaźnikiem, ale przypadki, w których obrót jest niższy niż 25% wymagałyby pogłębionej analizy); (-) okres, przez jaki przedsiębiorstwo posiada siedzibę w delegującym państwie członkowskim. Przy ocenie znacznej części działalności prowadzonej w państwie delegującym instytucje muszą również sprawdzić, czy pracodawca wnioskujący o delegowanie jest faktycznym pracodawcą danego pracownika. Jest to szczególnie ważne w sytuacji, gdy pracodawca korzysta zarówno z personelu stałego, jak i personelu agencji pracy tymczasowej. W poradniku podkreślono, że powyższy wykaz nie jest wyczerpujący, ponieważ kryteria powinny być dostosowane do każdego konkretnego przypadku i powinny uwzględniać charakter działalności prowadzonej przez przedsiębiorstwo w państwie, w którym ma ono siedzibę. Konieczne może również być uwzględnienie innych kryteriów odpowiednich do określonych cech przedsiębiorstwa i rzeczywistego charakteru działalności przedsiębiorstwa w państwie, w którym ma ono siedzibę. Praktyczny poradnik nie ma waloru wiążącego, niemniej wskazuje na pewną unijną praktykę wykładni art. 14 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 987/2009 i z tego względu nie może być pomijany w procesie stosowania prawa, choćby ze względu na zasadę solidarności państw członkowskich. Uzyskiwanie 25% obrotu w państwie siedziby przedsiębiorstwa delegującego stanowi wyłącznie 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 powyżej regulacji wynika zatem, że tylko w Praktycznym poradniku pojawia się kryterium 25% całkowitego obrotu w państwie delegującym. Sformułowanie wskaźnika uzyskiwania w państwie członkowskim miejsca rejestracji co najmniej 25% obrotu nie znajduje zatem oparcia ani w treści rozporządzenia (WE) nr 883/2004, ani rozporządzenia (WE) nr 987/2009, ani decyzji A2. Na gruncie rozporządzenia (WE) nr 987/2009 próg 25% odnosi się jedynie do kryteriów ilościowych branych pod uwagę przy ocenie, czy w danym państwie wykonywana jest znaczna część pracy najemnej lub działalności na własny rachunek, o której mowa w art. 13 ust. 1 i 2 (zob. art. 14 ust. 8 rozporządzenia (WE) nr 987/2009). Stąd też odnoszenie tego progu do kryterium wielkości obrotu, uwzględnianego przy ocenie, czy dane przedsiębiorstwo prowadzi znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego w kontekście możliwości delegowania pracowników nie ma uzasadnienia. Na marginesie warto dodać, że także dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/67/UE z dnia 15 maja 2014 r. w sprawie egzekwowania dyrektywy 96/71/WE dotyczącej delegowania pracowników w ramach świadczenia usług, zmieniająca rozporządzenie (UE) nr 1024/2012 w sprawie współpracy administracyjnej za pośrednictwem systemu wymiany informacji na rynku wewnętrznym (dalej „dyrektywa 2014/67/UE”), której jednym z celów jest wskazanie metody oceny, czy przedsiębiorstwo delegujące za granicę pracowników rzeczywiście prowadzi w państwie członkowskim, z którego delegowani są pracownicy znaczącą działalność inną niż działalność zarządcza lub administracyjna o charakterze wyłącznie wewnętrznym, nie wprowadza kryterium poziomu 25% obrotu. Kryterium 25% nie znajduje również oparcia w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości. Przypomnieć trzeba, że część przepisów dotyczących koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego oraz decyzji A2 Komisji Administracyjnej jest wyrazem uwzględnienia orzecznictwa Trybunału.

Godzi się w tym miejscu zauważyć, że decyzja A2 potwierdza przede wszystkim ustalenia Trybunału zawarte w wyroku z dnia 10 lutego 2000 r. w sprawie *C-202/97 Fitzwilliam Executive Search Ltd v Bestuur van het Landelijk instituut sociale verzekeringen*, (European Court Reports 2000 I-00883). Trybunał

stwierdził w nim, że przy ocenie, czy dane przedsiębiorstwo prowadzi znaczącą działalność w państwie członkowskim, instytucja właściwa musi zbadać wszystkie kryteria charakterystyczne dla działalności prowadzonej przez przedsiębiorstwo (zob. pkt 42). Następnie Sąd ten stwierdził, że kryteria te obejmują 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. Trybunał podkreślił, że lista ta nie jest wyczerpująca, a wybór kryteriów powinien być dostosowany do każdego konkretnego przypadku (pkt 43). Na koniec, odwołując się do wyroku z dnia 5 grudnia 1967 r. w sprawie C-19/67 *van der Vecht*, Trybunał wskazał, że fakt, iż praca wykonywana przez pracownika w miejscu delegowania za granicą różni się od pracy normalnie mu oferowanej przez agencję pracy tymczasowej w państwie jej siedziby nie ma większego znaczenia (pkt 44).

Sumując powyższe w ocenie Sądu Najwyższego nie ma wątpliwości, że konieczne jest badanie wszystkich kryteriów, a nie tylko kryterium wielkości obrotu w oderwaniu od innych wymagań charakteryzujących dany wypadek. Również w zagranicznych opracowaniach dotyczących wyroku w sprawie *Fitzwilliam* podkreśla się, że Trybunał nie sformułował w nim warunku uzyskiwania w państwie miejsca rejestracji większości dochodów, kładąc nacisk jedynie na to, czy prowadzona tam działalność jest znacząca (*F. Pennings, Introduction to European Social Security Law, Antwerp – Oxford – New York 2003, s. 110*). Powoływanie się zatem na wyrok *Fitzwilliam* dla uzasadnienia poglądu o konieczności stosowania wymogu uzyskiwania przez pracodawcę co najmniej 25% obrotów w państwie, w którym ma swoją siedzibę, należy uznać za nieuprawnione. W żadnym fragmencie tego orzeczenia Trybunału na tak określone kryterium się nie wskazuje.

Uzasadnienia dla takiego zapatrywania nie mogą stanowić także wyroki Trybunału Sprawiedliwości z 17 grudnia 1970 r. w sprawie 35/70 (*Sarl Manpower*

przeciwko Caisse Primaire d' Assurance Maladie, ECR 1970, s. 01251; dalej jako *Manpower*) oraz z 9 listopada 2000 r. w sprawie C-404/98 (*Josef Plum przeciwko Allgemeine Ortskrankenkasse Rheinland, Regionaldirektion Köln*, ECR 2000, s. I-09397, dalej jako *Plum*). I tak w sprawie *Manpower* chodziło o kwestię dopuszczalności zatrudniania pracowników tymczasowych wyłącznie w celu oddelegowania na terytorium innego państwa członkowskiego oraz ocenę, czy taki pracownik jest pracownikiem agencji pracy tymczasowej czy przedsiębiorcy, do którego został oddelegowany. Trybunał stwierdził, że dla pracownika, który został zatrudniony przez przedsiębiorstwo prowadzące działalność w danym państwie członkowskim, otrzymuje od niego wynagrodzenie, jest od niego zależny i odpowiada za działania wyrządzone przez pracownika oraz decyduje o jego zatrudnieniu (zwolnieniu), stosuje się art. 13 lit. a rozporządzenia nr 3 dotyczącego zabezpieczenia społecznego pracowników migrujących, jeżeli na rachunek tego przedsiębiorcy wykonuje on przejściowo pracę na rzecz innego przedsiębiorcy w innym państwie członkowskim. Wyrok ten odnosi się zatem do kryteriów pozwalających na ustalenie, w jakim przypadku można uznać daną osobę za pracownika delegowanego, jakkolwiek w orzeczeniu tym Trybunał wskazał również, że z art. 14 ust. 1 lit. a rozporządzenia nr 1408/71 (którego odpowiednikiem jest obecnie art. 12 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 883/2004) wynika, że agencja pracy tymczasowej oferująca transgraniczne usługi może uzyskać korzyść wynikającą z tego przepisu tylko wtedy, gdy prowadzi normalną działalność w państwie członkowskim, w którym ma swoją siedzibę (pkt 10).

Z kolei w sprawie *Plum*, Trybunał przesądził, że nie jest możliwe delegowanie pracowników w wypadku przedsiębiorstw prowadzących w państwie oddelegowania wyłącznie czynności administracyjne i na tej kwestii skoncentrowana była główna uwaga tego Sądu. Trybunał wskazał, że artykuł 14 ust. 1 lit. a) rozporządzenia nr 1408/71, zmienionego i uaktualnionego przez rozporządzenie nr 2001/83, który pod pewnymi warunkami pozwala przedsiębiorstwu na przyjęcie rozwiązania, zgodnie z którym pracownicy wysłani przez nie czasowo do pracy w innym Państwie Członkowskim niż państwo siedziby przedsiębiorstwa, będą nadal objęci systemem zabezpieczenia społecznego Państwa Członkowskiego siedziby przedsiębiorstwa, musi być interpretowany jako

niemający zastosowania do pracowników przedsiębiorstwa budowlanego z siedzibą w jednym Państwie Członkowskim, wysyłanych do pracy przy robotach budowlanych na terytorium innego Państwa Członkowskiego, w którym, poza czysto wewnętrznymi działaniami zarządzającymi, to przedsiębiorstwo prowadzi całą swoją działalność. Zgodnie z art. 13 ust. 2 lit. a) rozporządzenia nr 1408/71, pracownicy tacy podlegają ustawodawstwu dotyczącemu zabezpieczenia społecznego Państwa Członkowskiego, na którego terytorium rzeczywiście pracują (zob. pkt 23 oraz sentencja).

Z powyższych uwag wynika, że w celu ustalenia, iż przedsiębiorstwo prowadzi normalną działalność (w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 883/2004), czy też znaczną część działalności innej niż zarządzanie wewnętrzne (według art. 14 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 987/2009), należy uwzględnić wszystkie kryteria charakteryzujące jego działalność oraz charakter przedsiębiorstwa delegującego. Wybór kryteriów powinien być dostosowany do konkretnego wypadku. Ocena ta powinna mieć charakter całościowy, a zatem stanowić ogólny wniosek wynikający z rozważenia wszystkich przyjętych kryteriów. Kryterium obrotu nie ma decydującego lub szczególnego znaczenia, jednakże osiągnięcie obrotu w państwie siedziby przedsiębiorstwa delegującego w wysokości około 25% całych obrotów może prowadzić do wniosku, że prowadzi ono w tym państwie znaczną część działalności, a więc normalnie prowadzi działalność. Ponadto, lista kryteriów, które zostały wymienione jedynie w aktach o charakterze interpretacyjnym (wyroku *Fitzwilliam*, decyzji A2 i Praktycznym poradniku), nie ma charakteru wyczerpującego, lecz przykładowy. Oznacza to, że organ rentowy (jako instytucja właściwa), a następnie sąd kontrolujący w postępowaniu cywilnym jej prawidłowość, mogą i powinny w razie potrzeby wziąć pod uwagę także inne kryteria i okoliczności. Między innymi, w razie występowania liczących się różnic w sile nabywczej walut państwa – siedziby pracodawcy delegującego i państwa – miejsca delegowania, prawidłowe stosowanie kryterium obrotu, jako miernika znaczącej działalności w państwie siedziby pracodawcy, bez uwzględnienia tej różnicy może prowadzić do zafałszowania oceny.

Należy też dodać, że podstawowym celem wyżej wskazanej oceny jest ustalenie, czy przedsiębiorstwo delegujące prowadzi w Polsce normalnie swoją

działalność (art. 12 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 883/2004, co oznacza prowadzenie w Polsce znacznej części działalności (art. 14 ust. 2 rozporządzenia (WE) 987/2009). Określenie „znaczna część działalności” należy przy tym, jak wynika z innych wersji językowych rozporządzenia (WE) nr 987/2009, a także z wyroku *Fitzwilliam* rozumieć jako „znacząca działalność”. Jest ono bowiem równoznaczne z użytymi w innych wersjach językowych art. 14 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 987/2009 i orzeczenia *Fitzwilliam* określeniami: ang. „*substantial activities*”, franc. „*activités substantielles*”, niem. „*nennenswerte Tätigkeiten*”, wł. „*attività sostanziali*”, czesk. „*podstatné činnosti*”. Należy dodać, że także w polskiej wersji językowej wyżej już wymienionej dyrektywy 2014/67/UE używa się określenia „znacząca działalność inna niż działalność zarządcza lub administracyjna o charakterze wyłącznie wewnętrznym” (np. art. 4. ust. 2). Wynika stąd, że pierwszoplanowe znaczenie ma obiektywne ustalenie, czy przedsiębiorstwo rzeczywiście prowadzi w państwie swojej siedziby normalną, rzeczywistą działalność, zaś porównanie skali tej działalności w państwie siedziby i państwie miejsca wykonywania pracy przez pracownika delegowanego ma jedynie znaczenie pomocnicze. Jednocześnie, dla stwierdzenia, czy działalność ta jest znacząca we wskazanym sensie, instytucja właściwa, i ewentualnie sąd, powinny, jak wynika z literalnego brzmienia orzeczenia w sprawie *Fitzwilliam* (pkt 43), decyzji nr A2 (pkt 1 akapit 5) i Praktycznego poradnika, porównać liczebność personelu administracyjnego pracującego w państwie członkowskim, w którym pracodawca ma siedzibę, oraz w drugim państwie członkowskim, obroty w odpowiednio typowym okresie w każdym z państw członkowskich, których rzecz dotyczy (czy też jak to określa Praktyczny poradnik „w państwie delegującym i w państwie zatrudnienia”) oraz liczbę umów wykonanych w państwie delegującym i w państwie zatrudnienia delegowanego pracownika.

Odnosząc powyższe uwagi do oceny zasadności rozpoznawanej skargi kasacyjnej należy stwierdzić, że Sąd drugiej instancji 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 w takim wypadku konieczna jest całościowa ocena, czy przedsiębiorstwo prowadzi faktyczną działalność w państwie

wysyłającym. Sąd drugiej instancji nie zastosował się jednak do prawidłowo sformułowanej tezy, mimo iż zaaprobował ustalenia Sądu pierwszej instancji, że płatnik jest agencją pracy tymczasowej, która zajmuje się między innymi działalnością związaną z wyszukiwaniem miejsc pracy i pozyskiwaniem wykwalifikowanych pracowników następnie udostępnianych przedsiębiorstwom z państw Unii Europejskiej, której obrót osiągnął w 2012 r. z działalności w Polsce utrzymywał się na poziomie 12% obrotów całkowitych. Z rozważań dokonanych powyżej jednoznacznie wynika, że jednym z warunków zastosowania art. 12 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 883/2004, a zatem wyjątkowej regulacji pozwalającej na dalsze pozostanie przez pracownika w systemie ubezpieczeń społecznych państwa, z którego jest delegowany, jest istnienie więzi między delegującym pracodawcą a tym państwem, polegającej na tym, że prowadzi on w nim normalną działalność. Wskazano również, że zgodnie z art. 14 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 987/2009 oraz pkt 1 akapit 5 decyzji A2, 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, powinni 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 drugiej instancji takiej kontroli w zasadzie nie przeprowadził. Sąd drugiej instancji nie wyjaśnił, dlaczego nie wziął pod uwagę takich kryteriów, jak: 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, zaś inne kryteria uwzględnione przez Sąd drugiej instancji zostały przedstawione niedokładnie.

Co prawda, organ rentowy skarżąc wyrok Sądu drugiej instancji 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 bowiem możliwe prawidłowe zastosowanie prawa materialnego bez zgodnego z prawem procesowym ustalenia podstawy faktycznej rozstrzygnięcia (por. między innymi 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).

Mając powyższe na uwadze Sąd Najwyższy na zasadzie art. 398¹⁵ k.p.c. w związku z art. 108 § 2 k.p.c. orzekł jak w sentencji wyroku.