



Sygn. akt II UK 314/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 sierpnia 2020 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Romualda Spyt (przewodniczący)

SSN Bohdan Bieniek

SSN Halina Kiriło (sprawozdawca)

w sprawie z wniosku B. G.
przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych I Oddziałowi w P.
o ubezpieczenie społeczne,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy i Ubezpieczeń
Społecznych w dniu 12 sierpnia 2020 r.,
skargi kasacyjnej wnioskodawcy od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)
z dnia 19 kwietnia 2018 r., sygn. akt III AUa (...),

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

UZASADNIENIE

Sąd Apelacyjny w (...) wyrokiem z dnia 19 kwietnia 2018 r. oddalił apelację B. G. od wyroku Sądu Okręgowego w T. z dnia 12 czerwca 2017 r., oddalającego wniesione przez niego odwołanie od decyzji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddziału w P. z dnia 30 listopada 2016 r., stwierdzającej, że odwołujący się jako

osoba prowadząca pozarolniczą działalność gospodarczą podlegał obowiązkowo ubezpieczeniom: emerytalnemu, rentowym, wypadkowemu i chorobowemu w okresie od dnia 1 marca 2013 r. do dnia 30 kwietnia 2015 r.

Podstawę rozstrzygnięcia stanowiły poczynione przez Sąd pierwszej instancji ustalenia, z których wynikało, że B. G. urodził się w dniu 2 września 1956 r., z zawodu jest ekonomistą i nie zna biegle języka angielskiego. Od dnia 3 grudnia 1990 r. ubezpieczony prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą G., przy czym miejscem prowadzenia działalności gospodarczej jest jego miejsce zamieszkania - obecnie G. Dodatkowo, ubezpieczony posiada park maszynowy w S. Przedmiotem prowadzonej działalności jest produkcja opakowań drewnianych. Odwołujący się zatrudniał 14 osób, w tym dwie na podstawie umowy o pracę, zaś pozostałe na podstawie umów zlecenia. Z tytułu prowadzenia działalności osiągał dochód w wysokości od 2.500 zł do 5.000 zł miesięcznie. Do dnia 28 lutego 2013 r. odwołujący się był zgłoszony do ubezpieczeń społecznych jako osoba prowadząca działalność gospodarczą. W dniu 22 lutego 2013 r. dokumentem ZUS ZWUA dokonał wyrejestrowania z ubezpieczeń społecznych w Polsce od dnia 1 marca 2013 r. Organ rentowy w piśmie z dnia 6 grudnia 2013 r. ustalił okresy podlegania przez odwołującego się ubezpieczeniom społecznym, w tym dobrowolnemu ubezpieczeniu chorobowemu. Wskazał również, że odwołujący się powinien dokonać zgłoszenia do ubezpieczeń społecznych od dnia 1 marca 2013 r. oraz zadeklarować składki na ubezpieczenia społeczne od podstawy wymiaru za wskazane w piśmie miesiące. Wyjaśnił, że nie jest w posiadaniu informacji uzasadniających wyrejestrowanie z ubezpieczeń społecznych, a odwołujący się nie posiada innego tytułu do tych ubezpieczeń. Pismem z dnia 23 stycznia 2014 r. ubezpieczony złożył w organie rentowym oświadczenie, że od dnia 1 marca 2013 r. podjął pracę w firmie E. w Wielkiej Brytanii, jednocześnie prowadzi działalność na terenie Polski, a składki na fundusze emerytalne i koszty leczenia w Wielkiej Brytanii odprowadza pracodawca. Jednocześnie dołączył umowę o pracę z firmą brytyjską oraz kserokopię europejskiej karty ubezpieczenia zdrowotnego. Pismem z dnia 25 czerwca 2014 r. organ rentowy zobowiązał odwołującego się do złożenia wyjaśnień, które umożliwią ustalenia właściwego dla niego ustawodawstwa. W odpowiedzi, pismem z dnia 27 czerwca 2014 r. ubezpieczony poinformował, że jest

zatrudniony w firmie E. LTD z siedzibą na terenie Wielkiej Brytanii i jednocześnie prowadzi w Polsce jednoosobową działalność gospodarczą. Ponadto wyjaśnił, że pracuje jako doradca biznesowy zajmujący się pozyskiwaniem klientów do świadczonych przez pracodawcę usług doradczych. Podmioty gospodarcze pozyskiwane są z terenów Unii Europejskiej, głównie z Polski, co wiąże się z pracą przy użyciu komputera i telefonu oraz nienormowanym czasem pracy. Odwołujący się podkreślił, że w ramach zatrudnienia został oddelegowany do Polski na okres 24 miesięcy. Nie wynajmuje mieszkania na terenie Wielkiej Brytanii, zaś w siedzibie spółki ma obowiązek stawiania się doraźnie na wezwanie pracodawcy. Z przedstawionych przez ubezpieczonego dokumentów wynikało, że: (1) w dniu 1 lutego 2013 r. odwołujący się został zatrudniony w E. LTD z siedzibą w N., na stanowisku doradcy biznesowego. W dokumencie nazwanym „Podstawowe zasady i warunki zatrudnienia” wskazano, że ubezpieczony nie będzie miał stałego miejsca wykonywania pracy i wyraża zgodę na wyznaczenie przez firmę w każdym czasie dowolnego miejsca wykonywania obowiązków na terenie Wielkiej Brytanii lub innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej; podano też, że wynagrodzenie ubezpieczonego wynosi 6,20 £ za godzinę, przy czym godziny pracy będą wynosiły od 6 do 20 godzin od poniedziałku do piątku (w razie potrzeby ubezpieczony może pracować w godzinach nadliczbowych); w dokumencie nie wskazano zakresu obowiązków ubezpieczonego; ustalono jedynie, że wszelkie obowiązki będzie on wykonywać za pośrednictwem poczty i że od czasu do czasu, w celu zaspokojenia potrzeb pracownika, konieczna może być modyfikacja jego obowiązków oraz struktury zatrudnienia, za obopólną zgodą; (2) po ukończeniu kursu wewnętrznego w E. LTD, z dniem 1 marca 2013 r. został oddelegowany do pracy w Polsce na okres 24 miesięcy i był zobowiązany do doraźnego stawiania się w siedzibie firmy pracodawcy; (3) w dniu 1 marca 2013 r. zawarł z E. LTD z siedzibą w N. umowę sprzedaży usług obejmujących doradztwo podatkowe, doradztwo finansowe i optymalizację kosztów działalności; w umowie wskazano, że ubezpieczony będzie świadczył usługi na żądanie firmy telefonicznie lub drogą mailową, a w razie potrzeby firma może kontaktować się z nim osobiście w jego biurze lub z lokalnym konsultantem ubezpieczonego na terenie Wielkiej Brytanii; wskazano też, że usługi są cykliczne i odnawialne co miesiąc, przy czym ich ilość to 240 minut na miesiąc;

cena usług ustalona została ryczałtem, niezależnie od wykonania i stanowiła równowartość 699 zł; jako datę dostawy usług podano pierwszy dzień każdego miesiąca; (4) ubezpieczony był zatrudniony w E. LTD do dnia 31 marca 2015 r.; z tego tytułu otrzymał wynagrodzenie za kwiecień 2013 r. w kwocie 40.39 £, za maj 2013 r. - 40.46 £, za czerwiec 2013 r. - 39.86 £, za sierpień 2013 r. - 41.17 £, za wrzesień 2013 r. - 40.08 £, za październik 2013 r. - 39.54 £, za listopad 2013 r. - 40.92 £, za styczeń 2014 r. - 38.87 £, za luty 2014 r. - 38.87 £; (5) w dniu 1 marca 2015 r. został zatrudniony w A. LTD z siedzibą w L. na czas określony 24 miesięcy, na stanowisku doradcy biznesowego; w dokumencie nazwanym „Podstawowe zasady i warunki zatrudnienia” wskazano, że ubezpieczony nie będzie miał stałego miejsca wykonywania pracy i wyraża zgodę na wyznaczenie przez firmę w każdym czasie dowolnego miejsca wykonywania obowiązków na terenie Wielkiej Brytanii lub innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej; podano też, że wynagrodzenie ubezpieczonego wynosi 6,50 £ za godzinę, przy czym godziny pracy będą wynosiły od 6 do 20 godzin od poniedziałku do piątku (w razie potrzeby ubezpieczony może pracować w godzinach nadliczbowych); w dokumencie nie wskazano zakresu obowiązków ubezpieczonego, ustalono jedynie, że wszelkie obowiązki będzie on wykonywać za pośrednictwem poczty i że od czasu do czasu, w celu zaspokojenia potrzeb pracownika, konieczna może być modyfikacja jego obowiązków oraz struktury zatrudnienia, za obopólną zgodą; (6) po ukończeniu kursu wewnętrznego w A. LTD z siedzibą w L., z dniem 1 marca 2013 r., został oddelegowany do pracy w Polsce na okres 24 miesięcy i był zobowiązany do doraźnego stawiania się w siedzibie firmy pracodawcy; (7) z tytułu zatrudnienia w A. LTD otrzymał wynagrodzenie za kwiecień 2015 r. w kwocie 35.53 £, za maj 2015 r. - 35.96 £, za czerwiec 2015 r. - 34,73 £, za lipiec 2015 r. - 33.80 £, za sierpień 2015 r. - 33.87 £; (8) uzyskał Europejską Kartę Ubezpieczenia Zdrowotnego i numer NINo oraz posiadał brytyjski rachunek bankowy. Pismem z dnia 18 czerwca 2014 r. Brytyjski Urząd Skarbowy i Celny - Her Majesty's Revenue and Customs (dalej jako HMRC) poinformował, że wystosował do ubezpieczonego pismo wzywające go do złożenia wyjaśnień i odpowiedniej dokumentacji. Kolejnym pismem z dnia 23 lipca 2014 r. brytyjski organ wskazał, że pisma skierowane do B. G. i E. LTD zostały zwrócone przez operatora pocztowego z adnotacją, że zarówno spółka, jak i

ubezpieczony nie zamieszkuje/ nie mają siedziby pod wskazanym adresem. W związku z powyższym zwrócił się do ZUS Oddziału w T. o przekazanie ubezpieczonemu załączonego pisma. W piśmie skierowanym do HMRC ubezpieczony wyjaśnił między innymi, że został delegowany do pracy na terenie Polski na okres od dnia 1 lutego 2013 r. do dnia 31 stycznia 2015 r., przy czym nie będzie pracował na rzecz obecnego pracodawcy po tej dacie. W ramach zatrudnienia zajmuje się doradztwem biznesowym i pozyskiwaniem nowych klientów, a swoje obowiązki wykonuje za pomocą prywatnego komputera i telefonu. Ubezpieczony wyjaśnił nadto, że w Wielkiej Brytanii ma rachunek bankowy i adres do korespondencji, a także, że nie opłacał w Wielkiej Brytanii składek na ubezpieczenia społeczne. Pismami z dnia 20 października 2014 r. skierowanym do instytucji ubezpieczeniowej w Wielkiej Brytanii oraz ubezpieczonego, ZUS Oddział w T. Inspektorat w L. poinformował, że w związku z prowadzonym postępowaniem mającym na celu ustalenie ustawodawstwa właściwego w zakresie ubezpieczenia społecznego dla B. G. - z tytułu zatrudnienia od dnia 1 marca 2013 r. na terenie Wielkiej Brytanii w firmie E. Ltd, (...) Street, N. (...), przy jednoczesnym prowadzeniu działalności gospodarczej na terenie Polski, informuje, że z uwagi na brak wystarczających dowodów na aktywność zawodową na terenie Wielkiej Brytanii, w związku z wykonywaniem aktywności zawodowej tylko w Polsce, nie będzie miał do odwołującego się zastosowanie art. 13 rozporządzenia nr 883/2004 odnoszący się do osoby wykonującej prace w dwóch lub więcej państwach członkowskich. W tym stanie faktycznym należy zastosować art. 11 ust. 3 lit. a tego rozporządzenia. W piśmie wskazano, że dokonane ustalenie ustawodawstwa polskiego ma charakter tymczasowy (art. 16 ust. 2 rozporządzenia nr 978/2009) i staje się ostateczne w terminie 2 miesięcy od poinformowania angielskiej instytucji ubezpieczeniowej, jeśli instytucja ta nie wniesie sprzeciwu wobec ustalonego ustawodawstwa. Pismem z dnia 19 lutego 2015 r. skierowanym do ZUS Oddziału w T., organ rentowy poinformował, że pismem z dnia 20 października 2014 r. ustalono wobec ubezpieczonego tymczasowe ustawodawstwo polskie w zakresie zabezpieczenia społecznego od dnia 1 lutego 2013 r. O ustaleniu tym została poinformowana brytyjska instytucja ubezpieczeniowa, która nie złożyła zastrzeżeń. Dokonane ustalenie stało się zatem ostateczne. W piśmie z dnia 17 marca 2015 r.

ZUS Oddział w P., na podstawie złożonej dokumentacji ubezpieczeniowej oraz informacji o ustalonym ustawodawstwie właściwym, stwierdził okresy podlegania przez odwołującego się ubezpieczeniom społecznym, w tym dobrowolnemu ubezpieczeniu chorobowemu. W piśmie ponownie wskazano, że B. G. powinien dokonać zgłoszenia do ubezpieczeń społecznych od dnia 1 marca 2013 r. oraz zadeklarować składki na ubezpieczenia społeczne od podstawy wymiaru za wskazane w piśmie miesiące. Organ rentowy wyjaśnił, że ubezpieczony nie ma innego tytułu do ubezpieczeń społecznych, w tym również ubezpieczenia społecznego w związku z pracą na terenie Wielkiej Brytanii. W dniu 30 marca 2015 r. ZUS Oddział w T. wystosował do odwołującego się zawiadomienie o wszczęciu postępowania administracyjnego mającego na celu ustalenie obowiązku jego ubezpieczenia z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej: G., na podstawie zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej od dnia 3 grudnia 1990 r. W piśmie z dnia 25 maja 2015 r. ubezpieczony wskazał, że nie zgadza się z decyzją organu rentowego stwierdzającą konieczność zgłoszenia się do ubezpieczeń społecznych od dnia 1 marca 2013 r. oraz zadeklarowania składek na ubezpieczenie społeczne za okres od marca do stycznia 2015 r. Odwołujący się ponowił argumentację prezentowaną dotychczas w korespondencji kierowanej do organu rentowego i wniósł o ustalenie, że od dnia 1 marca 2013 r. właściwym ustawodawstwem w stosunku do niego jest ustawodawstwo brytyjskie. Decyzją z dnia 28 maja 2015 r. ZUS Oddział w T. umorzył postępowanie wszczęte w dniu 30 marca 2015 r. ze względu na to, że na podstawie dokumentów w Centralnej Bazie KSI ZUS ustalono, iż okresy ubezpieczenia z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej zostały skorygowane oraz sporządzone zostały dokumenty rozliczeniowe za okres od marca 2013 r. do stycznia 2015 r. z naliczonymi przez ZUS Inspektorat w N. składkami na ubezpieczenia społeczne i ubezpieczenie zdrowotne. Oznaczało to - zdaniem organu rentowego - że postępowanie wszczęte w dniu 30 marca 2015 r. przez ZUS Oddział w T. stało się bezprzedmiotowe. Odwołanie B. G. od powyższej decyzji zostało odrzucone, jako spóźnione, postanowieniem Sądu Okręgowego w T. z dnia 16 marca 2016 r. (sygn. akt IVU (...)). W postępowaniu przed ZUS I Oddziałem w P. dotyczącym ustalenia należności składkowych, B. G. złożył pismo z dnia 22 lipca 2015 r., w którym wnosił

o wydanie decyzji. W piśmie tym ubezpieczony podkreślał, że od dnia 1 marca 2013 r. do chwili obecnej prowadzi w Polsce jednoosobową działalność gospodarczą, ale równocześnie jest w tym czasie zatrudniony na umowę o pracę w brytyjskiej firmie E. Ltd mającej siedzibę na terenie Wielkiej Brytanii. Dlatego wnosił o ustalenie dla niego ustawodawstwa brytyjskiego od dnia 1 marca 2016 r. do nadal na podstawie art. 13 ust. 3 rozporządzenia nr 883/2004. Ubezpieczony domagał się merytorycznego ustosunkowania się do wcześniejszych pism, w których powołując się na przepisy wyżej wymienionego rozporządzenia, wskazywał, że nie podlega ubezpieczeniom społecznym w Polsce. Decyzją z dnia 31 lipca 2015 r. ZUS I Oddział w Poznaniu Inspektorat w N. ustalił zadłużenie ubezpieczonego B.G. z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne, Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, wraz z należnymi odsetkami za zwłokę naliczonymi na dzień wydania decyzji w łącznej kwocie 150.099,08 zł za okres: z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne - od sierpnia 2010 r. do kwietnia 2015 r., z tytułu składek na ubezpieczenie zdrowotne - od marca 2011 r. do kwietnia 2015 r., z tytułu składek na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych społeczne - od października 2011 r. do kwietnia 2015 r. B. G. złożył odwołanie od powyższej decyzji. Postanowieniem Sądu Okręgowego w T. z dnia 19 września 2016 r., wydanym w sprawie IV U (...), postępowanie zostało zawieszone. Pismem z dnia 19 października 2016 r. organ rentowy zawiadomił odwołującego się o wszczęciu postępowania w sprawie ustalenia obowiązku podlegania przez niego ubezpieczeniom społecznym z tytułu prowadzenia pozarolniczej działalności gospodarczej. W piśmie z dnia 4 listopada 2016 r. ubezpieczony wyjaśnił, że wszelkie dokumenty zostały przez niego złożone do akt sprawy w Sądzie Okręgowym w T. o sygn. IV U (...). Podkreślił również, że brak jest dowodu doręczenia pisma brytyjskiej instytucji ubezpieczeniowej, jak i ubezpieczonemu. Wobec powyższego domagał się wskazania podstawy prawnej, na mocy której organ rentowy zamierza wydać decyzję o podleganiu obowiązkowym ubezpieczeniom społecznym od dnia 1 marca 2013 r. mimo niezakończonego prawomocnie postępowania sądowego. Pismem z dnia 15 listopada 2016 r. ZUS Oddział w P. poinformował, że postępowanie wyjaśniające zostało zakończone, a

ubezpieczonemu przysługuje prawo zapoznania się i wypowiedzenia co do zebranych w sprawie materiałów i dowodów w terminie 7 dni od dnia doręczenia pisma. W konsekwencji organ rentowy wydał zaskarżoną decyzję.

Sąd Apelacyjny podzielił ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd pierwszej instancji, zgodził się również z przyjętą przez ten Sąd ich oceną prawną, prowadzącą do uznania, że odwołujący się, jako osoba prowadząca pozarolniczą działalność gospodarczą, podlegał obowiązkowo ubezpieczeniom: emerytalnemu, rentowym, wypadkowemu i chorobowemu w okresie od dnia 1 marca 2013 r. do dnia 30 kwietnia 2015 r.

Sąd odwoławczy zaznaczył, że ubezpieczony w spornym okresie przebywał w Polsce, gdzie prowadził pozarolniczą działalność gospodarczą, w ramach której zajmował się recyklingiem opakowań odpadowych i że jednocześnie w dniu 1 marca 2013 r. oraz 1 marca 2015 r. zawarł umowy o pracę, odpowiednio, z E. LTD z siedzibą w N. oraz A. LTD z siedzibą w L. Odwołujący się nie przedstawił jednak żadnych dowodów potwierdzających, że praca najemna na rzecz brytyjskich spółek była przez niego rzeczywiście świadczona. Z przedłożonych dokumentów (umów zawartych z brytyjską spółką E. LTD z siedzibą w N. oraz z A. LTD z siedzibą w L., podstawowych zasad i warunków zatrudnienia, dokumentów P45 i P60, kopii potwierdzeń otrzymanych wynagrodzeń, kopii dokumentu potwierdzającego nadanie brytyjskiego numeru ubezpieczenia NINO, kserokopii europejskiej karty ubezpieczenia zdrowotnego), jak również z przesłuchania wnioskodawcy w charakterze strony, wynika że odwołujący się nie wykonywał pracy najemnej na terytorium Wielkiej Brytanii. Z samego faktu zawarcia umowy o pracę, czy nadania brytyjskiego numeru ubezpieczenia nie można wyprowadzić takiego wniosku. Wnioskodawca nie przedstawił także poświadczenia opłacania składek na ubezpieczenie społeczne i przyjmowania tych składek, wystawionego przez brytyjską instytucję ubezpieczeniową. Ponadto, odwołujący się nie ma w Wielkiej Brytanii miejsca zamieszkania, czemu nie przeczy, a nie wykazał przy tym, aby w ogóle przebywał na terytorium tego kraju. Jak sam wyjaśnił, wszystkie czynności wynikające z zatrudnienia przez brytyjskiego pracodawcę wykonywać miał za pośrednictwem poczty. Z kolei na okoliczność, co w ogóle miało być przedmiotem pracy wnioskodawcy, ubezpieczony przedstawił jedynie własne zeznania, które nie

mogą zostać uznane za wiarygodne, nie znajdują bowiem oparcia w pozostałym zgromadzonym materiale dowodowym. Z przedłożonych przez niego dokumentów nie wynika ani to, jaki był zakres jego obowiązków w ramach zatrudnienia w brytyjskich spółkach, ani to, jaką pracę faktycznie wykonywał na ich rzecz. Konkludując Sąd Apelacyjny stwierdził, że odwołujący się nie zadośćuczynił ciężącemu na nim obowiązkowi wykazania, że faktycznie świadczył pracę na rzecz brytyjskich pracodawców, z którymi podpisał umowy o pracę.

Przechodząc do rozważań prawnych Sąd drugiej instancji podkreślił, że koordynacja systemów zabezpieczenia społecznego państw członkowskich Unii Europejskiej opiera się na zasadzie, że osoby przemieszczające się na terytorium Unii Europejskiej podlegają systemowi zabezpieczenia społecznego tylko jednego państwa członkowskiego (art. 11 rozporządzenia nr 883/2004). W okolicznościach sprawy zasadą, która zdaniem apelującego powinna mieć zastosowanie przy wyborze jednego z dwóch ustawodawstw z zakresu zabezpieczenia społecznego, jest reguła określona w art. 13 ust. 3 rozporządzenia nr 883/2004. Zgodnie z tym przepisem osoba, która normalnie wykonuje pracę najemną i pracę na własny rachunek w różnych państwach członkowskich podlega ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym wykonuje swą pracę najemną. W celu zastosowania tej zasady regulacje unijne określają procedurę postępowania wyznaczonych instytucji ubezpieczeniowych zainteresowanych państw członkowskich. Procedurę tę normuje art. 16 rozporządzenia nr 987/2009. W świetle powyższej regulacji, polski organ rentowy (jako instytucja właściwa według miejsca zamieszkania wnioskodawcy) nie ma kompetencji do oceny spełnienia warunków objęcia wnioskodawcy ubezpieczeniem społecznym w innym państwie członkowskim z tytułu wykonywania tam pracy najemnej. Z powyższego wynika, że do organu rentowego, jak również do sądu polskiego, należy przede wszystkim ustalenie, czy osoba uprawniona podlega ubezpieczeniu społecznemu w danym państwie członkowskim, a nie ustalenie, czy ważny jest stosunek prawny będący podstawą objęcia jej ubezpieczeniem społecznym w tym państwie. Jeżeli organ rentowy poweźmie wątpliwości co do ważności stosunku prawnego będącego podstawą objęcia tytułem ubezpieczenia społecznego w innym państwie członkowskim w

ramach postępowania w przedmiocie ustalenia ustawodawstwa właściwego, to nie może samodzielnie przesądzać tej kwestii.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, ubezpieczony prowadząc w Polsce pozarolniczą działalność gospodarczą i będąc zatrudnionym w brytyjskich firmach powinien uzyskać formularz A1 z brytyjskiej instytucji ubezpieczeniowej i dokonać wyrejestrowania z ubezpieczeń w Polsce. Taki dokument potwierdzałby, że odwołujący się, prowadzący w Polsce działalność gospodarczą, nie ma obowiązku odprowadzania składek na ubezpieczenia społeczne. Domagając się stosowania materialnego prawodawstwa międzypaństwowego (unijnego), ubezpieczony miał obowiązek udowodnić istnienie elementu transgranicznego. W analizowanym stosunku prawnym ubezpieczenia społecznego element transgraniczny wynikałby właśnie z faktu wykonywania pracy najemnej na rzecz pracodawcy innego państwa członkowskiego. Przy braku dowodów ze strony ubezpieczonego, Sąd ustalił, że faktycznie praca nie była wykonywana na terenie Wielkiej Brytanii i na rzecz brytyjskich pracodawców. W związku z tym, że ubezpieczony nie wykazał wykonywania pracy najemnej lub/i działalności na własny rachunek w dwóch lub więcej państwach członkowskich, nie ma do niego zastosowania art. 13 rozporządzenia nr 883/2004. Zastosowanie znajduje natomiast art. 11 ust. 3 lit. a tego rozporządzenia, zgodnie z którym osoba wykonująca w państwie członkowskim pracę najemną lub pracę na własny rachunek podlega ustawodawstwu tego państwa, a zatem - w ustalonym stanie faktycznym sprawy - ustawodawstwu polskiemu. W ocenie Sądu odwoławczego, Sąd Okręgowy prawidłowo przyjął, że organ rentowy nie miał obowiązku informowania brytyjskiej instytucji ubezpieczeniowej o tymczasowym ustaleniu ustawodawstwa dla ubezpieczonego, skoro Wielka Brytania nie była państwem realnego świadczenia pracy najemnej. W takich okolicznościach tym bardziej nie było konieczności zawierania porozumienia w trybie art. 16 ust. 4 rozporządzenia nr 987/2009.

Sąd Apelacyjny zaznaczył, że organ rentowy zastosował przepisy rozporządzeń regulujące współpracę instytucji ubezpieczeń społecznych państw członkowskich w zakresie ustalania ustawodawstwa właściwego dla odwołującego się. Brytyjska instytucja ubezpieczeniowa została poinformowana przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych pismem z dnia 20 października 2014 r. o tymczasowym

ustaleniu ustawodawstwa polskiego, jako właściwego dla skarżącego w zakresie ubezpieczeń społecznych. Wprawdzie w aktach rentowych brak jest zwrotnego poświadczenia doręczenia, jednakże pozwany przesłał wydruk przesylek wysłanych w dniu 20 października 2014 r., w tym do brytyjskiej instytucji ubezpieczeniowej. Oznacza to, że wyczerpano przewidzianą w powołanych wyżej przepisach procedurę, zgodnie z którą tymczasowe ustalenie ustawodawstwa polskiego stało się ostateczne, co potwierdzono zaskarżoną decyzją. Wymóg wyczerpania przez instytucje ubezpieczeniowe dwóch państw członkowskich, w jakich ubezpieczony wykonuje pracę rodzącą obowiązek uruchomienia procedury przewidzianej powołanymi regulacjami, istnieje jedynie wówczas, gdy instytucje te mają wątpliwości co do tego, które ustawodawstwo jest właściwe. Tylko wtedy konieczne jest wydanie w tym przedmiocie decyzji tymczasowej. W przeciwnym razie jest to bowiem bezprzedmiotowe. Wydanie decyzji ostatecznej możliwe jest po uzyskaniu milczącej akceptacji zagranicznej instytucji ubezpieczeniowej w odniesieniu do doręczonej jej decyzji tymczasowej lub po przeprowadzeniu wzajemnych uzgodnień w tym zakresie.

W podsumowaniu Sąd Apelacyjny wskazał, że odwołujący się nie udowodnił - ani przedkładając poświadczenie A1 wystawione przez brytyjską instytucję ubezpieczeniową, ani przez zaoferowanie wiarygodnych dowodów - że faktycznie wykonywał pracę na rzecz brytyjskiego pracodawcy. W konsekwencji, z uwagi na brak elementu transgranicznego pozwalającego na stosowanie prawa unijnego organ rentowy prawidłowo ocenił sytuację prawną ubezpieczonego. Przedstawione rozważania doprowadziły Sąd drugiej instancji do wniosku, że w sprawie nie zaistniały podstawy faktyczne do zastosowania art. 13 ust. 3 rozporządzenia nr 883/2004. Fakt, że ubezpieczony podpisał umowę o pracę z pracodawcą brytyjskim i rozliczał umowę formalnoprawnie, nie przesądzał, że miały do niego zastosowanie przepisy prawa unijnego, zważywszy, iż organ rentowy nie miał wątpliwości co do określenia właściwego ustawodawstwa, lecz wątpliwości co do tego, czy ubezpieczony w ogóle podlega prawodawstwu unijnemu, a to wobec ostatecznie niepotwierdzonej okoliczności świadczenia pracy na terenie Wielkiej Brytanii.

Odwołujący się zaskarżył powyższy wyrok skargą kasacyjną w całości. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił naruszenie prawa materialnego: 1/ art. 12 ust. 1

rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady UE nr 883/2004 (dalej: rozporządzenie nr 883/2004) w związku z art. 14 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady UE nr 987/2009 (dalej: rozporządzenie nr 987/2009), przez jego niezastosowanie, podczas gdy odwołujący się jako pracownik najemny swojego pracodawcy został oddelegowany do pracy na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, co wykluczało uzależnienie przez Sąd Apelacyjny podlegania przez niego ubezpieczeniu w Wielkiej Brytanii od posiadania dokumentu A1, albowiem odwołujący się podlegał ubezpieczeniu brytyjskiemu z mocy prawa; 2/ art. 13 ust. 3 rozporządzenia nr 883/2004 w związku z art. 14 ust. 5 lit. b rozporządzenia nr 987/2009, przez ich niewłaściwe zastosowanie: do (1) stanu faktycznego, w którym świadczenie pracy najemnej występuje tylko na terenie jednego kraju członkowskiego, (2) art. 14 ust. 5 lit. b rozporządzenia nr 987/2009 stosuje się wyłącznie w odniesieniu do art. 13 ust. 1 Rozporządzenia nr 883/2004, nie zaś do ust. 3 tego przepisu, oraz (3) ocena pracy „marginalnej” dokonywana jest wyłącznie wtedy, gdy w obu państwach członkowskich byłaby wykonywana praca najemna.

Z powołaniem się na powyższe zarzuty skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania.

W odpowiedzi na skargę kasacyjną organ rentowy wniósł o jej oddalenie jako nieuzasadnionej i zasądzenie zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu kasacyjnym.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna zasługuje na uwzględnienie, albowiem uzasadnione są zarzuty naruszenia prawa materialnego przy ferowaniu zaskarżonego wyroku.

Analizę prawidłowości orzeczenia Sądu Apelacyjnego rozpocząć wypada od przypomnienia, że przed dniem 1 maja 2010 r. kwestie dotyczące koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego regulowały przepisy rozporządzenia Rady (EWG) Nr 1408/71 z dnia 14 czerwca 1971 r. w sprawie stosowania systemów zabezpieczenia społecznego do pracowników najemnych, osób prowadzących działalność na własny rachunek i do członków ich rodzin przemieszczających się

we Wspólnocie (Dz. Urz. E.L. 71.149.2 ze zm.; zwane dalej rozporządzeniem 1408/71). Obecnie problem ten normuje rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz.Urz.UE.L 2004.166.1.; zwane dalej rozporządzeniem 883/2004 albo rozporządzeniem podstawowym). Całokształt przepisów zawartych w tych aktach uzasadnia przyjęcie tezy, że koordynacja systemów ubezpieczeń państw członkowskich oparta jest na uprzednim stwierdzeniu odrębności i niemożliwej do usunięcia różnorodności krajowych systemów zabezpieczenia społecznego. Ustanowiona przepisami powołanych rozporządzeń koordynacja prowadzi do współistnienia tych systemów w układzie poziomym, przez zastosowanie jednolitych i mających charakter nadrzędny zasad postępowania oraz wspólnych łączników, takich jak miejsce pracy, miejsce zamieszkania, siedziba pracodawcy, miejsce położenia filii przedsiębiorstwa lub jego stałego przedstawicielstwa i innych. Przepisy tych aktów służą do rozstrzygnięcia kolizji, w razie sprzeczności wynikającej z zastosowania różnych ustawodawstw, bądź ustalają właściwe podmioty zobowiązane do świadczenia, w przypadku sporu negatywnego. Powyższe normy są adresowane do pracowników podejmujących pracę w różnych państwach członkowskich, przy czym pojęcie pracownika jest definiowane na podstawie ustawodawstwa mającego zastosowanie w sprawie.

Zgodnie z generalną regułą wspólnotowej koordynacji, ustalanie ustawodawstwa właściwego odbywa się według zasad: podlegania jednemu ustawodawstwu i miejsca wykonywania pracy (*lex loci laboris*). Z art. 13 rozporządzenia 1408/71 wynikało bowiem, że osoby, do których znajduje ono zastosowanie, podlegają ustawodawstwu tylko jednego państwa członkowskiego, które to ustawodawstwo określano według zasad zawartych w art. 13-17 powołanego aktu. Podstawowym łącznikiem do określenia ustawodawstwa właściwego było miejsce wykonywania pracy. Zgodnie z art. 13 ust. 2 lit. a rozporządzenia, pracownik najemny zatrudniony na terytorium jednego państwa członkowskiego podlegał ustawodawstwu tego państwa, nawet jeżeli zamieszkiwał na terytorium innego państwa członkowskiego lub jeżeli przedsiębiorstwo bądź pracodawca, który go zatrudniał, miał swoją zarejestrowaną siedzibę lub miejsce

prowadzenia działalności na terytorium innego państwa członkowskiego. Norma ta wyraźnie stwierdzała, że nie jest niczym szczególnym podleganie pracownika ustawodawstwu państwa, w którym jest zatrudniony, a nie ustawodawstwu innego państwa, w którym zatrudniające go przedsiębiorstwo lub pracodawca ma zarejestrowaną siedzibę bądź miejsce prowadzenia działalności. Tego rodzaju rozwiązanie eliminowało konflikty w ustalaniu właściwego ustawodawstwa związane z tzw. dumpingiem ekonomicznym (socjalnym), wynikającym z mniejszych kosztów ubezpieczenia społecznego w państwie siedziby pracodawcy niż w państwie miejsca wykonywania zatrudnienia.

Podobnie art. 11 ust. 1 obecnie obowiązującego rozporządzenia 883/2004 statuuje generalną regułę podlegania jednemu ustawodawstwu, stanowiąc, że osoby, do których stosuje się niniejsze rozporządzenie, podlegają ustawodawstwu tylko jednego państwa członkowskiego, a ustawodawstwo takie określone jest zgodnie z przepisami tytułu II. Z kolei zgodnie z art. 11 ust. 3 rozporządzenia 883/2004:

a) osoba wykonująca w państwie członkowskim pracę najemną lub pracę na własny rachunek podlega ustawodawstwu tego państwa członkowskiego;

b) urzędnik służby cywilnej podlega ustawodawstwu państwa członkowskiego, jakiemu podlega zatrudniająca go administracja;

c) osoba otrzymująca zasiłek dla bezrobotnych zgodnie z przepisami art. 65 na podstawie ustawodawstwa państwa członkowskiego zamieszkania podlega ustawodawstwu tego państwa członkowskiego;

d) osoba powołana lub odwołana ze służby w siłach zbrojnych lub służby cywilnej w państwie członkowskim podlega ustawodawstwu tego państwa członkowskiego oraz

e) każda inna osoba, do której nie mają zastosowania przepisy lit. a) do d), podlega ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym ma miejsce zamieszkania, bez uszczerbku dla innych przepisów niniejszego rozporządzenia gwarantujących jej świadczenia na podstawie ustawodawstwa jednego lub kilku innych państw członkowskich.

W świetle powołanego przepisu, podstawową zasadą pozostaje zatem podleganie ustawodawstwu jednego państwa członkowskiego i zasadniczo jest to

ustawodawstwo państwa wykonywania pracy. Konsekwencją tejże reguły są pozostałe unormowania kolizyjne odnoszące się do ustalania ustawodawstwa właściwego, w tym w szczególności zawarte w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r. dotyczącego wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz.Urz.U.E.L 2009.284.1; zwane dalej rozporządzeniem 987/2009 lub rozporządzeniem wykonawczym).

Z zasady podlegania jednemu ustawodawstwu państwa członkowskiego wynika również bardzo istotna dyrektywa postępowania dla instytucji właściwych państw członkowskich oraz organów odwoławczych. Zarówno rozstrzygnięcie instytucji właściwej, jak i później organu odwoławczego nie może doprowadzić ani do wyłączenia danej osoby z jakiegokolwiek ustawodawstwa dotyczącego zabezpieczenia społecznego, ani do objęcia więcej aniżeli jednym ustawodawstwem. Takie założenie leży również u podstaw przepisów wykonawczych, w których normuje się problematykę ustalania ustawodawstwa właściwego. Jednocześnie prawodawca unijny ma świadomość, że ustalenie ustawodawstwa właściwego może w praktyce wywoływać szereg wątpliwości, tym bardziej że konieczna jest współpraca pomiędzy instytucjami poszczególnych państw członkowskich. Dał temu wyraz w regulacjach odnoszących się przykładowo do wymiany informacji, oceny skutków zdarzeń bądź okoliczności, jakie wystąpiły na terytorium państwa członkowskiego, oraz tymczasowego ustalania ustawodawstwa.

Od ogólnej zasady eksponującej właściwość ustawodawstwa państwa zatrudnienia były bowiem i są wyjątki. Zostały one wymienione w art. 14-17 rozporządzenia 1408/71, a ich ustanowienie było efektem specyfiki zatrudnienia lub wykonywania zawodu. Aktualnie odstępstwa od zasady *lex loci laboris* przewidują art. 12 i 13 rozporządzenia podstawowego. Pierwsza z wymienionych regulacji normuje kwestię szczególną, dotyczącą delegowania do pracy na terytorium innego państwa członkowskiego. 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 (ust. 1). Podobna możliwość występuje w przypadku osoby, która normalnie wykonuje działalność jako osoba pracująca na własny rachunek w państwie członkowskim, a która udaje się by wykonywać podobną działalność w innym państwie członkowskim (ust. 2).

Wyjątek od generalnej reguły wynikającej z art. 11 ust. 3 rozporządzenia podstawowego ustanawia również art. 13 tego aktu, regulujący kwestię jednoczesnego wykonywania pracy lub prowadzenia działalności na terytorium przynajmniej dwóch państw członkowskich. Przepis ten dotyczy w zasadzie czterech grup problemów:

1) wykonywania pracy w przynajmniej dwóch państwach członkowskich (ust. 1);

2) prowadzenia działalności w przynajmniej dwóch państwach członkowskich (ust. 2);

3) wykonywania pracy i prowadzenia działalności w przynajmniej dwóch państwach członkowskich (ust. 3) oraz

4) pełnienia służby urzędniczej i wykonywania pracy/ prowadzenia działalności w przynajmniej dwóch państwach członkowskich.

W sytuacjach objętych hipotezą powołanej normy prawnej, ustawodawstwo właściwe ustala się według łącznika:

a) miejsca zamieszkania,

b) siedziby lub miejsca wykonywania działalności pracodawcy lub przedsiębiorcy,

c) centrum zainteresowania działalności, w zależności od tego, czy mamy do czynienia z wykonywaniem pracy najemnej, czy prowadzeniem działalności na terytorium dwóch lub więcej państw członkowskich.

Przywołany w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku art. 13 ust. 3 rozporządzenia 883/2004 zawiera normę kolizyjną wskazującą na ustawodawstwo właściwe dla ubezpieczenia społecznego osoby normalnie wykonującej pracę najemną i pracę na własny rachunek w różnych państwach członkowskich Unii. Zgodnie z tą normą, osoba, która normalnie wykonuje pracę najemną i pracę na

własny rachunek w różnych państwach członkowskich podlega ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym wykonuje swą pracę najemną, z zastrzeżeniem wynikającym z art. 14 ust. 5b rozporządzenia 987/2009, a mianowicie, że praca o charakterze marginalnym nie będzie brana pod uwagę do celów określenia mającego zastosowanie ustawodawstwa. Wypada podkreślić, że wbrew twierdzeniu skarżącego, art. 14 ust. 5 lit. b rozporządzenia wykonawczego odsyła do całego art. 13 rozporządzenia podstawowego, a nie tylko do jego ust. 1. Wykładni art. 13 ust. 3 rozporządzenia 883/2004 należy zatem dokonywać w ten sposób, że w celu określenia ustawodawstwa krajowego mającego zastosowanie na podstawie tego przepisu do osoby, która zwykle wykonuje pracę najemną i prowadzi działalność na własny rachunek w różnych państwach członkowskich, należy wziąć pod uwagę wymogi ustanowione w art. 14 ust. 5b oraz w art. 16 rozporządzenia 987/2009 (por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 lipca 2017 r., C-89/16, Radosław Szoja v. Sociálna poisťovňa, curia.eu).

W uzasadnieniu wniosku w zakresie zmiany art. 14 ust. 5 rozporządzenia wykonawczego wskazano, że praca o dodatkowym i marginalnym charakterze, która pod względem czasu i osiąganego zysku jest nieznaczna, nie powinna być uwzględniana przy określaniu mającego zastosowanie ustawodawstwa na podstawie Tytułu II rozporządzenia podstawowego. Praca ta ma być nadal uwzględniana przy stosowaniu ustawodawstwa krajowego w zakresie zabezpieczenia społecznego. Ponadto wyjaśniono, że celem tej zmiany jest uproszczenie istniejących przepisów oraz uniknięcie możliwości niewłaściwego wykorzystania przepisów rozporządzenia podstawowego odnoszących się do mającego zastosowanie ustawodawstwa.

Przypomnieć w tym miejscu trzeba, że wykonywanie pracy za granicą w rozmiarze kilku godzin w okresie miesiąca zostało ocenione w judykaturze jako niewątpliwie stanowiące pracę o charakterze marginalnym (wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 21 stycznia 2016 r., III UK 61/15, LEX nr 1977828; z dnia 25 listopada 2016 r., I UK 370/15, LEX nr 2166375; z dnia 13 września 2017 r., I UK 328/16, LEX nr 2389586). Osoba, która wykonuje pracę o charakterze marginalnym w jednym państwie członkowskim i pracuje również w innym państwie członkowskim, nie może być uznawana za osobę normalnie wykonującą pracę w

dwóch lub w kilku państwach członkowskich i w związku z tym nie jest objęta przepisami art. 13 rozporządzenia podstawowego. W takim przypadku w celu ustalenia mającego zastosowanie ustawodawstwa osoba ta jest traktowana jak osoba pracująca wyłącznie w jednym państwie członkowskim. Jak orzekł Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej we wspomnianym wyroku z dnia 13 lipca 2017 r., C-89/16, "wykładni art. 13 ust. 3 rozporządzenia (WE) nr 883/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego, zmienionego rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 465/2012 z dnia 22 maja 2012 r., należy dokonywać w ten sposób, że w celu określenia ustawodawstwa krajowego mającego zastosowanie na podstawie tego przepisu do osoby takiej, jak skarżący w postępowaniu głównym, która zwykle wykonuje pracę najemną i prowadzi działalność na własny rachunek w różnych państwach członkowskich, należy wziąć pod uwagę wymogi ustanowione w art. 14 ust. 5b oraz w rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r. dotyczącego wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/2004, zmienionego rozporządzeniem nr 465/2012". A zatem dokonywana przez właściwe instytucje ocena charakteru pracy najemnej jako marginalnej w rozumieniu art. 14 ust. 5b rozporządzenia wykonawczego w niczym nie uchybia regułom kolizyjnym wyrażonym w art. 13 ust. 1 i 3 rozporządzenia podstawowego.

Należy w tym miejscu wskazać na utrwalony pogląd judykatury, że o ważności tytułu ubezpieczenia społecznego na terytorium danego państwa władczo rozstrzygnąć może organ tego tylko państwa, natomiast Zakład Ubezpieczeń Społecznych, jak i sąd ubezpieczeń społecznych jest pozbawiony kompetencji do samodzielnej oceny stosunku prawnego stanowiącego tytuł ubezpieczenia społecznego w innym państwie członkowskim (wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 11 września 2014 r., II UK 587/13, OSNP 2016 nr 1, poz. 13; z dnia 6 czerwca 2013 r., II UK 333/12, OSNP 2014 nr 3, poz. 47; z dnia 21 stycznia 2016 r., III UK 61/15, LEX nr 1977828; uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 18 marca 2010 r., II UZP 2/10, OSNP 2010 nr 17-18, poz. 216). Wskazany brak kompetencji tyczy się także oceny pracy wykonywanej w innym państwie członkowskim jako marginalnej, a to przede wszystkim dlatego, że przepisy art. 16 rozporządzenia wykonawczego adresowane

są do państw członkowskich i określają sposób postępowania właściwych organów tych państw w celu ustalenia wspólnego stanowiska odnośnie do ustawodawstwa, któremu podlega zainteresowany. Tak wyznaczony przedmiot postępowania oraz jego cel (doprowadzenia do sytuacji podlegania ustawodawstwu jednego państwa) determinuje zakres kontroli przez sąd ubezpieczeń społecznych decyzji organu rentowego o ustaleniu ustawodawstwa właściwego. Mianowicie, w postępowaniu zapoczątkowanym odwołaniem od takiej decyzji sąd bada wyłącznie to, czy zachowana została właściwa procedura gwarantująca osiągnięcie celu zakładanego przez koordynację systemów zabezpieczenia społecznego, nie ma natomiast uprawnienia do badania zasadności stanowiska zajętego przez inne państwo członkowskie (zaakceptowanego przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych). Jest tak dlatego, że, po pierwsze, postępowanie to nie przewiduje arbitralnych decyzji państwa miejsca zamieszkania, wymagając wspólnego porozumienia z innym zainteresowanym państwem członkowskim, po drugie, nawet w wypadku sporu, to nie sąd jest arbitrem rozstrzygającym, jakie ustawodawstwo będzie miało zastosowanie.

Wyjątek od zasady *lex loci laboris* zawiera także (będący odpowiednikiem art. 14 ust. 1 lit. a i b rozporządzenia 1408/71 z dnia 14 czerwca 1971 r.) art. 12 rozporządzenia 883/2004, który w ust. 1 stanowi, że osoba, która wykonuje działalność jako pracownik najemny w państwie członkowskim w imieniu pracodawcy, który normalnie prowadzi tam swoją działalność, a która jest delegowana przez tego pracodawcę do innego państwa członkowskiego do wykonywania pracy w imieniu tego pracodawcy, nadal podlega ustawodawstwu pierwszego państwa członkowskiego, pod warunkiem, że przewidywany czas takiej pracy nie przekracza 24 miesięcy i że osoba ta nie jest wysłana, by zastąpić inną delegowaną osobę. Stosownie zaś do art. 14 ust. 1 i 2 rozporządzenia 987/2009, do celów stosowania art. 12 ust. 1 rozporządzenia podstawowego, "osoba, która wykonuje działalność jako pracownik najemny w państwie członkowskim w imieniu pracodawcy, który normalnie tak 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 pracodawcą, zaś sformułowanie "który normalnie tam prowadzi swą działalność" odnosi się do pracodawcy zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności, innej niż działalność związana z samym zarządzaniem wewnętrznym, na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, z uwzględnieniem wszystkich kryteriów charakteryzujących działalność prowadzoną przez dane przedsiębiorstwo. Odnosne kryteria muszą zostać dopasowane do specyficznych cech każdego pracodawcy i do rzeczywistego charakteru prowadzonej działalności.

Znaczenie powyższych unormowań wyjaśnił Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 4 czerwca 2014 r., II UK 565/13 (LEX nr 1475235) zauważając, że dobrodziejstwo regulacji, a ściślej wyjątku od zasady *lex loci laboris*, odnosi się do pracodawcy osadzonego w jednym państwie i wykonującego roboty lub usługi w innym państwie, zatrudniając do tej pracy swoich dotychczasowych pracowników albo osoby dopiero zatrudniane z kraju delegowania. Wówczas regulacja wspólnotowa pozwala na korzystanie z macierzystego ubezpieczenia społecznego, co w przypadku wielu krajów łączy się z kosztami pracy, w tym ubezpieczenia społecznego, niższymi niż w państwie, do którego pracownicy są delegowani. Dzięki takiemu rozwiązaniu pracodawca (agencja pracy tymczasowej) za granicą nie musi zatrudniać pracowników z innego kraju według kosztów miejsca pracy (wykonywania usługi). Jednak taki wyjątek ma swe racjonalne granice, które wyznaczają warunki określone w powołanych przepisach (por. również wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 2014 r., II UK 94/14, LEX nr 1777893).

Literalna wykładnia art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004 prowadzi do sformułowania czterech przesłanek delegowania, a mianowicie:

1) wymogu, aby pracownik w okresie delegowania w dalszym ciągu wykonywał pracę w imieniu swego macierzystego pracodawcy, przy czym pracę w dalszym ciągu uważa się za wykonywaną w imieniu pracodawcy państwa wysyłającego, jeżeli praca ta jest faktycznie wykonywana na rzecz tego pracodawcy, a przez cały okres delegowania utrzymany zostaje tzw. bezpośredni związek między pracownikiem a przedsiębiorstwem, które oddelegowało go do pracy za granicą, zaś ustalenie istnienia takiej więzi między pracownikiem

delegowanym a przedsiębiorstwem delegującym wymaga przeanalizowania szeregu czynników, w tym między innymi kwestii odpowiedzialności za rekrutację pracownika, odpowiedzialności za jego wynagrodzenie, umowy o pracę, uprawnienia do określenia charakteru pracy, czy zasad zwolnienia pracownika;

2) wymogu, aby pracodawca delegujący pracownika za granicę normalnie prowadził swoją działalność na terytorium państwa wysyłającego;

3) wymogu, aby delegowanie miało charakter tymczasowy, a więc aby praca wykonywana w innym państwie była ograniczona w czasie i nie przekraczała maksymalnego okresu 24 miesięcy;

4) wymogu, aby pracownik delegowany nie był wysyłany do pracy za granicę w zastępstwie innego pracownika.

Kwestia normalnego prowadzenia działalności przez pracodawcę delegującego pracownika do pracy w innym państwie członkowskim była przedmiotem analizy Sądu Najwyższego w wyroku składu siedmiu sędziów z dnia 18 listopada 2015 r., II UK 100/14 (OSNP 2016 nr 7, poz. 88). Wyjaśniono w nim, że treść art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004 oraz art. 14 ust. 2 rozporządzenia 987/2009 nie pozostawia wątpliwości, iż przy ocenie, czy pracodawca prowadzi normalną działalność, a zatem znaczną część działalności innej niż działalność związana z samym zarządzaniem wewnętrznym na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, należy uwzględniać wszystkie kryteria charakteryzujące jego działalność. Już odwołanie się do zaimka "wszystkie" w odniesieniu do kryteriów, które należy uwzględniać przy omawianej ocenie, wskazuje, że niedopuszczalne jest uznanie jednego kryterium za decydujące w tym sensie, że jego niespełnienie zwalnia instytucję właściwą, bądź sąd, z badania pozostałych cech charakteryzujących działalność prowadzoną przez dane przedsiębiorstwo. Podobnie kwestię tę ujmuje decyzja A2 Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego (wydana przez Komisję Administracyjną na podstawie art. 72 lit. a i b rozporządzenia nr 883/2004 w ramach jej zadań dotyczących wykładni i usprawniania jednolitego stosowania prawa Unii Europejskiej) oraz publikacja Komisji Europejskiej pt. "Praktyczny poradnik: Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej (UE), w Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) i w Szwajcarii",

a także orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wyroki 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; z dnia 17 grudnia 1970 r. w sprawie 35/70 Sarl Manpower przeciwko Caisse Primaire d' Assurance Maladie, ECR 1970, s. 01251 oraz z dnia 9 listopada 2000 r. w sprawie C-404/98 Josef Plum przeciwko Allgemeine Ortskrankenkasse Rheinland, Regionaldirektion Köln, ECR 2000, s. I 09397). Nawiązując do treści powołanych aktów oraz orzeczeń, Sąd Najwyższy stwierdził, że w celu ustalenia, iż przedsiębiorstwo prowadzi normalną działalność (w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004), czy też znaczną część działalności innej niż zarządzanie wewnętrzną (według art. 14 ust. 2 rozporządzenia 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 (w 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. Określenie "znaczną część działalności" należy przy tym, jak wynika z innych wersji językowych rozporządzenia 987/2009, a także z wyroku Fitzwilliam, rozumieć jako "znacząca działalność". 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.

Z kolei co się tyczy tej przesłanki zastosowania art. 12 ust. 1 rozporządzenia podstawowego, jaką jest podleganie pracownika bezpośrednio przed oddelegowaniem ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym ma siedzibę jego pracodawca, w dotychczasowym orzecznictwie Sądu Najwyższego jednolicie przyjmowano, że "podleganie ustawodawstwu państwa członkowskiego" (państwa wysyłającego) w rozumieniu art. 14 ust. 1 rozporządzenia wykonawczego w związku z art. 12 ust. 1 rozporządzenia podstawowego, oznacza posiadanie statusu osoby ubezpieczonej na podstawie ustawodawstwa tego państwa członkowskiego. Innymi słowy, pojęcie to utożsamiano z istnieniem tytułu do objęcia ubezpieczeniem społecznym lub zdrowotnym (wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 6 sierpnia 2013 r., II UK 116/13, OSNP 2014 nr 5, poz. 73; z dnia 2 października 2013 r., II UK 170/13, OSNP 2014 nr 12, poz. 171; z dnia 15 czerwca 2016 r., II UK 255/14, LEX nr 2069443; z dnia 5 lipca 2017 r., II UK 302/16, LEX nr 2382425). Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 6 sierpnia 2013 r., II UK 116/13, wyjaśnił, że użyte w tym przepisie oraz w art. 14 ust. 1 rozporządzenia wykonawczego sformułowanie "podlega ustawodawstwu państwa członkowskiego" oznacza podleganie przepisom tworzącym w danym państwie członkowskim system zabezpieczenia społecznego, zaś sformułowanie "nadal podlega ustawodawstwu pierwszego państwa członkowskiego", określa sytuację, w której

osoba oddelegowana przez pracodawcę do innego państwa członkowskiego do wykonywania pracy w imieniu tego pracodawcy "nadal" będzie podlegać ustawodawstwu pierwszego państwa członkowskiego, a zatem jej status prawny nie ulegnie żadnej zmianie, co oznacza że będzie "nadal" podlegać szeroko pojmowanemu ubezpieczeniu, analogicznie jak przed oddelegowaniem. Dlatego też tak samo musi być traktowany wynikający z art. 14 ust. 1 rozporządzenia 987/2004 warunek podlegania przez tę osobę ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym siedzibę ma jej pracodawca, bezpośrednio przed rozpoczęciem zatrudnienia w celu oddelegowania jej do innego państwa członkowskiego. Użyte w tym przepisie sformułowanie "bezpośrednio przed rozpoczęciem zatrudnienia podlega już ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym siedzibę ma jej pracodawca" należy zatem odnosić jedynie do takiej osoby, która przed zatrudnieniem w celu oddelegowania do innego państwa członkowskiego posiada jakikolwiek tytuł do podlegania ubezpieczeniu, w tym także zdrowotnemu. Podleganie ubezpieczeniu następuje bowiem z mocy samego prawa i jest konsekwencją istnienia tytułu do tego ubezpieczenia. Natomiast za prawnie irrelewantne w tym zakresie należy uznać ewentualne dokonanie zgłoszenia do ubezpieczenia, czy też samo tylko opłacenie składek na to ubezpieczenie.

Należy zauważyć, że przepis art. 12 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 883/2004 ustanawia jedynie przesłankę podlegania pracownika ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym siedzibę ma jego pracodawca. Dopiero przepis art. 14 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 987/2009 doprecyzowuje tę przesłankę stanowiąc, że podleganie to ma mieć miejsce bezpośrednio przed rozpoczęciem zatrudnienia. Jednak także ten ostatni przepis nie określa wymaganego czasookresu owego bezpośredniego podlegania ustawodawstwu tegoż państwa. Czyni to natomiast decyzja A2. Stwierdzono w niej tytułem wskazówki, że dla celów stosowania art. 14 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 987/2009 wymóg, do którego odnoszą się słowa "bezpośrednio przed rozpoczęciem zatrudnienia", można uważać za spełniony, jeśli dana osoba podlega przez co najmniej miesiąc ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym pracodawca ma swoją siedzibę. Krótsze okresy wymagać będą indywidualnej oceny w konkretnych przypadkach, z uwzględnieniem wszelkich innych występujących czynników.

Rozważając kwestię związania sądów krajowych powyższą wykładnią zawartą we wspomnianej decyzji A2 i odnosząc się do przypadku, kiedy dana osoba podlega ustawodawstwu państwa członkowskiego krócej niż miesiąc, Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 4 listopada 2015 r., II UK 406/14 (M.P.Pr. 2016 nr 4, s. 206-211), wyraził pogląd, że nieprawidłowe jest stanowisko przypisujące decydujące znaczenie w rozstrzygnięciu sporu o ustalenie ustawodawstwa właściwego dla osoby delegowanej do pracy w innym państwie członkowskim wykładni art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004 i art. 14 rozporządzenia 987/2009 dokonanej w decyzji A2, co do przesłanki miesięcznego okresu podlegania ubezpieczeniom bezpośrednio przypadającego przed okresem delegowania do pracy w innym państwie. Decyzja ta w zakresie, w jakim interpretuje wynikającą z powołanych przepisów przesłankę podlegania zainteresowanego ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym siedzibę ma jego pracodawca, bezpośrednio przed rozpoczęciem zatrudnienia, nie tyle wyjaśnia znaczenie pojęcia bezpośredniego podlegania tak oznaczonemu ustawodawstwu, ile w rzeczywistości ustanawia dodatkowe, nieznane przepisom samych rozporządzeń, kryterium czasowe (co najmniej miesięczny okres owego podlegania), przewidując zresztą możliwość odstąpienia od tego wymogu w indywidualnie ocenianych przypadkach. Taka wykładnia przepisów wspomnianych rozporządzeń, w istocie wykraczająca poza ich treść normatywną, tym bardziej nie może być uznana za wiążącą dla sądu krajowego. Dla oceny możliwości spełnienia tej przesłanki wynikającej z przepisów art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004 oraz art. 14 rozporządzenia 987/2009, jaką jest bezpośrednio podleganie zainteresowanego ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym ma siedzibę pracodawca, należy zatem zestawić początkową datę podlegania pracownika temu ustawodawstwu, z datą podjęcia zatrudnienia za granicą w ramach oddelegowania do innego państwa członkowskiego. Trzeba pamiętać, że celem powołanej regulacji rozporządzeń 883/2004 i 987/2009 jest pozostawienie pracownika w dotychczasowym systemie ubezpieczeń społecznych w sytuacji krótkookresowych oddelegowań przez macierzystego pracodawcę do pracy w innym państwie członkowskim. Rozstrzygnięcie oparte przede wszystkim na zastosowaniu wynikającego z decyzji A2 dodatkowego kryterium co najmniej miesięcznego

okresu podlegania ustawodawstwu państwa, w którym siedzibę ma pracodawca, bez uwzględnienia wszystkich innych występujących w sprawie czynników, jest zatem nieprawidłowe.

Istotną rolę w wykładni omawianego kryterium kwalifikacyjnego pracownika delegowanego odegrał wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 25 października 2018 r., wydany w sprawie C-451/17, "Walltopia" AD przeciwko Direktor na Teritorialna direktsia na Natsionalnata agentsia za prihodite - Veliko Tarnovo. W wyroku tym Trybunał stwierdził, że art. 14 ust. 1 rozporządzenia wykonawczego w związku z art. 12 ust. 1 rozporządzenia podstawowego należy interpretować w ten sposób, że pracownika zatrudnionego w celu oddelegowania do innego państwa członkowskiego należy uznać za osobę, która "bezpośrednio przed rozpoczęciem zatrudnienia podlega już ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym siedzibę ma jej pracodawca" w rozumieniu art. 14 ust. 1 wykonawczego, nawet jeśli pracownik ten nie miał statusu osoby ubezpieczonej na podstawie ustawodawstwa tego państwa członkowskiego bezpośrednio przed rozpoczęciem zatrudnienia, o ile w tym momencie pracownik miał miejsce zamieszkania we wspomnianym państwie członkowskim, czego ustalenie należy do sądu odsyłającego. Trybunał wyjaśnił równocześnie, że przepisy tytułu II rozporządzenia podstawowego, do których zalicza się jego art. 11-16, mają jedynie na celu określenie ustawodawstwa krajowego mającego zastosowanie do osób objętych zakresem zastosowania tego rozporządzenia. Ich celem nie jest ustalenie warunków, od których zależy istnienie uprawnienia lub obowiązku przystąpienia do systemu zabezpieczenia społecznego lub do takiego czy innego działu tego systemu. Dlatego też Trybunał przyjął, że "podlegania ustawodawstwu państwa członkowskiego" nie należy wiązać ze spełnieniem warunków do objęcia jednym z tytułów funkcjonujących w danym (krajowym) systemie zabezpieczenia społecznego. Pojęcie to należy wyklądać na podstawie przepisów koordynacyjnych, z uwzględnieniem, że każda inna osoba, do której nie mają zastosowania przepisy art. 11 ust. 3 lit. a-d) rozporządzenia podstawowego, podlega ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym ma miejsce zamieszkania, bez uszczerbku dla innych przepisów wspomnianego rozporządzenia, gwarantujących jej świadczenia

na podstawie ustawodawstwa jednego lub kilku innych państw członkowskich (art. 11 ust. 3 lit. e) rozporządzenia podstawowego).

Trzeba przy tym podkreślić, że w myśl art. 267 TFUE Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej jest właściwy do orzekania w trybie prejudycjalnym: a) o wykładni Traktatów; b) o ważności i wykładni aktów przyjętych przez instytucje, organy lub jednostki organizacyjne Unii, co oznacza, że dokonana przez Trybunał wykładnia wspomnianych aktów ma charakter wiążący. Zarówno w piśmiennictwie, jak i w orzecznictwie sądowym jednoznacznie uznaje się bowiem, że sądy państw członkowskich nie powinny przyjmować innej interpretacji przepisów prawa wspólnotowego niż wskazana w orzeczeniu Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości zawierającym wykładnię stosownych przepisów tego prawa. Przemawiają za tym deklaratoryjny charakter orzeczenia i cel orzeczenia, którym jest zapewnienie jednolitego stosowania prawa wspólnotowego we wszystkich państwach europejskich. Orzeczenie to jest zatem wiążące dla innych sądów państw członkowskich w rozpoznawaniu spraw opartych na podobnych stanach faktycznych i prawnych.

Z punktu widzenia treści powołanych przepisów rozporządzenia podstawowego i wykonawczego, jak i ich praktycznego stosowania, wątpliwości wywołuje przede wszystkim różnica pomiędzy delegowaniem a wykonywaniem pracy na terytorium więcej aniżeli jednego państwa członkowskiego. Dotyczy to najczęściej sytuacji, w której wnioskodawca domaga się ustalenia ustawodawstwa w oparciu o art. 13 rozporządzenia 883/2004, natomiast w rzeczywistości przepis ten nie ma do niego zastosowania, ponieważ był on pracownikiem delegowanym (art. 12 rozporządzenia 883/2004), albo powinien podlegać ustawodawstwu państwa wykonywania pracy (art. 11 ust. 2 rozporządzenia 883/2004). W odróżnieniu od delegowania, z jednoczesnym wykonywaniem pracy na terytorium więcej aniżeli jednego państwa członkowskiego mamy do czynienia wówczas, gdy praca najemna lub działalność na własny rachunek prowadzona jest niejako równolegle (w tym samym czasie) w przyjętym okresie. Nie chodzi zatem o wykonywanie pracy bądź prowadzenie działalności na własny rachunek w następujących po sobie okresach (choćby nawet bardzo krótkich).

Konkludując wypada stwierdzić, że podstawowa reguła ustalania ustawodawstwa właściwego wynika z art. 11 ust. 3 rozporządzenia 883/2004, stanowiącego, że prawem właściwym jest prawo miejsca wykonywania pracy bądź prowadzenia działalności, a wyjątki od tej reguły zostały unormowane w kolejnych przepisach, w których albo przyjęto, iż uzasadnione jest odstępianie od tej zasady (delegowanie do wykonywania pracy w innym państwie członkowskim - art. 12 rozporządzenia 883/2004), albo ustalenie ustawodawstwa na podstawie art. 11 jest niemożliwe bądź znacznie utrudnione (jednoczesne wykonywanie pracy na terytorium przynajmniej dwóch państw członkowskich - art. 13 rozporządzenia 883/2004). W razie wystąpienia owych wyjątków, rozpoznając konkretną sprawę, należy zatem w pierwszej kolejności ustalić, czy nie zachodzi przypadek delegowania do wykonywania pracy na terytorium innego państwa członkowskiego. Dopiero w razie zanegowania takiej możliwości trzeba zastanawiać się, czy spełniony jest warunek zastosowania art. 13 rozporządzenia 883/2004.

W rozpoznawanej sprawie stan faktyczny i prawny jest złożony. Wprawdzie art. 13 ust. 3 rozporządzenia podstawowego kreuje dla osoby, która normalnie wykonuje pracę najemną i pracę na własny rachunek w różnych państwach członkowskich właściwość ustawodawstwa państwa członkowskiego, w którym wykonywana jest praca najemna, jednak w niniejszym przypadku mamy do czynienia z sytuacją, gdy skarżący B. G. prowadząc od dnia 3 grudnia 1990 r. na terytorium Polski działalność gospodarczą, jednocześnie w spornym okresie od 1 marca 2013 r. do 30 kwietnia 2015 r. wykonywał pracę najemną i to również na terytorium naszego kraju. Pracę tę świadczył jednak na rzecz brytyjskiego pracodawcy – E. LTD z siedzibą w N., w ramach oddelegowania na okres nie dłuższy niż 24 miesiące. Pozostaje zatem rozważyć zastosowanie w sprawie art. 12 ust. 1 rozporządzenia 9883/2005, pamiętając o regulacji art. 14 ust. 1 i 2 rozporządzenia 987/2009, wyjaśniającego znaczenie pojęć zawartych w powołanym przepisie rozporządzenia podstawowego, by ostatecznie stwierdzić, czy mamy do czynienia pracownikiem delegowanym w rozumieniu tychże przepisów, czy też z jednoczesnym wykonywaniem pracy najemnej i pracy na własny rachunek w rozumieniu art. 13 ust. 3 rozporządzenia 883/2004. Lektura uzasadnień zapadłych w sprawie wyroków wskazuje, że Sądy obu instancji zdają się negować

ważność samej umowy o pracę zawartej przez skarżącego w brytyjskim pracodawcą i fakt jej rzeczywistego wykonywania, aczkolwiek – jak wspomniano wyżej – ocena istnienia tytułu podlegania danej osoby ustawodawstwu innego państwa członkowskiego nie leży w gestii polskiej instytucji ubezpieczenia społecznego i sądu ubezpieczeń społecznych. Sąd Apelacyjny w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku nawiązuje też do pojęcia pracy marginalnej, stąd można mieć wątpliwości, czy w sprawie ostatecznie uznano, że skarżący w ogóle nie nawiązał stosunku pracy w brytyjskim pracodawcą i z tego tytułu nie podlegał brytyjskiemu systemowi ubezpieczeń społecznych, czy też wykonywana przez niego praca, jako praca marginalna, nie powinna być brana pod uwagę przy ustalaniu mającego zastosowania ustawodawstwa. Tymczasem wszystkie wątpliwości związane z prawdziwością twierdzeń skarżącego co do okoliczności rzutujących na ustalenie ustawodawstwa właściwego oraz przedłożonych przez niego dokumentów powinny być wyjaśnione z trybie postępowania określonego w procedurze koordynacyjnej.

Z problematyką ustalania ustawodawstwa właściwego wiąże się bowiem kwestia trybu postępowania w tym zakresie oraz uprawnień i obowiązków instytucji właściwych, osób zainteresowanych oraz organów odwoławczych.

Zgodnie z - zawartym w tytule I rozdziale II zatytułowanym "Przepisy dotyczące współpracy i wymiany danych" - art. 2 ust. 2 rozporządzenia 987/2009, instytucje niezwłocznie dostarczają lub wymieniają między sobą wszystkie dane niezbędne dla ustanowienia i określenia praw i obowiązków osób, do których ma zastosowanie rozporządzenie podstawowe. Przekazywanie tych danych między państwami członkowskimi odbywa się bezpośrednio pomiędzy samymi instytucjami lub za pośrednictwem instytucji łącznikowych. Dodatkowo w pkt 10 preambuły rozporządzenia 987/2009 stwierdza się, że w celu określenia instytucji właściwej, tj. instytucji, której ustawodawstwo ma zastosowanie, lub instytucji odpowiedzialnej za wypłacanie określonych świadczeń, potrzebna jest analiza sytuacji ubezpieczonego i członków jego rodziny przez instytucje więcej niż jednego państwa członkowskiego. Z kolei art. 3 rozporządzenia 987/2009 zawiera ogólne dyrektywy postępowania dotyczące relacji między zainteresowanymi a instytucjami właściwymi. Stosownie do ust. 2 tego artykułu, osoby, do których ma zastosowanie

rozporządzenie podstawowe, są zobowiązane do przekazania instytucji właściwej informacji, dokumentów lub dowodów potwierdzających, niezbędnych dla ustalenia ich sytuacji lub sytuacji ich rodzin, do ustalenia lub utrzymania ich praw i obowiązków oraz do określenia mającego zastosowanie ustawodawstwa i wynikającego z niego obowiązków tych osób.

Szczegółowe zasady postępowania w zakresie ustalania ustawodawstwa właściwego zostały zawarte w przepisach tytułu II rozporządzenia 987/2009 zatytułowanego "Określanie mającego zastosowanie ustawodawstwa". Zgodnie z art. 15 ust. 1 rozporządzenia, o ile art. 16 rozporządzenia wykonawczego nie stanowi inaczej, w przypadku gdy osoba wykonuje pracę w państwie członkowskim innym niż państwo członkowskie właściwe na podstawie przepisów tytułu II rozporządzenia podstawowego, pracodawca lub - w przypadku osoby, która nie wykonuje pracy jako pracownik najemny - zainteresowany informują o tym instytucję właściwą państwa członkowskiego, którego ustawodawstwo ma zastosowanie w danym przypadku, w miarę możliwości z wyprzedzeniem. Instytucja ta wydaje zainteresowanemu poświadczenie, o którym mowa w art. 19 ust. 2 rozporządzenia wykonawczego, i niezwłocznie udostępnia informacje dotyczące ustawodawstwa mającego zastosowanie do tej osoby, zgodnie z art. 11 ust. 3 lit. b lub art. 12 rozporządzenia podstawowego, instytucji wyznaczonej przez właściwą władzę państwa członkowskiego, w którym wykonywana jest praca. Z kolei art. 19 tego aktu stanowi, że instytucja właściwa państwa członkowskiego, którego ustawodawstwo staje się mającym zastosowanie ustawodawstwem zgodnie z przepisami tytułu II rozporządzenia podstawowego, informuje zainteresowanego oraz, w stosownych przypadkach, jego pracodawcę (-ów) o obowiązkach przewidzianych w tym ustawodawstwie. Instytucja ta udziela im niezbędnej pomocy w dopełnianiu formalności wymaganych przez to ustawodawstwo (ust. 1). Na wniosek zainteresowanego lub pracodawcy instytucja właściwa państwa członkowskiego, którego ustawodawstwo ma zastosowanie zgodnie z przepisami tytułu II rozporządzenia podstawowego, poświadcza, że to ustawodawstwo ma zastosowanie, oraz w stosownych przypadkach wskazuje, jak długo i na jakich warunkach ma ono zastosowanie (ust. 2). Stosownie do art. 20 rozporządzenia wykonawczego, odpowiednie instytucje przekazują instytucji

właściwej państwa członkowskiego, którego ustawodawstwo ma zastosowanie do danej osoby zgodnie z przepisami tytułu II rozporządzenia podstawowego, informacje niezbędne do ustalenia dnia, od którego ustawodawstwo to ma zastosowanie, oraz składek, jakie osoba ta i jej pracodawca (-y) zobowiązani są zapłacić na podstawie tego ustawodawstwa (ust. 1). Instytucja właściwa państwa członkowskiego, którego ustawodawstwo staje się ustawodawstwem mającym zastosowanie do danej osoby zgodnie z przepisami tytułu II rozporządzenia podstawowego, informuje o dniu, od którego rozpoczyna się stosowanie tego ustawodawstwa, instytucję wyznaczoną przez właściwą władzę państwa członkowskiego, którego ustawodawstwu ostatnio podlegała ta osoba (ust. 2). Wreszcie w myśl art. 21 ust. 1 rozporządzenia 987/2009, pracodawca, którego siedziba lub miejsce prowadzenia działalności znajdują się poza terytorium właściwego państwa członkowskiego, zobowiązany jest do wypełniania wszystkich obowiązków wynikających z ustawodawstwa mającego zastosowanie do jego pracowników, w szczególności obowiązku zapłacenia składek przewidzianych w tym ustawodawstwie, tak jakby jego siedziba lub miejsce prowadzenia działalności znajdowały się we właściwym państwie członkowskim.

Należy zauważyć, że zakres kompetencji określonej instytucji sprowadza się wyłącznie do możliwości ustalenia bądź odmowy ustalenia, że właściwe jest ustawodawstwo państwa tej instytucji. Wynika to z terytorialnego obowiązywania przepisów prawnych danego państwa oraz kompetencji organów działających na jego obszarze. Instytucja właściwa nie jest więc uprawniona do ustalenia, że osoba podlega ustawodawstwu innego państwa członkowskiego, gdyż wówczas decyzja wywoływałaby skutek na terytorium innego państwa członkowskiego i wiązałaby instytucję drugiego państwa. Oznacza to, że instytucja właściwa państwa członkowskiego może wydać decyzję albo ustalającą ustawodawstwo właściwe tego państwa, albo odmawiającą takiego ustalenia, przy czym wobec wzmiankowanej wyżej zasady podlegania ustawodawstwu jednego państwa członkowskiego pojawia się pytanie, jak powinna postąpić, gdy ma wątpliwości co do podlegania przez daną osobę ustawodawstwu swojego albo innego państwa członkowskiego. Zarówno decyzja pozytywna, jak i negatywna nie może bowiem prowadzić do niezgodności z art. 11 ust. 1 rozporządzenia 883/2004. Wskutek

wydania rozstrzygnięcia nie powinno dojść do wyłączenia danej osoby z podlegania ubezpieczeniu jakiegokolwiek państwa, ani do objęcia jej ustawodawstwem więcej aniżeli jednego państwa członkowskiego. Uniknięciu takiej sytuacji służą proceduralne regulacje rozporządzenia wykonawczego konkretyzujące reguły ustalania ustawodawstwa tymczasowego oraz wyjaśnianie pomiędzy instytucjami okoliczności spornych czy wątpliwych.

Ustalanie ustawodawstwa tymczasowego zostało przewidziane w dwóch przypadkach określania ustawodawstwa właściwego:

1) jednoczesnego wykonywania pracy bądź prowadzenia działalności na terytorium więcej aniżeli jednego państwa członkowskiego (art. 16 rozporządzenia 987/2009) oraz

2) pozostałych przypadków ustalania ustawodawstwa właściwego (art. 6 rozporządzenia 987/2009), w tym w szczególności w razie delegowania do wykonywania pracy na terytorium innego państwa członkowskiego bądź przejściowego prowadzenia działalności na terytorium innego państwa członkowskiego (art. 12 rozporządzenia 883/2004).

Procedura ustalania ustawodawstwa właściwego na potrzeby stosowania art. 13 rozporządzenia 883/2004 została uregulowana w art. 16 rozporządzenia 987/2009. Wynika z niego, że:

1) osoba objęta art. 13 informuje o tym fakcie (jednoczesnego wykonywania pracy najemnej oraz prowadzenia działalności) instytucję właściwą miejsca zamieszkania (art. 16 ust. 1 rozporządzenia 987/2009);

2) instytucja właściwa niezwłocznie ustala ustawodawstwo właściwe, przy czym takie wstępne określenie ma charakter tymczasowy; jednocześnie instytucja ta informuje wyznaczone instytucje każdego państwa członkowskiego, w którym wykonywana jest praca, o swoim tymczasowym określeniu (art. 16 ust. 2 rozporządzenia 97/2009);

3) tymczasowe określenie ustawodawstwa staje się ostateczne w terminie dwóch miesięcy od momentu poinformowania o tym instytucji wyznaczonych przez właściwe władze zainteresowanych państw członkowskich, jeśli:

a) ustawodawstwo nie zostało określone na podstawie art. 16 ust. 4 rozporządzenia 987/2009 albo

b) przynajmniej jedna z zainteresowanych instytucji nie poinformuje instytucji miejsca zamieszkania przed upływem terminu dwóch miesięcy o niemożności zaakceptowania ustalonego ustawodawstwa przez instytucję miejsca zamieszkania lub o swojej odmiennej opinii w tej kwestii (art. 16 ust. 3 rozporządzenia 987/2009), oraz

4) instytucja właściwa państwa, którego ustawodawstwo zostało tymczasowo lub ostatecznie określone jako mające zastosowanie, niezwłocznie informuje o tym zainteresowanego (art. 16 ust. 3 rozporządzenia 987/2009).

Z kolei art. 16 ust. 4 rozporządzenia 987/2009 dotyczy szczególnej sytuacji, w której instytucja miejsca zamieszkania ma wątpliwości co do ustalenia ustawodawstwa właściwego. Wówczas konieczne jest nawiązanie kontaktów przez instytucje lub władze dwóch lub więcej państw członkowskich, a ustawodawstwo właściwe ustala się na mocy wspólnego porozumienia z uwzględnieniem art. 13 rozporządzenia 883/2004 i art. 14 rozporządzenia 987/2009. W takim przypadku znajduje również zastosowanie decyzja nr A1 Komisji Administracyjnej w sprawie ustanowienia procedury dialogu i koncyliacji w zakresie ważności dokumentów, określenia ustawodawstwa właściwego oraz udzielania świadczeń na mocy rozporządzenia nr 883/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady (WE).

Odrębną procedurę uzgodnieniową przeprowadza się w oparciu o art. 6 rozporządzenia 987/2009. Z systemowego punktu widzenia należałoby przyjąć, że dotyczy ona każdego innego postępowania w przedmiocie ustalenia ustawodawstwa właściwego aniżeli ustalanego na podstawie art. 13 rozporządzenia 883/2004, w którym owo ustalenie może wywoływać wątpliwości i spory pomiędzy instytucjami poszczególnych państw członkowskich. Zgodnie z pierwszym z powołanych przepisów, jeśli rozporządzenie wykonawcze nie stanowi inaczej, w przypadku rozbieżności opinii pomiędzy instytucjami lub władzami dwóch lub więcej państw członkowskich w odniesieniu do określenia mającego zastosowanie ustawodawstwa, zainteresowany tymczasowo podlega ustawodawstwu jednego z tych państw członkowskich, przy czym ustawodawstwo to jest określone w następującej kolejności:

a) ustawodawstwo państwa członkowskiego, w którym osoba ta rzeczywiście wykonuje pracę najemną lub pracę na własny rachunek, o ile praca najemna lub

praca na własny rachunek jest wykonywana tylko w jednym z państw członkowskich;

b) ustawodawstwo państwa członkowskiego miejsca zamieszkania, jeżeli zainteresowany wykonuje pracę najemną lub pracę na własny rachunek w dwóch lub więcej państwach członkowskich i wykonuje część swej pracy lub prac w państwie członkowskim miejsca zamieszkania lub w przypadku, gdy osoba zainteresowana nie wykonuje pracy najemnej ani pracy na własny rachunek;

c) we wszystkich innych przypadkach ustawodawstwo państwa członkowskiego, o którego zastosowanie wystąpiono najpierw, w sytuacji gdy osoba zainteresowana wykonuje pracę lub prace w dwóch lub więcej państwach członkowskich (ust.1).

W przypadku rozbieżności opinii pomiędzy instytucjami lub władzami dwóch lub więcej państw członkowskich w odniesieniu do instytucji, jaka powinna wypłacać świadczenia pieniężne lub udzielać świadczeń rzeczowych, zainteresowany, który mógłby ubiegać się o świadczenia, gdyby nie zaistniał spor, jest tymczasowo uprawniony do świadczeń przewidzianych w ustawodawstwie stosowanym przez instytucję jego miejsca zamieszkania lub - jeżeli osoba ta nie ma miejsca zamieszkania na terytorium jednego z zainteresowanych państw członkowskich - do świadczeń przewidzianych w ustawodawstwie stosowanym przez instytucję, do której wniosek został złożony w pierwszej kolejności (ust. 2). Natomiast w razie, gdy zainteresowane instytucje lub władze nie osiągną porozumienia, sprawa może zostać przedstawiona Komisji Administracyjnej przez właściwe władze, nie wcześniej jednak niż w terminie miesiąca od dnia pojawienia się rozbieżności opinii, o której mowa w ust. 1 lub 2. Komisja Administracyjna stara się pogodzić rozbieżne opinie w terminie sześciu miesięcy od dnia, w którym przedstawiono jej sprawę (ust. 3). W przypadku gdy instytucje poszczególnych państw nie dojdą do porozumienia w sprawie ustawodawstwa właściwego ani art. 6, ani art. 16 rozporządzenia 987/2009 nie określają, jak taką sytuację należy rozwiązywać. Tylko kontekst systemowy mógłby wskazywać, że po wyczerpaniu procedury z art. 16 rozporządzenia 987/2009 zasadne byłoby wszczęcie postępowania na podstawie art. 6 tego aktu prawnego.

Oba powołane przepisy (art. 6 i art. 16 rozporządzenia 987/2009) nie są przepisami odrębnymi w stosunku do przepisów zamieszczonych w tytule I rozdziale II tego aktu, zatytułowanym "Przepisy dotyczące współpracy i wymiany danych", lecz stanowią ich konkretyzację.

Należy zwrócić uwagę, że art. 3 ust. 2 rozporządzenia wykonawczego ma proceduralny charakter, stanowiąc, że osoby, do których ma zastosowanie rozporządzenie podstawowe, zobowiązane są do przekazania instytucji właściwej informacji, dokumentów lub dowodów potwierdzających niezbędnych dla ustalenia ich sytuacji lub sytuacji ich rodzin, do ustalenia lub utrzymania ich praw i obowiązków oraz do określenia mającego zastosowanie ustawodawstwa oraz wynikających z niego obowiązków tych osób. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 21 stycznia 2016 r., III UK 61/15 (LEX nr 1977828), mając na względzie pkt 12 preambuły do rozporządzenia podstawowego oraz dążąc do tego, aby w świetle zasady proporcjonalności zadbać o to, by zasada uwzględniania okoliczności lub wydarzeń nie prowadziła do obiektywnie nieuzasadnionych rezultatów ani do kumulacji świadczeń tego samego rodzaju za ten sam okres, wyraził pogląd, iż w przypadku uzasadnionych podejrzeń dotyczących zgodności z prawdą przedłożonych umów o pracę, Zakład Ubezpieczeń Społecznych jest uprawniony do żądania niezwłocznego nadesłania przez wnioskodawcę dokumentów dotyczących rzeczywistego pobytu i pracy w innym kraju.

W rozpoznawanej sprawie skarżący wykonując nałożone na niego zobowiązanie organu rentowego, przedłożył kserokopie umów o pracę z brytyjskimi pracodawcami, Europejską Kartę Ubezpieczenia Zdrowotnego i numer NINO (stanowiący potwierdzenie zarejestrowania w brytyjskiej instytucji ubezpieczeniowej) oraz potwierdzenie wypłaty wynagrodzenia za pracę. Nie może jednak zniknąć z pola widzenia, że jeśli chodzi o dokument w postaci poświadczenia rejestracji w systemie ubezpieczenia społecznego innego państwa członkowskiego, to jest on tylko dowodem zgłoszenia do ubezpieczenia, które samo w sobie nie przesądza o istnieniu ważnego tytułu do objęcia ubezpieczeniem. Tym samym organ rentowy, mając wątpliwości co do charakteru pracy skarżącego, powinien uruchomić procedurę przewidzianą w art. 3 ust. 2 rozporządzenia wykonawczego, a następnie wynikającą z kolejnych przepisów tego rozporządzenia.

Instytucja miejsca zamieszkania osoby ubiegającej się o ustalenie ubezpieczenia społecznego w innym państwie może bowiem powziąć wątpliwości co do określenia mającego zastosowanie ustawodawstwa, kwestionując sam fakt wykonywania na marginalny pracy w jednym z państw unijnych, czy też jej marginalnego charakteru, lecz trzeba podkreślić, że może chodzić jedynie o wątpliwości co do określenia ustawodawstwa mającego zastosowanie do ubezpieczonego. Wątpliwości tych instytucja miejsca zamieszkania ubezpieczonego nie może sama rozstrzygać, lecz musi dostosować się do trybu rozwiązywania sporów co do ustalenia ustawodawstwa właściwego, wskazanego w szczególności w art. 15 oraz art. 16 rozporządzenia wykonawczego, które nakazują zwrócenie się - w przypadku istnienia wątpliwości bądź rozbieżności - do instytucji innego państwa członkowskiego. Poinformowanie więc przez osobę wykonującą pracę najemną lub pracę najemną i pracę na własny rachunek w dwóch lub więcej państwach członkowskich instytucji wyznaczonej przez właściwą władzę państwa członkowskiego, w którym ma miejsce zamieszkania, wymaga - ze względu na zaistnienie czynnika ponadkrajowego w ubezpieczeniu społecznym - zastosowania procedury przestrzegającej właściwości i kompetencji instytucji ubezpieczeń społecznych, przewidzianej w przepisach rozporządzenia wykonawczego. Informacja, o której mowa, jest podstawą do niezwłocznego, lecz tylko wstępnego i tymczasowego ustalenia dla zainteresowanego ustawodawstwa właściwego.

W niniejszym przypadku postępowanie takie toczyło się, aczkolwiek niewiele wiadomo na temat okoliczności jego wszczęcia i samego przebiegu. Sądy obu instancji ustaliły jedynie, że na skutek milczenia brytyjskiej instytucji ubezpieczeniowej, tymczasowe ustalenie przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych polskiego ustawodawstwa jako mającego zastosowanie do skarżącego, stało się ostateczne. Prawdą jest, że współpraca instytucji ubezpieczeniowych państwa członkowskich nie wymaga żadnej szczególnej formy, a tymczasowe określenie mającego zastosowanie ustawodawstwa staje się ostateczne w terminie dwóch miesięcy od momentu poinformowania o nim instytucji wyznaczonych przez właściwe władze zainteresowanych państwa, o ile przed upływem tego terminu jedna z zainteresowanych instytucji nie poinformuje instytucji wyznaczonej przez właściwą władzę państwa członkowskiego miejsca zamieszkania o niemożności

zaakceptowania określenia mającego zastosowanie ustawodawstwa lub swojej odmiennej opinii w tej kwestii. Rzecz w tym, że wobec braku dowodu doręczenia brytyjskiej instytucji ubezpieczeniowej informacji o tymczasowym określeniu przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych ustawodawstwa mającego zastosowanie do skarżącego, wątpliwości budzi fakt wyczerpania procedury uregulowanej w art. 16 rozporządzenia wykonawczego.

Należy zaś pamiętać, że o tymczasowym określeniu prawa, według którego obejmuje się daną osobę ubezpieczeniem społecznym, instytucja miejsca zamieszkania ubezpieczonego informuje wyznaczone instytucje państwa, w którym wykonywana jest praca. Od tej chwili biegnie termin dwu miesięcy, w czasie których przynajmniej jedna z zainteresowanych instytucji może poinformować instytucję miejsca zamieszkania o niemożności zaakceptowania ustalonego ustawodawstwa lub o swojej odmiennej opinii w tej kwestii. Gdy to nie nastąpi, tymczasowe określenie ustawodawstwa staje się ostateczne (zob. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10 maja 2017 r., I UK 456/16, LEX nr 2352167). W orzecznictwie przyjmuje się, że "wspólne porozumienie" w rozumieniu art. 16 ust. 2 rozporządzenia wykonawczego może polegać na poinformowaniu przez instytucję miejsca świadczenia pracy o swoim stanowisku odnośnie do nieistnienia ważnego tytułu do ubezpieczenia społecznego na terytorium jej państwa, wydaniu przez instytucję właściwą miejsca zamieszkania decyzji (o charakterze tymczasowym - w trybie art. 16 ust. 2) o stosowaniu ustawodawstwa krajowego i zaakceptowaniu (nawet milczącym) tej decyzji przez instytucję właściwą dla miejsca świadczenia pracy (niewniesienie zastrzeżeń; zob. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 25 listopada 2016 r., I UK 370/15, LEX nr 2166375 i z dnia 15 marca 2018 r., III UK 44/17, LEX nr 2497577).

Jednocześnie w razie przeprowadzenia trybu konsultacyjnego ostateczne określenie ustawodawstwa właściwego jest wiążące dla wszystkich zainteresowanych państw członkowskich. Wiązącą moc dokumentów stanowiących poświadczenie sytuacji danej osoby, wydanych do celów stosowania rozporządzenia podstawowego i rozporządzenia wykonawczego, potwierdza orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej odnoszące się do badania treści formularza E-101, który został obecnie zastąpiony przez formularz

A1, zachowujące aktualność również na gruncie obecnie obowiązującego rozporządzenia wykonawczego, które zastąpiło rozporządzenie Rady EWG Nr 574/72 z dnia 21 marca 1972 r. w sprawie wykonywania rozporządzenia 1408/71 (Dz. Urz. WE L 74 z 27 marca 1972 r.). W wyroku z dnia 26 stycznia 2006 r., w sprawie C-2/05, Rijksdienst voor Sociale Zekerheid przeciwko Herbosch Kiere NV (LEX nr 226253) Trybunał podkreślił, że o ile formularz E-101 nie został cofnięty albo uznany za nieważny, właściwa instytucja państwa członkowskiego, do którego pracownicy zostali delegowani, winna uwzględniać fakt, że pracownicy ci podlegają ustawodawstwu z zakresu zabezpieczenia społecznego państwa, w którym zatrudniające ich przedsiębiorstwo prowadzi działalność gospodarczą, a w konsekwencji instytucja ta nie może podporządkowywać tych pracowników swemu systemowi zabezpieczenia społecznego. Niemniej jednak, do właściwej instytucji państwa członkowskiego, która wydała formularz, należy ponowne rozważenie zasadności jego wydania i ewentualnie cofnięcie zaświadczenia, jeżeli właściwa instytucja państwa członkowskiego, do którego delegowano pracowników, wyraża wątpliwości co do prawidłowości faktów będących podstawą wydania zaświadczenia, a tym samym w szczególności figurujących tam danych, ponieważ nie odpowiadają one wymogom art. 14 ust. 1 lit. a rozporządzenia nr 1408/71. W takich okolicznościach, gdyby danym instytucjom nie udało się osiągnąć porozumienia, w szczególności w zakresie oceny określonego stanu faktycznego, a w konsekwencji co do tego czy art. 14 ust. 1 lit. a rozporządzenia 1408/71 znajduje do niego zastosowanie, mogą zwrócić się w tej sprawie do komisji administracyjnej. Podobnie w wyroku z dnia z dnia 10 lutego 2000 r., w sprawie C-202/97, Fitzwilliam Executive Search Ltd przeciwko Bestuur van het Landelijk Instituut Sociale Verzekeringen, LEX nr 82707) podkreślono, że art. 11 ust. 1 lit. a) rozporządzenia nr 574/72 w sprawie wykonywania rozporządzenia nr 1408/71, w wersji skodyfikowanej rozporządzeniem nr 2001/83, powinien być interpretowany w ten sposób, że zaświadczenie E 101 wydane przez instytucję wyznaczoną przez właściwą władzę państwa członkowskiego wiąże instytucje zabezpieczenia społecznego innych państw członkowskich w zakresie, w jakim potwierdza objęcie pracowników przekazanych przez przedsiębiorstwo pracy czasowej systemem zabezpieczenia społecznego państwa członkowskiego, w którym przedsiębiorstwo

to ma siedzibę. Niemniej jednak, jeżeli instytucje innych państw członkowskich zgłaszają wątpliwości co do poprawności faktów, na których opiera się zaświadczenie, lub co do oceny prawnej tych faktów i, w konsekwencji, co do zgodności informacji zawartych w zaświadczeniu z rozporządzeniem nr 1408/71, a zwłaszcza z jego art. 14 ust. 1, instytucja wydająca zaświadczenie ma obowiązek ponownie zbadać podstawy, w oparciu o które zostało wydane oraz, gdzie to właściwe, cofnąć je (zob. także wyroki Trybunału: z 11 listopada 2004 r. w sprawie C-372/02, Roberto Adanez-Vega przeciwko Bundesanstalt für Arbeit, ECR 2004, s. I-10761; z 30 marca 2000 r. w sprawie C-178/97, Barry Banks i inni przeciwko Theatre Royal de la Monnaie, LEX nr 82737 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 września 2011 r., I UK 84/11, LEX nr 1102996).

Tak więc ostateczne ustalenie ustawodawstwa właściwego przez państwo miejsca zamieszkania jest wiążące dla wszystkich zainteresowanych państw członkowskich, a jedyna możliwość usunięcia tego dokumentu z obrotu prawnego to kolejne porozumienie instytucji państw członkowskich co do tego, że sytuacja danej osoby do celów stosowania rozporządzenia podstawowego i rozporządzenia wykonawczego jest inna niż wynikałoby to z wydanego dokumentu (art. 5 ust. 2 rozporządzenia wykonawczego). W takim przypadku dokument o ustaleniu ustawodawstwa właściwego, wydany w trybie art. 16 rozporządzenia wykonawczego, o charakterze ostatecznym, może być wycofany/uznany za nieważny przez instytucję, która go wydała, po wspólnym porozumieniu instytucji państw członkowskich (art. 5 *in fine* rozporządzenia wykonawczego), co umożliwia wydanie w jego miejsce (przez instytucję miejsca zamieszkania) kolejnego dokumentu ustalającego ustawodawstwo właściwe, uwzględniającego to wspólne porozumienie (zob. powołane wyżej postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 2016 r., II UK 733/15, niepublikowane). Zatem i z tego punktu widzenia zmiana ostatecznie ustalonego ustawodawstwa musi uzyskać akceptację wszystkich zainteresowanych państw.

W podsumowaniu powyższych rozważań należy stwierdzić, że wniosek o ustalenie ustawodawstwa właściwego oznacza poddanie tej kwestii procedurze przewidzianej w art. 16 rozporządzenia wykonawczego, której efektem jest wspólne porozumienie państw członkowskich, zapobiegające podwójnemu (lub

wielokrotnemu) podleganiu ubezpieczeniu społecznemu albo nieobjęciu ubezpieczeniem w żadnym państwie członkowskim. Natomiast, jeśli intencją zainteresowanego jest uzyskanie potwierdzenia podlegania wskazanemu przez niego ustawodawstwu, to temu służy wniosek o wydanie poświadczenia na formularzu A1, którego podstawę stanowi art. 19 ust. 2 rozporządzenia wykonawczego. Wówczas ocena takiego żądania należy do organów i instytucji właściwych tego państwa członkowskiego, którego ustawodawstwo miałyby być zastosowane. Z kolei wydanie tego poświadczenia będzie, jak wskazano wyżej, wiążące dla państwa miejsca zamieszkania przy ustaleniu ustawodawstwa właściwego tak długo, jak nie zostanie wycofane/unieważnione. W tej to właśnie procedurze zainteresowany może dochodzić swoich praw wynikających z norm kolizyjnych rozporządzenia podstawowego i tym samym doprowadzić do ustalenia ustawodawstwa państwa miejsca wykonywania pracy - zgodnie ze swoim żądaniem. W zależności zatem od swoich intencji, zainteresowany może poddać się procedurze koordynacyjnej angażującej wszystkie zainteresowane państwa członkowskie, w której niemożliwe jest podważanie co do meritum ich wspólnego porozumienia w sprawie ustalenia ustawodawstwa właściwego (wystąpić w wnioskiem o ustalenie ustawodawstwa właściwego), albo skorzystać z procedury umożliwiającej zakwestionowanie stanowiska państwa członkowskiego miejsca wykonywania pracy co do niepodlegania jego ustawodawstwu (wystąpić z wnioskiem o wydanie poświadczenia A1).

Nierozważenie przez Sąd Apelacyjny wszystkich powołanych wyżej przepisów rozporządzenia podstawowego i wykonawczego, mogących rzutować na ustalenie ustawodawstwa mającego zastosowanie wobec skarżącego oraz brak wyczerpujących ustaleń faktycznych pozwalających na prawidłową subsumcję prawa materialnego implikowały uchylenie zaskarżonego wyroku z mocy art. 398¹⁵ § 1 k.p.c. i przekazanie sprawy temu Sądowi do ponownego rozpoznania.