



Sygn. akt II UK 33/19

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 listopada 2020 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Krzysztof Staryk (przewodniczący)

SSN Leszek Bielecki

SSN Zbigniew Korzeniowski (sprawozdawca)

w sprawie z wniosku U. C. i Z. Sp. z o.o.
przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddziałowi w O.
z udziałem zainteresowanego P. B.
o podleganie pracowniczemu ubezpieczeniu społecznemu,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy i Ubezpieczeń
Społecznych w dniu 5 listopada 2020 r.,
skargi kasacyjnej wnioskodawczyni U. C. od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)
z dnia 4 września 2018 r., sygn. akt III AUa (...),

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

UZASADNIENIE

Sąd Apelacyjny w (...) wyrokiem z 4 września 2018 r. oddalił apelację U. C. oraz spółki z o.o. Z. w E. od wyroku Sądu Okręgowego w S. z 23 stycznia 2018 r., którym oddalono jej odwołanie od decyzji pozwanego Zakładu Ubezpieczeń

Spółecznych Oddział w O. z 13 września 2017 r., stwierdzającej, iż od 12 października 2016 r. nie podlega ubezpieczeniom społecznym jako pracownik tej spółki. Sąd Okręgowy ustalił, że skarżąca (ur. w 1984 r.) ukończyła w 2008 r. studia na kierunku architektura krajobrazu, uzyskując tytuł magistra inżyniera. W 2009 r. rozpoczęła prowadzenie pozarolniczej działalności gospodarczej pod firmą „Z.” U. C. w E.. Działalność polegała na świadczeniu usług związanych z zagospodarowaniem terenów zieleni. Skarżąca zgłaszała się do ubezpieczeń społecznych. 1 marca 2016 r. wraz z mężem założyli spółkę z o.o. Z. i objęła 90 udziałów o wartości 4.500 zł a mąż 10 udziałów. Przedmiot działalności spółki w przeważającej części dotyczył działalności w zakresie specjalistycznego projektowania, ponadto działalności usługowej związanej z zagospodarowaniem terenów zieleni, z oprogramowaniem, w zakresie architektury, przygotowanie terenów pod budowę. Skarżąca została prezesem spółki z wynagrodzeniem od maja 2016 r. w wysokości 1.200 zł. Kolejną uchwałą wspólników ustalono, że od 1 sierpnia 2016 r. nie będzie otrzymywać wynagrodzenia z tytułu pełnienia funkcji prezesa. Z wyjaśnień skarżącej wynikało, że w maju i w czerwcu realizowała zlecenia na rzecz spółki. W lipcu dowiedziała się, że jest w ciąży. 9 października 2016 r. wspólnicy powołali B. C. do zawarcia umowy o pracę przez spółkę ze skarżącą. Umowa została zawarta 12 października 2016 r. na czas nieokreślony na stanowisku głównego projektanta z wynagrodzeniem 5.700 zł miesięcznie z określonym zakresem obowiązków. Prócz skarżącej spółka zgłosiła do ubezpieczeń społecznych jeszcze jako pracownika A. W. Na etapie postępowania przed organem rentowym skarżąca złożyła oświadczenia podmiotów, które z nią współpracowały. Skarżąca była niezdolna do pracy od 3 lutego do 15 marca 2017 r. i wystąpiła z roszczeniem o zasiłek macierzyński od 16 marca 2017 r. Sąd Okręgowy wskazał na orzecznictwo Sądu Najwyższego i brak akceptacji dla pracowniczego zatrudnienia dominującego wspólnika w spółce z o.o., gdyż nie występuje element podporządkowania właściwy dla stosunku pracy. O pozorności umowy o pracę zawartej ze skarżącą przesądzał brak podporządkowania i brak możliwości realnego wykonywania zapisów umowy bez jednoczesnego powielania przez nią obowiązków i czynności wykonywanych jako współwłaściciel firmy. Odwołująca się nie tylko nie wykazała na czym miałyby polegać lub w którym

obszarze jej działań w firmie miałyby dochodzić do rozgraniczenia tych dwóch „ról”. Brak podstawowej cechy stosunku pracowniczego – podporządkowania – uniemożliwia kontrolowanie wykonania przez nią postanowień umowy o pracę. Pod względem formalnym, tj. podpisania umowy przy wcześniejszej uchwale wyznaczającej osobę uprawnioną do podpisania z nią jako prezesem zarządu, umowy o pracę, sporządzenie pisemnego zakresu obowiązków, uzyskanie zaświadczenia o braku przeciwwskazań do podjęcia zatrudnienia czy przeprowadzenia szkolenia stanowiskowego, nie budziły zastrzeżeń formalnych. Dokumenty te nie stanowiły jednak o rzeczywistym wykonywaniu przez odwołującą pracy na podstawie zatrudnienia pracowniczego. Jedyne (lub niemal jedyny) wspólnik spółki z o.o. co do zasady nie może pozostawać z tą spółką w stosunku pracy, gdyż w takim przypadku status wykonawcy pracy (pracownika) zostaje „wchłonięty” przez status właściciela kapitału (pracodawcy) – wyrok Sądu Najwyższego z 11 września 2013 r., II UK 36/13. Gdy status wykonawcy pracy (pracownika) zostaje zdominowany przez właścicielski status wspólnika spółki z o.o. nie może być mowy o zatrudnieniu w ramach stosunku pracy wspólnika, który w takiej sytuacji wykonuje czynności (nawet typowo pracownicze) na rzecz samego siebie (we własnym interesie) i na swoje własne ryzyko produkcyjne, gospodarcze i socjalne. Jedyne wspólnik jest od pracodawcy (sp. z o.o.) niezależny ekonomicznie, gdyż - skoro do przesunięcia majątkowego dochodzi w ramach majątku samego wspólnika – nie zachodzi przesłanka odpłatności pracy, a nadto dyktuje mu sposób działania jako zgromadzenie wspólników. Sąd Okręgowy uznał, że w okolicznościach sprawy nie można mówić o realizowaniu przez odwołującą zatrudnienia w ramach stosunku pracy, a więc faktycznego i rzeczywistego realizowania elementów charakterystycznych dla tego stosunku. Podnoszona argumentacja odnośnie ilości udziałów posiadanych przez odwołującą w spółce, nie zmienia faktu, iż to ona decydowała o profilu działania firmy, podejmowała decyzje w zakresie realizacji kolejnych zleceń, sama je wykonywała etc. W przypadku spółki kapitałowej pracodawcą jest ta spółka, a nie jej akcjonariusz lub udziałowiec, jednak jednoosobowa spółka z o.o. stanowi w istocie szczególną formę prowadzenia działalności na „własny” rachunek, oddzielony od osobistego majątku jedynego wspólnika jedynie przez konstrukcję (fikcję) osoby prawnej. Formalne

dowody zatrudnienia nie przesądzały w sprawie, ponieważ nie uzyskano żadnych dowodów, które wskazywałyby na wykonywanie przez skarżącą czynności w ramach umowy o pracę pod nadzorem i kierownictwem pracodawcy.

Sąd Apelacyjny w uzasadnieniu oddalenia apelacji zaaprobował stanowisko Sądu Okręgowego. W rezultacie zawartej 12 października 2016 r. umowy o pracę nie powstał stosunek prawny odpowiadający kryteriom stosunku pracy. Judykatura dopuszcza pracownicze zatrudnienie wspólników wieloosobowych spółek z ograniczoną odpowiedzialnością na stanowiskach członków zarządu. Także na stanowiskach wykonawczych, gdyż w takim przypadku wspólnika nie można traktować jako podmiotu, którego praca polega na obrocie jego własnym kapitałem. Trafnie uznał Sąd pierwszej instancji, iż mimo zawarcia umowy o pracę, między stronami nie doszło do nawiązania stosunku pracy i wykonywania pracy w myśl przepisów Kodeksu pracy, gdyż brak było faktycznego i rzeczywistego realizowania elementów charakterystycznych dla stosunku pracy, tj. elementu podporządkowania. W sensie formalnym, gdzie spółka jako odrębny podmiot zawiera umowę o pracę z osobą fizyczną taki element podporządkowania występuje, natomiast w sensie faktycznym nie występuje, gdyż rzeczywiste decyzje za tę spółkę podejmuje ta sama osoba fizyczna. Nie można zatem mówić o występowaniu elementu podporządkowania, w sytuacji występowania tej samej osoby fizycznej równocześnie w kilku różnych rolach, a mianowicie w roli większościowego udziałowca (skarżąca posiadała 90 udziałów a drugi wspólnik 10 udziałów), a więc większościowego właściciela kapitału, w tym też prezesa zarządu spółki oraz w charakterze pracownika spółki, którego obowiązki w istocie pokrywają się z zadaniami należącymi od zarządu spółki. W ocenie Sądu Apelacyjnego brak było elementu podporządkowania skarżącej spółce. Zatem nie można przyjąć, aby w sposób dorozumiany został nawiązany stosunek pracy, który z kolei wywołałby skutki prawne odnoszące się do ubezpieczenia pracowniczego. Brak było innego podmiotu, pod którego kierownictwem skarżąca pozostawałaby przy świadczeniu pracy, a wykonywane czynności wiązały się z ryzykiem samej skarżącej jako głównego udziałowca spółki. Kierownictwo pracodawcy przejawiać się powinno w rzeczywistym (a nie tylko formalnym) podporządkowaniu pracownika innemu podmiotowi, tymczasem odwołująca była wprawdzie podporządkowana zarządowi,

w którym była wraz z mężem, ale podporządkowanie to miało abstrakcyjny, sztuczny charakter. Odwołująca bowiem w dalszym ciągu posiadała zdecydowaną większość (90 udziałów) w zgromadzeniu wspólników, a zatem jej pozycja jako wspólnika (większościowego, nie zaś jedyne) nie uległa zasadniczej zmianie w stosunku do stanu sprzed 12 października 2016 r. (kiedy była jedynie wspólnikiem) – wyrok Sądu Najwyższego z 7 kwietnia 2010 r., II UK 177/09. Ze względu na ilość udziałów w spółce, to skarżąca decydowała o profilu działania firmy i podejmowała decyzje w zakresie realizacji kolejnych zleceń i sama je wykonywała. Miała nienormowany czas pracy, była w biurze zarówno w dzień jak i wieczorami, w różnych godzinach, jak też w dni wolne od pracy. Nadzór drugiego członka zarządu (męża skarżącej) nad działalnością spółki sprowadzał się do sprawdzania listy obecności, bywania w zakładzie pracy codziennie i odbierania listy obecności, a także dbania o grafiki i zachowanie terminów. W konkluzji Sąd stwierdził, iż brak jest podstaw do uznania, że skarżąca zarządzała spółką w ramach stosunku pracy a w konsekwencji, aby podlegała obowiązkowemu ubezpieczeniu zgodnie z art. 8 ust. 1, art. 11 ust. 1 i art. 12 ust. 1 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych.

W skardze kasacyjnej zarzucano naruszenie prawa materialnego: 1) art. 83 § 1 k.c. w zw. z art. 300 k.p., ponieważ ich niewłaściwe zastosowanie, polegające na błędnym uznaniu, że umowę o pracę pomiędzy U. C. a Z. sp. z o.o. zawarto dla pozoru, podczas gdy: - nie może być umowy o pozorności, gdy po zawarciu umowy pracownik podjął pracę i wykonywał ją, a pracodawca świadczenie to przyjmował, ponadto zamiarem stron było wywołanie skutku prawnego w postaci nawiązania stosunku pracy; - zgodnie ze stanowiskiem judykatury umowa o pracę jest zawarta dla pozoru, a przez to nie stanowi tytułu dla objęcia ubezpieczeniami społecznymi, jeżeli przy składaniu oświadczeń woli obie strony mają świadomość, że osoba określona w umowie jako pracownik nie będzie świadczyć pracy, a podmiot wskazany jako pracodawca nie będzie korzystać z jej pracy, czyli strony z góry zakładają, iż nie będą realizowały swoich prac i obowiązków wypełniających treść stosunku pracy, podczas gdy w sprawie U. C. została zatrudniona w celu świadczenia pracy i tę pracę rzeczywiście wykonywała, zaś spółka zatrudniając pracownika miała na celu korzystanie z jego pracy – powyższe okoliczności świadczą nie o pozorności złożonych przez strony oświadczeń, lecz o spełnieniu

warunku zatrudnienia pracowniczego stanowiącego tytuł ubezpieczenia; - podjęcie pracy w celu uzyskania świadczeń jest dopuszczalne i nie świadczy o intencji zawarcia umowy pozornej, obejścia prawa czy też o nieważności umowy; 2) art. 6 ust. 1 pkt 1, art. 8 ust. 6 pkt 4, art. 11 ust. 1, art. 12 ust. 1 i art. 13 pkt 1 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych w związku z art. 22 § 1 k.p. poprzez ich niezastosowanie i błędne uznanie, że U. C. nie może zostać objęta tytułem do obowiązkowych ubezpieczeń społecznych ze względu na brak podporządkowania pracodawcy; 3) art. 22 § 1 k.p. poprzez uznanie, że brak modelowego (tradycyjnie pojmowanego) podporządkowania w stosunku pracy U. C. powoduje, że *de facto* nie doszło do nawiązania stosunku pracy w rozumieniu przepisów Kodeksu pracy, w sytuacji, gdy tradycyjnie pojmowany model podporządkowania ewoluuje w miarę rozwoju stosunków społecznych oraz pojawia się podporządkowanie mające charakter autonomiczny (wyrok Sądu Apelacyjnego w (...) z 15 listopada 2017 r., III AUa (...)). W modelu „autonomicznego” podporządkowania pracowniczego osoby zarządzającej zakładem pracy, podległość wobec pracodawcy (spółki z ograniczoną odpowiedzialnością) wyraża się w respektowaniu uchwał wspólników i wypełnianiu obowiązków płynących z Kodeksu spółek handlowych (wyrok Sądu Najwyższego z 16 grudnia 2016 r., II UK 517/15).

Skarżąca wniosła o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Pozwany wniosł o oddalenie skargi kasacyjnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Zarzuty skargi kasacyjnej uzasadniają jej wniosek o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

1. Pierwszy zarzut wymaga uporządkowania kwestii pozorności z art. 83 § 1 k.c. Nie stwierdzono w decyzji pozwanego takiej wady oświadczenia woli. Pozwany nie oparł decyzji na zarzucie nieważności umowy o pracę z powodu wady oświadczenia woli, tylko w uzasadnieniu decyzji odwołał się do art. 83 k.c. w zw. z art. 300 k.p. i stwierdzenia, że pozorność umowy o pracę „ma miejsce nie tylko wówczas, gdy mimo jej zawarcia praca w ogóle nie jest świadczona, ale również wówczas, gdy jest faktycznie wykonywana,

lecz na innej podstawie niż umowa o pracę”. Sąd Apelacyjny nie powołał w uzasadnieniu wyroku art. 83 k.c., co nie znaczy, że zarzut skargi naruszenia tego przepisu jest bezprzedmiotowy, albowiem Sąd Apelacyjny podzielił w całości ustalenia faktyczne i rozważania prawne Sądu pierwszej instancji, który stwierdził, iż o pozorności umowy o pracę wnioskodawczyni przesądzał brak podporządkowania i brak możliwości realnego wykonywania zapisów umowy bez jednoczesnego powielania przez nią obowiązków i czynności wykonywanych jako współwłaściciel firmy. Jednocześnie Sąd ten (w konkluzji) podał, że umowa o pracę, lista obecności, wypłata wynagrodzenia etc. nie przesądzały o podleganiu reżimowi pracowniczego ubezpieczenia, ponieważ nie uzyskano żadnych dowodów, które wskazywałyby na wykonywanie przez skarżącą czynności w ramach umowy o pracę pod nadzorem i kierownictwem pracodawcy. Na podobnej ocenie opiera się również rozstrzygnięcie Sądu Apelacyjnego, który przyjął, że w umowie o pracę brak było elementu podporządkowania pracowniczego.

2. Powyższe wprowadzenie wynika z potrzeby uchwycenia podstawy faktycznej i prawnej oddalenia apelacji a wcześniej oddalenia odwołania od decyzji pozwanego. Po pierwsze, czy ma być nią systemowa norma, zgodnie z którą niemożliwe jest pracownicze podporządkowanie i w konsekwencji wykluczone (niedopuszczalne) jest zawarcie umowy o pracę przez większościowego wspólnika spółki z o.o. ze spółką, czy też negatywne rozstrzygnięcie ma wynikać z niewykazania pracy w relacji właściwej dla stosunku pracy, a w tym przypadku pracowniczego podporządkowania – art. 22 k.p.
3. Poczynając od drugiej kwestii należy zauważyć, że organ rentowy (w uzasadnieniu decyzji) ani Sąd powszechny nie ustalił (w uzasadnieniach wyroków) wystarczająco (dostatecznie dla stosowania prawa materialnego) czy i jaką pracę wykonywała skarżąca. Jeszcze w odpowiedzi na jej apelację pozwany słusznie wskazał, iż „dla istnienia tytułu ubezpieczeniowego nie wystarczające jest formalne zawarcie umowy, lecz faktyczne rzeczywiste realizowanie elementów charakterystycznych dla stosunku pracy – czego w sprawie nie dowiedziono”. Natomiast w odpowiedzi na skargę kasacyjną

podano, że wszelkie czynności były wykonywane z racji samego faktu powołania na stanowisko prezesa zarządu spółki, a nie w ramach stosunku pracy.

4. Należy zatem zauważyć, że umowa o pracę nie była prawną formułą zapłaty dla skarżącej za jej czynności w zarządzie spółki (art. 203 § 1 k.s.h.). Dotyczyła stanowiska wykonawczego w spółce, czyli stanowiska głównego projektanta z określonym zakresem obowiązków (k. 12, 13 akt rentowych). Rzecz jest zatem wprawdzie w braku ustalenia (w przypadku sporu w tym zakresie), czy skarżąca zajmowała takie stanowisko i wykonywała wskazane obowiązki. Rzuca to na prawo materialne, czyli dopuszczalność zawarcia umowy o pracę przez większościowego wspólnika ze spółką i na kwestię wymaganego podporządkowania pracodawcy w stosunku pracy. Skarżąca na okoliczność wykonywania pracy złożyła szereg dokumentów już na etapie postępowania przed organem rentowym (m.in. zaświadczenia, oświadczenia kontrahentów w aktach rentowych), jako początek dowodów dla wykazania realnej pracy.
5. Nie można wszak stwierdzić, że wspólnik dwuosobowej spółki z o.o. nie może wykonywać pracowniczego zatrudnienia w tej spółce i to niezależnie od stanowiska. To właśnie znajomość działalności spółki, określony potencjał intelektualny, doświadczenie, a wreszcie związanie kapitałowe ze spółką, predestynują do zatrudnienia wspólnika w spółce jako pracownika. W przeciwnym razie mimo takiego naturalnego pierwszeństwa do zatrudnienia w spółce wymagane byłoby zatrudnienie osoby trzeciej do pracy zadaniowej - produkcyjnej, usługowej (por. wyroki Sądu Najwyższego: z 9 czerwca 2010 r., II UK 33/10, z 16 grudnia 2008 r., I UK 162/08). Wówczas to, że czynności w sprawach z zakresu prawa pracy w spółce z o.o. dokonuje jej zarząd (art. 3¹ § 1 k.p.) nie wyklucza podporządkowania członka zarządu jako pracownika spółki – „kierownictwa pracodawcy” (art. 22 § 1 k.p.). W prawie pracy nie jest wykluczone, iż zarządzający przedsiębiorstwem może być zatrudniony w tym samym przedsiębiorstwie jako pracownik na stanowisku, które w zakresie obowiązków (pracy) jest odrębne od zarządzania. Nie ma

zatem podstaw do twierdzenia, że takie rozwiązanie nie może być stosowane w spółce z o.o. w odniesieniu do członka jej zarządu.

6. Przeciwna wykładnia nie bez racji oparta była na niemożności łączenia roli pracodawcy i pracownika w jednej osobie (uchwała Sądu Najwyższego z 8 marca 1995 r., I PZP 7/95). Problem nabrał znaczenia po wprowadzeniu szczególnej regulacji z art. 8 ust. 6 pkt 4 ustawy z 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych. Wcześniej jedyny wspólnik spółki z o.o. nie miał ubezpieczenia społecznego, nawet gdy wykonywał pracę pod firmą swojej spółki. To było przyczyną wprowadzenia tej szczególnej regulacji, czyli aby nie pozbawiać go ubezpieczenia społecznego ze względu na systemową nieważność umowy o zatrudnienie „z samym sobą”. Jednak regulacja ta spotkała się z zarzutem tych jedynych wspólników spółki, którzy nie pracowali i nie chcieli być obciążeni obowiązkiem składowym. Zarzut niekonstytucyjności nie został uwzględniony przez Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 25 września 2014 r., SK 4/12, przy czym na podstawie rozstrzygnięcia i jego uzasadnienia można uznać, iż znaczenie miało w sumie całościowe („ryczałtowe”) ujęcie w art. 8 ust. 6 pkt 4 ustawy wszystkich jedynych wspólników, czyli także tych, którzy wykonują pracę w swojej spółce. Rzecz jednak w tym, że wspólnik w spółce kapitałowej nie ma obowiązku wykonywania pracy. Przedmiotem wkładu do spółki kapitałowej nie może być prawo niezbywalne lub świadczenie pracy bądź usług (art. 14 § 1 k.s.h.). Źródłem dochodu ma być sam udział w spółce w postaci kapitału. Odnosi się to również do spółek kapitałowych wieloosobowych. Na tym tle należałoby zauważyć jedno z ostatnich orzeczeń Sądu Najwyższego - wyrok z 3 lipca 2019 r., II UK 24/18, w którym przyjęto, iż nie decyduje wykonywanie pracy przez dominującego wspólnika dwuosobowej spółki z o.o., gdyż jego sytuacja nie różni się od sytuacji wspólnika jednoosobowej spółki z o.o. i dlatego podlegać powinien ubezpieczeniom społecznym na podstawie art. 8 ust. 6 pkt 4 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych. Na podstawie argumentacji uzasadniania tego rozstrzygnięcia można uznać, że przeważała zasada powszechności ubezpieczeń, która nie jest też tak oczywista, gdyż to właśnie wiele spółek jednoosobowych z ograniczoną

odpowiedzialnością zmieniło się w spółki dwuosobowe, aby nie podlegać ubezpieczeniom społecznym na podstawie art. 8 ust. 6 pkt 4 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych (*ex lege*). Obowiązek ubezpieczenia wspólnika jednoosobowej spółki z o.o. powiązany jest bowiem jedynie z posiadaniem przez niego takiego statusu prawnego, a nie z prowadzeniem działalności gospodarczej czy pracy (por. wyrok Sądu Najwyższego z 3 lutego 2011 r., II UK 271/10).

7. Inną jest sytuacja skarżącej, która może domagać się ubezpieczenia na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych jako pracownik spółki. Stosunek pracy w dwuosobowej spółce nie jest wykluczony nie tylko ze względu na własną pracę wykonawczą (usługową, produkcyjną). Prawo spółek wprost wskazuje na umowę o pracę z członkiem zarządu (art. 203 § 1 k.s.h.). Kodeks pracy jest równoległą ustawą i również ma zastosowanie, gdy wspólnik wykonuje pracę w swojej spółce na podstawie pracowniczego zatrudnienia. Czym innym jest spółka kapitałowa z jej ustrojem i organami i czym innym jest praca składająca się na element społecznej wymiany, usług i dóbr w ustroju, w którym nie dominuje dychotomiczny podział tylko na kapitał i pracę.
8. W tej sprawie spółka nie została założona w celu uzyskania zasiłku macierzyńskiego (tego nie ustalono). Skarżąca mogła założyć spółkę, aby dalej prowadzić swoją działalność zawodową, do której ma fachowe wykształcenie i przygotowanie, a którą wcześniej prowadziła przez kilka lat w ramach działalności gospodarczej. Samo zgłoszenie do ubezpieczenia społecznego w okresie ciąży nie jest niezgodne z prawem (z wielu zob. choćby tylko wyroki Sądu Najwyższego z 16 stycznia 2014 r., I UK 235/13, z 21 września 2017 r., I UK 366/16). Może być oceniane jako obejście prawa, jednak taki zarzut nie leży u podstaw decyzji i wyroków w tej sprawie, Pozwany jedynie argumentował, że skarżąca wcześniej miała niższą podstawę wymiaru składek i nie miała dobrowolnego ubezpieczenia chorobowego (odpowiedź na apelację).
9. Zarzut naruszenia art. 22 k.p. jest zasadny z tej przyczyny, że w sprawie nie ustalono rodzaju, zakresu i ilości pracy wykonywanej przez skarżącą, nie

tylko przez kilka miesięcy przed niezdolnością do pracy i rozpoczęciem urlopu macierzyńskiego, a nawet porównawczo jeszcze przed założeniem spółki dla ustalenia czy działalność i praca zawodowa skarżącej w tej formie były utrwalone, przy czym - jak podaje – miałyby powrócić do niej po okresie macierzyństwa. Dopiero na takim ustaleniu można oprzeć ocenę przesłanki pracowniczego podporządkowania, czyli nie można poprzestawać na apriorycznym założeniu, że ten element jest zawsze wykluczony, gdy wspólnik dwuosobowej spółki z o.o. zawiera z nią umowę o pracę, nawet gdy jednocześnie jest członkiem zarządu a wykonuje zatrudnienie na stanowisku wykonawczym (usługowym), co różni się od ustrojowej funkcji w zarządzie spółki. Innymi słowy punktem odniesienia dla oceny podporządkowania pracodawcy powinien być faktyczny, czyli realizowany zakres obowiązków wyznaczonych pracownikowi przez spółkę.

10. Należałoby też zauważyć, że podporządkowanie pracownicze nie ma definicji ustawowej i stanowi przedmiot wykładni, która na tle szeregu podobnych spraw przyjmuje, iż pojęcie to ewoluuje i nie jest wykluczone przez sam zbieg kapitału i pracy w jednej osobie. Wskazuje się, że o ile archetypem pracy podporządkowanej była prosta fizyczna praca o tyle współcześnie wobec nowych warunków społeczno-gospodarczych, rozwoju techniki, organizacji pracy, teleinformatyki i innych pojęcie podporządkowania ewoluuje, aż po tzw. podporządkowanie autonomiczne, w którym pracownik otrzymuje jedynie zadania do wykonania, samodzielnie jednak decyduje o sposobie ich realizacji.
11. W orzecznictwie Sąd Najwyższy przyjmuje się, że w odniesieniu do wspólników spółek kapitałowych o zakwalifikowaniu zatrudnienia jako czynności pracowniczych nie rozstrzygają przepisy prawa handlowego, lecz przepisy charakteryzujące stosunek pracy. Dla objęcia ubezpieczeniem społecznym z tytułu wykonywania pracy zasadnicze znaczenie ma zaś nie to, czy umowa o pracę została zawarta i czy jest ważna, lecz tylko to, czy strony umowy pozostawały w stosunku pracy (art. 8 ust. 1 ustawy systemowej). O tym, czy strony istotnie w takim stosunku pozostawały i stosunek ten stanowi tytuł ubezpieczeń społecznych, nie decyduje natomiast samo formalne

zawarcie umowy o pracę, wypłata wynagrodzenia, przystąpienie do ubezpieczenia i opłacenie składki, wystawienie świadectwa pracy, ale faktyczne i rzeczywiste realizowanie elementów charakterystycznych dla stosunku pracy, a wynikających z art. 22 § 1 k.p. Treść oświadczeń woli złożonych przez strony przy zawieraniu umowy o pracę nie ma więc rozstrzygającego znaczenia dla kwalifikacji danego stosunku prawnego służącego pozyskiwaniu „pracy”, jako stosunku pracy. Jeżeli stosunek pracy zrealizował się przez wykonywanie zatrudnienia, wady oświadczeń woli dotyczące umowę o pracę, nawet powodujące jej nieważność, nie skutkują w sferze prawa do świadczeń z ubezpieczenia społecznego (zob. wyroki Sądu Najwyższego z 16 października 2018 r., I UK 115/18, z 17 października 2017 r., II UK 451/16, z 16 grudnia 2016 r., II UK 517/15 i dalsze powołane w nich orzeczenia).

12. Przeciwna ocena nie wynika z wyroku Sądu Najwyższego z 7 marca 2018 r., I UK 576/16 (powołanego w odpowiedzi na skargę kasacyjną), gdyż jak już zauważono wspólnik w spółce kapitałowej nie ma obowiązku pracy w spółce. Natomiast art. 176 k.s.h. nie jest przepisem szczególnym do art. 22 k.p. Zakresy regulacji są samodzielnie i odrębne, dlatego umówione powtarzające się świadczenia na rzecz spółki nie są równoznaczne z pracą na podstawie umowy o pracę ze spółką.

Z tych motywów orzeczono jak w sentencji (art. 398¹⁵ § 1 k.p.c. i art. 108 § 2 k.p.c. w zw. z art. 398²¹ k.p.c.).