



Sygn. akt II UK 324/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8 czerwca 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Bogusław Cudowski (przewodniczący)

SSN Piotr Prusinowski

SSN Krzysztof Staryk (sprawozdawca)

w sprawie z wniosku W. Sp. z o.o. z siedzibą w W.
przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddział W.
przy udziale zainteresowanej D. Z.
o wydanie zaświadczenia A1,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń
Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 8 czerwca 2017 r.,
skargi kasacyjnej wnioskodawcy od wyroku Sądu Apelacyjnego (...)
z dnia 3 grudnia 2015 r., sygn. akt III AUa (...),

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

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 3 grudnia 2015 r., Sąd Apelacyjny (...) – w sprawie z wniosku W. Spółki z o.o. w W. przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych

Oddziałowi W., przy udziale zainteresowanej D. Z. – oddalił apelację wnioskodawcy od wyroku Sądu Okręgowego – Sądu Pracy i Ubezpieczeń Społecznych W. z dnia 17 września 2014 r., sygn. akt VIII U (...), oddalającego odwołanie Spółki od decyzji organu rentowego z dnia 29 lipca 2013 r., którą odmówiono wydania wnioskodawcy zaświadczenia dotyczącego ustawodawstwa właściwego potwierdzającego, że zainteresowana D. Z. w okresie wykonywania pracy na terytorium Francji – od 1 czerwca 2012 r. do 30 września 2012 r. – podlegała polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych.

Sąd Apelacyjny powołał się między innymi na przepisy art. 12 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego, (Dz.U. UE L 2004.166.1; dalej „rozporządzenie nr 883/2004”) oraz art. 14 ust. 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r. dotyczącego wykonania rozporządzenia (WE) nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz.U. UE L 2009.284.1; dalej „rozporządzenie nr 987/2009” lub „rozporządzenie wykonawcze”) oraz na decyzję nr A2 Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego z dnia 12 czerwca 2009 r. dotyczącą wykładni art. 12 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 w sprawie ustawodawstwa mającego zastosowanie do pracowników delegowanych i osób wykonujących pracę na własny rachunek, tymczasowo pracujących poza państwem właściwym, a także na opracowany przez Komisję Administracyjną na podstawie Decyzji „Praktyczny Poradnik: Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej, Europejskim Obszarze Gospodarczym i Szwajcarii”.

Sąd drugiej instancji – wskazując na treść decyzji nr A2 z 12 czerwca 2009 r. dotyczącej wykładni art. 12 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 w sprawie ustawodawstwa mającego zastosowanie do pracowników delegowanych i osób wykonujących pracę na własny rachunek, tymczasowo pracujących poza państwem właściwym – podkreślił, że Komisja Administracyjna ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego wskazała, że pierwszym decydującym warunkiem dla zastosowania art. 12 ust. 1 ww. rozporządzenia jest

istnienie bezpośredniego związku między pracodawcą a zatrudnionym przez niego pracownikiem. Drugim decydującym warunkiem dla zastosowania art. 12 ust. 1 wspomnianego rozporządzenia 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; dlatego przyjmuje się, że powyższe przepisy mają zastosowanie jedynie do przedsiębiorstw, które zazwyczaj prowadzą znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego, w którym mają siedzibę.

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. 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.

Według Sądu drugiej instancji agencja pracy tymczasowej, która deleguje zatrudnianych pracowników do pracy za granicą, może być 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 przepisów rozporządzeń Parlamentu Europejskiego i Rady nr 883/2004 (art. 12 ust. 1) i nr 987/2009 (art. 14 ust. 2), jeżeli

osiąga w kraju delegowania wymagany obrót z prowadzonej działalności, na poziomie 25% całego jej obrotu, a każde w tym zakresie odstępstwo wymaga pogłębionej analizy.

Sąd drugiej instancji uwzględnił to, że zainteresowana była zatrudniona wyłącznie w celu wykonywania pracy we Francji, a Spółka „W.” osiągnęła obrót z działalności w Polsce w okresie ostatnich 12 miesięcy przed dniem delegowania na poziomie około 12% obrotów całkowitych. Istniała znaczna dysproporcja w zakresie dotyczącym osób zatrudnionych w kraju do tych pracujących za granicą oraz w realizowaniu kontraktów. Spółka prowadzi działalność gospodarczą w zakresie pośrednictwa pracy i zajmuje się głównie delegacją pracowników do pracy za granicą, bo współpracuje z przedsiębiorstwami we Francji, w Niemczech i w Polsce. Działalność spółki na terenie Polski ogranicza się w zasadzie tylko do zarządzenia wewnętrznego i prowadzenia czynności administracyjnych. Zainteresowana była *de facto* pracownikiem pracodawcy francuskiego i na jego rzecz świadczyła pracę. Nie można w tym wypadku stwierdzić, aby pomiędzy stroną odwołującą się a zainteresowaną istniała bezpośrednia więź, albowiem „W.” przez okres delegowania pracownika za granicę nie miała wpływu ani na przebieg, ani na warunki jego zatrudnienia. To, że administracja Spółki, kadry, księgowość i marketing prowadzone są w Polsce, gdzie odbywa się również cały proces rekrutacyjny i wydawane są dokumenty związane z pracą, nie upoważnia do przyjęcia, że „W.” prowadzi w kraju znaczną część działalności. Decydujące znaczenie ma bowiem generowanie co najmniej 25% obrotu w miejscu, gdzie znajduje się siedziba przedsiębiorstwa delegującego. Stwierdzenie, że Spółka nie osiągnęła w spornym okresie w Polsce minimum 25% obrotu z całej prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej uniemożliwia uznanie, że oddelegowany do pracy we Francji pracownik podlega w tym czasie ustawodawstwu polskiemu.

Powyższy wyrok Sądu Apelacyjnego wnioskodawca zaskarżył skargą kasacyjną. Skargę oparto na obydwu podstawach kasacyjnych określonych w art. 398³ § 1 pkt 1 i 2 k.p.c.

W ramach pierwszej podstawy (art. 398³ § 1 pkt 1 k.p.c.) zarzucono błędną wykładnię i zastosowanie art. 11 ust. 2 lit. a i art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 oraz art. 14 ust. 1 i ust. 2 i art. 19 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009

oraz ust. 1 akapit 5 Decyzji nr A2 Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego z dnia 12 czerwca 2009 r. dotyczącej wykładni art. 12 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 885/2004 przez bezzasadne przyjęcie, że W. w spornym okresie, od 1 czerwca 2012 r. do 30 września 2012 r., nie prowadziła normalnej działalności na terytorium RP, czego następstwem było przyjęcie, że zainteresowana nie podlegała ustawodawstwu polskiemu w zakresie ubezpieczeń społecznych.

W ramach podstawy procesowej z art. 398³ § 1 pkt 2 k.p.c. zarzucono naruszenie:

1) art. 233 § 1 k.p.c. przez dokonanie dowolnej, a nie swobodnej oceny dowodów przez pominięcie okoliczności istotnych dla rozpatrzenia sprawy, w tym: - zaniechaniu ustalenia proporcji obrotów osiąganych przez Wnioskodawcę w Polsce oraz w kraju delegowania pracownika, podczas gdy proporcja ta stanowi okoliczność istotną dla ustalenia wysokości obrotu Wnioskodawcy na terenie Polski, - zaniechaniu przeprowadzenia „pogłębionej analizy” stanu sprawy wymaganej przez Praktyczny poradnik w sytuacji braku osiągnięcia w państwie delegującym ok. 25% obrotów. Wbrew wyraźnemu nakazowi Praktycznego Poradnika, który jest jedynym źródłem kryterium 25% obrotów, Sąd II instancji oparł swoje rozstrzygnięcie wyłącznie na stwierdzeniu, że Wnioskodawca nie osiągnął obrotów wymaganych przez Praktyczny Poradnik, nie przeprowadzając dalszego badania okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, tj.: liczebności personelu administracyjnego pracującego w państwie członkowskim, w którym pracodawca ma siedzibę oraz w drugim państwie członkowskim; liczby umów wykonywanych w państwie delegującym i w państwie zatrudnienia delegowanego pracownika; miejsca, w którym rekrutowani są pracownicy delegowani; miejsca, w których zawierana jest większość umów z klientami; prawa mającego zastosowanie do umów zawartych przez Wnioskodawcę z pracownikami i prawa mającego zastosowanie do umów zawartych przez Wnioskodawcę z klientami. Ponadto Sąd II instancji dokonując porównania obrotów w Polsce i za granicą nie uwzględnił różnic siły nabywczej pieniądza i różnic wynagrodzeń, co jest niezbędne dla oddania rzeczywistych proporcji działalności Wnioskodawcy w kraju i poza nim;

2) art. 328 § 2 k. p. c. w związku z art. 391 k.p.c. przez niedostateczne wskazanie w uzasadnieniu wyroku faktycznych i prawnych podstaw rozstrzygnięcia. Brak powyższy polegał przede wszystkim na tym, że Sąd Apelacyjny oddalając apelację wnioskodawcy wskazał jedynie na nieosiągnięcie przez Wnioskodawcę określonych obrotów na terenie Polski, natomiast całkowicie zaniechał omówienia wyników „pogłębionej analizy” wymaganej obligatoryjnie przez przepisy Praktycznego Poradnika, na którym Sąd Apelacyjny opierał swój wyrok.

Skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu W. oraz o zasądzenie od organu rentowego na rzecz wnioskodawcy kosztów postępowania, w tym zwrotu kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

W odpowiedzi na skargę organ rentowy wniósł o jej oddalenie oraz o zasądzenie od Spółki na rzecz organu rentowego kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna jest uzasadniona. Istotą sporu było ustalenie, czy pracownik skarżącej Spółki, będącej agencją pracy tymczasowej, podlegał polskiemu ustawodawstwu w okresie od 1 czerwca 2012 r. do 30 września 2012 r., gdy był oddelegowany do pracy we Francji; w konsekwencji - czy Zakład Ubezpieczeń Społecznych zobligowany był do wydania unijnego zaświadczenia A1. Determinowało to subsumpcję przepisów ze wskazanego okresu.

Koordinacja 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 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004). Zgodnie z treścią art. 12 ust. 1 tego rozporządzenia (w wersji obowiązującej do 28 czerwca 2012 r.) - osoba, która wykonywała działalność jako pracownik najemny w Państwie Członkowskim w imieniu pracodawcy, który normalnie tam prowadzi swą działalność, a która była delegowana przez tego pracodawcę do innego Państwa Członkowskiego do wykonywania pracy w imieniu tego pracodawcy, nadal podlegała ustawodawstwu pierwszego Państwa Członkowskiego, pod warunkiem że przewidywany czas takiej pracy nie przekraczał 24 miesięcy i że osoba ta nie

była wysłana, by zastąpić inną osobę. Stosownie do unormowania obowiązującego po wskazanej wyżej dacie - 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.

W ocenie Sądu Najwyższego, podstawowym celem tych regulacji było usunięcie problemów, jakie pojawiałyby się w przypadku krótkotrwałego podlegania systemowi zabezpieczenia społecznego osób przemieszczających się zarobkowo w Unii Europejskiej. Przy częstych zmianach miejsca wykonywania pracy (prowadzenia działalności) podleganie różnym systemom zabezpieczenia społecznego byłoby niekorzystne dla osoby przemieszczającej się z uwagi na konieczność dopełnienia określonych formalności, co wiązałoby się też z niewspółmiernym do krótkiego okresu ubezpieczenia obciążaniem instytucji właściwych państw członkowskich. Bezwzględne stosowanie zasady *lex loci laboris* mogłoby równocześnie prowadzić do ograniczenia swobody przepływu pracowników, co byłoby sprzeczne z podstawową zasadą prawa unijnego.

Jak słusznie wskazuje K. Ślęzak w Komentarzu do art. 12 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego - relewantną przesłanką jest wykazanie, że delegujący pracodawca normalnie wykonuje pracę na terytorium wysyłającego państwa członkowskiego. Kwestia ta została skonkretyzowana zarówno w art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/09, jak i w pkt 1 decyzji A2. Z regulacji tych wynika, że pod pojęciem normalnego wykonywania działalności na terytorium państwa członkowskiego należy rozumieć, iż „pracodawca zazwyczaj prowadzi znaczną część działalności” w tym państwie. Wprowadzenie terminu „znaczną działalność”, czy „znaczną część pracy” (por. art. 13 rozporządzenia nr 883/2004) do treści rozporządzeń usuwa dotychczasowe wątpliwości związane z potwierdzeniem delegowania oraz odwoływaniem się wyłącznie do dotychczasowej decyzji Komisji Administracyjnej odnoszącej się do tej kwestii. W pkt 1 decyzji A2 wskazuje się

natomiast, że 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. Wykaz ten nie jest wyczerpujący, ponieważ kryteria powinny być dostosowane do każdego konkretnego przypadku i uwzględniać charakter działalności prowadzonej przez przedsiębiorstwo w państwie, w którym ma ono siedzibę. Tym samym kwestię tę ocenia instytucja właściwa, a w razie sporu – właściwe sądy, dokonując określonych ustaleń faktycznych.

Problematyka prowadzenia znacznej części działalności była również przedmiotem rozstrzygnięć Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (sprawa Fritzwilliam, wyrok z dnia 10 lutego 2000 r., C-202/97 oraz sprawa Plum, wyrok z dnia 9 listopada 2000 r., C-404/98). W pierwszej Trybunał uznał, że przepisy dotyczące delegowania dotyczą również agencji pracy tymczasowej, jeśli prowadzi ona swoją działalność w większości na terytorium państwa, w którym ma siedzibę. W drugiej natomiast stwierdził, że nie ma takiej możliwości, jeśli przedsiębiorstwo (pracodawca) w państwie wysyłającym dysponuje jedynie adresem oraz prowadzi działalność wyłącznie administracyjną. Z orzeczeń tych wynika zatem jednoznacznie, że nie jest dopuszczalne przyjęcie istnienia oddelegowania, gdy korzysta się z tej konstrukcji prawnej wyłącznie w celu wykorzystania różnic w obciążeniach składowych pomiędzy poszczególnymi państwami członkowskimi; stąd też nie jest wystarczający fakt samego zarejestrowania działalności w innym państwie członkowskim i prowadzenia tam tylko czynności administracyjnych.

Możliwość zastosowania wyjątku od zasady terytorialności (*lex loci laboris*) jest zatem uzależniona od wykonywania przez pracodawcę delegującego pracownika znaczącej działalności w państwie, w którym ma siedzibę.

W zaskarżonym wyroku przyjęto, że decydującym kryterium, implikującym odmowę wydania decyzji A1, było ustalenie osiągania w Polsce przez W. Spółkę z o.o. obrotów poniżej 25%.

O nieadekwatności tego kryterium przychodu orzekł Sąd Najwyższy w składzie siedmiu sędziów w wyroku z dnia 18 listopada 2015 r., II UK 100/14 (OSNP 2016 nr 7, poz. 88) – uznając, że w celu ustalenia, że przedsiębiorstwo prowadzi normalną działalność w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 883/04 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego, czy też znaczną część działalności innej niż zarządzanie wewnętrzną w rozumieniu art. 14 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 987/09 z dnia 16 września 2009 r. dotyczącego wykonywania rozporządzenia (WE) Nr 883/04 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego, należy uwzględniać wszystkie kryteria charakteryzujące jego działalność oraz charakter przedsiębiorstwa delegującego.

W uzasadnieniu tego judykatu wskazano, 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 oparcia ani w treści rozporządzenia 883/2004, ani rozporządzenia 987/2009, ani decyzji A2. Na gruncie rozporządzenia nr 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 nr 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. 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.

Podzielając powyższe konstatacje Sąd Najwyższy, w obecnym składzie, uznał, że w celu ustalenia, czy przedsiębiorstwo prowadzi normalną działalność (w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004), czy też znaczną część działalności innej niż zarządzanie wewnętrzne (według art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009), należy uwzględniać wszystkie kryteria charakteryzujące jego działalność oraz charakter przedsiębiorstwa delegującego. 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, 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.

Odnosząc powyższe uwagi do oceny zasadności rozpoznawanej skargi kasacyjnej należy stwierdzić, że Sąd Apelacyjny nie trafnie przyjął, że można poprzestać na stwierdzeniu, że uzyskiwanie w kraju obrotu poniżej 25%

całkowitego obrotu prowadzi do wniosku o nieprzewodzeniu normalnej działalności w państwie siedziby przedsiębiorstwa delegującego. Nie przeprowadzono całościowej oceny, nie dokonano szczegółowych porównań w zakresie wielkości obrotów osiągniętych przez Spółkę w kraju i za granicą, ilości kontraktów realizowanych w Polsce i krajach Unii Europejskiej oraz liczby pracowników zatrudnionych na miejscu i oddelegowanych do innych państw. Rozważenie wszystkich powyższych kryteriów może doprowadzić do sformułowania przez Sąd Apelacyjny ostatecznej konkluzji na temat prowadzenia przez Spółkę znacznej części działalności na terytorium państwa, w którym ma swoją siedzibę, czyli w Polsce.

Przy ocenie tych kwestii nie można tracić z pola widzenia specyfiki działania agencji pracy tymczasowej, którą - stosownie do art. 3 dyrektywy nr 96/71/WE - jest każda osoba fizyczna lub prawna, zawierająca zgodnie z prawem krajowym umowy o pracę lub nawiązująca stosunek pracy z pracownikami tymczasowymi w celu skierowania ich do przedsiębiorstw użytkowników, aby tam wykonywali tymczasowo pracę pod nadzorem i kierownictwem tych przedsiębiorstw.

Charakter działalności przedsiębiorcy prowadzącego agencję pracy tymczasowej polega na pośredniczeniu między poszukującymi pracowników i pracownikami poszukującymi pracy (por. art. 1 ustawy z dnia 9 lipca 2003 r. o zatrudnianiu pracowników tymczasowych, jednolity tekst: Dz.U. z 2016 r., poz. 360 oraz art. 18 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, jednolity tekst: Dz.U. z 2015 r., poz. 149; dalej „ustawa o promocji zatrudnienia”). Jeżeli agencja pracy tymczasowej zarejestrowana w Polsce prowadzi taką działalność przez wysyłanie pracowników zatrudnionych w Polsce do innego kraju Unii, w którym ich praca jest wykorzystywana tam przez pracodawców użytkowników, to obowiązywał ją także w spornym okresie art. 67¹ § 2, pkt 3 k.p. (por. dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 96/71/WE z dnia 16 grudnia 1996 r. w sprawie delegowania pracowników w ramach świadczenia usług (Dz.Urz. WE L 18 z 21 marca 1997 r., s. 1 w związku z art. 3 pkt 19 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o zmianie i uchyleniu niektórych ustaw w związku z uzyskaniem przez Rzeczpospolitą członkostwa w Unii Europejskiej, Dz.U. Nr 96, poz. 959).

Obecnie kwestie te normuje ustawa z dnia 10 czerwca 2016 r. o delegowaniu

pracowników w ramach świadczenia usług (Dz.U. z 2016 r., poz. 868). W art. 3 pkt 5 definiuje ona „pracodawcę delegującego pracownika z terytorium RP” jako pracodawcę mającego siedzibę, a w przypadku osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą - główne miejsce wykonywania takiej działalności, na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, kierującego tymczasowo pracownika w rozumieniu przepisów państwa członkowskiego, do którego jest delegowany, do pracy na terytorium tego państwa: a) w związku z realizacją umowy zawartej przez tego pracodawcę z podmiotem prowadzącym działalność na terytorium innego państwa członkowskiego, b) w oddziale lub przedsiębiorstwie należącym do grupy przedsiębiorstw, do której należy ten pracodawca, prowadzącym działalność na terytorium tego państwa członkowskiego, c) jako agencja pracy tymczasowej.

Głównym kryterium przyjętym w tym przepisie jest zatem ustalenie „pracodawcy mającego siedzibę” w Polsce; pominięto określenie „prowadzącego znaczną działalność gospodarczą w Polsce”. Niewątpliwie jednak, agencja pracy tymczasowej, wysyłająca pracowników za granicę powinna prowadzić normalną działalność w Polsce.

Działanie przedsiębiorcy, polegające na wyszukaniu siły roboczej w jednym państwie, a następnie „sprzedaży” tej pracy podmiotowi w innym państwie, jest w swej istocie działaniem transgranicznym; rozkłada się na co najmniej dwa państwa, w których zwykle agencja pracy tymczasowej prawie równolegle wykonuje przypisane jej czynności w celu realizacji trójstronnego stosunku prawnego powstającego w związku z zawieraniem umów o pracę tymczasową. Mówiąc inaczej, zarówno w państwie, w którym agencja pracy tymczasowej pozyskuje i zatrudnia pracowników, jak i w państwie, w którym zawiera umowy z pracodawcami użytkownikami oraz przekazuje swych pracowników, by wykonywali pracę na ich rzecz, wykonuje normalnie przypisane jej czynności. Ze względu na współzależność końcowego sukcesu od aktywności w każdym z państw, nie można scharakteryzować działania związanego z realizacją takiego przedsięwzięcia w żadnym z nich jako „nieznacznego”. Względem przedsiębiorcy, którego działalność składa się w istotnej mierze z tego typu działań, nieznaczność aktywności w danym państwie można stwierdzić, jeżeli poszukiwanie w tym państwie pracowników lub współpraca z partnerami, którzy takiej pracy poszukują, ma charakter incydentalny

w skali całości realizowanych kontraktów tego typu. Poszukując kryteriów do badania zakresu działalności firmy oferującej scharakteryzowane powyżej usługi, należy stwierdzić, że porównywanie przychodu firmy w państwie delegującym oraz w państwie delegowania nie jest w pełni adekwatne, gdyż istota wskazanego stosunku powoduje, iż przedsiębiorstwo w państwie, z którego deleguje pracownika, ponosi przede wszystkim koszty związane z zatrudnieniem, natomiast zyski z tego zatrudnienia czerpie od kontrahenta w państwie oddelegowania. Wskazany model prowadzenia przedsiębiorstwa bazuje na różnicy cenowej pracy w państwach członkowskich, co sprawia, że równoległe oferowanie wskazanej usługi na rynku krajowym i zagranicznym, przy zastosowaniu kryterium przychodowego, nie przedstawia działań przedsiębiorstwa w rzeczywistej skali. Obrót agencji pracy tymczasowej, której przedmiot działania polega na wysyłaniu swych pracowników za granicę, w postaci globalnego przychodu ze sprzedaży dóbr i usług w określonym czasie, rozumiany jako wyznacznik skali działalności tego przedsiębiorstwa, wypracowywany jest w dwu państwach, w państwie siedziby i w państwie wysłania, z tym tylko, że w państwie swej siedziby agencja pracy tymczasowej zasadniczo nie osiąga zysku, głównie z przyczyny bezpłatności usługi pośrednictwa. Przepis art. 19d i at. 85 ust. 2 pkt 7 ustawy o promocji zatrudnienia stanowi, że nie może pobierać kwot innych niż kwoty należne agencji zatrudnienia z tytułu faktycznie poniesionych kosztów związanych ze skierowaniem do pracy za granicą. W państwie, w którym zatrudnia pracowników ma znaczne koszty administracyjne w związku z zawieraniem umów o pracę, prowadzeniem dokumentacji i wypełnianiem innych obowiązków pracodawcy, a przede wszystkim wypłacaniem wynagrodzeń pracownikom tymczasowym. Zysk osiągany jest w innym państwie, więc fundusze na działalność w jednym państwie pochodzą z wykonania umów zawieranych z pracodawcami użytkownikami w drugim państwie, co potwierdza nieprzydatność sugerowanego przez skarżącego kryterium oceny prowadzenia przez agencję pracy tymczasowej normalnej działalności w państwie, w którym obrót nie jest niższy od 25% obrotu ogółem. Co więcej, restrykcyjne przyjęcie kryterium osiągania co najmniej dwudziestopięcioprocentowego przychodu względem przedsiębiorstwa oferującego siłę roboczą z jednego państwa, na przykład w pięciu innych państwach w równej skali przychodu (po

20%), oznaczałoby konieczność stwierdzenia, że przedsiębiorstwo nie prowadzi „znaczej działalności” w żadnym państwie. W tym świetle nie ma wątpliwości, że przy ocenie, czy dane przedsiębiorstwo prowadzi znaczącą część działalności w państwie członkowskim swej siedziby, konieczne jest badanie wszystkich kryteriów charakterystycznych dla działalności prowadzonej przez przedsiębiorstwo.

W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2016 r., w sprawie II UK 176/14, LEX nr 2038974, wyrażono pogląd, że nawet gdyby działalność spółki polegała wyłącznie na delegowaniu pracowników rekrutowanych w Polsce do innych państw członkowskich, wobec odniesienia się do specyfiki takiej działalności i kryterium miejsca rekrutacji, należy stwierdzić, że co najmniej znaczna część działalności jest wykonywana w Polsce, ponieważ istota działalności polegająca na kojarzeniu popytu na pracę (w tej sprawie występującego we Francji) z podażą pracy (oferowanego przez polskich pracowników) jest wykonywana w tym państwie i jest to normalna działalność tego przedsiębiorcy.

W ocenie obecnego składu Sądu Najwyższego należy mieć na względzie, że przepisy dotyczące delegowania dotyczą agencji pracy tymczasowej, jeśli prowadzi ona swoją normalną działalność na terytorium państwa, w którym ma siedzibę; nie ma jednak możliwości wydania zaświadczenia A1, jeśli przedsiębiorstwo (pracodawca) w państwie wysyłającym dysponuje jedynie adresem oraz prowadzi działalność wyłącznie administracyjną.

Kwestiami wynikającymi z rozpatrywanej skargi kasacyjnej zajmował się także Sąd Najwyższy w podobnych sprawach z wniosku Spółki W. przeciwko organowi rentowemu o wydanie zaświadczenia w sprawie z zakresu ubezpieczeń społecznych z udziałem innych zainteresowanych pracowników Spółki. W wyroku z dnia 6 lipca 2016 r., II UK 49/15 – dotychczas niepublikowanym, Sąd Najwyższy uznał, że ustalenie, czy pracodawca, który także deleguje pracowników do pracy w innych państwach członkowskich Unii Europejskiej prowadzi normalną działalność w Polsce w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 883/2004, wymaga oceny ze względu na wszystkie kryteria charakteryzujące prowadzenie zazwyczaj znacznej działalności w Polsce, przy czym konieczne jest ich dopasowanie do specyficznych cech każdego pracodawcy i do rzeczywistego charakteru prowadzonej przez niego działalności (art. 14 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr

987/2009). Wskazówki dotyczące tych kryteriów zostały zawarte w decyzji nr A2. Wskazano w niej miejsce, w którym przedsiębiorstwo ma swą zarejestrowaną siedzibę i administrację, liczebność personelu administracyjnego pracującego w państwie tej siedziby 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. Katalog ten jest otwarty i niewiążący w tym sensie, że na instytucji właściwej ciąży obowiązek poprawnego zastosowania kryteriów przez dokonanie prawidłowego ich doboru do charakteru działalności prowadzonej przez przedsiębiorstwo w państwie, w którym ma ono siedzibę.

Względem przedsiębiorcy, którego działalność składa się w istotnej mierze z tego typu działań, nieznaczność aktywności w danym państwie można stwierdzić, jeżeli poszukiwanie w tym państwie pracowników lub współpraca z partnerami, którzy takiej pracy poszukują, ma charakter incydentalny w skali całości realizowanych kontraktów tego typu.

Reasumując, prowadzenie normalnej działalności przez agencję pracy tymczasowej, w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 883/04 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego, czy też znacznej części działalności w rozumieniu art. 14 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 987/09 z dnia 16 września 2009 r. dotyczącego wykonywania rozporządzenia (WE) Nr 883/04 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego, nie musi oznaczać osiągania co najmniej 25% obrotów w Polsce; działalność takiej agencji nie może jednak sprowadzać się do dysponowania jedynie adresem oraz prowadzenia działalności wyłącznie administracyjnej.

Mając powyższe okoliczności na względzie Sąd orzekł jak w sentencji przy zastosowaniu art. 398¹⁵ § 1 k.p.c. oraz art. 108 § 2 k.p.c.

