



Sygn. akt II UK 108/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 kwietnia 2016 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Bogusław Cudowski (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Jolanta Frańczak

SSN Jolanta Strusińska-Żukowska

w sprawie z wniosku W. Sp. z o.o. z siedzibą w W.
przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddziałowi w W.
z udziałem zainteresowanego P. K.
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 (...),

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

UZASADNIENIE

Decyzją Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w W. z 26 lipca 2012 r.
organ rentowy odmówił wydania na rzecz wnioskodawcy zaświadczenia A1

potwierdzającego, że zainteresowany P. K. w okresie wykonywania pracy na terytorium Francji od 12 marca 2012 r. do 6 maja 2012 r. podlegał polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych.

Sąd Okręgowy w W. wyrokiem z 27 marca 2013 r. oddalił odwołanie wnioskodawcy od wskazanej wyżej decyzji oraz zasądził od wnioskodawcy na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych zwrot kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd ustalił, że wnioskodawca posiadający siedzibę i prowadzący działalność w Polsce oraz za granicą zajmuje się wyszukiwaniem miejsc pracy i pozyskiwaniem pracowników, współpracując z przedsiębiorcami we Francji, Niemczech i w Polsce, przez delegowanie im określonej liczby pracowników. Administracja wnioskodawcy, a także kadry, księgowość i marketing prowadzone są w Polsce. Większość dochodów spółki w 2012 r. była uzyskiwana za granicą, tam też zatrudniona była znaczna część pracowników. Liczba kontraktów realizowanych w 2012 r. za granicą przewyższała kilkakrotnie liczbę kontraktów realizowanych w Polsce. Obrót osiągniany przez spółkę w 2012 r. z działalności w Polsce utrzymywał się na poziomie 12% obrotów całkowitych. W dniu 8 marca 2012 r. zainteresowany zawarł z wnioskodawcą umowę o pracę na czas określony od 12 marca 2012 r. do 6 maja 2012 r. W ramach tej umowy zainteresowany wykonywał w pełnym wymiarze czasu pracy obowiązki pracownika produkcji na rzecz i pod kierownictwem S.-pracodawcy użytkownika na terenie Francji. Wynagrodzenie określone zostało na 500 euro miesięcznie. Dieta za wykonywanie zadania służbowego poza stałym miejscem pracy została określona na kwotę 45 euro. Przy tak ustalonym stanie faktycznym Sąd orzekł, że odwołanie wnioskodawcy nie zasługuje na uwzględnienie. Stwierdził, 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 (po sprostowaniu art. 11 ust. 3 lit. a) osoba wykonująca w państwie członkowskim pracę najemną, pracę na własny rachunek podlega ustawodawstwu tego państwa członkowskiego, przy czym stosownie do treści art. 12 ust. 1 tego rozporządzenia 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. Sąd wskazał również na treść art. 14 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu i Rady (WE) nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r. dotyczącego wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/2004, gdzie stwierdzono, że „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 jej do innego państwa członkowskiego, pod warunkiem, że osoba ta bezpośrednio przed rozpoczęciem zatrudnienia podlega już ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym siedzibę ma jej pracodawca. Zdaniem Sądu Okręgowego zgromadzony materiał dowodowy uzasadniał przyjęcie, że wnioskodawca w spornym okresie prowadził działalność przede wszystkim za granicą, a w niewielkim jedynie stopniu w Polsce, co wynika z przedłożonego zestawienia obrotów Spółki oraz liczby kontraktów realizowanych w kraju i za granicą, a także liczby pracowników Spółki zatrudnionych w kraju i za granicą w latach 2011-2012. To zaś oznacza, że ustawodawstwem właściwym dla normalnego prowadzenia działalności wnioskodawcy nie było ustawodawstwo polskie.

Wyrok Sądu Okręgowego zaskarżył wnioskodawca, zarzucając naruszenie prawa materialnego, to jest: (-) 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 w związku z art. 14 ust. 2 rozporządzenia Parlamentu i Rady (WE) nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r. dotyczącego wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/2004; (-) decyzji nr A2 Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego z dnia 12 czerwca 2009 r. dotyczącej interpretacji art. 12 rozporządzenia 883/2004. Ponadto, zarzucił naruszenie przepisów postępowania, to jest art. 233 § 1 k.p.c.

Wyrokiem z 8 listopada 2013 r. Sąd Apelacyjny w (...) zmienił zaskarżony wyrok Sądu Okręgowego oraz poprzedzającą go decyzję Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w W. w ten sposób, że nakazał wydanie zaświadczenia

potwierdzającego, że P. K. podlega polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych za czas od 12 marca 2012 r. do 6 maja 2012 r., czyli w okresie wykonywania pracy na terytorium Francji (pkt I); zasądził od strony pozwanej na rzecz wnioskodawcy zwrot kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym (pkt II). Sąd wskazał, że w przypadku pracowników najemnych generalną regułą jest podleganie systemowi zabezpieczenia społecznego tego kraju, w którym jest świadczona praca (*lex loci laboris*). Wynika to z dyspozycji art. 11 ust. 2 lit a rozporządzenia nr 883/2004 (po sprostowaniu art. 11 ust. 3 lit. a), który stanowi, że osoba wykonująca w państwie członkowskim pracę najemną lub pracę na własny rachunek podlega ustawodawstwu tego państwa członkowskiego. Odstępstwo od tej reguły przewiduje art. 12 ust. 1 ww. rozporządzenia, który stanowi, że osoba wykonująca działalność jako pracownik najemny w państwie członkowskim w imieniu pracodawcy, który tam normalnie prowadzi działalność, a która jest delegowana przez tego pracodawcę do innego państwa członkowskiego do wykonywania pracy w imieniu 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 osobę. Sąd dalej wskazał, że w szczegółowych uregulowaniach dotyczących art. 12 i 13 rozporządzenia nr 883/2004, zawartych w art. 14 ust. 1 i 2 rozporządzenia nr 987/2009 wskazano, że sformułowanie zawarte w art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 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 jej do innego państwa członkowskiego, pod warunkiem, że osoba ta bezpośrednio przed rozpoczęciem zatrudnienia podlega już ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym siedzibę ma jej pracodawca. W art. 14 ust. 2 wyjaśniono z kolei, że sformułowanie zawarte w art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 „który normalnie tam prowadzi swą działalność” 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. Kryteria te muszą zostać dopasowane do specyficznych cech każdego pracodawcy i do rzeczywistego charakteru prowadzonej działalności. Sąd stwierdził, że w rozpoznawanej sprawie nie było spornym, że przewidywany okres wykonywania pracy przez zainteresowanego na terenie Francji nie przekraczał 24 miesięcy, oraz że pracownik nie został skierowany w miejsce innej osoby, której upłynął okres skierowania. Spór wymagał zatem rozstrzygnięcia, czy wnioskodawca prowadzi na terenie Polski „znaczną działalność”, o której mowa w art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004, inną niż działalność związaną z samym zarządzeniem wewnętrznym, oraz na jakich zasadach zainteresowany został oddelegowany do pracy we Francji. Sąd zwrócił uwagę na treść decyzji nr A2 z dnia 12 czerwca 2009 r. dotyczącej wykładni art. 12 rozporządzenia nr 883/2004 w sprawie ustawodawstwa mającego zastosowanie do pracowników delegowanych i osób wykonujących pracę na własny rachunek, tymczasowo pracujących poza państwem właściwym. Komisja Administracyjna ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego wskazała, że pierwszym decydującym warunkiem dla zastosowania art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 jest istnienie bezpośredniego związku między pracodawcą a zatrudnionym przez niego pracownikiem. Drugi warunek to istnienie więzi 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. Z powyższego wynika, zdaniem Sądu, że poza istnieniem więzi pracowniczej wymaga się, by przedsiębiorstwo delegujące „zwykle” prowadziło działalność na terenie państwa, z którego pracownik został oddelegowany. Ponadto, że chodzi 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. 1 lit. a rozporządzenia nr 987/2009. Sąd wskazał, ponadto, 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. Sąd analizując wskaźniki takie jak: miejsce siedziby przedsiębiorstwa delegującego i jego administracji, liczbę personelu administracyjnego obecnego w państwie członkowskim wysyłającym, miejsce rekrutacji pracowników delegowanych, miejsce zawierania umów, prawo, któremu podlegają umowy zawarte z pracownikami - uznał prawidłowość ustaleń Sądu pierwszej instancji. Jednocześnie stwierdził, że krótkotrwała zmiana niektórych wskaźników nie powinna ważyć na ocenie wniosku. Podkreślił, że funkcjonowanie przedsiębiorstwa uzależnione jest od szeregu czynników, w tym od niego niezależnych. Sąd Apelacyjny ocenił, że dokumentacja dostarczona przez wnioskodawcę wskazuje na zmienne wartości zarówno obrotów, jak i liczby zatrudnionych pracowników. W 2011 oraz 2012 roku odnotowano spadek osiąganego obrotu na terenie Polski, jednakże, zdaniem Sądu, tendencja ta związana była w ówczesną sytuacją na rynku europejskim. Z tego też względu wartość osiągniętych przez wnioskodawcę obrotów, według Sądu, nie może stanowić podstawowego determinantu w rozstrzygnięciu tej sprawy.

Wyrok Sądu Apelacyjnego zaskarżył w całości 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.), oraz art. 11 ust. 2 lit. a i art. 12 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29.04.2004r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz. Urz. UE nr L 166 z 30.04.2004r.), art. 14 ust. 1 i 2 i art. 19 ust. 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r. dotyczącego wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz. Urz. UE nr L 284 z 30.10.2009 r.) poprzez ich błędną wykładnię i zastosowanie w wyniku, której nie zasadnie przyjęto, że W. sp. z o.o. w spornym okresie prowadziła normalną działalność na terenie Polski w związku z czym zainteresowany w okresie tym winien podlegać ustawodawstwu polskiemu w zakresie ubezpieczeń społecznych, co spowodowało z kolei naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 1 w zw. z 11 ust. 1 i art. 12 ust. 1 oraz art. 13 pkt 1 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych poprzez niezasadne

objęcie zainteresowanego ubezpieczeniami społecznymi jako pracownika na terenie Polski.

Przyjęcie skargi kasacyjnej do rozpoznania skarżący uzasadnił występowaniem w sprawie istotnego zagadnienia prawnego związanego z ustaleniem czy dane przedsiębiorstwo będące agencją pracy tymczasowej prowadzi „znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę”, to jest czy prowadzona przez nie tam działalność ma charakter „normalnej” w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 w zw. z art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009 w sytuacji, w której obroty osiągane przez to przedsiębiorstwo w państwie, w którym ma swoją siedzibę wynoszą znacznie mniej niż 25%, a nadto przeważająca liczba kontraktów realizowana jest poza granicami kraju siedziby, jak i przeważająca liczba pracowników jest delegowana do pracy poza granice kraju siedziby, a nadto przychód ze sprzedaży w kraju siedziby jest wielokrotnie niższy od przychodu ze sprzedaży poza granicami kraju, przy założeniu, że w kraju siedziby prowadzona jest głównie działalność administracyjna przedsiębiorstwa. Zdaniem skarżącego, w celu ustalenia 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 swoją 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, 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, jak i liczbę umów wykonanych w państwie wysyłającym. Opracowany przez Komisję Administracyjną na podstawie decyzji nr A2 „Praktyczny Poradnik: Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej (UE), Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) i Szwajcarii” wskazuje, że obroty osiągane przez delegujące przedsiębiorstwo w państwie zatrudnienia w odpowiednim okresie

powinny wynosić co najmniej 25%, a przypadki, kiedy obrót firmy jest niższy niż 25% wymagają pogłębionej analizy w zakresie liczby pracowników zatrudnionych w kraju i za granicą oraz liczby realizowanych umów/kontraktów w kraju i za granicą. Zdaniem organu rentowego w tej sprawie wnioskodawca nie prowadził na terenie Polski znacznej części działalności, a w związku z tym nie mógł korzystać z możliwości odstąpienia od zasady *lex loci laboris*. W sytuacji rażącej dysproporcji pomiędzy umowami realizowanymi w kraju siedziby przedsiębiorstwa i za granicą, a także pomiędzy pracownikami zatrudnionymi w kraju siedziby a pracownikami delegowanymi do innych krajów UE oraz przy uwzględnieniu wysokości obrotu przedsiębiorstwa w kraju jego siedziby kształtującego się na poziomie znacznie niższym niż wymagane 25% oraz z uwzględnieniem faktycznego źródła przychodu przedsiębiorstwa, uprawnione jest twierdzenie, iż wnioskodawca nie prowadzi znacznej (normalnej) działalności na terenie kraju, w którym ma swoją siedzibę.

Zdaniem organu rentowego w sprawie istnienie również potrzeba wykładni przepisów prawnych budzących poważne wątpliwości, to jest art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 oraz art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009 w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 1, 11 ust. 1 i art. 12 ust. 1 oraz art. 13 pkt 1 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych w kontekście warunków, jakie musi spełnić przedsiębiorca, aby uznać, iż prowadzi on znaczną (normalną) działalność w Polsce, co z kolei warunkowałoby przy spełnieniu pozostałych warunków uznanie, iż pracownik delegowany takiego przedsiębiorcy podlegałby ustawodawstwu polskiemu w zakresie ubezpieczeń społecznych. Skarżący wskazał, że w przedmiotowej sprawie przy w zasadzie bezspornym stanie faktycznym Sądy dokonały diametralnie odmiennej interpretacji i wykładni przepisów wspólnotowych, a nadto jak wynika z treści uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego występują wyraźne problemy ze przedstawieniem spójnej i odpowiadającej wymogom ustawowym wykładni w/w przepisów. Według skarżącego w przedmiotowej sprawie ustalono stan faktyczny, który nie pozwala na dokonywanie wykładni i zastosowania tychże przepisów w sposób dokonany przez Sąd Apelacyjny.

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 Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania, a także o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu kasacyjnym.

W odpowiedzi na skargę kasacyjną odwołująca się Spółka wniosła o jej oddalenie oraz zasądzenie od organu rentowego na rzecz wnioskodawcy kosztów postępowania kasacyjnego według norm przepisanych.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna ma usprawiedliwioną podstawę.

Zasadniczy problem w tej sprawie sprawdza się do wykładni pojęcia „*pracodawcy, który normalnie prowadzi tam swą działalność*” z art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004, odpowiednio „*pracodawcy zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności, innej niż działalność związana z samym zarządzaniem wewnętrznym na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę*” z art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009, oraz zastosowania tych regulacji prawnych w ustalonym stanie faktycznym.

W przedmiocie wykładni wskazanych wyżej pojęć w sposób wyczerpujący wypowiedział się Sąd Najwyższy w uchwale z 18 listopada 2015 r., wydanej w składzie siedmiu sędziów, w sprawie II UK 100/14, LEX nr 1855135. W uchwale tej Sąd Najwyższy stwierdził, że w celu ustalenia, czy przedsiębiorstwo prowadzi normalną działalność (w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004), czy też znaczną część działalności innej niż zarządzenie wewnętrzne (według art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009), należy uwzględnić wszystkie kryteria charakteryzujące jego działalność oraz charakter przedsiębiorstwa delegującego. Wybór kryteriów powinien być dostosowany do konkretnego wypadku. Sąd podkreślił, że ocena ta powinna mieć charakter całościowy, a zatem powinna stanowić ogólny wniosek wynikający z rozważenia wszystkich przyjętych kryteriów. Kryterium obrotu nie ma przy tym 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. Sąd wskazał, ponadto, że lista kryteriów, które zostały wymienione jedynie w

aktach o charakterze interpretacyjnym (wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 10 lutego 2000 r. w sprawie *Fitzwilliam*, decyzja nr A2 Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji systemów Zabezpieczenia społecznego, publikacja Komisji Europejskiej pt. „*Praktyczny poradnik: Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej (UE) w Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) i w Szwajcarii (UE)*”), nie ma charakteru wyczerpującego, lecz przykładowy. Co z kolei oznacza, że organ rentowy (instytucja właściwa), a następnie sąd kontrolujący prawidłowość decyzji organu rentowego w postępowaniu cywilnym, mogą i powinny w razie potrzeby uwzględnić także inne kryteria i okoliczności. Między innymi, w razie występowania licznych różnic w sile nabywczej waluty państwa siedziby pracodawcy delegującego i państwa miejsca delegowania, prawidłowe stosowanie kryterium obrotu, jako miernika znacznej działalności w państwie siedziby pracodawcy, bez uwzględnienia tej różnicy może prowadzić do zafałszowania oceny. W dalszej części uzasadnienia Sąd Najwyższy podkreślił, 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. Ponadto, że dla stwierdzenia, czy działalność przedsiębiorstwa w państwie siedziby 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 tych państw członkowskich, których rzecz dotyczy (to jest według Praktycznego poradnika „w państwie delegującym i w państwie zatrudnienia”) oraz liczbę umów wykonanych w państwie delegującym i w państwie zatrudnienia delegowanego pracownika (orzeczenie w sprawie *Fitzwilliam* (pkt 43), decyzja nr A2 - pkt 1 akapit 5). Sąd Najwyższy jednocześnie stwierdził, że przedmiotowa ocena ma charakter ustalenia faktycznego i jeśli sąd rozważy, zachowując zasady postępowania cywilnego, wszystkie istotne w okolicznościach sprawy kryteria, to kasacyjny zarzut naruszenia przepisów prawa przez wydany w rezultacie takiej oceny wyrok nie będzie mógł być skutecznie postawiony.

Sąd Najwyższy w obecnym składzie podziela stanowisko Sądu Najwyższego przedstawione w uchwale z 18 listopada 2015 r.

Uwzględniając powyższe uwagi w kontekście oceny zasadności skargi kasacyjnej należy stwierdzić, że Sąd Apelacyjny trafnie zinterpretował, że z treści decyzji nr A2 z dnia 12 czerwca 2009 r. dotyczącej wykładni art. 12 rozporządzenia nr 883/2004 nie wynika, że to właśnie obrót odgrywa pierwszoplanową rolę przy ocenie, czy przedsiębiorstwo może powołać się na art. 14 ust. 1 rozporządzenia nr 987/2009. Sąd Apelacyjny nie przeprowadził jednak całościowej oceny okoliczności faktycznych w celu ustalania czy odwołująca się spółka prowadzi faktyczną działalność w państwie, gdzie ma swoją siedzibę. Z uzasadnienia zaskarżonego wyroku wynika, że Sąd Apelacyjny za prawidłowe uznał następujące ustalenia Sądu pierwszej instancji: miejsce siedziby przedsiębiorstwa delegującego i jego administracji, liczbę personelu administracyjnego obecnego w państwie członkowskim wysyłającym, miejsce rekrutacji pracowników delegowanych, miejsce zawierania umów, prawo, któremu podlegają zawarte umowy zawarte z pracownikami (przy czym brak dalszych ustaleń jakie prawo i w jakim zakresie jest prawem właściwym do tych umów). Jednocześnie Sąd Apelacyjny stwierdził, że krótkotrwała zmiana niektórych wskaźników (nie precyzując których) nie powinna ważyć na ocenie wniosku. W dalszej części uzasadnienia ograniczył się natomiast do stwierdzenia, że z dokumentacji dostarczonej przez spółkę wynika zmienna wartość zarówno obrotów jak i liczby zatrudnionych pracowników. Wskazał, że w 2011 i 2012 roku odnotowano spadek osiąganego obrotu na terenie Polski, niemniej tendencja ta - zdaniem Sądu - była związana obecną sytuacją na rynku europejskim i z tego względu wartość osiąganą przez spółkę obrotów nie może stanowić podstawowego determinantu w rozstrzygnięciu sprawy. Sąd nie dokonał dalszych ustaleń co do tendencji spadkowej obrotu osiąganego w Polsce, w szczególności czy tendencja ta była krótkotrwała. Z kolei powołanie się przez Sąd na bliżej nieokreśloną „obecną sytuację na rynku europejskim”, w sytuacji gdy regulacje art. 12 ust. 2 rozporządzenia nr 883/2004 oraz art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009 stanowią wyjątki od zasady (*lex loci laboris*) wyrażonej w art. 11 ust. 3 lit. a rozporządzenia nr 883/2004, również jest dalekie od spełnienia wymogu dokonania całościowej oceny sytuacji delegującego przedsiębiorstwa.

Ponadto, w zaskarżonym wyroku brak ustaleń co do zmiany liczby pracowników przedsiębiorstwa delegującego pracujących w państwie delegującym (to jest w państwie, w którym przedsiębiorstwo ma siedzibę) i w innych państwach członkowskich w odpowiednim okresie oraz oceny tych zmian z perspektywy ustalenia czy pracodawca zazwyczaj prowadzi znaczną część działalności na terytorium państwa, w którym ma siedzibę. Z treści uzasadnia wyrok nie wynika także, aby Sąd uwzględnił specyfikę odwołującej się spółkę będącej agencją pracy tymczasowej - to jest okoliczności, która zgodnie z art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009 powinna determinować dobór kryteriów charakteryzujących działalność przedsiębiorstwa delegującego.

Mając na względzie powyższe, w ocenie Sądu Najwyższego zarzut naruszenia przepisów praw materialnego wskazanych przez skarżącego jest uzasadniony, ponieważ Sąd Apelacyjny zastosował te przepisy do niedostatecznie ustalonego stanu faktycznego. Zgodnie natomiast z utrwalonym stanowiskiem w orzecznictwie Sądu Najwyższego nie jest możliwe prawidłowe zastosowanie prawa materialnego do niedostatecznie ustalonego stanu faktycznego (błąd subsumcji) - przykładowo postanowienie SN z 9 grudnia 2004 r., I UK 119/04, LEX 1615872; wyrok SN z 11 kwietnia 2006 r., I PK 164/05, Monitor Prawa Pracy 2006/10/541; wyrok SN z 9 maja 2008 r., II PK 316/07, OSNP 2009 nr 19-20, poz. 250; wyrok SN z 4 listopada 2008 r., II PK 100/08, OSNP 2010 nr 9-10, poz. 108; wyrok SN z 10 marca 2011 r., II PK 241/10, LEX nr 817524).

Z tych powodów, na podstawie art. 398¹⁵ § 1 k.p.c., Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji. O kosztach postępowania kasacyjnego orzekając na podstawie art. 108 § 2 w zw. z art. 398²¹ k.p.c.

