



Sygn. akt II UK 333/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 lipca 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jerzy Kuźniar (przewodniczący)

SSN Bohdan Bieniek

SSN Krzysztof Rączka (sprawozdawca)

w sprawie z wniosku W. Sp. z o.o. z siedzibą w W.
przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddział w W.
przy udziale zainteresowanego T.S.
o wydanie zaświadczenia na formularzu A1,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń
Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 12 lipca 2017 r.,
skargi kasacyjnej wnioskodawcy od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)
z dnia 10 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

Wyrokiem z 10 grudnia 2015 r., sygn. akt III AUa (...) Sąd Apelacyjny w (...) oddalił apelację spółki W. Sp. z o.o. w W. od wyroku Sądu Okręgowego w W. z 4 grudnia 2014 r., sygn. akt VIII U (...), którym oddalono odwołanie wnioskodawcy od

decyzji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w W. z 6 grudnia 2013 r., którym ZUS odmówił wydania wspomnianej spółce zaświadczenia dotyczącego ustawodawstwa właściwego potwierdzającego, że zainteresowany T.S. w okresach od 30 maja 2011 r. do 13 lipca 2011 r., od 12 września 2011 r. do 31 grudnia 2011 r., od 9 stycznia 2012 r. do 4 marca 2012 r., od 5 marca 2012 r. do 29 kwietnia 2012 r., od 30 kwietnia 2012 r. do 30 czerwca 2012 r., od 1 lipca 2012 r. do 15 lipca 2012 r., od 16 lipca 2012 r. do 27 lipca 2012 r., od 10 września 2012 r. do 22 grudnia 2012 r. podlega polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych.

W sprawie ustalono następujący stan faktyczny. W. Sp. z o.o., posiadająca siedzibę w Polsce i prowadząca działalność w Polsce oraz za granicą, zajmuje się wyszukiwaniem miejsc pracy i pozyskiwaniem pracowników, współpracując z przedsiębiorcami we Francji, Niemczech i w Polsce, delegując im określoną liczbę pracowników. Administracja wnioskodawcy, kadry, księgowość i marketing prowadzone są w Polsce. Łącznie w tym celu zatrudnionych było w 2011 r. i 2012 r. około 5-9 osób. Znaczna część obrotów Spółki w 2011 r. i 2012 r. uzyskiwana była za granicą, tam też zatrudniona była większa liczba pracowników. Liczba kontraktów realizowanych w 2011 r. i 2012 r. za granicą przewyższała kilkakrotnie liczbę kontraktów realizowanych w Polsce (10-12 w Polsce, 32-51 w UE). Obrót osiągniany przez Spółkę w 2011 r. z działalności w Polsce nie przekroczył poziomu 10% obrotów całkowitych, zaś w 2012 r. - 18%, natomiast w UE wynosił odpowiednio 90% i 82%.

Zainteresowany T.S. w latach 2010-2012 zawarł z wnioskodawcą szereg umów o pracę na czas określony, przedmiotem których było wykonywanie obowiązków monterów płyt G-K na rzecz i pod kierownictwem firmy M.- pracodawcy użytkownika na terenie Francji.

Decyzją z dnia 6 grudnia 2013 r., znak (...), organ rentowy - Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w W. - odmówił wydania wnioskodawcy, płatnikowi składek W. Sp. z o.o., zaświadczenia dotyczącego ustawodawstwa właściwego potwierdzającego, że zainteresowany T.S. w okresie wykonywania pracy na terytorium Francji w okresach od 30 maja 2011 r. do 13 lipca 2011 r., od 12 września 2011 r. do 31 grudnia 2011 r., od 9 stycznia 2012 r. do 4 marca 2012 r.,

od 5 marca 2012 r. do 29 kwietnia 2012 r., od 30 kwietnia 2012 r. do 30 czerwca 2012 r., od 1 lipca 2012 r. do 15 lipca 2012 r., od 16 lipca 2012 r. do 27 lipca 2012 r., od 10 września 2012 r. do 22 grudnia 2012 r. podlega polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych.

Podstawą odmowy wydania zaświadczenia była kwestia nie spełnienia po stronie płatnika warunku prowadzenia działalności w Polsce w znacznej części, a także okoliczność przekroczenia przez zainteresowanego maksymalnego okresu delegowania, tj. 24 miesięcy. Kwestia przekroczenia 24 miesięcznego okresu była wynikiem różnego rozliczenia okresu pracy zainteresowanego. Wnioskodawca - płatnik składek twierdził, że zainteresowany pracował do 9 lipca, umowa była do 10 lipca, a 11 lipca nastąpiło wyrejestrowanie, natomiast system ZUS objął jeszcze okres od 11 do 13 lipca 2011 r. Przy czym formularz A1 został złożony na okres do 13 lipca 2011 r.

W oparciu o tak ustalony stan faktyczny Sąd Okręgowy w W. oddalił wyrokiem z 4 grudnia 2014 r., sygn. akt VIII U (...) odwołanie wnioskodawcy od zaskarżonej decyzji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych i zasądził od wnioskodawcy na rzecz organu rentowego kwotę 60 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Spór w sprawie dotyczył ustalenia właściwego ustawodawstwa, jakiemu powinien podlegać pracownik wnioskodawcy w zakresie obowiązkowego ubezpieczenia społecznego. Spór wymagał rozstrzygnięcia, czy wnioskodawca prowadzi na terenie Polski „znaczną działalność”, o której mowa w art. 12 ust. 1 rozporządzenia podstawowego nr 883/2004, biorąc pod uwagę specyfikę prowadzonej przez wnioskodawcę działalności gospodarczej. Istotne też było ustalenie, na jakich zasadach zainteresowani zostali oddelegowani do pracy we Francji.

Sąd pierwszej instancji stwierdził, że na podstawie przeprowadzonego postępowania dowodowego nie można stwierdzić, aby normalna działalność wnioskodawcy biorąc pod uwagę dane z 2012 r. prowadzona była w Polsce. Przedłożone przez wnioskodawcę zestawienie obrotów spółki oraz liczby kontraktów zrealizowanych w kraju i za granicą, a także liczby pracowników spółki zatrudnionych w kraju i za granicą w latach 2011-2012 wskazuje na to, że w

spornym okresie spółka prowadziła swoją działalność przede wszystkim zagranicą, a w niewielkim jedynie stopniu na terenie Polski. Średnie obroty spółki za granicą wynosiły bowiem w 2011 r. około 90%, a w 2012 r. około 82%, zaś w kraju około 10-18%. Za granicą również zatrudniona była znaczna część pracowników. Dlatego też uznać należało, że ustawodawstwem właściwym dla normalnego prowadzenia działalności wnioskodawcy nie było ustawodawstwo polskie.

Ponadto Sąd Okręgowy zauważył, że chociaż wnioskodawca posiada swoją administrację, księgowość i kadry na terenie Polski, tutaj też zawierane były umowy z pracownikami delegowanymi do pracy, to biorąc pod uwagę czynniki ekonomiczne, tj. nastawienie na zysk, jako jeden z głównych celów prowadzenia działalności gospodarczej, należy stwierdzić, że elementem decydującym przy określeniu miejsca prowadzenia normalnej działalności winny być dochody spółki. Rażąca dysproporcja w obrotach osiąganym przez spółkę za granicą i w kraju nie pozwala, w ocenie Sądu pierwszej instancji, na konkluzję, że znaczna część dochodów uzyskiwana była w Polsce. Bez znaczenia są przy tym czynniki wpływające na taki rozkład proporcji jak większa popularność agencji pracy tymczasowej w zachodnich państwach, czy też lepsza płatność w zakresie realizowanych kontraktów. Jest w zasadzie poza sporem, iż znaczną część obrotów Spółka osiągała za granicą, tam też realizowała więcej kontraktów i tam delegowała znacznie więcej pracowników. Przyczyny takiego stanu rzeczy nie odgrywają zaś roli. Wnioskodawca jest bowiem podmiotem działalności gospodarczej, której główną cechą jest osiąganie zysku.

Sąd Okręgowy przypisał decydujące znaczenie osiąganym przez spółkę obrotom, a skoro znaczna ich część generowana jest w przypadku wnioskodawcy za granicą należy uznać, że to właśnie za granicą spółka prowadzi swoją normalną działalność. Sąd pierwszej instancji wziął także pod uwagę takie czynniki jak liczebność pracowników delegowanych za granicę i w kraju oraz liczbę zrealizowanych kontraktów za granicą i w kraju. Również i tutaj występuje istotna dysproporcja (około 2/3 - UE, 1/3 – Polska), co doprowadziło Sąd pierwszej instancji do oceny, że normalna działalność gospodarcza spółki prowadzona była za granicą, a nie w Polsce.

W zaskarżonym wyroku z 10 grudnia 2015 r. Sąd Apelacyjny w (...) oddalił apelację wnioskodawcy, obciążając go kosztami postępowania.

Sąd odwoławczy ocenił, że Sąd Okręgowy trafnie uznał, że w niniejszej sprawie nie zostały spełnione warunki konieczne do objęcia zainteresowanego pracownika polskim systemem ubezpieczeń społecznych.

Sąd Apelacyjny podkreślił, że zainteresowany był zatrudniony wyłącznie w celu wykonywania pracy we Francji. Obrót z działalności w Polsce osiągany przez spółkę w okresie ostatnich 12 miesięcy przed dniem delegowania utrzymywał się na poziomie ok. 14-18% obrotów całkowitych. Dodatkowo istniała także znaczna dysproporcja w zakresie dotyczącym osób zatrudnionych w kraju do tych pracujących za granicą oraz w realizowaniu kontraktów.

Sąd Apelacyjny zwrócił również uwagę na fakt, że wnioskodawca prowadzi działalność gospodarczą w zakresie pośrednictwa pracy i zajmuje się głównie delegacją pracowników do pracy zagranicą, bo współpracuje z przedsiębiorstwami we Francji i w Niemczech. Działalność spółki na terenie Polski ogranicza się w zasadzie tylko do zarządzenia wewnętrznego i prowadzenia czynności administracyjnych. Zainteresowany był *de facto* pracownikiem pracodawcy francuskiego i na jego rzecz świadczył pracę. Nie można, zdaniem Sądu odwoławczego, w tym wypadku stwierdzić, aby pomiędzy stroną odwołującą się a zainteresowanym w sprawie istniała bezpośrednia więź, albowiem W. przez okres delegowania pracownika do Francji nie miała wpływu ani na przebieg, ani na warunki jego zatrudnienia.

Fakt, 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.” Sp. z o.o. prowadzi w kraju znaczną część działalności.

Sąd Apelacyjny podzielił stanowisko, zgodnie z którym decydujące znaczenie ma bowiem generowanie co najmniej 25% obrotu w miejscu, gdzie znajduje się siedziba przedsiębiorstwa delegującego. Sąd drugiej instancji zauważył także, że choć taki próg nie wynika z aktów prawa powszechnie obowiązującego, to jednak ma on racjonalne uzasadnienie w kontekście

szczegółowo powołanych przez Sąd Okręgowy regulacji dotyczących zasad ustalania właściwego ustawodawstwa zakresie ubezpieczeń społecznych.

Sąd Apelacyjny podsumowując swoje rozważania stwierdził, że Spółka nie osiągnęła w spornych okresach w Polsce minimum 25% obrotu z całej prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej, co uniemożliwia uznanie, że zainteresowany oddelegowany do pracy we Francji podlegał z tego tytułu w tym czasie ustawodawstwu polskiemu.

Powyższy wyrok skargą kasacyjną zaskarżył w całości pełnomocnik odwołującej się spółki. Skarżący zarzucił zaskarżonemu wyrokowi naruszenie przepisów prawa materialnego, a mianowicie art. 11 ust. 2 lit. a i 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. Urz. UE L 166 z 30 kwietnia 2004 r., s. 1 i nast.) oraz art. 14 ust. 1 i 2 i art. 19 ust. 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 roku dotyczącego wykonywania rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz. Urz. UE 284 z 30 października 2009 r.), a także 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 883/2004 w sprawie ustawodawstwa mającego zastosowanie do pracowników delegowanych i osób wykonujących pracę na własny rachunek, tymczasowo pracujących poza państwem właściwym (2010/C 106/02), poprzez ich błędną wykładnię i zastosowanie, w wyniku czego niezasadnie przyjęto, iż W. Sp. z o.o. w spornym okresie, od dnia 7 stycznia 2013 r. do dnia 31 marca 2013 r., nie prowadziła normalnej działalności na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, czego następstwem było przyjęcie, że zainteresowani nie podlegali ustawodawstwu polskiemu w zakresie ubezpieczeń społecznych.

Ponadto skarżący zarzucił również naruszenie przepisów prawa procesowego, które miało istotny wpływ na wynik sprawy, a mianowicie art. 233 § 1 k.p.c. przez dokonanie dowolnej, a nie swobodnej oceny dowodów przez brak ustalenia okoliczności istotnych dla rozpatrzenia sprawy w tym: (1) zaniechaniu

ustalenia proporcji obrotów osiągniętych przez wnioskodawcę w Polsce oraz w kraju delegowania pracownika, która to proporcja zdaniem Sądu II instancji miała podstawowe znaczenie dla ustalenia, czy wnioskodawca prowadzi na terenie Polski znaczącą działalność; (2) 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 drugiej instancji oparł przy tym swoje rozstrzygnięcie wyłącznie na stwierdzeniu, że wnioskodawca nie osiągnął obrotów wymaganych przez Praktyczny Poradnik. Sąd nie dokonał żadnej dalszej analizy okoliczności sprawy. Nie tylko nie rozpatrzył okoliczności dotyczących specyfiki działalności skarżącego, ale nie wypowiedział się w żaden sposób nawet co do spełnienia innych wymienionych w przepisach prawa europejskiego przesłanek uznania działalności prowadzonej w danym państwie za znaczącą. W szczególności Sąd odwoławczy 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. W końcu skarżący zarzucił naruszenie przepisów art. 328 § 2 k.p.c. w związku z art. 391 k.p.c. polegające na niedostatecznym wskazaniu w uzasadnieniu wyroku faktycznych i prawnych podstaw rozstrzygnięcia, co uniemożliwia dokonanie oceny toku wyводу i przesłanek decyzji Sądu. Brak powyższy polegał przede wszystkim na tym, że Sąd Apelacyjny uzasadniając oddalenie apelacji wnioskodawcy wskazał jedynie na brak osiągnięcia przez wnioskodawcę określonych obrotów na terenie Polski, natomiast całkowicie zaniechał omówienia w wyroku wyników „pogłębionej analizy” wymaganej obligatoryjnie przez przepisy Praktycznego Poradnika, na którym Sąd Apelacyjny opierał swój wyrok.

W odpowiedzi na skargę kasacyjną pełnomocnik Zakładu Ubezpieczeń Społecznych wniósł o wydanie postanowienia o odmowie przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania, ewentualnie, z ostrożności procesowej o oddalenie skargi kasacyjnej i zasądzenie na rzecz organu rentowego kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna jest uzasadniona.

Stosownie do art. 398¹³ § 1 i 2 k.p.c., Sąd Najwyższy rozpoznaje sprawę w granicach skargi kasacyjnej (jej podstaw) i jest związany ustaleniami faktycznymi stanowiącymi podstawę zaskarżonego orzeczenia, jeżeli skarga nie zawiera zarzutu naruszenia przepisów postępowania (bądź jeżeli taki zarzut okaże się niezasadny). W związku z tym należy wskazać, że zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą Sądu Najwyższego w postępowaniu kasacyjnym nie może być w ogóle brany pod uwagę zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. i to także w powiązaniu z innymi przepisami (zob. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 czerwca 2016 r., V CSK 536/15), wobec czego Sąd Najwyższy w składzie rozpoznającym niniejszą sprawę nie mógł w ogóle rozpatrywać zarzutu opartego na wskazanym przepisie.

Dalej należy zauważyć, że w zakresie zarzutu naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 k.p.c. uchybienie wymaganiom określonym w art. 328 § 2 w związku z art. 391 § 1 k.p.c. może być ocenione jako mogące mieć wpływ na wynik sprawy tylko wyjątkowo, gdy braki w uzasadnieniu są tak znaczące, że uniemożliwiają kontrolę kasacyjną zaskarżonego orzeczenia (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 2015 r., IV CSK 149/15). W niniejszej sprawie zaś z taką sytuacją nie mamy do czynienia, bowiem uzasadnienie wyroku wydanego przez Sąd Apelacyjny w niniejszej sprawie zawiera wszystkie niezbędne elementy, zatem i ten zarzut nie okazał się zasadny.

Powyższe ustalenia nie oznaczają jednak, że wskazywane przez skarżącego uchybienia w rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy nie rzutują na rozstrzygnięcie niniejszej sprawy, trafnie bowiem wskazuje skarżący, że Sąd Apelacyjny we Wrocławiu wydając zaskarżony wyrok w niedostatecznym stopniu ustalił stan faktyczny sprawy i nie ustalił wszystkich istotnych dla sprawy okoliczności. Jak zaś przyjął Sąd Najwyższy w szeregu swoich orzeczeń zastosowanie przepisów prawa materialnego do niedostatecznie ustalonego przez sąd drugiej instancji stanu faktycznego oznacza wadliwą (gdyż oczywiście przedwczesną) subsumcję tego stanu do zawartych w nich norm prawnych, a brak stosownych ustaleń ostatecznie uzasadnia też zarzut kasacyjny naruszenia prawa materialnego przez jego

niewłaściwe zastosowanie (zob. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 grudnia 2016 r., II UK 460/15; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 marca 2011 r., II PK 241/10). Sąd Apelacyjny nie dokonał analizy zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz ustalonych okoliczności sprawy w celu ustalenia, czy odwołująca się spółka prowadziła na terenie Polski działalność w znacznej części, a poprzestał jedynie na ustaleniu, że nie uzyskiwała ona na terenie Polski co najmniej 25% obrotu, a znacznie mniej. W kwestii badania innych przesłanek pozwalających uznać, że w niniejszej sprawie może mieć zastosowanie art. 12 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 Sąd Apelacyjny poprzestał jedynie na ogólnym wskazaniu przedmiotu działalności spółki oraz faktu, że zajmuje się ona głównie rekrutowaniem pracowników do pracy na terenie Francji i Niemiec, zaś w Polsce prowadzona jest przeważnie działalność administracyjna spółki, zaś fakt prowadzenia na terenie kraju rekrutacji oraz działalności księgowej i wydawania dokumentów związanych z zatrudnieniem nie ma znaczenia dla ustalenia, że spółka prowadzi znaczną część działalności na terenie Polski. Sąd porównał również liczbę pracowników zatrudnionych w Polsce i zagranicą, jednak całkowicie pominął inne okoliczności, uznając, że nie mają one znaczenia, bowiem kluczowe jest kryterium obrotu.

Wobec powyższego, jak również z przyczyn podanych w dalszej części uzasadnienia zasadny okazał się zarzut naruszenia prawa materialnego w postaci art. 11 ust. 2 lit. a i 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. Urz. UE L 166 z 30 kwietnia 2004 r., s. 1 i nast.) oraz art. 14 ust. 1 i 2 i art. 19 ust. 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r. dotyczącego wykonywania rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz. Urz. UE 284 z 30 października 2009 r.), a także 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 883/2004 w sprawie ustawodawstwa mającego zastosowanie do pracowników delegowanych i osób wykonujących pracę na

własny rachunek, tymczasowo pracujących poza państwem właściwym (2010/C 106/02). Sąd Apelacyjny bez zbadania wszystkich niezbędnych przesłanek i okoliczności uznał, że skarżąca spółka nie prowadziła normalnej działalności na terenie Polski, w związku z czym zainteresowany pracownik nie podlegał ubezpieczeniu społecznemu na terenie Polski.

Sąd Apelacyjny w (...) wydając zaskarżony wyrok powołał się na wyroki Sądu Najwyższego z dnia 4 czerwca 2014 r., II UK 550/13 i II UK 565/13 oraz z dnia 16 grudnia 2014 r., II UK 93/14, w których to Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że decydującym kryterium dla stwierdzenia, że pracodawca delegujący pracowników do pracy w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej prowadzi normalną działalność w Polsce jest obrót, a dokładnie rzecz ujmując ustalenie czy pracodawca taki uzyskuje co najmniej 25% ogólnego obrotu na terenie Polski. W powołanych wyrokach stwierdzono między innymi, że niższy obrót nie może być równoważony (kompensowany) wartością innych kryteriów, gdyż są one rodzajowo odmienne i dotyczą czego innego. Kryteria te - co do siedziby przedsiębiorstwa i zawierania umów w miejscu delegowania - również powinny być spełnione, gdyż to należy do zwykłej istoty rozważanej regulacji. Natomiast ilość umów czy kontraktów nie zastępuje obrotu, który stanowi właśnie pochodną ich realizacji. Sąd Najwyższy formułując takie stanowisko powołał się na orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dawniej Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości), a konkretnie na sprawy *Sarl Manpower przeciwko Caisse Primaire d' Assurance Maladie* - wyrok ETS z dnia 17 grudnia 1970, sygn. 35/70, ECR 1970/2/01251; *Fitzwilliam* - wyrok ETS z dnia 10 lutego 2000 r., C-202/97, ECR 2000/2/I-00883; *Plum* - wyrok ETS z dnia 9 listopada 2000 r., C-404/98, ECR 2000/11A/I-09397, za szczególnie istotny uznając wyrok w sprawie *Fitzwilliam*.

Sąd Apelacyjny nie wziął jednak pod uwagę, że w orzecznictwie Sądu Najwyższego istniała także druga linia orzecznicza, zgodnie z którą obrót nie jest kryterium, które przesądzałoby czy pracodawca delegujący pracowników do innych państw członkowskich prowadzi znaczną część swojej działalności na terenie państwa delegowania (w tym przypadku Polski). Takie stanowisko prezentują np. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 11 maja 2005 r., II UK 388/09 (LEX nr 611418);

25 maja 2010 r., I UK 1/10 (LEX nr 602670), czy z dnia 2 października 2013 r., II UK 170/13 (OSNP 2014 nr 12, poz. 171).

W tym kontekście należy wskazać również na wyrok składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 18 listopada 2015 r., II UK 100/14 (OSNP 2016 nr 7, poz. 88), który rozstrzyga wątpliwości dotyczące charakteru przesłanki uzyskiwania w państwie delegowania określonego obrotu i zawiera istotne wskazówki dotyczące badania kryteriów niezbędnych do uznania, że pracodawca delegujący (w tym agencja pracy tymczasowej) prowadzi znaczną część działalności na terenie Polski.

W celu ustalenia jakie znaczenie ma kryterium obrotu dla dopuszczalności objęcia pracowników pracodawcy delegującego polskim systemem zabezpieczenia społecznego należy dokonać w pierwszej kolejności analizy relewantnych przepisów prawa Unii Europejskiej oraz stosownego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. I tak, zgodnie z 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. Urz. UE L 166 z 30 kwietnia 2004 r. 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 przepisie tym ustanowiono jeden z wyjątków od zasady podlegania prawu kraju wykonywania pracy (*lex loci laboris*), która została przyjęta w art. 11 ust. 3 lit. a rozporządzenia nr 883/2004 jako ogólna zasada. Istotny jest w niniejszej sprawie również art. 14 ust. 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r., który stanowi, że za pracodawcę, który normalnie prowadzi swą działalność należy rozumieć pracodawcę "zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności, innej niż działalność związana z samym zarządzeniem 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". Pamiętać należy, że rozporządzenie nr 987/2009 zostało wydane w celu wykonania rozporządzenia nr 883/2004, a zatem doprecyzowuje ono i wyjaśnia pojęcia zawarte w drugim ze wskazanych rozporządzeń.

Ze wskazanych przepisów wynika jednoznacznie, 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, 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 (tak wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 listopada 2015 r., II UK 100/14).

Do podobnych wniosków prowadzi analiza decyzji A2 Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego. Dokument ten nie ma rzecz jasna charakteru źródła prawa Unii Europejskiej w rozumieniu traktatowym, lecz ma charakter aktu informacyjno-pomocniczego, wydanego przez Komisję Administracyjną na podstawie art. 72 lit. a i b rozporządzenia nr 883/2004 w wykonaniu powierzonych jej zadań dotyczących wykładni i usprawniania jednolitego stosowania prawa Unii Europejskiej (zob. 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). Z treści decyzji wynika, że kluczowe znaczenie dla zastosowania art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 ma istnienie więzi między pracodawcą a państwem członkowskim, w którym ma on swoją siedzibę (państwem delegowania). 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. Należy także podkreślić, że zgodnie ze wspomnianą decyzją "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).

Sąd Apelacyjny odwołał się w zaskarżonym wyroku również do publikacji Komisji Europejskiej pt. "Praktyczny poradnik: Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej (UE), w Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) i w Szwajcarii". Publikacja ta nie ma rzecz jasna charakteru źródła prawa i nie jest wiążąca, jednak zawiera ona elementy wykładni autentycznej i powinna być brana pod uwagę przy dokonywaniu wykładni przepisów prawa europejskiego przez organy państw członkowskich.

Praktyczny poradnik wskazuje szereg czynników, których zbadanie pozwala ustalić, czy pracodawca prowadzi znaczną część swojej działalności na terenie państwa delegowania, jako mające szczególne znaczenie wskazano przy tym: 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 przy tym, 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 więc może być również uwzględnienie innych kryteriów odpowiednich do określonych cech przedsiębiorstwa i rzeczywistego charakteru działalności przedsiębiorstwa w państwie, w którym ma ono siedzibę.

Jak więc widać z przytoczonych przepisów oraz dokumentów o charakterze nienormatywnym, prawo europejskie w żadnym miejscu nie posługuje się wiążącym kryterium osiągnięcia 25% dochodu w państwie delegowania. Co więcej, kryterium to zostało wskazane jedynie w Praktycznym Poradniku mającym charakter instrukcyjny, a nie wiążący, poradnik ten nie wskazuje przy tym, że jest to kryterium wyłączne, czy decydujące. Lektura treści poradnika wskazuje raczej na konieczność przeprowadzenia kompleksowego i wyczerpującego badania rozmaitych kryteriów mających zastosowanie dla danego pracodawcy, katalog tych kryteriów wskazany w dokumentach unijnych ma przy tym charakter otwarty i

przykładowy. Kryterium obrotu może być decydujące, jednak raczej w znaczeniu pozytywnym, co znaczy, że osiągnięcie 25% obrotu na terenie państwa, w którym pracodawca ma swoją siedzibę pozwala stwierdzić, że prowadzi on tam znaczną część swojej działalności, jednak z faktu, że nie spełnia on wspomnianego kryterium nie można wysnuć wniosku, że znacznej części działalności on nie prowadzi, bez zbadania innych kryteriów relewantnych dla danego pracodawcy. Choć w świetle wskazanych powyżej przepisów prawnych wydaje się, że oparcie się wyłącznie na kryterium obrotu i pominięcie innych okoliczności nie jest w żadnym wypadku dopuszczalne.

Kryterium osiągnięcia określonego obrotu nie ma również oparcia w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości, w szczególności w wyrokach Trybunału, na które powoływał się Sąd Najwyższy w orzeczeniach przywołanych przez Sąd Apelacyjny.

Trybunał stwierdził 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* (ECR 2000 I-00883), 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). Identyfikując wspomniane kryteria Trybunał wskazał na 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).

Podobnie zatem jak treść wcześniej przywołanego art. 14 ust. 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r., także lektura wyroku w sprawie *Fitzwilliam* prowadzi do konstatacji, że konieczne jest badanie wszystkich kryteriów, a nie tylko kryterium wielkości obrotu w oderwaniu od innych wymagań charakteryzujących dany wypadek. 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 nie wskazuje.

Także pozostałe wskazywane 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*) nie wskazują na kryterium osiągnięcia 25% obrotu jako na kryterium decydujące. W sprawie *Manpower* Trybunał badał 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 i choć w orzeczeniu tym Trybunał wskazał również, że z art. 14 ust. 1 lit. a rozporządzenia nr 1408/71 (którego odpowiednikiem jest art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 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), to jednak nie wskazywał on przy tym na przesłankę uzyskiwania określonego obrotu jako na przesłankę kluczową dla ustalenia takiego związku.

Natomiast w sprawie *Plum*, Trybunał uznał, że nie jest możliwe delegowanie pracowników w wypadku przedsiębiorstw prowadzących w państwie oddelegowania wyłącznie czynności administracyjne. W ocenie Trybunału art. 14

ust. 1 lit. a rozporządzenia nr 1408/71 (zmienionego rozporządzeniem 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).

A zatem, jak wynika z powyższych ustaleń, w celu ustalenia, że przedsiębiorstwo prowadzi normalną działalność (w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004), czy też znaczną część działalności innej niż zarządzanie wewnętrzną (według art. 14 ust. 2 rozporządzenie nr 987/2009), należy uwzględniać wszystkie kryteria charakteryzujące jego działalność oraz charakter przedsiębiorstwa delegującego. Wybór kryteriów powinien być dostosowany do konkretnego wypadku. Ocena ta powinna mieć charakter całościowy, a zatem stanowić ogólny wniosek wynikający z rozważenia wszystkich przyjętych kryteriów. Kryterium obrotu nie ma decydującego lub szczególnego znaczenia, jednakże osiągnięcie obrotu w państwie siedziby przedsiębiorstwa delegującego w wysokości około 25% całych obrotów może prowadzić do wniosku, że prowadzi ono w tym państwie znaczną część działalności, a więc normalnie prowadzi działalność (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 18 listopada 2015 r., II UK 100/14).

Co również istotne z przepisów prawa unijnego, oraz z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości wynika, że organy państwa członkowskiego powinny porównywać działalność pracodawcy delegującego w państwie delegowania i w państwie wykonywania pracy przez danego pracownika, a nie ogólnie we wszystkich państwach, w jakich pracodawca prowadzi działalność.

Podkreślić należy, że kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie 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, jednak zbadanie tych kryteriów nie wyłącza konieczności wzięcia pod uwagę także innych, relewantnych w odniesieniu do konkretnego pracodawcy czynników.

Sąd Apelacyjny rozpoznając sprawę ponownie musi jednak wziąć również pod uwagę możliwość przekroczenia przez zainteresowanego maksymalnego, 24-miesięcznego okresu delegowania, bowiem kwestia ta została jedynie wspomniana przy okazji przedstawiania stanu faktycznego sprawy.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji, zgodnie z art. 398¹⁵ § 1 k.p.c.

O kosztach orzeczono na podstawie art. 108 § 2 w związku z art. 398²¹ k.p.c.

as