



Sygn. akt II UK 112/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 maja 2018 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Bohdan Bieniek (przewodniczący)

SSN Piotr Prusinowski (sprawozdawca)

SSN Romualda Spyt

w sprawie z wniosku M.P.

przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddziałowi w L.

z udziałem K.R.

o ustalenie właściwego ustawodawstwa w zakresie ubezpieczeń społecznych,

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy i Ubezpieczeń

Społecznych w dniu 10 maja 2018 r.,

skargi kasacyjnej organu rentowego od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)

z dnia 4 sierpnia 2016 r., sygn. akt III AUa (...),

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

UZASADNIENIE

Decyzją z 14 listopada 2014 r. Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w L., działając na podstawie art. 83a ust. 1 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych w związku z art. 11 ust. 3 lit. a), art. 13 ust. 1

rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (dalej jako rozporządzenie nr 883/2004) oraz art. 14 ust. 8 lit. a) 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 zabezpieczenia społecznego (dalej jako rozporządzenie nr 987/2009 albo rozporządzenie wykonawcze), stwierdził, że M.P. z tytułu zatrudnienia w I. K. R. nie podlega polskiemu ustawodawstwu w zakresie zabezpieczenia społecznego w okresie od 12 grudnia 2010 r. do 21 stycznia 2011 r. oraz unieważnił zaświadczenie A 1 wydane w dniu 23 grudnia 2010 r.

Wyrokiem z 29 kwietnia 2015 r., IV U (...) Sąd Okręgowy w Z. oddalił odwołanie M.P. od powyższej decyzji. Podstawą rozstrzygnięcia były następujące ustalenia faktyczne. Zainteresowana K.R. w latach 2009-2013 r. prowadziła działalność gospodarczą pod nazwą I. K. R., przedmiotem której była działalność paramedyczna polegająca na usługach opiekuńczych i usługach pomocy domowej świadczonej na terenie kraju i za granicą oraz sprzedaż armatury domowej. W tym celu zatrudniała pracowników do pracy za granicą, wystawiając im polecenia wyjazdu służbowego, zaś między wyjazdami udzielała im urlopu bezpłatnego lub wypoczynkowego. Poza incydentalnymi i śladowymi obrotami wynikającymi ze sprzedaży armatury, żadna działalność nie była prowadzona na terenie Polski, gdzie zatrudnieni byli tylko pracownicy administracji. Osiągnięte obroty za okres od kwietnia 2009 r. do kwietnia 2012 r. stanowią 99,39% uzyskanych za granicą, a 0,61% stanowią obroty uzyskane w Polsce.

Odwołująca była zatrudniona u płatnika składek na podstawie umowy o pracę z 6 grudnia 2010 r. na okres próbny trwający od 12 grudnia 2010 r. do 11 marca 2011 r. na stanowisku opiekunki osób starszych i pomocy domowej w zadaniowym wymiarze czasu pracy. Jako miejsce wykonywania pracy wskazano „L., ul. O.”. Zainteresowana otrzymała od pracodawcy polecenia wyjazdu służbowego do pracy w N. w Niemczech w celu opieki osoby starszej w okresach od 12 do 31 grudnia 2010 r. i od 1 do 17 stycznia 2011 r. W okresach od 18 do 23 stycznia 2011 r. i od 27 stycznia do 22 lutego 2011 r. pobierała wynagrodzenie za czas niezdolności do pracy, natomiast od 23 lutego do 11 marca 2011 r., to jest do

ustania stosunku pracy, odwołująca korzystała z zasiłku chorobowego.

Odwołująca została ponownie zatrudniona u płatnika składek na podstawie umowy o pracę z 10 grudnia 2012 r. na czas określony od dnia 16 grudnia 2012 r. do 16 stycznia 2013 r. w pełnym wymiarze czasu pracy na stanowisku opiekunka osób starszych, pomoc domowa/konsultant. Jako miejsce wykonywania pracy wskazano ponownie L., ul. O.

Zakład Ubezpieczeń Społecznych na wniosek płatnika składek wydał 23 grudnia 2010 r. zaświadczenie o ustawodawstwie dotyczącym zabezpieczenia społecznego na podstawie art. 13 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 ustalając zastosowanie ustawodawstwa polskiego w okresie od 12 grudnia 2010 r. do 21 stycznia 2011 r. z tytułu wykonywania pracy przez M.P. na terytorium dwóch państw Unii Europejskiej (Polska - Niemcy). Organ oparł się na złożonych przez pracodawcę dokumentach, z których wynikało, że praca wykonywana przez ubezpieczoną w okresie od 12 grudnia 2010 r. do 21 stycznia 2011 r. będzie miała charakter naprzemienny. Płatnik składek oświadczyła, że M.P. w okresie od 12 grudnia 2010 r. do 21 stycznia 2011 r. będzie pracowała przez 25% swojego czasu pracy w Polsce, a 75% w pozostałych krajach UE. Również wynagrodzenie uzyskane z tej pracy będzie kształtowało się na poziomie 25% w Polsce, 75% w pozostałych krajach UE.

W wyniku przeprowadzonej kontroli w dniach od 4 kwietnia do 17 lipca 2013 r. u płatnika składek organ rentowy ustalił, że faktycznie M.P. w okresie objętym zaświadczeniem wykonywała pracę wyłącznie na terytorium Niemiec.

Płatnik składek I. K. R. złożyła wniosek do niemieckiej instytucji za pośrednictwem ZUS w Kielcach o wyrażenie zgody na utrzymanie stosowania polskiego ustawodawstwa dla pracowników. Niemiecka instytucja poinformowała, że zawarcie porozumienia wyjątkowego nie będzie możliwe do czasu wycofania niesłusznie poświadczonych formularzy E101 i A 1.

Przy tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy uznał, że decyzja organu rentowego jest prawidłowa. Wskazał na zasadę wynikającą z art. 11 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004, a także na wyjątek wprowadzony w art. 12 ust. 1 tego rozporządzenia. Sąd podkreślił, że możliwość skorzystania z tego ostatniego przepisu jest limitowana licznymi warunkami. Obowiązujące od 1 maja 2010 r.

rozporządzenie wykonawcze nr 987/2009 wskazuje, że w celu stosowania art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 sformułowanie „który normalnie tam prowadzi tam swoją działalność” odnosi się do pracodawcy zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności, innej niż związana tylko z zarządzaniem, na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma siedzibę, z uwzględnieniem wszystkich kryteriów charakteryzujących działalność prowadzoną przez dane przedsiębiorstwo, przy czym kryteria te powinny zostać dopasowane do cech specyficznych pracodawcy i profilu prowadzonej działalności. Zgodnie natomiast z art. 13 ust. 1 rozporządzenia 883/2004 - w brzmieniu obowiązującym od dnia 1 maja 2010 r. - osoba, która normalnie wykonuje pracę najemną w dwóch lub w kilku Państwach Członkowskich podlega:

a) ustawodawstwu Państwa Członkowskiego, w którym ma miejsce zamieszkania, jeżeli wykonuje znaczną część pracy w tym Państwie Członkowskim lub jeżeli jest zatrudniona przez różne przedsiębiorstwa lub przez różnych pracodawców, którzy mają siedzibę lub miejsce wykonywania działalności w różnych Państwach Członkowskich lub

b) ustawodawstwu Państwa Członkowskiego, w którym znajduje się siedziba lub miejsce wykonywania działalności zatrudniającego ją przedsiębiorstwa lub pracodawcy, jeżeli osoba ta nie wykonuje znacznej części swej pracy w Państwie Członkowskim, w którym ma miejsce zamieszkania.

Dodatkowo Sąd Okręgowy zwrócił uwagę, że na podstawie art. 14 ust. 8 rozporządzenia nr 987/2009 do celów stosowania art. 13 ust. 1 i 2 rozporządzenia podstawowego „znaczna część pracy najemnej lub działalności na własny rachunek” wykonywana w państwie członkowskim oznacza znaczną pod względem ilościowym część pracy najemnej lub pracy na własny rachunek wykonywanej w tym państwie członkowskim, przy czym nie musi to być koniecznie największa część tej pracy.

W celu określenia, czy znaczna część pracy jest wykonywana w danym państwie członkowskim, należy uwzględnić następujące kryteria orientacyjne:

- w przypadku pracy najemnej - czas pracy lub wynagrodzenie; oraz
- w przypadku pracy na własny rachunek - obrót, czas pracy, liczba świadczonych usług lub dochód.

W ramach ogólnej oceny, spełnienie powyższych kryteriów w proporcji mniejszej niż 25% tych kryteriów wskazuje, że znaczna część pracy nie jest wykonywana w danym państwie członkowskim. Szerzej kryteria te zostały określone (choć nie wyczerpująco) w Decyzji Nr A2 Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego z 12 czerwca 2009 r., dotyczącej wykładni art. 12 rozporządzenia nr 883/2004. Opracowany przez tę Komisję na podstawie Decyzji nr A2 Praktyczny poradnik: „Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej (UE), Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) i Szwajcarii” wskazuje ponadto, że obroty osiągane przez delegujące przedsiębiorstwo w państwie zatrudnienia w odpowiednim okresie powinny wynosić co najmniej 25%. 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.

Według Praktycznego poradnika, który nawiązuje do art. 14 ust. 5 rozporządzenia 987/2009 osoba, która „normalnie wykonuje pracę najemną w dwóch lub więcej państwach członkowskich, oznacza osobę, która równocześnie lub na zmianę wykonuje jedną lub kilka odrębnych prac w dwóch lub w kilku państwach członkowskich na rzecz tego samego przedsiębiorstwa lub pracodawcy bądź kilku przedsiębiorstw lub pracodawców”. Natomiast prace, które są wykonywane na zmianę odnoszą się do sytuacji, w których „prace nie są wykonywane równocześnie na terytorium kilku państw członkowskich, lecz składają się z następujących po sobie prac wykonywanych jedna po drugiej w różnych państwach członkowskich. Aby ustalić, czy prace są wykonywane w następujących po sobie okresach, należy uwzględnić nie tylko przewidywaną długość okresów pracy, ale także charakter zatrudnienia. Nie ma znaczenia, jak często następują zmiany pracy, natomiast wymagana jest pewna regularność działalności”.

Sąd pierwszej instancji podkreślił także, że kryterium obrotu powinno zostać odniesione do skali działalności przedsiębiorstwa. Zastrzegł także, że obrót na poziomie 25% odnosi się dla wszystkich państw Unii i w tym wyraża się jego uniwersalny walor jako jednakowego punktu odniesienia dla wszystkich adresatów (firm, przedsiębiorstwa) z wielu różnych państw. Taki poziom wymaganego obrotu odpowiada regulacji prawnej, adresowanej do „pracodawcy zazwyczaj

prowadzącego znaczną część działalności, innej niż działalność związana z samym zarządzaniem wewnętrznym na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma siedzibę, (...)” - art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 w związku z art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009).

Mając na uwadze przeprowadzone rozważania, Sąd Okręgowy uznał, że decyzja organu rentowego była prawidłowa, gdyż nie zostały spełnione warunki do podlegania polskiemu ubezpieczeniu społecznemu. Jak wykazały wyniki kontroli przeprowadzonej u płatnika składek, poza incydentalnymi i śladowymi obrotami wynikającymi ze sprzedaży armatury, żadna działalność nie była prowadzona przez płatnika składek I. K. R. na terenie Polski. Działalność na terenie kraju sprowadzała się jedynie do prowadzenia wewnętrznej administracji, zaś osiągnięte obroty za okres od kwietnia 2009 r. do kwietnia 2012 r. stanowiły 99,39% uzyskanych za granicą, a 0,61% stanowiły obroty uzyskane w Polsce. Ustalono również, że w dokumentach płatnika składek nie ma umów zawartych na usługi opiekuńcze ani na usługi pomocy domowej zawarte w kraju. Pracownicy nie świadczyli pracy w Polsce, zaś pomiędzy wyjazdami za granicę pracownikom był udzielany urlop bezpłatny lub wypoczynkowy, o który pracownicy występowali na piśmie. Zdaniem Sądu Okręgowego, z tych przyczyn polskie ubezpieczenie społeczne nie jest właściwe dla odwołującej wykonującej pracę za granicą, stąd też pozwany organ rentowy zasadnie uznał, że odwołująca nie podlega polskiemu ustawodawstwu w zakresie zabezpieczenia społecznego w spornym okresie oraz - z uwagi na złożony przez płatnika składek wniosek do niemieckiej instytucji za pośrednictwem ZUS o wyrażenie zgody na utrzymanie stosowania polskiego ustawodawstwa dla pracowników w oparciu o przepis art. 16 ust. 1 ww. Rozporządzenia - unieważnił wydane zaświadczenie A 1.

Wyrokiem z dnia 4 sierpnia 2016 r. Sąd Apelacyjny w (...), uwzględniając apelację M.P., zmienił wyrok Sądu Okręgowego i poprzedzającą go decyzję organu rentowego i stwierdził, że odwołująca się podlega polskiemu ustawodawstwu w zakresie zabezpieczenia społecznego od dnia 12 grudnia 2010 r. od dnia 31 stycznia 2011 r. Sąd zobowiązał równocześnie organ rentowy do wydania zaświadczenia A 1 potwierdzającego podleganie ustawodawstwu polskiemu w spornym okresie.

W ocenie Sądu odwoławczego Sąd Okręgowy dokonał prawidłowych i miarodajnych ustaleń faktycznych. Wskazał dodatkowo, że odwołująca w okresie od 2002 r. do końca 2011 r. miała prawo do renty z tytułu niezdolności do pracy. Okoliczność ta, niekwestionowana przez organ rentowy i mająca potwierdzenie w przedłożonym zaświadczeniu, miała istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, zatem należało rozszerzyć o nią podstawę faktyczną rozstrzygnięcia.

Odnosząc się do sfery prawnej, Sąd drugiej instancji wskazał na art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004. Przepis ten stanowi, że 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. Analizując treść tego przepisu należy na wstępie zaznaczyć, że zawarta w nim regulacja stanowi wyjątek od ogólnej zasady, wynikającej z tezy 17 preambuły cytowanego rozporządzenia, w myśl której osoba wykonująca pracę w państwie członkowskim, podlega ustawodawstwu państwa, w którym praca jest świadczona. W istocie więc, zarówno organ rentowy, jak i Sąd pierwszej instancji, uznali, że w sprawie nie zaszyły przesłanki do objęcia ubezpieczonej wspomnianym wyjątkiem i w zaskarżonej decyzji ustalono dla spornego okresu ustawodawstwo niemieckie, jako wynikające z miejsca świadczenia.

Kontynuując ten wątek, Sąd Apelacyjny stwierdził, że niejasna językowo regulacja zawarta w art. 12 ust. 1 rozporządzenia wymaga wskazania, iż co do zasady dotyczy on pracowników zatrudnionych i wykonujących pracę w jednym państwie, którzy są delegowani przez dotychczasowego pracodawcę w celu krótkotrwałego wykonywania pracy w innym państwie. Z tego względu wątpliwości może budzić zastosowanie art. 12 ust. 1 w sytuacji, gdy pracownik zatrudniony został w celu skierowania go do pracy za granicą, a przed delegowaniem nie był w ogóle zatrudniony u tego samego pracodawcy. Stosowanie art. 12 ust. 1 jest jednak wyraźnie rozszerzone również na taką kategorię osób przez art. 14 ust. 1 rozporządzenia nr 987/2009, który stanowi, że do celów stosowania art. 12 ust. 1

rozporządzenia podstawowego „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. Oceniając, czy odwołująca spełnia powyższe kryterium, należy zatem rozważyć, czy została zatrudniona przez pracodawcę w celu delegowania za granicę oraz czy przed zatrudnieniem spełniała przesłankę podlegania ustawodawstwu polskiemu w zakresie systemu zabezpieczenia społecznego.

Co do pierwszej kwestii odwołująca podnosiła w toku postępowania, w tym w apelacji, szereg twierdzeń, dotyczących jej zatrudnienia, związanych z sytuacją po powrocie z zagranicy. Wskazywała, że miała świadczyć pracę w L., jednak zachorowała, a także, że opiekowała się osobą starszą w dniach 24-26 stycznia 2011 r. Okoliczności te nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, bowiem odwołująca nie zakwestionowała zasadniczego wniosku organu rentowego, zgodnie z którym została zatrudniona w celu wyjazdu do pracy za granicę, co było powszechną praktyką stosowaną przez K.R. W rezultacie, nie było podstaw do zakwestionowania stanowiska, że odwołująca została zrekrutowana i zatrudniona w celu delegowania do pracy za granicę.

Sąd odwoławczy uznał za jasne, że odwołująca podlegała ubezpieczeniu zdrowotnemu przed podjęciem zatrudnienia u płatnika składek. Świadczy o tym pobieranie renty z tytułu niezdolności do pracy, co jest wystarczające dla uznania, że wnioskodawczyni spełniała przesłankę podlegania bezpośrednio przed rozpoczęciem zatrudnienia ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym siedzibę ma pracodawca.

Natomiast w ocenie Sądu odwoławczego Sąd Okręgowy błędnie oparł się na przesłance przychodu, jako decydującej o braku możliwości zastosowania art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004. Pogląd taki, wyrażany wielokrotnie w orzecznictwie, stracił aktualność w świetle stanowiska wyrażonego przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 18 listopada 2015 r., II UK 100/14, LEX nr 1855135,

wydanym w rozszerzonym składzie siedmiu sędziów. W orzeczeniu tym wskazano, 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. 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.

Podzielając powyższy pogląd, Sąd Apelacyjny uznał za konieczne dokonanie oceny, czy K.R. prowadziła w spornym okresie znaczną część działalności w Polsce. W tym zakresie konieczne było podkreślenie okoliczności faktycznych ustalonych przez Sąd Okręgowy, zgodnie z którymi K.R., niezależnie od zakresu zgłoszonego w ewidencji, prowadziła działalność polegającą na rekrutowaniu w Polsce osób do pracy za granicą. Jak wynika z dokumentów zgromadzonych w aktach organu rentowego pracownicy bezpośrednio po zatrudnieniu kierowani byli do pracy za granicą, wystawiane były im polecenia wyjazdu służbowego, a po powrocie do Polski korzystali z urlopów wypoczynkowych albo bezpłatnych. Działalność miała zatem charakter transgraniczny, polegała na dostarczaniu pracowników w celu realizacji określonych zadań w Niemczech. Jednocześnie praca miała każdorazowo charakter krótkotrwały, zależny od aktualnych potrzeb. Działalność K.R. polegała więc na poszukiwaniu pracowników, rekrutowaniu ich, pośrednictwie oraz dopełnianiu formalności związanych z zatrudnieniem i delegowaniem. Z tych względów można uznać, że jej charakter był zbliżony do działania agencji pracy tymczasowej. W tym kontekście, Sąd Apelacyjny dodał, że w orzecznictwie rozważano, jak z perspektywy art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004 należy traktować agencje pracy tymczasowej, rekrutujące do pracy za granicą. W wyrokach z 20 kwietnia 2016 r., II UK 238/14, LEX nr 2026398 i z 15 czerwca 2016 r., II UK 232/14 uznano, że działania polegające na wyszukaniu siły roboczej w jednym państwie, a następnie „sprzedaży” tej pracy podmiotowi w innym państwie, jest w swej istocie działaniem transgranicznym; rozkłada się na co

najmniej dwa państwa, w których zwykle agencja pracy tymczasowej prawie równolegle wykonuje przypisane jej czynności w celu realizacji trójstronnego stosunku prawnego powstającego w związku z zawieraniem umów o pracę tymczasową. Mówiąc inaczej, zarówno w państwie, w którym agencja pracy tymczasowej pozyskuje i zatrudnia pracowników, jak i w państwie, w którym zawiera umowy z pracodawcami użytkownikami oraz przekazuje swych pracowników, by wykonywali pracę na ich rzecz, wykonuje normalnie przypisane jej czynności. Z tych względów Sąd Apelacyjny uznał, że możliwe było zakwalifikowanie K.R. jako wykonującej normalnie działalność w Polsce. Wbrew odmiennej ocenie Sądu Okręgowego zaszły zatem przesłanki do objęcia odwołującej polskim ustawodawstwem w zakresie zabezpieczenia społecznego.

Z wyrokiem Sądu odwoławczego nie zgodził się organ rentowy, skarga kasacyjną objął całość rozstrzygnięcia, zarzucając mu naruszenie:

- 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 i art. 14 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 przez ich niewłaściwe zastosowanie w stanie faktycznym niniejszej sprawy, będące następstwem tego, że Sąd drugiej instancji w celu ustalenia, czy pracodawca odwołującej - I. K. R., w spornym okresie prowadził znaczną część działalności w Polsce, nie zbadał wszystkich kryteriów charakteryzujące tę działalność, czego dalszą konsekwencją było błędne przyjęcie przez odwoławczy, że wymieniony pracodawca prowadził znaczną część działalności w Polsce;

- art. 328 § 2 k.p.c. przez niewskazanie przyczyn, dla których Sąd drugiej instancji odmówił wiarygodności i mocy dowodowej ustaleniom zawartym przez organ rentowy w protokole kontroli z dnia 17 lipca 2013 r.;

- art. 382 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c. przez brak wyczerpujących ustaleń w postępowaniu apelacyjnym i pominięcie części ustaleń dokonanych w postępowaniu pierwszoinstancyjnym.

Kierując się zgłoszonymi zarzutami skarżący domagał się uchylenia

zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna ma uzasadnione podstawy, choć nie są nimi zarzuty naruszenia przepisów postępowania.

Nie jest prawdą, co znajduje potwierdzenie w tekście uzasadnienia, że Sąd odwoławczy odmówił wiarygodności i mocy dowodowej ustaleniom zawartym w protokole kontroli. Sąd ten nie dokonał odmiennej oceny materiału dowodowego, a tym bardziej nie zakwestionował poszczególnych jego elementów. Zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. nie ma zatem pokrycia w stanowisku Sądu Apelacyjnego. Równie fałszywe jest założenie, na którym oparto zarzut uchybienia art. 382 k.p.c. Sąd drugiej instancji nie pominął też żadnych faktów, które przez Sąd Okręgowy zostały uznane za miarodajne. Okazuje się zatem, że również ta podstawa nie ma wpływu na wynik sprawy.

Rzeczywisty problem sprowadza się do interpretacji art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004. Sąd drugiej instancji oparł się na poglądzie wyrażonym w wyrokach Sądu Najwyższego z dnia 20 kwietnia 2016 r., II UK 238/14, LEX nr 2026398 i z dnia 15 czerwca 2016 r., II UK 232/14, LEX nr 2071115. Problem w tym, że nie przystaje on do stanu faktycznego rozpoznawanej sprawy.

W sprawie zakończonej wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 20 kwietnia 2016 r. bezsporne było, że odwołująca się Spółka w spornym okresie prowadziła „znaczącą działalność” w Polsce, rozumianą jako normalna, rzeczywista działalność. Przedsiębiorca ten uczestniczył w krajowym obrocie gospodarczym i krajowym rynku pracy. Uczestnictwa tego nie można było uznać za incydentalne czy marginalne, a wręcz przeciwnie za ciągłe i mające wymierną wartość ekonomiczną. W rozpoznawanej sprawie w okresie od kwietnia 2009 r. do kwietnia 2012 r., czyli przez okres trzech lat obrót K.R. w Polsce wynosił zaledwie 0,61%, a w Niemczech 99,39%. W takich okolicznościach nie sposób twierdzić, że przedsiębiorca prowadził w Polsce „znaczącą działalność”.

Z kolei w wyroku z dnia 15 czerwca 2016 r. Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że „nawet gdyby działalność spółki polegała wyłącznie na delegowaniu

pracowników rekrutowanych w Polsce do innych państw członkowskich, wobec odniesienia się do specyfiki takiej działalności i kryterium miejsca rekrutacji, należy stwierdzić, że co najmniej znaczna część działalności jest wykonywana w Polsce, ponieważ istota działalności polegająca na kojarzeniu popytu na pracę (w tej sprawie występującego we Francji) z podażą pracy (oferowanego przez polskich pracowników) jest wykonywana w tym państwie i jest to normalna działalność tego przedsiębiorcy". Sądowi Apelacyjnemu umknęło jednak, że stanowisko to skojarzone zostało z przedsiębiorcą, który posiadał status agencji pracy tymczasowej. Z ustaleń faktycznych sprawy nie wynika, aby K.R. funkcjonowała jako agencja pracy tymczasowej. Okazuje się również, że w tym zakresie występują istotne różnice, które Sąd odwoławczy przeoczył.

We wspomnianych orzeczeniach Sąd Najwyższy dopuścił podleganie polskiemu ustawodawstwu w zakresie zabezpieczenia społecznego osób zatrudnianych przez podmioty będące agencjami pracy tymczasowej. Wskazał, że za taką kwalifikacją przemawia specyfika działalności tych przedsiębiorców. Powstaje zatem pytanie, czy uwarunkowanie tego rodzaju ma znaczenie w przypadku przedsiębiorcy, który nie posiada statusu agencji pracy tymczasowej.

Z przywołanego przez Sąd odwoławczy wyroku siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 18 listopada 2015 r., II UK 100/14, OSNP 2016 nr 7, poz. 88, wynika, że w świetle art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 i art. 14 ust. 1 i 2 i art. 19 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009 obiektywnymi zmiennymi są: miejsce, w którym delegujące przedsiębiorstwo ma swą zarejestrowaną siedzibę i administrację; liczebność personelu administracyjnego delegującego przedsiębiorstwa pracującego w państwie delegującym i w państwie zatrudnienia; 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; okres, przez jaki przedsiębiorstwo posiada siedzibę w delegującym państwie członkowskim (czynniki te zostały przykładowo wymienione 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). Nie ma też wątpliwości, że znaczenie ma również specyfika przedsiębiorstwa i okoliczności w jakim ono funkcjonuje.

W wyroku z dnia 20 kwietnia 2016 r. Sąd Najwyższy wskazał, że model normatywny odwołujący się do tak zróżnicowanych czynników zmusza do wszechstronnego zweryfikowania jednostkowego przypadku. Skoro metoda poznawcza odwołuje się „wiązki równoznacznych elementów”, które występują z różnym natężeniem, to rolą sądu jest przeanalizowania każdego z nich i przyjęcie zindywidualizowanego wzorca ocennego. Wynika to z tego, że w konkretnym układzie faktycznym poszczególne zmienne mogą zyskać znaczenie dominujące.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, w rozpoznawanej sprawie, zasadnicze znaczenie miała specyfika prowadzonej przez zainteresowaną działalności. Polegała ona na tym, że K.R. zatrudniała pracowników w celu wysłania ich za granicę. Zdaniem Sądu Najwyższego wskazany profil działalności nie jest wystarczający do uznania, że doszło do ziszczenia się przesłanek z art. 12 ust 1 rozporządzenia nr 883/2004 i art. 14 ust. 1 i 2 i art. 19 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009.

We wskazanych przepisach przewidziano wyjątek od zasady z art. 11 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia nr 883/2004, zgodnie z którą pracownik najemny podlega ustawodawstwu państwa członkowskiego państwa na terytorium którego świadczy pracę. Ustawodawca europejski dopuścił odstępstwo, jeśli zatrudniający pracodawca „zazwyczaj prowadzi znaczną część działalności” na terenie państwa, którego ustawodawstwo ma być stosowane (z wyłączeniem działalności związana z samym zarządzeniem wewnętrznym, na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę). W rozpoznawanej sprawie, według ustaleń Sądu, działalność K. R. w Polsce ograniczały się do zawierania umów o pracę, których jedynym celem było delegowanie pracowników do pracy w Niemczech. W tych okolicznościach trudno uznać, że zainteresowana prowadziła „znaczną część działalności” w Polsce. Poza czynnościami administracyjnymi na terenie kraju żadnej działalności nie prowadziła (nie licząc incydentalnej i śladowej sprzedaży armatury).

Powyższe konkluzje należy przeciwstawić modelowi agencji pracy tymczasowej. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt b dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/104/WE z dnia 19 listopada 2008 r. w sprawie pracy tymczasowej (Dz.U. UE L 2008.327.9) przez agencję pracy tymczasowej rozumie się każdą osobę fizyczną lub prawną, która zgodnie z prawem krajowym zawiera umowy o pracę lub nawiązuje stosunek pracy z pracownikami tymczasowymi w celu skierowania ich do przedsiębiorstw użytkowników, aby tam wykonywali tymczasowo pracę pod nadzorem i kierownictwem tych przedsiębiorstw. Dyrektywa w art. 5 ust. 1 i 2 gwarantuje pracownikowi tymczasowemu warunki zatrudnienia na poziomie jaki obowiązuje u pracodawcy użytkownika (wyjątkiem jest wysokość wynagrodzenia, jeśli pracownicy tymczasowi związani z daną agencją pracy tymczasowej stałą umową o pracę otrzymują wynagrodzenie również pomiędzy okresami skierowania). Szczegółowe warunki działania agencji pracy tymczasowej i praw przysługujących pracownikom tymczasowym w krajowym porządku prawnym przewidziano w ustawie z dnia 9 lipca 2003 r. o zatrudnianiu pracowników tymczasowych (jednolity tekst: Dz.U. z 2018 r., poz. 594). Nie sposób w tym miejscu pominąć, że zgodnie z art. 18 ust. 1 pkt 1 lit. f i pkt 4 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (jednolity tekst: Dz.U. z 2017 r., poz. 1065) działalność gospodarcza polegająca na kierowaniu osób do pracy za granicą u pracodawców zagranicznych i pracy tymczasowej jest regulowana i wymaga wpisu do rejestru podmiotów prowadzących agencje zatrudnienia. Ustawa ta nakłada na pracodawców kierujących pracownikami do pracy za granicę szereg dodatkowych obowiązków.

Znając powyższą regulację zrozumiałe stają się twierdzenia Sądu Najwyższego zawarte w przywołanych wyrokach z dnia 20 kwietnia 2016 r. i z dnia 15 czerwca 2016 r. Podmiot będący agencją pracy tymczasowej, uczestniczący w międzynarodowym pośrednictwie pracy, nie może być oceniany w świetle art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004 bez uwzględnienia szczególnej specyfiki wynikającej z rodzaju wykonywanych czynności. Działanie przedsiębiorcy, polegające na wyszukaniu siły roboczej w jednym państwie, a następnie „sprzedaży” tej pracy podmiotowi w innym państwie, jest w swej istocie działaniem transgranicznym; rozkłada się na co najmniej dwa państwa, w których zwykle

agencja pracy tymczasowej prawie równolegle wykonuje przypisane jej czynności w celu realizacji trójstronnego stosunku prawnego powstającego w związku z zawieraniem umów o pracę tymczasową. Mówiąc inaczej, zarówno w państwie, w którym agencja pracy tymczasowej pozyskuje i zatrudnia pracowników, jak i w państwie, w którym zawiera umowy z pracodawcami użytkownikami oraz przekazuje swych pracowników, by wykonywali pracę na ich rzecz, wykonuje normalnie przypisane jej czynności. Ze względu na współzależność końcowego sukcesu od aktywności w każdym z państw, nie można scharakteryzować działania związanego z realizacją takiego przedsięwzięcia w żadnym nich jako „nieznacznego”. Przedstawione uwagi nie dotyczą jednak zainteresowanej, która nie działała w formule agencji pracy tymczasowej (a przynajmniej okoliczność ta nie wynika z ustaleń Sądu odwoławczego).

Przyjęcie odmiennego punktu widzenia doprowadziłoby do zdeformowania relacji zachodzącej między regułą (jaka jest podleganie zabezpieczeniu społecznemu w państwie świadczenia pracy) a wyjątkiem określonym w art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 i art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009. Okazałoby się, że zasada z art. 11 ust. 3 lit. a rozporządzenia nr 883/2004 nie miałaby zastosowania w każdym przypadku, gdy działalność pracodawcy sprowadza się tylko do delegowania pracowników do innego państwa członkowskiego. Wniosku tego rodzaju nie da się wyprowadzić z przywołanych przepisów.

W rezultacie, należy zgodzić się z organem rentowym, że doszło do naruszenia art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 i art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009 poprzez odstąpienie przez Sąd drugiej instancji od zweryfikowania wszystkich czynników ważących na spełnienie się przesłanki „prowadzenia znacznej części działalności” w Polsce. O ile status agencji pracy tymczasowej, ze względu na specyficzne ukierunkowanie prowadzonej działalności, może być traktowany jako element dominujący i decydujący, o tyle w przypadku podmiotów nie posiadających tej właściwości, trudno uznać, że towarzysząca ich działalności specyfika wyłącza uwzględnienie pozostałych czynników ocennych.

Z tego powodu, Sąd Najwyższy na podstawie art. 398¹⁵ § 1 k.p.c. orzekł jak w sentencji. O kosztach procesu rozstrzygnął kierując się regułą z art. 98 § 1 k.p.c. i

art. 99 k.p.c.

r.g.