



Sygn. akt II UK 316/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 2 czerwca 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jerzy Kuźniar (przewodniczący)
SSN Maciej Pacuda (sprawozdawca)
SSN Romualda Spyt

w sprawie z wniosku W. Sp. z o.o. w W.
przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddział w W.
przy udziale zainteresowanego P. G.
o wydanie zaświadczenia w sprawie z zakresu ubezpieczeń społecznych,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń
Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 2 czerwca 2017 r.,
skargi kasacyjnej wnioskodawcy od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)
z dnia 2 grudnia 2015 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 Okręgowy – Sąd Pracy i Ubezpieczeń Społecznych w W. wyrokiem z dnia 28 sierpnia 2014 r. oddalił odwołanie wniesione przez W. Sp. z o.o. w W. od decyzji Zakładu Ubezpieczenia Społecznych Oddziału w W. z dnia 26 czerwca

2013 r., odmawiającej wydania zaświadczenia dotyczącego ustawodawstwa właściwego potwierdzającego, że zainteresowany P. G. w okresie wykonywania pracy na terytorium Francji od dnia 20 sierpnia 2012 r. do dnia 30 października 2012 r. podlegał polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych.

Sąd Okręgowy ustalił, że odwołująca się W. Sp. z o.o. w W., posiadająca siedzibę i prowadząca działalność w Polsce, zajmuje się wyszukiwaniem miejsc pracy i pozyskiwaniem pracowników, współpracując z przedsiębiorstwami we Francji, Niemczech i w Polsce oraz delegując im określoną liczbę pracowników. Jej administracja, a także kadry, księgowość i marketing są prowadzone w Polsce. Łącznie w tym celu było zatrudnionych w 2012 r. około 12 osób. Znaczna część obrotów Spółki w 2012 r. została uzyskana za granicą (82-83%), tam też była zatrudniona większa liczba pracowników. Liczba kontraktów realizowanych 2012 r. za granicą kilkakrotnie przewyższała liczbę kontraktów realizowanych w Polsce (10-12 w Polsce, 32-51 w UE).

Zainteresowany P. G. został zatrudniony przez odwołującą się na podstawie umowy o pracę na czas określony od dnia 20 sierpnia 2012 r. do dnia 30 października 2012 r. W ramach tej umowy wykonywał pracę na terytorium Francji jako ogrodnik.

Powołując się na powyższe ustalenia faktyczne, Sąd Okręgowy uznał, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie. Sąd ten stwierdził bowiem, że dysproporcja w zakresie obrotów, liczby kontraktów, a także liczby pracowników zatrudnionych w kraju oraz za granicą świadczyła o nieprowadzeniu przez odwołującą się normalnej działalności w Polsce, w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 i art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009 dotyczącego wykonywania rozporządzenia nr 883/2004. Dlatego też nie można było przyjąć, że ustawodawstwo polskie jest właściwe dla zainteresowanego.

Sąd Apelacyjny w (...) wyrokiem z dnia 2 grudnia 2015 r. oddalił apelację wniesioną przez odwołującą się Spółkę od wyroku Sądu pierwszej instancji.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, spór w niniejszej sprawie wymagał ustalenia, któremu ustawodawstwu: polskiemu czy francuskiemu w zakresie ubezpieczeń społecznych, powinien podlegać zainteresowany w okresie zatrudnienia we Francji, a w konsekwencji: czy organ rentowy był zobowiązany do wydania dla

zainteresowanego zaświadczenia o ustawodawstwie dotyczącym zabezpieczenia społecznego.

Sąd drugiej instancji przypomniał, że organ rentowy argumentował swoje stanowisko przede wszystkim tym, iż odwołująca się Spółka nie prowadzi w Polsce normalnej działalności w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004, co uniemożliwia „utrzymanie” wobec zainteresowanego ustawodawstwa polskiego w okresie oddelegowania go do pracy na terytorium Francji.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, Sąd pierwszej instancji trafnie uznał, że w niniejszej sprawie nie zostały spełnione warunki określone w powołanym przepisie. Ocena ta znalazła zaś potwierdzenie w najnowszych orzeczeniach Sądu Najwyższego, wydanych w sprawach odwołującej się W. Sp. z o.o. i opartych na prawie identycznych stanach faktycznych (z dnia 4 czerwca 2014 r. w sprawach: II UK 550/13 i II UK 565/13), w których wyrażono pogląd, że w przypadku agencji pracy tymczasowej, która pośredniczy jedynie w zatrudnieniu, próg obrotu na poziomie 25%, odnoszący się także do „zwykłych pracodawców”, tym bardziej powinien być uzasadniony. Ostatecznie, agencja pracy tymczasowej, która deleguje pracowników do pracy za granicą, może być zatem uznana za pracodawcę zazwyczaj prowadzącego znaczną część swojej działalności, innej niż związana z samym zarządzaniem wewnętrznym, na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swą siedzibę, w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 i art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009, jeżeli osiąga w kraju delegowania wymagany obrót z prowadzonej działalności na poziomie 25% całego obrotu, a każde w tym zakresie odstępstwo wymaga pogłębionej analizy.

Podzielając argumentację zawartą tych wyrokach, Sąd drugiej instancji stwierdził, że z ustaleń faktycznych dokonanych przez Sąd pierwszej instancji wynikało, iż zainteresowany był zatrudniony wyłącznie w celu wykonywania pracy we Francji, a obrót osiągany przez Spółkę z działalności w Polsce w okresie ostatnich 12 miesięcy przed dniem delegowania utrzymywał się na poziomie 18% obrotów całkowitych. Istniała też znaczna dysproporcja w zakresie dotyczącym osób zatrudnionych w kraju do pracujących za granicą oraz w realizowaniu kontraktów. Co więcej, z ustaleń Sądu pierwszej instancji wynikało też, że Spółka

prowadzi działalność gospodarczą w zakresie pośrednictwa pracy i zajmuje się głównie delegacją pracowników do pracy za granicą, bo współpracuje z przedsiębiorstwami we Francji i w Niemczech. Jej działalność na terenie Polski ogranicza się w zasadzie tylko do zarządzania wewnętrznego i prowadzenia czynności administracyjnych. Zainteresowany był *de facto* pracownikiem pracodawcy francuskiego i na jego rzecz świadczył pracę. Nie można więc w tym wypadku stwierdzić, że pomiędzy odwołującą się a zainteresowanym w sprawie istniała bezpośrednia więź, albowiem odwołująca się przez okres delegowania zainteresowanego do Francji nie miała wpływu ani na przebieg, ani na warunki jego zatrudnienia.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, decydujące znaczenie ma wszakże generowanie co najmniej 25% obrotu w miejscu, gdzie znajduje się siedziba przedsiębiorstwa delegującego. Jakkolwiek taki próg nie wynika z aktów prawa powszechnie obowiązującego, to ma on racjonalne uzasadnienie w kontekście szczegółowo powołanych przez Sąd Okręgowy regulacji dotyczących zasad ustalania właściwego ustawodawstwa w zakresie ubezpieczeń społecznych.

Wobec powyższego i w świetle ostatniego orzecznictwa Sądu Najwyższego, stwierdzenie, że Spółka nie osiągnęła w spornym okresie w Polsce minimum 25% obrotu z całej prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej, niemożliwe było zatem uznanie, że oddelegowany do pracy we Francji zainteresowany podlegał w tym czasie ustawodawstwu polskiemu.

Odwołująca się W. Sp. z o.o. w W. wniosła do Sądu Najwyższego skargę kasacyjną od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...) z dnia 2 grudnia 2015 r., zaskarżając ten wyrok w całości i zarzucając mu naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 11 ust. 2 lit. a i art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004, art. 14 ust. 1 i 2 i art. 19 ust. 2 rozporządzenia 987/2009 oraz ust. 1 akapit 5 decyzji nr A2 Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego, przez ich błędną wykładnię i zastosowanie, w wyniku czego niezasadnie przyjęto, że W. Sp. z o.o. w spornym okresie od dnia 20 sierpnia 2012 r. do dnia 30 października 2012 r. nie prowadziła normalnej działalności na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, czego następstwem było przyjęcie, że zainteresowany nie podlegał ustawodawstwu polskiemu w zakresie ubezpieczeń społecznych, a także

naruszenie przepisów postępowania, to jest art. 233 § 1 k.p.c. i art. 328 § 2 k.p.c. w związku z art. 391 k.p.c.

Powołując się na tak sformułowane zarzuty, skarżąca wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu w (...).

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Nie są usprawiedliwione podniesione w ocenianej skardze kasacyjnej zarzuty naruszenia przepisów postępowania. Co do zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., Sąd Najwyższy podkreśla, że treść oraz kompozycja art. 398³ k.p.c. wyraźnie wskazuje, że choć generalnie dopuszczalne jest oparcie skargi kasacyjnej na podstawie naruszenia przepisów postępowania, to jednak z wyłączeniem zarzutów dotyczących ustalenia faktów lub oceny dowodów, choćby naruszenie odnośnych przepisów mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy. Inaczej mówiąc, niedopuszczalne jest oparcie skargi kasacyjnej na podstawie, którą wypełniają takie właśnie zarzuty. Przepis art. 398³ § 3 k.p.c. wprawdzie nie wymienia *expressis verbis* konkretnych przepisów, których naruszenie, w związku z ustalaniem faktów i przeprowadzaniem oceny dowodów, nie może być przedmiotem zarzutów wypełniających drugą podstawę kasacyjną, nie ulega jednak wątpliwości, że obejmuje on art. 233 k.p.c., albowiem właśnie ten przepis określa kryteria oceny wiarygodności i mocy dowodów (por. pośród wielu wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 19 października 2010 r., II PK 96/10, LEX nr 687025, z dnia 24 listopada 2010 r., I UK 128/10, LEX nr 707405, czy też z dnia 24 listopada 2010 r., I PK 107/10, LEX nr 737366). Dlatego podnoszone w skardze kasacyjnej odwołującej się zarzuty naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. nie mogą być rozpatrywane przez Sąd Najwyższy.

Również na temat wagi naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c. jako podstawy skargi kasacyjnej Sąd Najwyższy wypowiadał się wielokrotnie, wyjaśniając, że naruszenie art. 328 § 2 k.p.c. z reguły nie ma wpływu na treść wyroku, gdyż uzasadnienie sporządzane jest dopiero po jego wydaniu (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 1 lipca 1998 r., I PKN 220/98, OSNAPIUS

1999 nr 15, poz. 482; z dnia 9 lipca 1998 r., I PKN 234/98, OSNAPiUS 1999 nr 15, poz. 487; z dnia 7 kwietnia 1999 r., I PKN 653/98, OSNAPiUS 2000 nr 11, poz. 427 oraz z dnia 5 września 2001 r., I PKN 615/00, OSNP 2003 nr 15, poz. 352). Wyjątkowo jednak, niezgodne z art. 328 § 2 k.p.c. sporządzenie uzasadnienie wyroku sądu drugiej instancji, może stanowić usprawiedliwioną podstawę skargi kasacyjnej, gdy niezachowanie jego wymagań konstrukcyjnych będzie czynić zasadnym kasacyjny zarzut naruszenia prawa materialnego przez jego zastosowanie do niedostatecznie jasno ustalonego stanu faktycznego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2001 r., I PKN 615/00, OSNP 2003 nr 15, poz. 352) lub gdy uniemożliwia całkowicie dokonanie oceny toku wyводу, który doprowadził do wydania orzeczenia (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 18 marca 2003 r., IV CKN 1862/00, LEX nr 109420 oraz z dnia 15 lipca 2011 r., I UK 325/10, LEX nr 949020) albo nie pozwala na jego kontrolę kasacyjną (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 20 lutego 2003 r., I CKN 65/01, LEX nr 78271; z dnia 6 lipca 2011 r., I CSK 67/11, LEX nr 970061). Podobny pogląd Sąd Najwyższy wyraził w motywach w wyroku z dnia 2 czerwca 2011 r., I CSK 581/10 (LEX nr 950715), wywodząc, że przez sporządzenie uzasadnienia nieodpowiadającego warunkom, jakie stawia wymieniony przepis, może wyjątkowo wypełniać podstawę kasacyjną przewidzianą w art. 398³ § 1 pkt 2 k.p.c. Ma to jednak miejsce wówczas, gdy skutek uchybienia konkretnym wymaganiom określonym w art. 328 § 2 k.p.c. zaskarżone orzeczenie nie poddaje się kontroli kasacyjnej, czyli gdy stwierdzone wady mogły mieć szczególnie negatywny wpływ na wynik sprawy. Także doktryna aprobuje przedstawioną wyżej interpretację (por. Komentarz A. Jakubeckiego do art. 328 k.p.c. i podana tam literatura (w:) Komentarz do Kodeksu Postępowania cywilnego, pod. Red. Dolecki H, Wiśniewski T, LEX 2011, por. też Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz pod red. A. Zielińskiego, Warszawa 2008 r., s. 504-506 i cyt. tam literatura). Zatem, według dominującego poglądu nauki i judykatury, o uchybieniu art. 328 § 2 k.p.c. można mówić jedynie wtedy, gdy uzasadnienie zaskarżonego orzeczenia nie zawiera danych pozwalających na kontrolę tego rozstrzygnięcia. Wypada jednak dodać, że zakres odpowiedniego zastosowania art. 328 § 2 k.p.c. w postępowaniu przed sądem drugiej instancji (art. 391 § 1 k.p.c.) zależy od treści wydanego orzeczenia oraz, w dużym stopniu,

od przebiegu postępowania apelacyjnego (np. tego czy przed sądem apelacyjnym były przeprowadzane dowody), a także od działań procesowych podjętych przez sąd odwoławczy, dyktowanych rodzajem zarzutów apelacyjnych oraz limitowanych granicami wniosków apelacji (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 18 listopada 2005 r., IV CK 202/05, LEX nr 173639 oraz z dnia 8 września 2015 r., I UK 431/14, LEX nr 1797085). W przypadku, gdy sąd odwoławczy, rozpatrując apelację jednej ze stron postępowania, orzeka na podstawie materiału zgromadzonego w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, nie musi powtarzać dokonanych już wcześniej ustaleń i ich motywów, jeśli taka potrzeba nie wynika z rodzaju zarzutów apelacyjnych. Wystarczy stwierdzenie, że je aprobuje i przyjmuje za własne. Wymaga zaś podkreślenia, iż taka właśnie sytuacja ma miejsce w okolicznościach niniejszej sprawy. Sąd drugiej instancji, nie przeprowadzając uzupełniającego postępowania dowodowego, zaaprobował bowiem ustalenia faktyczne Sądu pierwszej instancji. Równocześnie dokonał częściowo odmiennej oceny prawnej tych ustaleń, aprobując ją w tej części, w której Sąd Okręgowy przyjął, że odwołująca się nie osiągała w kraju w spornym okresie obrotów na poziomie co najmniej 25%, w sytuacji gdy osiąganie takich właśnie obrotów winno mieć decydujące znaczenie dla oceny, czy jest pracodawcą zazwyczaj prowadzącym znaczną część swojej działalności na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę. Dodatkowo Sąd drugiej instancji uznał jednak, że poczynione w sprawie ustalenia nie dają podstaw do przyjęcia, iż pomiędzy odwołującą się Spółką a zainteresowanym istniała bezpośrednia więź. Sąd Apelacyjny nie naruszył zatem art. 328 § 2 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c., ponieważ uzasadnienie wydanego przez ten Sąd orzeczenia zawiera wszystkie niezbędne elementy pozwalające na poddanie go kontroli kasacyjnej w ramach rozpatrywania podniesionych w skardze zarzutów naruszenia prawa materialnego.

Oceniana skarga kasacyjna jest natomiast uzasadniona w zakresie dotyczącym sformułowanych w niej zarzutów naruszenia prawa materialnego.

Odnosząc się do tych zarzutów, Sąd Najwyższy przypomina, że 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 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”.

W ramach wykładni przepisów powołanych w podstawie zaskarżenia zasadnicze znaczenie ma więc wyjaśnienie pojęcia „normalne prowadzenie działalności” (art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004) i wyjaśniającego je określenia „prowadzenie przez pracodawcę zazwyczaj znacznej części działalności, innej niż działalność związana z samym zarządzaniem wewnętrznym, na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma on swoją siedzibę” (art. 14 ust. 2 rozporządzenia 987/2009).

W dotychczasowym orzecznictwie Sądu Najwyższego faktycznie doszło do rozbieżności w wykładni tych pojęć, czego przykładami są, między innymi, wyroki powołane w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia. Sąd Najwyższy w obecnym składzie podzieli jednakże przedstawione w tej kwestii stanowisko zaprezentowane w wyroku składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 18 listopada 2015 r., II UK 100/14 (OSNP 2016 nr 7, poz. 88). Wyjaśniono w nim natomiast, iż 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 bowiem, 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 rozporządzenia 883/2004 w ramach jej zadań dotyczących wykładni i usprawniania jednolitego stosowania prawa Unii Europejskiej (por. D. Dzienisiuk, Charakter prawny decyzji Komisji Administracyjnej do Spraw Zabezpieczenia Społecznego, Ubezpieczenia Społeczne 2011 nr 1-2; K. Ślęzak, Koordynacja systemów zabezpieczenia społecznego, Warszawa 2012, s. 295). W wymienionej decyzji wskazuje się zaś, że decydującym warunkiem dla zastosowania art. 12 ust. 1 rozporządzenia 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 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 osiągnęte 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 rozporządzenia 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 rozporządzenia 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). Trybunał stwierdził też, 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 bowiem 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 rozporządzenia 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 rozporządzenia 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 rozporządzenia 883/2004), czy też znaczną część działalności innej niż zarządzanie wewnętrze (według art. 14 ust. 2 rozporządzenia 987/2009), należy uwzględnić wszystkie kryteria charakteryzujące jego działalność oraz charakter przedsiębiorstwa delegującego. Wybór kryteriów powinien być dostosowany do konkretnego wypadku. Ocena ta powinna mieć charakter całościowy, a zatem stanowić ogólny wniosek wynikający z rozważenia wszystkich przyjętych kryteriów. Kryterium obrotu nie ma decydującego lub szczególnego znaczenia, jednakże osiągnięcie obrotu w państwie siedziby przedsiębiorstwa delegującego w wysokości ok. 25% całych

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

Ponadto, lista kryteriów, które zostały wymienione jedynie w aktach o charakterze interpretacyjnym (wyroku Fitzwilliam, decyzji A2 i Praktycznym poradniku), nie ma charakteru wyczerpującego, lecz przykładowy. Oznacza to, że organ rentowy (jako instytucja właściwa), a następnie sąd kontrolujący w postępowaniu cywilnym 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 rozporządzenia 883/2004, co oznacza prowadzenie w Polsce znacznej części działalności (art. 14 ust. 2 rozp. 987/2009). Określenie „znacząca część działalności” należy przy tym, jak wynika z innych wersji językowych rozporządzenia 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 rozporządzenia 987/2009 i orzeczenia Fitzwilliam określeniami: ang. „substantial activities”, franc. „activités substantielles”, niem. „nennenswerte Tätigkeiten”, wł. „attività sostanziali”, „czeski”, „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 drugiej instancji zanegował też istnienie więzi pracowniczej między odwołującą się Spółką a zainteresowanym. Tymczasem należy podkreślić, 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 (por. 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 r. nr 4, s. 94 oraz wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie 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 „W.” Sp. z o.o.

Kierując się przedstawionymi motywami, Sąd Najwyższy za uzasadniony uznaje zatem podniesiony w ocenianej skardze kasacyjnej 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 oraz opierając się na treści art. 398¹⁵ § 1 k.p.c., a w odniesieniu do kosztów postępowania kasacyjnego na podstawie art. 108 § 2 k.p.c. w związku z art. 398²¹ k.p.c., Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji swego wyroku.