



Sygn. akt II UK 326/16

## **WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 7 czerwca 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Bohdan Bieniek (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Zbigniew Korzeniowski

SSN Bogusław Cudowski

w sprawie z wniosku W. Sp. z o.o. w W.  
przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddział w W.  
przy udziale zainteresowanych E. R. , M. H.  
o wydanie zaświadczenia na formularzu A1,  
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń  
Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 7 czerwca 2017 r.,  
skargi kasacyjnej wnioskodawcy od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)  
z dnia 16 grudnia 2015 r., sygn. akt III AUa (...),

**uchyła zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę do ponownego  
rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu w (...), pozostawiając temu  
Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania kasacyjnego.**

### **UZASADNIENIE**

Sąd Apelacyjny w (...) wyrokiem z dnia 16 grudnia 2015 r. oddalił apelację  
W. Sp. z o.o. w W. od wyroku Sądu Okręgowego w W. z dnia 17 listopada 2014 r.,

którym oddalono odwołanie płatnika składek od decyzji pozwanego z dnia 30 listopada 2012 r. i 11 czerwca 2013 r., odmawiającej wydania zaświadczenia A - 1 o podleganiu ubezpieczeniu społecznemu w kraju przez zainteresowanego M. H. i E. R.

Sąd drugiej instancji, porównał obroty z tytułu prowadzonej działalności osiągnięte przez wnioskodawcę w kraju i za granicą. Uwzględnił, że Spółka W. jest agencją pracy tymczasowej zajmującą się między innymi działalnością związaną z wyszukiwaniem miejsc pracy, pozyskiwaniem i udostępnianiem wykwalifikowanych pracowników przedsiębiorstwom z krajów Unii Europejskiej w branży budowlanej, konstrukcyjnej oraz turystycznej. Prowadzi w tym celu działalność rekrutacyjną, logistyczną i administracyjną. Ustalił, że z tytułu działalności prowadzonej w Polsce, spółka uzyskała obroty na poziomie 18%, a nadto istniała znaczna dysproporcja w zakresie dotyczącym osób zatrudnionych w kraju do pracujących za granicą oraz w realizowaniu kontraktów.

Sąd drugiej instancji stwierdził, że prowadzenie tej działalności nie odpowiada warunkom przewidzianym w 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 (WE) nr 883/2004”) oraz art. 14 ust. 1 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 (WE) nr 987/2009”). W ocenie Sądu II instancji decydującym kryterium powinno być uzyskanie co najmniej 25% obrotu w miejscu, gdzie znajduje się siedziba przedsiębiorstwa delegującego, a poparcie swego stanowiska odwołał się do poglądów Sądu Najwyższego wyrażonych w sprawach II UK 550/13 i II UK 565/13.

Skarga kasacyjna Spółki, z wnioskiem o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu, została oparta na podstawie naruszenia prawa materialnego art. 11 ust. 2 lit. a i art. 12 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 883/2004 oraz art. 14 ust. 1 i 2 i art. 19 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 987/2009 przez ich błędną wykładnię, a tym samym przyjęcie, iż skarżąca Spółka w spornym okresie nie prowadziła normalnej

działalności w Polsce. Natomiast w ramach naruszenia przepisów postępowania, które miały istotny wpływ na wynik sprawy wskazano na naruszenie: art. 233 § 1 k.p.c. przez dokonanie dowolnej oceny dowodów, jak też zaniechania w zakresie ustalenia istotnych dla sprawy okoliczności. Nadto wskazano na uchybienie art. 328 § 2 k.p.c. w związku z art. 391 k.p.c.

W odpowiedzi na skargę kasacyjną organ rentowy wniosł o jej oddalenie i zasądzenie na jego rzecz kosztów procesu.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna jest trafna. Istota przedmiotowego sporu dotyczy problematyki stosowania prawa UE z zakresu koordynacji. Dodatkowo stanowi jedną z kilkudziesięciu spraw między Spółką W. (agencją pracy tymczasowej), a organem rentowym, jakie zostały rozpoznane przez Sąd Najwyższy (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 18 listopada 2015 r., II UK 100/14, OSNP 2016 nr 7, poz. 88; z dnia 12 kwietnia 2016 r., II UK 108/14 niepubl.; z dnia 6 lipca 2016 r., II UK 49/15, niepubl.). To ostatnie spostrzeżenie pozwala na konstatację, że strony znają argumentację, która legła u podstaw wydania rozstrzygnięć kasatoryjnych. Nie zachodzi więc potrzeba szczegółowego omawiania zagadnień drugoplanowych. Wystarczające zatem jest wyjaśnienie kryterium oceny, czy istnieją przesłanki do wydania Spółce zaświadczenia A 1, potwierdzającego, że zainteresowani w związku z wykonywaniem pracy za granicą podlegali ubezpieczeniu społecznemu w Polsce. Już na wstępie widać, że chodzi o wyjątek na tle stosowania przepisów rozporządzenia (WE) nr 883/2004, gdyż ubezpieczony powinien co do zasady podlegać ubezpieczeniu społecznemu w kraju miejsca wykonywania pracy (*lex loci labori*). Zachowanie uprawnienia do dalszego podlegania polskiemu ubezpieczeniu społecznemu obywatela polskiego zatrudnionego za granicą ma miejsce w razie krótkotrwałego wysłania przez polskiego pracodawcę (mającego w Polsce siedzibę lub przedstawicielstwo) w ramach istniejącej umowy o pracę lub jego oddelegowania do pracy na rzecz podmiotu powiązanego z pracodawcą polskim. Stosownie do art. 12 rozporządzenia (WE) nr 883/2004 oraz art. 14 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 987/2009, osoba wykonująca działalność jako pracownik

najemny w państwie członkowskim w imieniu pracodawcy prowadzącego normalnie tam swą działalność, 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 osoba ta nie jest wysłana po to, by zastąpić inną osobę. Przejściowe wysłanie pracownika na obszar innego państwa w celu wykonywania tam pracy na rzecz swego pracodawcy, jako instytucja prawna, zostało określone i wyłożone w decyzji nr A2 Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego.

Na marginesie należy podnieść, iż decyzja A2 Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego nie stanowi co prawda 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 (WE) nr 883/2004 w ramach jej zadań dotyczących wykładni i usprawniania jednolitego stosowania prawa Unii Europejskiej (zob. D. Dzieńskiuk, Charakter prawny decyzji Komisji Administracyjnej do Spraw Zabezpieczenia Społecznego, Ubezpieczenia Społeczne 2011 nr 1-2; K. Ślebzak, Koordynacja systemów zabezpieczenia społecznego, Warszawa 2012, s. 295). Z tego względu nie można pomijać postanowień z niej wynikających.

Za wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 13 kwietnia 2016 r., II UK 143/14, trzeba wskazać, że decydującym warunkiem dla zastosowania art. 12 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 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.

Nie budzi wątpliwości, 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 omówionej powyżej 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. Dodatkowym elementem w sprawie jest specyfika związana z formą prowadzonej działalności przez Spółkę (agencja pracy tymczasowej). Zgodnie z art. 3 dyrektywy nr 96/71/WE jest nią 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. Na podstawie art. 18 ust. 1 pkt 4 i pkt 2 ustawy o promocji zatrudnienia działalność agencji pracy tymczasowej jest działalnością regulowaną w rozumieniu ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (jednolity tekst: Dz.U. z 2015 r., poz. 584, ze zm.) i wymaga wpisu do rejestru podmiotów prowadzących agencje zatrudnienia.

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

proceeds such activity through sending employees employed in Poland to another country of the Union, in which their work is being utilized there by employers of users, it was also governed by art. 67<sup>1</sup> § 2, pkt 3 k.p. (cf. Directive of the Parliament of the European Union and the Council 96/71/WE of 16 December 1996 on the posting of workers in the framework of the provision of services (Dz.Urz. WE L 18 z 21 March 1997 r., s. 1 in connection with art. 3 pkt 19 of the Act of 20 April 2004 on the amendment and repeal of certain laws in connection with the acquisition by the Republic of Poland of membership in the European Union, Dz.U. z 2004 r. Nr 96, poz. 959).

The activity of the entrepreneur, consisting in finding a workforce in one country, and then „selling” that work to the employer in another country, is in its essence a cross-border activity; it spreads over at least two countries, in which the agency for temporary employment lawfully performs its assigned tasks in order to realize a three-sided legal relationship arising in connection with the conclusion of contracts for temporary employment. In other words, both in the country where the agency for temporary employment obtains and employs employees, as well as in the country where it concludes contracts with employers of users and transfers its employees, so that they perform work on its behalf, it performs normally assigned tasks. Due to the interdependence of the final success from activity in each of the countries, it is not possible to characterize the activity connected with the realization of such an undertaking in any of them as „incidental”. In relation to the entrepreneur, whose activity consists in this type of activities, the incidental nature of the activity in a given country can be affirmed, if the search for employees in that country or cooperation with partners, who seek such work, has an incidental character in the scale of the total contracts of this type. Searching for adequate criteria for the study of the activity of the company offering the above services, it should be affirmed, that the comparison of the company's revenue in the country of delegation and in the country of posting is not appropriate, because the essence of the indicated relationship causes that the enterprise in the country, from which it delegates the employee, bears all the costs related with employment, while the profits from this employment are derived from the contractor in the country of delegation. The indicated model of running the enterprise is based on the difference

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 obydwu 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. Artykuł 19d i art. 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. Przedsiębiorstwo 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, zatem 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, w pięciu innych państwach, w równej skali przychodu (po 20%), oznaczałoby konieczność stwierdzenia, że przedsiębiorstwo nie prowadzi „znacznej działalności” w żadnym państwie.

O nieadekwatności kryterium przychodu w odniesieniu do takiego rodzaju działalności 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). Przytoczony judykat zmodyfikował wcześniejsze stanowisko Sądu Najwyższego (powoływane przez Sąd II instancji w zaskarżonym wyroku), że podmiot delegujący zatrudnianych pracowników do pracy za granicą nie może być co do zasady uznany za

pracodawcę zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności w kraju, w którym ma swoją siedzibę, jeżeli w tym kraju osiąga obrót na poziomie 25% całego swego obrotu (por. 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 4 czerwca 2014 r., II UK 550/13, LEX nr 1478710, z dnia 4 czerwca 2014 r., II UK 565/13, LEX nr 1475235, z dnia 6 sierpnia 2014 r., II UK 31/14, LEX nr 1475235). Właściwe wnioskowanie nakazuje stwierdzenie, że osiągnięcie obrotu na poziomie 25% może co najwyżej stwarzać domniemanie faktyczne, iż przedsiębiorca „normalnie prowadzi działalność” na terytorium państwa wysyłającego w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 883/2004. Nieosiągnięcie tego obrotu, wymaga natomiast analizy okoliczności określonej sprawy przy uwzględnieniu pozostałych kryteriów.

Nie bez znaczenia, dla podzielenia przez obecny skład Sądu Najwyższego poglądu wyrażonego w wyroku z dnia 18 listopada 2015 r., II UK 46/14, LEX nr 1621341 jest także to, że „obróć wynoszący około 25% całkowitego obrotu w państwie delegującym” jako wskaźnik wystarczający dla ustalenia faktu prowadzenia znacznej części działalności w państwie delegującym, wymienia się tylko w Praktycznym poradniku: Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej (UE), w Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) i w Szwajcarii, a jest to - wydany na podstawie upoważnienia zawartego w pkt. 7 decyzji nr A2 - dokument wprowadzający dobre praktyki administracyjne oraz stanowiący pomoc dla instytucji, pracodawców i obywateli. Wskazane w nim kryterium ilościowe nie ma oparcia ani w treści rozporządzeń (WE) nr 883/2004 i nr 987/2009, ani w decyzji nr A2, zatem jest kryterium pozanormatywnym, które nie może być traktowane jako wystarczające i decydujące o właściwym ustawodawstwie w zakresie ubezpieczeń społecznych.

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, więc stosowanie tylko kryterium związanego z wielkością obrotu jest mylące lub niewystarczające (por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 10 lutego 2000 r. w sprawie C-202/97 Fitzwilliam). Nie ulega



wątpliwości, że uwzględniając te inne kryteria w przypadku przedsiębiorstwa, które swoją działalność opiera przede wszystkim na rekrutacji pracowników w związku i na potrzeby realizacji zamówienia kontrahenta, należy stwierdzić, że takie przedsiębiorstwo prowadzi znaczną część swojej działalności w państwie, w którym w znacznym stopniu poszukuje tych pracowników.

Niezależnie od dotychczas podniesionych zagadnień nie powinna ująć uwadze Sądu (przy ustalaniu okoliczności faktycznych sprawy) kwestia wynikająca z treści wyroku Sądu Najwyższego z dnia 6 sierpnia 2013 r., II UK 116/13, OSNP 2014 nr 5, poz. 73, zgodnie z którym dla uznania, że konkretna osoba podlega ustawodawstwu państwa członkowskiego w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/04 oraz art. 14 ust. 1 rozporządzenia nr 987/09, wymagane jest podleganie przez tę osobę ubezpieczeniu społecznemu na podstawie ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (jednolity tekst: Dz.U. z 2009 r. Nr 205, poz. 1585 ze zm.) lub ubezpieczeniu zdrowotnemu na podstawie ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (jednolity tekst: Dz.U. z 2008 r. Nr 164, poz. 1027 ze zm.).

Uwzględniając to, Sąd Najwyższy orzekł, jak w sentencji (art. 398<sup>15</sup> § 1 k.p.c. i art. 108 § 2 k.p.c. w związku z art. 398<sup>21</sup> k.p.c.).