



Sygn. akt II UK 311/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 października 2016 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Romualda Spyt (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Bohdan Bieniek

SSN Maciej Pacuda

w sprawie z wniosku P. Sp. z o.o. w W.

przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddziałowi w W.

z udziałem zainteresowanego Ł. 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 października 2016 r.,

skargi kasacyjnej wnioskodawcy od wyroku Sądu Apelacyjnego

z dnia 24 października 2014 r., sygn. akt III AUa (...),

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

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 3 lutego 2014 r. Sąd Okręgowy w W. zmienił decyzję Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w W. z dnia 31 lipca 2013 r. w ten

sposób, że nakazał organowi rentowemu wydanie zaświadczenia potwierdzającego, że Ł. K. w okresie od 5 stycznia 2012 r. do 29 kwietnia 2012 r. podlega polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych.

W sprawie ustalono, że płatnik P. Sp. z o.o. z siedzibą w W., jest agencją pracy tymczasowej i zajmuje się wyszukiwaniem miejsc pracy i pozyskiwaniem pracowników, udostępnieniami pracowników wykwalifikowanych przedsiębiorstwom z Unii Europejskiej. Prowadzi w tym celu działalność rekrutacyjną, logistyczną i administracyjną. W Polsce posiada biura, kadry. W kraju odbywa się także rekrutacja pracowników wraz z załatwieniem wszystkich formalności związanych z zatrudnieniem.

W dniu 29 grudnia 2011 r. zainteresowany Ł. K. zawarł z wnioskodawcą umowę o pracę na czas określony od 5 stycznia 2012 r. do 4 marca 2012 r., którą aneksami przedłużano do 29 kwietnia 2012 r. W ramach umowy o pracę zainteresowany wykonywał obowiązki murarza na rzecz i pod kierownictwem firmy C. - pracodawcy użytkownika na terenie Francji.

Płatnik P. Sp. z o.o. w W. we wniosku wskazał, że z tytułu działalności prowadzonej w Polsce uzyskał obroty na poziomie 12%, zatrudnia w Polsce 113 pracowników oraz realizuje w kraju 12 umów, stan na dzień 30 listopada 2011 r., natomiast 160 osób oddelegowano do pracy za granicą celu realizacji 31 umów.

W okresie od stycznia 2012 r. do marca 2012 r. obrót w P. sp. z o.o. w W. utrzymywał się na poziomie 12%; płatnik w Polsce zatrudniał średnio łącznie miesięcznie 57 osób oraz realizował 11 umów, natomiast we Francji i w Niemczech pracę wykonywało łącznie 178 osób w celu realizowania 38 umów.

Wobec tak poczynionych ustaleń Sąd pierwszej instancji uznał, że odwołanie wnioskodawcy zasługuje na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy wskazał, że spór w sprawie dotyczył ustalenia właściwego ustawodawstwa, jakiemu powinien podlegać pracownik wnioskodawcy - zainteresowany - w zakresie obowiązkowego ubezpieczenia społecznego. Podkreślił, że pierwszym decydującym warunkiem dla zastosowania art. 12 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz.Urz. UE L 166 z 30.04.2004 r., s. 1; dalej „rozporządzenie 883/2004”) jest

istnienie bezpośredniego związku między pracodawcą a zatrudnionym przez niego pracownikiem. Drugim warunkiem jest istnienie więzi pomiędzy pracodawcą a państwem członkowskim, w którym ma on swoją siedzibę. Sąd Okręgowy zaznaczył, że z decyzji A2 Komisji Administracyjnej ds. 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 kwietnia 2010 r., s. 5; dalej „decyzja A2”) nie wynika, aby obrót odgrywał pierwszoplanową rolę przy ocenie, czy przedsiębiorstwo delegujące prowadziło „zwykłe” działalność na terenie państwa, z którego pracownik został oddelegowany, bowiem należy mieć na względzie także takie czynniki jak miejsce siedziby przedsiębiorstwa delegującego i jego administracji, liczbę personelu administracyjnego obecnym w państwie członkowskim wysyłającym, miejsce rekrutacji pracowników delegowanych, miejsce zawierania umów, prawo któremu podlegają umowy zawarte z pracownikami. Podkreślił, że celem dla którego stworzono możliwość odstępstwa od zasady terytorialności, było maksymalne wspieranie swobodnego przepływu pracowników oraz umożliwienie im i przedsiębiorstwom uniknięcia niepotrzebnych i kosztownych komplikacji administracyjnych.

W ocenie Sądu Okręgowego, zgromadzony w sprawie materiał dowodowy po-twierdził zmienne wartości zarówno obrotów, jak i liczby zatrudnionych pracowników. W 2011 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 wnioskodawcę obrotów nie może stanowić podstawowej determinanty w rozstrzygnięciu sprawy. Poza tym Sąd uznał, że podczas całego okresu oddelegowania pracownika zachowany był bezpośredni związek między przedsiębiorstwem delegującym a pracownikiem oddelegowanym.

W tym stanie rzeczy Sąd Okręgowy stwierdził, że zostały spełnione wszystkie przesłanki do ustalenia ustawodawstwa polskiego jako właściwego dla

okresu pracy zainteresowanego we Francji w spornym okresie, a tym samym do wystawienia stosownego zaświadczenia A1 w tym zakresie.

Wyrokiem z dnia 24 października 2014 r. Sąd Apelacyjny zmienił zaskarżony przez organ rentowy wyrok w ten sposób, że oddalił odwołanie.

Sąd Apelacyjny nie podzielił stanowiska Sądu Okręgowego, zgodnie z którym pojęcie „znaczej działalności” należy rozumieć szeroko i w konsekwencji brać pod uwagę szereg czynników czyli to, gdzie znajduje się kadra kierownicza i administracja, uwzględnić charakter działalności danego przedsiębiorstwa. Mając na uwadze treść przepisów art. 12 i art. 13 rozporządzenia nr 883/2004 oraz art. 14 ust. 1 i 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”), zgodził się ze stanowiskiem organu rentowego, że płatnik składek powinien osiągnąć obroty na poziomie co najmniej 25%, by zostać uznany za pracodawcę zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę z działalności krajowej, a w konsekwencji móc zgłosić pracowników do ubezpieczenia w polskim systemie.

Sąd drugiej instancji wskazał, że pogląd ten znajduje uzasadnienie w treści najnowszych orzeczeń Sądu Najwyższego, wydanych w sprawach odwołującej się P. Sp. z o.o., a opartych na prawie identycznych stanach faktycznych, w tym między innymi w sprawie II UK 550/13 oraz w sprawie II UK 565/13. W przytoczonych wyrokach Sąd Najwyższy w sposób jednoznaczny wskazał, że decydujące dla uznania, że pracodawca, delegujący zatrudnianych pracowników do pracy za granicą, może być uznany za pracodawcę zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, jest kryterium osiągania w kraju delegowania obrotu z prowadzonej działalności na poziomie co najmniej 25% całego swojego obrotu.

Sąd drugiej instancji zauważył, że z ustaleń faktycznych dokonanych przez Sąd pierwszej instancji wynika, że zainteresowany był zatrudniony wyłącznie w celu wykonywania pracy we Francji, a płatnik w spornym okresie na terenie Polski osiągał 12% swoich dochodów. Dodatkowo istniała także znaczna dysproporcja w

zakresie liczby osób zatrudnionych w kraju i pracujących za granicą i realizowanych kontraktów w Polsce i za granicą.

Sąd drugiej instancji zauważył także, że z ustaleń Sądu pierwszej instancji wynika też, że płatnik prowadzi działalność gospodarczą w zakresie pośrednictwa pracy i zajmuje się głównie delegacją pracowników do pracy za granicą, bo współpracuje z przedsiębiorstwami we Francji, w Niemczech i w Polsce. Działalność Spółki na terenie Polski ogranicza się w zasadzie tylko do zarządzenia wewnętrznego i prowadzenia czynności administracyjnych. Zainteresowany był w istocie pracownikiem pracodawcy francuskiego i na jego rzecz świadczył pracę. Natomiast zainteresowany nie wykonywał bezpośrednio pracy na rzecz P. Sp. z o.o. i dlatego nie można w tym wypadku stwierdzić, aby pomiędzy stroną odwołującą się a zainteresowanym istniała bezpośrednia więź, albowiem Spółka przez okres delegowania tego pracownika do Francji nie miała wpływu ani na przebieg, ani na warunki jego zatrudnienia.

Z kolei fakt, że administracja Spółki, kadry, księgowość i marketing prowadzone są w Polsce, gdzie odbywa się również cały proces rekrutacyjny i wydawane są dokumenty związane z pracą, nie upoważnia do przyjęcia, że P. Sp. z o.o. prowadzi w kraju znaczną część działalności. Istotne jest generowanie co najmniej 25% obrotu w miejscu, gdzie znajduje się siedziba przedsiębiorstwa delegującego. Jakkolwiek taki próg nie wynika z aktów prawa powszechnie obowiązującego, ale ma on racjonalne uzasadnienie w kontekście wskazanych wyżej regulacji dotyczących zasad ustalania właściwego ustawodawstwa zakresie ubezpieczeń społecznych.

Wyrok ten został zaskarżony przez wnioskodawcę skargą kasacyjną, w której zarzucono naruszenie przepisów prawa materialnego tj. art. 11 ust. 2 lit. a i art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004 oraz art. 14 ust. 1 i 2 i art. 19 ust. 2 rozporządzenia 987/2009, przez ich błędną wykładnię i zastosowanie, w wyniku czego niezasadnie przyjęto, że P. Sp. z o.o. w spornym okresie, od 5 stycznia 2012 r. do 29 kwietnia 2012 r., nie prowadziła normalnej działalności na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, czego następstwem było przyjęcie, że zainteresowany nie podlegał ustawodawstwu polskiemu w zakresie ubezpieczeń społecznych.

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 zarządzeniem 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 (OSNP 2016 nr 7, poz. 88). 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. Dzieńsiuk, *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 osiągnięte 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

prorowadzić do wniosku, że prowadzi ono w tym państwie znaczną część działalności, a więc normalnie prowadzi działalność.

Ponadto, lista kryteriów, które zostały wymienione jedynie w aktach o charakterze interpretacyjnym (wyroku *Fitzwilliam*, decyzji A2 i Praktycznym poradniku), nie ma charakteru wyczerpującego, lecz przykładowy. Oznacza to, że organ rentowy (jako instytucja właściwa), a następnie sąd kontrolujący w postępowaniu cywilnym jej prawidłowość, mogą i powinny w razie potrzeby wziąć pod uwagę także inne kryteria i okoliczności. Między innymi, w razie występowania liczących się różnic w sile nabywczej walut państwa - siedziby pracodawcy delegującego i państwa - miejsca delegowania, prawidłowe stosowanie kryterium obrotu, jako miernika znaczącej działalności w państwie siedziby pracodawcy, bez uwzględnienia tej różnicy może prowadzić do zafałszowania oceny.

Należy też dodać, że podstawowym celem wyżej wskazanej oceny jest ustalenie, czy przedsiębiorstwo delegujące prowadzi w Polsce normalnie swoją działalność (art. 12 ust. 1 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)).

Sąd drugiej instancji zanegował też istnienie więzi pracowniczej między odwołującą się Spółką a zainteresowanym. Tymczasem podkreślić należy, że już w przywołanych wyżej wyrokach Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 17 grudnia 1971 r. w sprawie *Manpower* i w sprawie *Fitzwilliam* rozstrzygnięto o możliwości delegowania, na podstawie art. 14 ust. 1a rozporządzenia Rady (EWG) Nr 1408/71 z dnia 14 czerwca 1971 r. w sprawie stosowania systemów zabezpieczenia społecznego w stosunku do pracowników najemnych, osób prowadzących działalność na własny rachunek oraz ich rodzin przemieszczających się we Wspólnocie (Dz. U.UE.L. 71.149.2) pracowników agencji pracy tymczasowej. Także w świetle przepisów ustawy z dnia 9 lipca 2003 r. o zatrudnianiu pracowników tymczasowych (jednolity tekst: Dz.U. z 2016 r., poz. 360) pracodawcą pracownika tymczasowego jest tylko agencja pracy tymczasowej i z pracodawcą użytkownikiem nie łączy go żadna umowa. Pracodawca użytkownik nie dysponuje własnymi prawami, lecz je przejmuje od pracodawcy, którym jest tylko agencja pracy tymczasowej. Nie ma tu więc dwóch pracodawców (*de iure*), lecz

osoba zatrudniona do pracy tymczasowej jedynie ją wykonuje na rzecz pracodawcy użytkownika. Pracodawcę użytkownika nie łączy żadna umowa z osobą wykonującą u niego pracę tymczasową czy to na podstawie umowy o pracę tymczasową, czy na podstawie umowy prawa cywilnego. Takie umowy zatrudniony zawiera tylko z agencją pracy tymczasowej w celu wykonywania pracy na rzecz pracodawcy użytkownika. Z tej przyczyny pracodawca użytkownik nie jest pracodawcą zatrudnianego do pracy tymczasowej (zob. uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z dnia 12 grudnia 2011 r., I UZP 6/11, OSNP 2012 nr 9-10, poz. 122; por. też wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 30 października 2012 r., III AUa 728/12, Orzecznictwo SA w Białymstoku 2012 nr 4, s. 94 oraz wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w W. z dnia 7 marca 2006 r., VI SA/Wa 2396/05, LEX nr 585279). Nie jest zatem uzasadniony pogląd, że zainteresowany nie wykonywał bezpośrednio pracy na rzecz P. Sp. z o.o.

Z powyższych względów uzasadniony jest zarzut naruszenia art. 11 ust. 2 lit. a i art. 12 ust. 1 rozporządzenie 883/2004 oraz art. 14 ust. 1 i 2 i art. 19 ust. 2 rozporządzenie 987/2009.

Uwzględniając to, Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji (art. 398¹⁵ § 1 k.p.c.). O kosztach postępowania kasacyjnego rozstrzygnięto na mocy art. 108 § 2 k.p.c. w związku z art. 398²¹ k.p.c.

R. G.