



Sygn. akt II UK 340/16

## **WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 5 lipca 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Krzysztof Rączka (przewodniczący)  
SSN Bogusław Cudowski (sprawozdawca)  
SSN Maciej Pacuda

w sprawie z wniosku W. Sp. z o.o. w W.  
przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddziałowi w W.  
z udziałem zainteresowanego H.B.  
o wydanie zaświadczenia na formularzu A1,  
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń  
Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 5 lipca 2017 r.,  
skargi kasacyjnej wnioskodawcy od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)  
z dnia 1 grudnia 2015 r., sygn. akt III AUa (...),

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

### **UZASADNIENIE**

Sąd Okręgowy w W. wyrokiem z 9 września 2014 r. oddalił odwołanie W. Sp.  
z o.o. w W. od decyzji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddziału w W. z 30

listopada 2012 r. odmawiającej wydania na rzecz wnioskodawcy zaświadczenia A1 potwierdzającego, że zainteresowany H.B. w okresie wykonywania pracy na terytorium Francji od 2 kwietnia 2012 r. do 15 kwietnia 2012 r. podlegał polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych. Sąd ustalił, że odwołująca się spółka jest agencją pracy tymczasowej. Zajmuje się m.in. działalnością związaną z wyszukiwaniem miejsc pracy i pozyskiwaniem pracowników, udostępnianiem wykwalifikowanych pracowników przedsiębiorstwom z krajów Unii Europejskiej w branżach: budowlanej, konstrukcyjnej oraz turystycznej. Prowadzi w tym celu działalność rekrutacyjną, logistyczną i administracyjną. Zainteresowany został zatrudniony przez odwołującą się spółkę na podstawie umowy o pracę zawartej na okres od 2 kwietnia 2012 r. do 15 kwietnia 2012 r. i został zgłoszony do ubezpieczeń jako pracownik. Zgodnie z umową o pracę, zainteresowany został wysłany na terytorium Francji do pracy na stanowisku montera fasad. Odwołująca się spółka we wniosku o poświadczenie formularza A1 dla ww. zainteresowanego wskazała, że firma z tytułu działalności prowadzonej w Polsce uzyskała obroty na poziomie 12%, zatrudnia na terenie Polski 88 pracowników oraz realizuje w kraju 10 umów z kontrahentami. Natomiast 160 osób oddelegowanych do pracy za granicą jest zatrudnionych w celu realizacji 35 umów. W przedmiocie określenia danych dotyczących działalności prowadzonej w Polsce i za granicą Zakład Ubezpieczeń Społecznych przeprowadził postępowanie, a zebrany w sprawie materiał dowodowy wskazał, że spółka na dzień delegowania zainteresowanych osiągnęła średnie obroty z okresu 12 miesięcy prowadzenia pozarolniczej działalności gospodarczej na poziomie 17%. Wykazane przez spółkę dane we wniosku o poświadczenie formularzy A1 złożonych od stycznia 2011 r. do czerwca 2012 r. wskazują, że przychody z działalności w kraju spadły, bowiem za rok 2011 wynosiły 10%, a od stycznia do czerwca 2012 r. około 17% obrotów całkowitych. W okresie od maja 2012 r. do czerwca 2012 r. odwołująca się zatrudniała (na podstawie umowy o pracę i umów zlecenia) i zgłaszała do ubezpieczeń społecznych w kraju średnio w miesiącu 96 osób oraz realizowała 9 kontraktów z podmiotami gospodarczymi w Polsce, natomiast we Francji i w Niemczech pracę wykonywało średnio 214 osób w ramach realizowanych ok. 38 kontraktów. W odwołującej się spółce zatrudnione są również osoby w oparciu o umowy zlecenia i

umowy o dzieło, za które płatnik nie odprowadza składek na ubezpieczenie emerytalne i rentowe i nie podlegają one ubezpieczeniu społecznemu. Wobec tak poczynionych ustaleń Sąd orzekł, że odwołanie od decyzji organu rentowego nie zasługuje na uwzględnienie. Jako podstawę prawną Sąd wskazał art. 11 ust 2 lit. a, art. 12 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 oraz art. 14 ust. 1 i 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009, a także wytyczne zawarte w Decyzji nr A2 oraz opracowanym na jej podstawie przez Komisję Administracyjną Praktycznym poradniku. Sąd wyjaśnił, że Praktyczny poradnik nie ma charakteru normatywnego, ale może być traktowany, jako źródło wykładni autentycznej. Sąd wskazał, że obroty osiągnięte przez delegujące przedsiębiorstwo w państwie zatrudnienia w odpowiednim okresie powinny wynosić co najmniej 25%; zaś przypadki, kiedy obrót firmy jest niższy niż 25% wymagają pogłębionej analizy w zakresie liczby pracowników zatrudnionych w kraju i za granicą oraz liczby realizowanych umów/ kontraktów w kraju i za granicą. Sąd stwierdził, że w okolicznościach sprawy oraz w świetle powołanych przepisów odwołująca się spółka na dzień delegowania zainteresowanego osiągnęła średni obrót w spornym okresie z okresu 12 miesięcy prowadzenia pozarolniczej działalności gospodarczej na poziomie od 12% do 18%, nie przekraczając tym samym wymaganych 25%. W ocenie Sądu dysproporcja w zakresie obrotów, liczby umów, pracowników zatrudnionych i zgłoszonych do ubezpieczeń w Polsce i za granicą świadczą o nieprowadzeniu przez płatnika w kraju działalności w znacznej części w rozumieniu przepisu art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004. Dlatego też Sąd uznał, że ustawodawstwo polskie w zakresie ubezpieczeń społecznych nie jest ustawodawstwem właściwym dla zainteresowanego w spornym okresie.

Wyrok Sądu Okręgowego zaskarżyła odwołująca się spółka w całości. Zarzuciła naruszenie prawa materialnego, tj. (-) art. 12 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego w związku z art. 14 ust. 2 rozporządzenia Parlamentu i Rady (WE) nr 987/2009 z 16 września 2009 r. dotyczącego wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego poprzez ich błędną wykładnię, w wyniku której Sąd dokonał rozszerzającej interpretacji przesłanek określonych w

art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009, czego konsekwencją było przyjęcie przez Sąd pierwszej instancji, że wnioskodawca nie prowadził w spornym okresie normalnej działalności na terenie Polski, a zainteresowani nie podlegali polskiemu ustawodawstwu w zakresie zabezpieczenia społecznego; (-) decyzji nr A2 Komisji Administracyjnej d/s Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego z 12 czerwca 2009 r. dotyczącej interpretacji art. 12 rozporządzenia nr 883/2004 poprzez jej błędną wykładnię w wyniku przyjęcia, że wysokość osiągniętego obrotu stanowi kryterium decydujące do uznania, czy wnioskodawca prowadził w spornym okresie normalną działalność na terenie Polski. Ponadto, zarzucono naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. przez dokonanie dowolnej, a nie swobodnej, oceny dowodów w sposób pozbawiony wszechstronności w odniesieniu do okoliczności, czy wnioskodawca prowadził w spornym okresie normalną działalność na terenie Polski.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu wyrokiem z 1 grudnia 2015 r. oddalił apelację odwołującą się spółki. Jako podstawę prawną rozstrzygnięcia wskazał na przepisy Rozporządzenia Parlamentu i Rady (WE) nr 883/2004 z 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz.Urz. UE nr L 166 z 30 kwietnia 2004 r.) oraz rozporządzenia Parlamentu i Rady (WE) z 16 września 2009 r. nr 987/2009 dotyczącego wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/2004 (Dz. Urz. UE nr L 284 z 30 października 2009 r.). Sąd Apelacyjny stwierdził, że z ustaleń faktycznych dokonanych przez Sąd pierwszej instancji wynika, że zainteresowany był zatrudniony wyłącznie w celu wykonywania pracy we Francji, a odwołująca się spółka w spornym okresie na terenie Polski osiągała zaledwie 12% swoich dochodów. Ponadto, że z ustaleń Sądu pierwszej instancji wynika, iż odwołująca się 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 zarządzania wewnętrznego i prowadzenia czynności administracyjnych. Zdaniem Sądu, zainteresowany był *de facto* pracownikiem pracodawcy francuskiego i na jego rzecz świadczył pracę. Nie wykonywał bezpośrednio pracy na rzecz odwołującej się spółki. Sąd Apelacyjny stwierdził, że w tym wypadku nie można uznać, aby

między stroną odwołującą się a zainteresowanymi w sprawie istniała bezpośrednia więź, albowiem spółka przez okres delegowania pracowników za granicę nie miała wpływu ani na przebieg, ani na warunki ich zatrudnienia. Sąd Apelacyjny stwierdził dalej, że okoliczność, iż 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 odwołująca się spółka prowadzi w kraju znaczną część działalności. Sąd podkreślił, że decydujące znaczenie ma generowanie co najmniej 25% obrotu w miejscu, gdzie znajduje się siedziba przedsiębiorstwa delegującego. Wobec powyższego i w świetle ostatniego orzecznictwa Sądu Najwyższego, Sąd stwierdził, że skoro odwołująca się spółka nie osiągnęła w spornym okresie w Polsce minimum 25% obrotu z całej prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej, to uniemożliwia to uznanie, że oddelegowani do pracy we Francji pracownicy podlegają w tym czasie ustawodawstwu polskiemu.

Wyrok Sądu Apelacyjnego wnioskodawca zaskarżył w całości. Zarzucił naruszenie przepisów prawa materialnego, to jest 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 L 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 882/2004 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 nie prowadziła normalnej działalności na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, czego następstwem było przyjęcie, że zainteresowany

nie podlegał ustawodawstwu polskiemu w zakresie ubezpieczeń społecznych.

Zarzucono również naruszenie przepisów prawa procesowego, które miało istotny wpływ na wynik sprawy, to jest:

(-) art. 233 § 1 k.p.c. przez dokonanie dowolnej, a nie swobodnej oceny dowodów poprzez pominięcie okoliczności istotnych dla rozpatrzenia sprawy, w tym: zaniechanie ustalenia proporcji obrotów osiągniętych przez wnioskodawcę w Polsce oraz w kraju delegowania pracownika, podczas gdy proporcja ta stanowi okoliczność istotną dla ustalenia wysokości obrotu wnioskodawcy na terenie Polski; oraz zaniechanie przeprowadzenia „pogłębionej analizy” stanu sprawy wymaganej przez Praktyczny poradnik w sytuacji braku osiągnięcia w państwie delegującym ok. 25% obrotów;

(-) 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.

Wnosząc o przyjęcie skargi kasacyjnej do rozpoznania skarżący wskazał na potrzebę wykładni przepisów prawnych budzących poważne wątpliwości oraz wywołujących rozbieżności w orzecznictwie sądów w przedmiocie interpretacji pojęcia „prowadzenie znaczącej części działalności gospodarczej na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę” i wskazania przesłanek koniecznych do spełnienia tego wymogu, a w szczególności odpowiedzi na pytania: 1) czy wymóg ten zostaje spełniony przez przedsiębiorcę, który osiągnął obroty na terenie kraju macierzystego poniżej 25% i jednocześnie spełnia pozostałe przesłanki; 2) czy wymóg osiągnięcia obrotów minimum 25 % na terenie kraju macierzystego jest jedynym kryterium warunkującym uzyskanie przez wnioskodawcę statusu „prowadzenia znaczącej części działalności gospodarczej na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę”; 3) czy procentowy udział obrotów osiągniętych w kraju macierzystym należy obliczać porównując obroty (stan zatrudnienia, ilość wykonywanych umów oraz liczebność personelu administracyjnego) kraju delegowanego do obrotów (i odpowiednio stanu zatrudnienia wykonywanych umów oraz liczebności personelu administracyjnego) osiągniętych w pozostałych krajach delegowania łącznie czy w odniesieniu do kraju

delegowania; 4) jakie okoliczności powinna obejmować „pogłębiona analiza” przewidziana w Praktycznym poradniku, a przede wszystkim czy analiza ta przy porównaniu obrotów osiągniętych przez przedsiębiorcę na terenie kraju jego siedziby i kraju delegowania powinna wziąć pod uwagę różnicę siły nabywczej pieniądza oraz wysokości wynagrodzeń występującą między tymi krajami; 5) czy ocena pozostałych poza obrotem przesłanek, od których prawo europejskie uzależnia możliwość uznania działalności prowadzonej na terenie danego kraju za znaczącą wchodzi w zakres wyżej wspomnianej „pogłębionej analizy” oraz; 6) czy Sąd rozpatrując sprawę wymagającą ustalenia prowadzenia znaczącej działalności na terenie Polski, w sytuacji, jeżeli obrót na terenie kraju nie przekracza 25% może zaniechać oceny pozostałych poza obrotem przesłanek, od których prawo europejskie uzależnia możliwość uznania działalności za znaczącą oraz dokonania dalej idącej „pogłębionej analizy” od sytuacji tegoż przedsiębiorcy.

Skarżący odnotował, że przedmiotowa kwestia została podjęta przez Sąd Najwyższy w wyroku z 18 listopada 2015 r. (sygn. akt II UK 100/14), który wydany został w powiększonym siedmioosobowym składzie w sprawie o stanie faktycznym zbieżnym ze sprawą, której dotyczy niniejsza kasacja. Jednocześnie wskazał, że wyroki wydane przez Sąd Okręgowy we Wrocławiu, Wydział VIII Ubezpieczeń Społecznych dla przykładu wyrok z 30 listopada 2015 r., sygn. akt VIII U 4931/13 oraz z 26 stycznia 2016 r., sygn. akt VIII U 26/15 oraz Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu, Wydział III Pracy i Ubezpieczeń - dla przykładu z 16 grudnia 2015 r., sygn. akt III AUa 2086/15, z 14 stycznia 2016 r., sygn. akt III AUa 991/15, z 19 stycznia 2016 r., sygn. akt III AUa 1075/15, z 21 stycznia 2016 r., sygn. akt III AUa 1182/15, z 28 stycznia 2016 r., sygn. akt III AUa 1243/15, po ukazaniu się wyżej wspomnianego orzeczenia Sądu Najwyższego z 18 listopada 2015 r. wskazują jednoznacznie, że sądy te wciąż stoją na stanowisku, że decydujące znaczenie przy ocenie, czy wnioskodawca prowadzi normalną działalność w Polsce jest osiągnięcie 25% obrotu w miejscu, gdzie znajduje się siedziba przedsiębiorstwa delegującego, a także nie jest jasne, jakie okoliczności oraz w jaki sposób powinny być zbadane w celu ustalenia, czy prowadzona przez wnioskodawcę w Polsce działalność ma charakter „normalnej” w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia zasadniczego w związku z art. 14 ust. 1 i 2 rozporządzenia wykonawczego.

Wątpliwość budzi, zdaniem skarżącego, jak powinna być dokonywana przez Sąd analiza w sytuacji, w której obroty osiągane przez przedsiębiorstwo w państwie, w którym ma swoją siedzibę, wynoszą mniej niż 25%, przy jednoczesnym spełnianiu pozostałych kryteriów przewidzianych przez przepisy prawa europejskiego.

Organ rentowy w odpowiedzi na skargę kasacyjną wniósł o jej oddalenie i zasądzenie od wnioskodawcy na rzecz organu rentowego kosztów zastępstwa procesowego według norm prawem przepisanych.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna zasługuje na uwzględnienie.

Materialnoprawna podstawa zaskarżonej decyzji i orzeczeń sądowych zapadłych w tej sprawie stanowiła przedmiot analizy Sądu Najwyższego w wyroku składu siedmiu sędziów z dnia 18 listopada 2015 r., sygn. akt II UK 100/14 (OSNP 2016 nr 7, poz. 88), na co słusznie zwrócił uwagę skarżący. Sąd Najwyższy w obecnym składzie podziela stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w tym wyroku co do wykładni 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 2004 r., s. 1, dalej *rozporządzenie nr 883/2004*) oraz 14 ust. 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r. dotyczącego wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego nr 987/2009 (Dz.Urz. UE L 284 z 2009 r., s. 1, dalej *rozporządzenie nr 987/2009*).

Sąd Najwyższy w wspomnianym wyżej wyroku wskazał, że zgodnie z art. 12 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004, osoba, która wykonuje działalność jako pracownik najemny w państwie członkowskim w imieniu pracodawcy, który normalnie prowadzi tam swą działalność, a która jest delegowana przez tego pracodawcę do innego państwa członkowskiego do wykonywania pracy w imieniu tego pracodawcy, nadal podlega ustawodawstwu pierwszego państwa członkowskiego, pod warunkiem że przewidywany czas takiej pracy nie przekracza 24 miesięcy i że osoba ta nie jest wysłana, by zastąpić inną

delegowaną osobę. Przepis ten wprowadza wyjątek od zasady, że pracownik podlega ustawodawstwu państwa, w którym wykonuje pracę (*lex loci laboris*), przyjętej w art. 11 ust. 3 lit. a rozporządzenia nr 883/2004. Przepisem wykonawczym do art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 jest art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009, który stanowi, że dla celów stosowania art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 przez sformułowanie „który normalnie tam 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”. Zasadnicze znaczenie ma więc wyjaśnienie pojęcia „normalnie prowadzi działalności” (art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004) i wyjaśniającego je określenia „prowadzenie przez pracodawcę zazwyczaj znacznej części działalności, innej niż działalność związana z samym zarządzeniem wewnętrznym, na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma on swoją siedzibę” (art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009).

Sąd Najwyższy wyjaśnił dalej, że z przywołanych wyżej przepisów wynika, że przy ocenie, czy pracodawca prowadzi normalnie swą 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. Sąd podkreślił, że powyższy kierunek wykładni znajduje odzwierciedlenie w Decyzji A2 Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego. Akt ten nie ma charakteru źródła prawa Unii Europejskiej w rozumieniu traktatowym, lecz jest aktem informacyjno-pomocniczym, wydanym przez Komisję Administracyjną na podstawie

art. 72 lit. a i b rozporządzenia nr 883/2004 w ramach jej zadań dotyczących wykładni i usprawniania jednolitego stosowania prawa Unii Europejskiej. W Decyzji wskazuje się, że decydującym warunkiem dla zastosowania art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 jest istnienie więzi między pracodawcą a państwem członkowskim, w którym ma on swoją siedzibę. Możliwość skorzystania z wyjątku ustanowionego w art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 powinna zatem ograniczać się wyłącznie do przedsiębiorstw, które normalnie prowadzą swą działalność na terytorium państwa członkowskiego, w którym mają siedzibę i z którego delegują pracownika do pracy w innym państwie członkowskim. W celu ustalenia, w razie potrzeby i w razie wątpliwości, czy pracodawca zazwyczaj prowadzi znaczną część działalności na terytorium tego państwa członkowskiego, instytucja właściwa w tym państwie zobowiązana jest zbadać wszystkie kryteria charakteryzujące działalność prowadzoną przez tego pracodawcę, w tym miejsce, w którym przedsiębiorstwo ma swą zarejestrowaną siedzibę i administrację, liczebność personelu administracyjnego pracującego w państwie członkowskim, w którym pracodawca ma siedzibę, oraz w drugim państwie członkowskim, miejsce, w którym rekrutowani są pracownicy delegowani, i miejsce, w którym zawierana jest większość umów z klientami, prawo mające zastosowanie do umów zawartych przez przedsiębiorstwo z jednej strony z pracownikami i z drugiej strony z klientami, obroty w odpowiednio typowym okresie w każdym z państw członkowskich, których rzecz dotyczy, oraz liczbę umów wykonanych w państwie wysyłającym. W przedmiotowej Decyzji podkreśla się też, że „wykaz ten nie jest wyczerpujący, ponieważ kryteria powinny być dostosowane do każdego konkretnego przypadku i powinny uwzględniać charakter działalności prowadzonej przez przedsiębiorstwo w państwie, w którym ma ono siedzibę”. Podobnie zagadnienie to zostało wyjaśnione w publikacji Komisji Europejskiej pt. „Praktyczny poradnik: Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej (UE), Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) i w Szwajcarii”. Praktyczny poradnik nie ma waloru wiążącego, niemniej wskazuje na pewną unijną praktykę wykładni art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009 i z tego względu nie może być pomijany w procesie stosowania prawa, choćby ze względu na zasadę solidarności państw członkowskich. W Praktycznym poradniku stwierdza się, że fakt prowadzenia

znacznej części działalności w państwie delegującym można sprawdzić poprzez szereg obiektywnych czynników, przy czym następujące czynniki są szczególnie istotne: (-) miejsce, w którym delegujące przedsiębiorstwo ma swą zarejestrowaną siedzibę i administrację; (-) liczebność personelu administracyjnego delegującego przedsiębiorstwa pracującego w państwie delegującym i w państwie zatrudnienia, przy czym obecność wyłącznie personelu administracyjnego w państwie delegującym wyklucza możliwość zastosowania do tego przedsiębiorstwa przepisów dotyczących delegowania; (-) miejsce, w którym rekrutowani są pracownicy delegowani; (-) miejsce, w którym zawierana jest większość umów z klientami; (-) prawo mające zastosowanie do umów zawartych przez delegujące przedsiębiorstwo z pracownikami i z klientami; (-) liczba umów wykonanych w państwie delegującym i w państwie zatrudnienia; (-) obroty osiągnięte 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. 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 może również być uwzględnienie innych kryteriów odpowiednich do określonych cech przedsiębiorstwa i rzeczywistego charakteru działalności przedsiębiorstwa w państwie, w którym ma ono siedzibę.

Należy zauważyć, że tylko w Praktycznym poradniku pojawia się kryterium 25% całkowitego obrotu w państwie delegującym. Sformułowanie wskaźnika uzyskiwania w państwie członkowskim, w którym przedsiębiorstwo delegujące ma siedzibę, co najmniej 25% obrotu nie znajduje oparcia ani w treści rozporządzenia nr 883/2004, ani rozporządzenia nr 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, które miałyby być decydujące przy ocenie, czy dane przedsiębiorstwo delegujące prowadzi znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma siedzibę nie ma uzasadnienia.

Kryterium 25% nie znajduje również oparcia w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości (por. wyrok 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); wyrok z dnia 17 grudnia 1970 r. w sprawie 35/70 *Sarl Manpower przeciwko Caisse Primaire d' Assurance Maladie*, ECR 1970, s. 01251; oraz wyrok z dnia 9 listopada 2000 r. w sprawie C-404/98 *Josef Plum przeciwko Allgemeine Ortskrankenkasse Rheinland, Regionaldirektion Köln*, ECR 2000, s. I 09397).

Sąd Najwyższy stwierdził, że uzyskiwanie 25% całkowitego obrotu w państwie siedziby przedsiębiorstwa delegującego stanowi wyłącznie sugestię interpretacyjną, że osiągnięcie tego poziomu może uzasadniać przyjęcie faktycznego domniemania, że przedsiębiorstwo prowadzi normalną działalność, z jednoczesną sugestią, że jego nieosiągnięcie wymaga bardziej pogłębionej analizy pozostałych kryteriów.

Podsumowując, w celu ustalenia, czy przedsiębiorstwo prowadzi normalnie działalność (w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004), czy też znaczną część działalności innej niż zarządzanie wewnętrzne (art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009), w państwie członkowskim, w którym ma siedzibę i z którego deleguje pracowników należy uwzględniać wszystkie kryteria charakteryzujące jego działalność. Wybór kryteriów powinien być dostosowany do konkretnego wypadku. Ocena ta powinna mieć charakter całościowy, a zatem stanowić ogólny wniosek wynikający z rozważenia wszystkich przyjętych kryteriów. Kryterium obrotu nie ma decydującego lub szczególnego znaczenia, jednakże osiągnięcie obrotu w państwie siedziby przedsiębiorstwa delegującego w wysokości ok. 25% całych obrotów może prowadzić do wniosku, że prowadzi ono w tym państwie znaczną część działalności, a więc normalnie prowadzi tam działalność. Lista kryteriów, które zostały wymienione jedynie w aktach o charakterze interpretacyjnym nie ma charakteru wyczerpującego, lecz przykładowy. Oznacza to,

że organ rentowy, a następnie sąd kontrolujący w postępowaniu cywilnym prawidłowość decyzji organu rentowego, mogą i powinny 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.

Sąd Najwyższy podkreślił, że przedmiotowa ocena ma charakter ustalenia faktycznego i jeśli sąd rozważy, zachowując zasady postępowania cywilnego, wszystkie istotne w okolicznościach sprawy kryteria, to kasacyjny zarzut naruszenia przepisów prawa przez wydany w rezultacie takiej oceny wyrok nie będzie mógł być skutecznie postawiony. Ponadto, że w postępowaniu sądowym wywołanym odwołaniem od decyzji organu rentowego w przedmiocie ustalenia ustawodawstwa właściwego w zakresie zabezpieczenia społecznego dla pracownika delegowanego, sąd jest zobowiązany do skontrolowania, czy organ rentowy dobrał kryteria właściwe do specyfiki przedsiębiorstwa i czy zbadał te kryteria. W szczególności, jeżeli organ rentowy lub sąd nie biorą pod uwagę niektórych kryteriów wskazanych w Decyzji A2, powinny wyjaśnić, jakie względy merytoryczne (np. nieadekwatność danego kryterium z punktu widzenia charakteru działalności pracodawcy) lub procesowe (np. brak stosowanych wniosków dowodowych) są tego przyczyną.

Sąd Najwyższy w składzie rozpatrującym tę sprawę podziela przedstawione wyżej stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z dnia 18 listopada 2015 r., potwierdzone w kolejnych wyrokach Sądu Najwyższego (por. wyroki SN z 5 października 2016 r., w sprawach II UK 191/15, niepubl. oraz II UK 229/15, LEX nr 2155192), oraz wskazany tam sposób postępowania w sprawach z odwołania od decyzji organu rentowego w przedmiocie ustalenia ustawodawstwa właściwego z zakresu zabezpieczenia społecznego dla pracownika delegowanego.

Uwzględniając powyższe, Sąd Najwyższy w obecnym składzie za błędne uznaje stanowisko Sądu Apelacyjnego przyjęte w zaskarżonym wyroku, zgodnie z którym przedsiębiorstwo delegujące osiągające w państwa swojej siedziby, z którego deleguje pracowników, obrót niższy niż 25% całkowitego obrotu nie

proceeds normally in this country. As follows from the judgment of the Supreme Court of 18 November 2015 in cases concerning the determination of the competent authority in the field of social security for an employee seconded, the assessment of whether the company seconding normally proceeds in the country, in which it has its seat and from which it seconded employees, in the event of doubt, requires a comprehensive assessment taking into account all criteria characterizing the activity of the company seconding. In this case, the need for a comprehensive assessment arose, in view of the finding, that the applicant did not achieve in the country, in which it has its seat and from which it seconded employees, turnover amounting to at least 25% of the total turnover from the conducted activity. In such a finding of fact, the attribution by the Appellate Court in the contested judgment of the significance of the size of the turnover achieved in the country in comparison with the total turnover from the conducted activity, as a ground for cassation, is justified.

On the basis of the above grounds, on the basis of art. 398<sup>15</sup> § 1 k.p.c., the Court ruled as in the sentence.

The decision on costs of the proceedings was issued on the basis of art. 108 § 2 k.p.c. in conjunction with art. 391 § 1 and art. 398<sup>21</sup> k.p.c.