



Sygn. akt II UK 175/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 19 kwietnia 2016 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jerzy Kuźniar (przewodniczący)
SSN Romualda Spyt (sprawozdawca)
SSN Małgorzata Wrębiakowska-Marzec

w sprawie z wniosku W. Sp. z o.o. z siedzibą w W.
przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddziałowi w W.
z udziałem zainteresowanych: T. N., G. W.
o wydanie zaświadczenia w sprawie z zakresu ubezpieczeń społecznych,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń
Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 19 kwietnia 2016 r.,
skargi kasacyjnej organu rentowego od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)
z dnia 9 stycznia 2014 r., sygn. akt III AUa (...),

- 1. oddala skargę kasacyjną,**
- 2. zasądza od Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddziału w W. na rzecz W. Sp. z o.o. w W. kwotę 120 zł (sto dwadzieścia złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 10 maja 2013 r. Sąd Okręgowy w W. oddalił odwołanie W. Sp. z o.o. z siedzibą w W. od decyzji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddziału

w W. z dnia 8 sierpnia 2012 r., dotyczącą T. N. i z dnia 8 sierpnia 2012 r., dotyczącą G. W. , którymi organ rentowy odmówił wydania na rzecz wnioskodawcy W. sp. z o.o. z siedzibą w W. zaświadczenia A1 potwierdzającego, że T. N. i G. W. w okresie wykonywania pracy na terytorium Francji podlegali polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych odpowiednio: T. N.- w okresie od 5 marca 2012 r. do 29 kwietnia 2012 r. i G. W. - w okresie od 9 stycznia 2012 r. do 30 czerwca 2012 r.

Rozstrzygnięcie Sąd wydał w oparciu o następująco ustalony stan faktyczny sprawy:

W. Sp. z o.o. jest agencją pracy tymczasowej, zajmuje się między innymi działalnością związaną z wyszukiwaniem miejsc pracy i pozyskiwaniem pracowników, udostępnianiem wykwalifikowanych pracowników przedsiębiorstwom z Unii Europejskiej

T. N został zatrudniony w Spółce na podstawie umowy o pracę zawartej na okres od 5 marca 2012 r. do 29 kwietnia 2012 r., i został zgłoszony do ubezpieczeń jako pracownik. Zgodnie z umową o pracę, zainteresowany został wysłany na terytorium Francji do pracy na stanowisku monter a płyt.

G. W. został zatrudniony u w Spółce również na podstawie umowy o pracę, zawartej na okres od 9 stycznia 2012 r. do 30 czerwca 2012 r., i został zgłoszony do ubezpieczeń jako pracownik. Zgodnie z umową o pracę, zainteresowany został wysłany na terytorium Francji do pracy na stanowisku murarza.

Wykazane przez płatnika dane we wniosku o poświadczenie formularzy A1 złożonych od 2010 r. wskazują, że przychody z działalności w kraju spadły, bowiem na dzień 30 sierpnia 2010 r. wynosiły 31%, na dzień 31 grudnia 2010 r. - 18%, zaś na dzień 30 czerwca 2011 r. - 12%. W okresie od stycznia 2012 r. do marca 2012 r. obrót osiągany przez firmę z działalności w Polsce utrzymywał się na poziomie 12%. Płatnik w okresie od stycznia 2012 r. do kwietnia 2012 r. zatrudniał (na podstawie umowy o pracę i umów zlecenia) średnio w miesiącu 57 osób i realizował 11 kontraktów z podmiotami gospodarczymi w Polsce, natomiast we Francji i Niemczech prace wykonywało łącznie średnio 178 osób w ramach realizowanych około 38 kontraktów.

Liczba osób wykonujących pracę w kraju i zgłoszonych do ubezpieczenia społecznego jest niższa od danych wykazanych przez płatnika we wniosku, gdzie do liczby pracowników w kraju wliczano również osoby niezgłoszone do ubezpieczeń (w tym studentów w wieku do 26 lat oraz osoby wykonujące umowy o dzieło). Płatnik przedstawił nowy wykaz obrotów osiąganych w Polsce i za granicą za okres od stycznia 2011 r. do 31 lipca 2012 r., w którym przedstawił ilość pracowników zatrudnionych w Polsce i w krajach Unii Europejskiej oraz wykazał wyższe dochody osiągane w Polsce.

Z przedłożonych przez wnioskodawcę dokumentów wynika, że w okresie od stycznia 2011 r. do lipca 2012 r. w krajach Unii Europejskiej płatnik realizował średnio od 25 do 48 kontraktów w stosunku miesięcznym, gdy w tym samym czasie w kraju dochodziło do realizowania od 2 do 12 kontraktów. Z zeznań świadków L. S. i A. G. wynika, że średnie obroty w okresie ostatnich 12 miesięcy wynosiły od 82% do 85 % w krajach Unii Europejskiej i od 12-18% w kraju, a zatem obrót w kraju nie osiągnął wartości minimalnej 25%.

Jednocześnie płatnik wskazał, że powyższym okresie zatrudniał w Polsce w oparciu o umowy o pracę i umowy cywilnoprawne od 115 do 154 pracowników. Zmianę danych płatnik uzasadnił błędnym rozliczeniem obrotów wygenerowanych w kraju i za granicą. Zgodnie ze złożonymi oświadczeniami, płatnik do obrotów formy w kraju zaliczył część przychodu z faktur za granicą, motywując to tym, że są to czynności z tytułu działalności rekrutacyjnej, logistycznej i administracyjnej pracowników wykonywane w kraju w ramach umów na udostępnienie personelu za granicę zawartych z pracodawcami użytkownikami we Francji i w Niemczech.

W. Sp. z o.o. w deklaracjach dla podatku od towarów i usług VAT-7 wskazała za 2011 r. sprzedaż na terenie kraju, która stanowi 8,3% sprzedaży łącznej (tj. w kraju i poza granicami kraju) oraz za okres od stycznia do kwietnia 2012 r. na poziomie 11%. W 2011 r. sprzedaż w kraju opiewała na kwotę 2.047.585 zł, sprzedaż poza krajem - na kwotę 22.604.601 zł, w 2012 r. sprzedaż na terenie kraju wyniosła 832.589 zł, zaś poza terenem kraju - 6.712.375 zł.

Wobec tak poczynionych ustaleń Sąd pierwszej instancji uznał, że odwołanie wnioskodawcy nie zasługuje na uwzględnienie. Stwierdził bowiem, że dysproporcja w zakresie obrotów, liczby umów i pracowników zatrudnionych i zgłoszonych do

ubezpieczeń w Polsce i za granicą świadczą o nieprowadzeniu przez płatnika w kraju działalności w znacznej części w rozumieniu przepisu art. 12 ust. 1 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 kwietnia 2004 r., s. 1; dalej „rozporządzenie 883/2004” lub „rozp. 883/2004”).

Wyrokiem z dnia 9 stycznia 2014 r. Sąd Apelacyjny w (...) uwzględnił apelację płatnika W. Sp. z o.o. od powyższego wyroku i zmienił wyrok Sądu Okręgowego oraz poprzedzającą go decyzję organu rentowego w ten sposób, że nakazał wydanie przedmiotowych zaświadczeń.

W uzasadnieniu wyroku Sąd drugiej instancji podkreślił, że w istocie rzeczy spór wymaga rozstrzygnięcia, czy płatnik prowadzi na terenie Polski „znaczną działalność”, o której mowa w art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004, inną niż działalność związaną z samym zarządzaniem wewnętrznym, oraz na jakich zasadach zainteresowani zostali oddelegowani do pracy we Francji.

Przywołując treść decyzji nr A2 Komisji Administracyjnej do spraw Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego z dnia 12 czerwca 2009 r. dotyczącej wykładni art. 12 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 w sprawie ustawodawstwa mającego zastosowanie do pracowników delegowanych i osób wykonujących pracę na własny rachunek, tymczasowo pracujących poza państwem właściwym (Dz.Urz. UE C 106 z 24.04.2010 r., s. 5; dalej „decyzja A2”), Sąd drugiej instancji wskazał, że poza istnieniem więzi pracowniczej wymaga się, aby przedsiębiorstwo delegujące „zwykle” prowadziło działalność na terenie państwa, z którego pracownik został oddelegowany. Ponadto stwierdza się, że chodzi o działalność „godną odnotowania” w kraju delegującym. Z decyzji nie wynika przy tym, aby to właśnie obrót odgrywał pierwszoplanową rolę przy takiej ocenie. Nie można też pominąć, że celem, dla którego stworzono możliwość odstępstw od zasady terytorialności, było maksymalne wspieranie swobodnego przepływu pracowników oraz umożliwienie pracownikom, przedsiębiorcom i instytucjom uniknięcie niepotrzebnych i kosztownych komplikacji administracyjnych.

Sąd drugiej instancji stwierdził, że, analizując ponadto wskaźniki takie jak: miejsce siedziby pracodawcy delegującego i jego administracji, liczbę personelu administracyjnego obecnego w państwie członkowskim wysyłającym, miejsce rekrutacji pracowników delegowanych, miejsce zawierania umów, prawo któremu podlegają, „należy uznać prawidłowość ustaleń Sądu pierwszej instancji”. Jednakże podkreślił, 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 Spółkę wskazuje na zmienne wartości zarówno obrotów, jak i liczby zatrudnionych pracowników, co wyraźnie przedstawił Sąd Okręgowy. Co prawda 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 odwołującą się obrotów nie może stanowić podstawowego determinantu w rozstrzygnięciu niniejszej sprawy.

Bezsporne przy tym jest, że podczas całego okresu oddelegowania zainteresowanych zachowany był bezpośredni związek między przedsiębiorstwem delegującym a pracownikami oddelegowanymi.

Wszystkie te okoliczności świadczą - zdaniem Sądu Apelacyjnego - o istnieniu po stronie wnioskodawcy przesłanek warunkujących wydanie zaświadczenia A1 potwierdzającego objęcie pracowników delegowanych krajowym systemem ubezpieczeń społecznych.

Wyrok ten został zaskarżony przez organ rentowy skargą kasacyjną, w której zarzucono naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 83b ust. 1 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (jednolity tekst: Dz.U. z 2009 r. Nr 205, poz. 1585 ze zm., dalej „ustawa systemowa”) oraz art. 11 ust. 2 lit. a i art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004 w związku z art. 14 ust. 1 i art. 19 ust. 2 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 987/2009” lub „rozp. 987/2009”), przez ich błędną wykładnię i zastosowanie, w wyniku której niezasadnie przyjęto, że w istocie W. sp. z o.o. w spornych okresach prowadziła normalną działalność na terenie Polski, w związku z

czym zainteresowani we wskazanych okresach powinni 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 systemowej, przez niezasadne objęcie zainteresowanych ubezpieczeniami społecznymi jako pracowników na terenie Polski.

W odpowiedzi na skargę kasacyjną odwołująca się Spółka wniosła o jej oddalenie.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Zgodnie z art. 12 ust. 1 rozporządzenia 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 883/2004. Przepisem wykonawczym do art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004 jest między innymi art. 14 ust. 2 rozporządzenia 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 zarządzeniem wewnętrznym, na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, z uwzględnieniem wszystkich kryteriów charakteryzujących działalność prowadzoną przez dane przedsiębiorstwo. Odnosne kryteria muszą zostać dopasowane do specyficznych cech każdego pracodawcy i do rzeczywistego charakteru prowadzonej działalności”.

Zasadnicze znaczenie ma więc wyjaśnienie pojęcia „normalne prowadzenie działalności” (art. 12 ust. 1 rozporządzenia 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 987/2009).

Sąd Najwyższy w składzie rozpoznającym przedmiotową skargę podziela przedstawione w tej kwestii stanowisko zaprezentowane w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 18 listopada 2015 r., II UK 100/14 (niepublikowanym). Wyjaśniono w nim, że: „Treść powyższych przepisów nie pozostawia wątpliwości, że przy ocenie, czy pracodawca prowadzi normalną działalność, a zatem znaczną część działalności innej niż działalność związana z samym zarządzaniem wewnętrznym na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, należy uwzględniać wszystkie kryteria charakteryzujące jego działalność. Już odwołanie się do zaimka „wszystkie” w odniesieniu do kryteriów, które należy uwzględniać przy omawianej ocenie, wskazuje, że niedopuszczalne jest uznanie jednego kryterium za decydujące w tym sensie, że jego niespełnienie zwalnia instytucję właściwą, bądź sąd, z badania pozostałych cech charakteryzujących działalność prowadzoną przez dane przedsiębiorstwo.

Podobnie kwestię tę ujmuje decyzja A2 Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego. Akt ten nie ma charakteru źródła prawa Unii Europejskiej w rozumieniu traktatowym, lecz jest aktem informacyjno-pomocniczym, wydanym przez Komisję Administracyjną na podstawie art. 72 lit. a i b rozp. 883/2004 w ramach jej zadań dotyczących wykładni i usprawniania jednolitego stosowania prawa Unii Europejskiej (zob. D. Dzienisiuk, *Charakter prawny decyzji Komisji Administracyjnej do Spraw Zabezpieczenia Społecznego*, Ubezpieczenia Społeczne 2011 nr 1-2; K. Ślęzak, *Koordinacja systemów zabezpieczenia społecznego*, Warszawa 2012, s. 295). W decyzji wskazuje się, że decydującym warunkiem dla zastosowania art. 12 ust. 1 rozp. 883/2004 jest istnienie więzi między pracodawcą a państwem członkowskim, w którym ma on swoją siedzibę. Możliwość delegowania pracowników powinna zatem ograniczać się wyłącznie do przedsiębiorstw, które normalnie prowadzą swą działalność na terytorium państwa członkowskiego, którego ustawodawstwu nadal podlega pracownik delegowany. Z tego względu przyjmuje się, że powyższe przepisy mają zastosowanie jedynie do przedsiębiorstw, które zazwyczaj prowadzą

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

Podobnie zagadnienie to wyjaśnione zostało w publikacji Komisji Europejskiej pt. *„Praktyczny poradnik: Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej (UE), w Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) i w Szwajcarii”* (s. 8). Stwierdza się w nim, że fakt prowadzenia znacznej części działalności w państwie delegującym można sprawdzić poprzez szereg obiektywnych czynników, przy czym następujące czynniki są szczególnie istotne: (-) miejsce, w którym delegujące przedsiębiorstwo ma swą zarejestrowaną siedzibę i administrację; (-) liczebność personelu administracyjnego delegującego przedsiębiorstwa pracującego w państwie delegującym i w państwie zatrudnienia, przy czym obecność wyłącznie personelu administracyjnego w państwie delegującym wyklucza możliwość zastosowania do tego przedsiębiorstwa przepisów dotyczących delegowania; (-) miejsce, w którym rekrutowani są pracownicy delegowani; (-) miejsce, w którym zawierana jest większość umów z klientami; (-) prawo mające zastosowanie do umów zawartych przez delegujące

przedsiębiorstwo z pracownikami i z klientami; (-) liczba umów wykonanych w państwie delegującym i w państwie zatrudnienia; (-) obroty 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 rozp. 987/2009 i z tego względu nie może być pomijany w procesie stosowania prawa, choćby ze względu na zasadę solidarności państw członkowskich. Uzyskiwanie 25% obrotu w państwie siedziby przedsiębiorstwa delegującego stanowi wyłącznie sugestię interpretacyjną, że osiągnięcie tego poziomu może uzasadniać przyjęcie faktycznego domniemania, że przedsiębiorstwo prowadzi normalną działalność, z jednoczesną sugestią, że jego nieosiągnięcie wymaga bardziej pogłębionej analizy pozostałych kryteriów.

Z przedstawionych regulacji wynika 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 883/2004, ani rozporządzenia 987/2009, ani decyzji A2. Na gruncie rozp. 987/2009 próg 25% odnosi się jedynie do kryteriów ilościowych branych pod uwagę przy

ocenie, czy w danym państwie wykonywana jest znaczna część pracy najemnej lub działalności na własny rachunek, o której mowa w art. 13 ust. 1 i 2 (zob. art. 14 ust. 8 rozporządzenia 987/2009). Stąd też odnoszenie tego progu do kryterium wielkości obrotu, uwzględnianego przy ocenie, czy dane przedsiębiorstwo prowadzi znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego w kontekście możliwości delegowania pracowników nie ma uzasadnienia. Na marginesie warto dodać, że także dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/67/UE z dnia 15 maja 2014 r. w sprawie egzekwowania dyrektywy 96/71/WE dotyczącej delegowania pracowników w ramach świadczenia usług, zmieniająca rozporządzenie (UE) nr 1024/2012 w sprawie współpracy administracyjnej za pośrednictwem systemu wymiany informacji na rynku wewnętrznym (dalej „dyrektywa 2014/67/UE”), której jednym z celów jest wskazanie metody oceny, czy przedsiębiorstwo delegujące za granicę pracowników rzeczywiście prowadzi w państwie członkowskim, z którego delegowani są pracownicy znaczącą działalność inną niż działalność zarządcza lub administracyjna o charakterze wyłącznie wewnętrznym, nie wprowadza kryterium poziomu 25% obrotu.

Kryterium 25% nie znajduje również oparcia w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości. W pierwszej kolejności trzeba przypomnieć, że część przepisów dotyczących koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego oraz treść decyzji A2 Komisji Administracyjnej jest wyrazem uwzględnienia orzecznictwa Trybunału.

I tak 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). W ocenie Sądu Najwyższego, w świetle opisanego wyroku 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 rozp. 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 rozp. 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, że przedsiębiorstwo prowadzi normalną działalność (w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozp. 883/2004), czy też znaczną część działalności innej niż zarządzanie wewnętrzne (według art. 14 ust. 2 rozp. 987/2009), należy uwzględniać wszystkie kryteria charakteryzujące jego działalność oraz charakter przedsiębiorstwa delegującego. Wybór kryteriów powinien być dostosowany do konkretnego wypadku. Ocena ta powinna mieć charakter całościowy, a zatem stanowić ogólny wniosek wynikający z rozważenia wszystkich przyjętych kryteriów. Kryterium obrotu nie ma decydującego lub szczególnego znaczenia, jednakże osiągnięcie obrotu w państwie siedziby przedsiębiorstwa delegującego w wysokości ok. 25% całych obrotów może prowadzić do wniosku, że prowadzi ono w tym państwie znaczną część działalności, a więc normalnie prowadzi działalność.

Ponadto, lista kryteriów, które zostały wymienione jedynie w aktach o charakterze interpretacyjnym (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 prawidłowość wydanej decyzji, 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 rozp. 883/2004), co oznacza prowadzenie w Polsce znacznej części działalności (art. 14 ust. 2 rozp. 987/2009). Określenie „znaczna część działalności” należy przy tym, jak wynika z innych wersji językowych rozp. 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 rozp. 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”.

Sąd Najwyższy w niniejszym składzie podziela także przedstawiony w przywołanym wyżej wyroku II UK 100/14, pogląd, że w takim jak powyżej wskazano zakresie, w świetle wcześniej rozpatrzonych aktów prawa unijnego oraz orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości, prawidłowe stosowanie prawa unijnego jest na tyle oczywiste, że nie występują racjonalne wątpliwości i w związku z tym, w tym zakresie, nie ma potrzeby ani obowiązku kierowania do Trybunału Sprawiedliwości pytania o wykładnię prawa wspólnotowego (zob. wyroki Trybunału Sprawiedliwości z dnia 6 października 1982 r. w sprawie 283/81 *Srl CILFIT i Lanificio di Gavardo SpA* (pkt 15) oraz z dnia 15 października 2005 r. w sprawie C-495/05 *Intermodal Transports BV* (pkt 37).

Odnosząc powyższe uwagi do oceny zasadności rozpoznawanej skargi kasacyjnej, należy stwierdzić, że Sąd Apelacyjny trafnie przyjął, że uzyskiwanie obrotu poniżej 25% całkowitego obrotu nie przesądza o nieprowadzeniu normalnej działalności w państwie siedziby przedsiębiorstwa delegującego i słusznie uznał, że

w takim wypadku konieczna jest całościowa ocena w oparciu o wymienione wyżej kryteria.

W konsekwencji nieuzasadnione okazały się zarzuty naruszenia prawa materialnego sformułowane w skardze. Nie można bowiem nie dostrzec, że bazując na koncepcji wykluczającej prowadzenie przez odwołującą się Spółkę w spornym okresie normalnej, rzeczywistej działalności (znaczącej działalności) - w rozumieniu powołanych wyżej przepisów - ze względu na utrzymującą się dysproporcję w zakresie obrotu, liczby umów i pracowników między krajem oddelegowania a krajem delegującym, ale bez zakotwiczenia tych przesłanek w ogólnej ocenie wszystkich kryteriów. Tymczasem wyłonienie doniosłych racji przemawiających za nieprowadzeniem takiej działalności nie może sprowadzać się do powoływania się jedynie na niektóre czynniki charakteryzujące daną działalność w ujęciu ilościowym. Jak wskazano wyżej, obiektywnemu ustaleniu, że przedsiębiorstwo rzeczywiście prowadzi w państwie swojej siedziby normalną, rzeczywistą działalność, nie stoi na przeszkodzie wynik porównania skali tej działalności (według proporcji) w państwie siedziby pracodawcy i państwie miejsca wykonywania pracy przez pracownika delegowanego. Innymi słowy, decydujący jest nie tyle stosunek działalności krajowej do działalności zagranicznej, ale to, czy ustalona działalność świadczy o tym, że przedsiębiorca wykonuje we własnym imieniu działalność gospodarczą (art. 2 i 4 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej; jednolity tekst: Dz.U. z 2015 r., poz. 584 ze zm.), a więc rzeczywiście uczestniczy w krajowym obrocie gospodarczym i krajowym rynku pracy w sposób ciągły i przynoszący wymierną wartość ekonomiczną, bądź przeciwnie – przemawia za tym, że aktywność gospodarcza ze względu na jej marginalny czy wręcz ujemny wymiar ekonomiczny nakierowana jest wyłącznie na utrzymanie wobec pracowników oddelegowanych do pracy za granicą polskiego ustawodawstwa w zakresie ubezpieczeń społecznych (zob. wyrok Sądu Najwyższego, wydany w tożsamym stanie faktycznym, z dnia 6 kwietnia 2016 r., II UK 241/14, nie publ.).

Z powyższych względów Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji na podstawie art. 398¹⁴ k.p.c., a o kosztach postępowania kasacyjnego - na podstawie art. 98 k.p.c. w związku § 5 w związku z § 11 ust. 2 w związku z 13 ust. 4 pkt 2

rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U. 2013, poz. 490 ze zm.).