



Sygn. akt II UK 349/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 7 czerwca 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Bohdan Bieniek (przewodniczący)

SSN Zbigniew Korzeniowski

SSN Bogusław Cudowski (sprawozdawca)

w sprawie z wniosku W. Sp. z o.o. w W.
przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddział w W.
przy udziale zainteresowanych: W. R., E. R., M. K.
o wydanie zaświadczenia na formularzu A1,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń
Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 7 czerwca 2017 r.,
skargi kasacyjnej wnioskodawcy od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)
z dnia 17 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 20 marca 2015 r. oddalił odwołanie
wnioskodawcy od decyzji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w W. z 10

maja 2013 r., którymi organ rentowy odmówił wydania wnioskodawcy zaświadczenia dotyczącego ustawodawstwa właściwego potwierdzającego, że: - zainteresowany E. R. w okresie wykonywania pracy na terytorium Francji od 11 lutego 2013 r. do 28 lutego 2013 r.; - zainteresowany W. R. w okresie wykonywania pracy na terytorium Francji od 31 stycznia 2013 r. do 1 marca 2013 r.; - zainteresowany M. K. w okresie wykonywania pracy na terytorium Francji od 7 stycznia 2013 r. do 31 lipca 2013 r. - podlegali polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych.

Sąd ustalił, że wnioskodawca, posiadający siedzibę i prowadzący działalność w Polsce, zajmuje się wyszukiwaniem miejsc pracy i pozyskiwaniem pracowników, działalnością agencji pracy tymczasowej oraz pozostałą działalnością w zakresie udostępniania pracowników. Działa w branży budowlanej i produkcyjnej i współpracuje z przedsiębiorcami we Francji, a obecnie również w Niemczech, delegując im określoną liczbę pracowników. Okresy zatrudnienia pracowników za granicą wskazują poszczególni przedsiębiorcy, są to umowy na tydzień lub dwa tygodnie, a w większości przypadków na 6-8 miesięcy. Administracja wnioskodawcy, a także kadry, księgowość i marketing prowadzone są w Polsce. Średnie obroty Spółki w 2013 r. (z ostatnich 12 miesięcy) z tytułu działalności prowadzonej poza granicami kraju wynoszą około 78-84%, zaś z tytułu działalności w kraju około 22-16%. Natomiast sprzedaż na terenie Polski zgodnie z deklaracjami podatku od towarów i usług VAT wyniosła 9,4%. W dniu 7 lutego 2013 r. zainteresowany E. R., zamieszkały na stałe w Polsce, zawarł z wnioskodawcą umowę o pracę na czas określony od dnia 11 lutego 2013 r. do dnia 28 lutego 2013 r. W ramach umowy o pracę zainteresowany wykonywał w pełnym wymiarze czasu pracy obowiązki ogrodnika pod kierownictwem G. S.A.R.L. na terenie Francji. Wynagrodzenie określone zostało na 460 euro brutto miesięcznie. Zainteresowany w okresie od 12 stycznia 2013 r. do 10 lutego 2013 r. był nieprzerwanie zgłoszony do ustawodawstwa polskiego w zakresie ubezpieczeń społecznych. W dniu 25 stycznia 2013 r. zainteresowany W. R., zamieszkały na stałe w Polsce, zawarł z wnioskodawcą umowę o pracę na czas określony od 31 stycznia 2013 r. do 1 marca 2013 r. W ramach umowy o pracę zainteresowany wykonywał w pełnym wymiarze czasu pracy obowiązki malarza pod kierownictwem M. S.A.R.L. na

terenie Francji. Wynagrodzenie określone zostało na 45 euro dziennie. Zainteresowany w okresie od 1 stycznia 2013 r. do 30 stycznia 2013 r. był nieprzerwanie zgłoszony do ustawodawstwa polskiego w zakresie ubezpieczeń społecznych. W dniu 4 stycznia 2013 r. zainteresowany M. K., zamieszkały na stałe w Polsce, zawarł z wnioskodawcą umowę o pracę na czas określony od 7 stycznia 2013 r. do 31 lipca 2013 r. W ramach umowy o pracę zainteresowany wykonywał w pełnym wymiarze czasu pracy obowiązki malarza pod kierownictwem firmy M. na terenie Francji. Wynagrodzenie określone zostało na 45 euro dziennie. Zainteresowany w okresie od 8 grudnia 2012 r. do 6 stycznia 2013 r. był nieprzerwanie zgłoszony do ustawodawstwa polskiego w zakresie ubezpieczeń społecznych. Sąd Okręgowy uznał odwołanie za nieuzasadnione, wskazując, że nie zostały spełnione przesłanki do ustalenia ustawodawstwa polskiego jako właściwego dla okresu pracy zainteresowanego we Francji w spornym okresie, a tym samym do wystawienia stosownego zaświadczenia A1 w tym zakresie.

Wyrok Sądu Okręgowego odwołująca się zaskarżyła w całości. Zarzucono naruszenie art. 12 ust. 1 rozporządzenia Nr 883/2004 w zw. z art. 14 ust. 2 rozporządzenia Nr 987/2009, przez błędną wykładnię przesłanek określonych w art. 14 ust. 2 rozporządzenia Nr 987/2009, czego konsekwencją było przyjęcie, że wnioskodawca nie prowadził w spornych okresach normalnej działalności na terenie Polski a zainteresowany nie podlegał polskiemu ustawodawstwu w zakresie zabezpieczenia społecznego, jak również naruszenie decyzji A2 Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego z dnia 12 czerwca 2009 r. dotyczącej interpretacji art. 12 rozporządzenia Nr 883/2004 poprzez jego błędną wykładnię w wyniku przyjęcia, iż wysokość osiągniętego obrotu stanowi kryterium decydujące do uznania, czy wnioskodawca prowadził w spornym okresie normalną działalność w Polsce. Ponadto, 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 w (...) wyrokiem z 17 grudnia 2015 r. oddalił apelację wnioskodawcy (pkt 1), rozstrzygając o kosztach zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym (pkt 2). Sąd wskazał, że o podleganiu właściwemu

systemowi zabezpieczenia społecznego pracowników tymczasowych zatrudnionych wyłącznie w celu oddelegowania do pracy w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej, oprócz formalnych więzi pozostawania w stosunku pracy pomiędzy pracownikiem i przedsiębiorstwem wysyłającym oraz przynależności do porządku prawa pracy państwa delegującego w zakresie zawierania umów o pracę, podejmowania decyzji w przedmiocie rodzaju pracy, wynagradzania za jej wykonywanie i zwalniania pracowników, przesądza prowadzenie przez agencję pracy tymczasowej także zwykłej (normalnej) działalności godnej odnotowania w państwie wysyłającym, w którym ma zarejestrowaną siedzibę (tak też wyroki Sądu Najwyższego: z 5 maja 2010 r., II UK 319/09, LEX nr 604217; z 5 maja 2010 r., II UK 395/09, OSNP 2011 nr 21-22, poz. 277; z 11 maja 2010 r., II UK 389/09, LEX nr 863996). Sąd stwierdził dalej, że opracowany przez Komisję Administracyjną na podstawie Decyzji „Praktyczny Poradnik: Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej, Europejskim Obszarze Gospodarczym i Szwajcarii” wskazuje, że obroty osiągnane przez delegujące przedsiębiorstwo w państwie zatrudnienia w odpowiednim okresie powinny wynosić co najmniej 25%, zaś przypadki, kiedy obrót jest niższy wymagają pogłębionej analizy. Nie oznacza to zniesienia zastrzeżonego poziomu obrotu, ale wymaga by odstępstwo stanowiło wyjątek oparty na racjonalnej podstawie poprzedzonej dokładną analizą. Ilość umów i kontraktów nie zastępuje obrotu, który stanowi pochodną ich realizacji - tak wyrok Sądu Najwyższego z 4 czerwca 2014 r., sygn. akt II UK 550/13. Sąd Apelacyjny podzielił pogląd przedstawiony w cytowanym wyroku, a mianowicie że w przypadku agencji pracy tymczasowej, która pośredniczy jedynie w zatrudnieniu, próg obrotu na poziomie 25%, odnoszący się także do zwykłych, tym bardziej powinien być uzasadniony. Oznacza to, że agencja pracy tymczasowej, która deleguje zatrudnianych pracowników do pracy za granicą, może być uznana za pracodawcę zazwyczaj prowadzącego znaczną część swojej działalności, innej niż związana z samym zarządzaniem wewnętrznym, na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swą siedzibę, w rozumieniu przepisów rozporządzeń Parlamentu Europejskiego i Rady Nr 883/2004 (art. 12 ust.1) i Nr 987/2009 (art. 14 ust. 2), jeżeli osiąga w kraju delegowania wymagany obrót z prowadzonej działalności na poziomie 25% całego jej obrotu, a każde w tym zakresie odstępstwo

wymaga pogłębionej analizy. Sąd Apelacyjny podkreślił, że odpowiednie warunki muszą zostać spełnione po stronie pracodawcy oraz pracownika. Pracę uważa się za wykonywaną na rzecz pracodawcy państwa wysyłającego, jeżeli ustalono, że praca ta jest wykonywana dla tego pracodawcy, oraz że wciąż istnieje bezpośredni związek między pracownikiem a pracodawcą, który go oddelegował. Z kolei w celu ustalenia, czy taki bezpośredni związek wciąż istnieje, a zatem dla przyjęcia, że pracownik nadal podlega pracodawcy, który go oddelegował, należy uwzględnić szereg elementów, w tym odpowiedzialność za rekrutację, umowę o pracę, wynagrodzenie (niezależnie od ewentualnych umów między pracodawcą w państwie wysyłającym a przedsiębiorstwem w państwie zatrudnienia, dotyczących wynagradzania pracowników) i zwalnianie oraz prawo do określania charakteru pracy. Skoro jednak rolą agencji pracy tymczasowej jest udostępnienie pracownika pracodawcy użytkownikowi, samo podporządkowanie pracownika w procesie wykonywania pracy temu pracodawcy nie może przesądzać o utracie bezpośredniego związku między agencją pracy tymczasowej a jej pracownikiem. Poza istnieniem więzi pracowniczej wymaga się więc, aby przedsiębiorstwo delegujące „zwykłe” prowadziło działalność na terenie państwa, z którego pracownik został oddelegowany. Sąd drugiej instancji podzielił stanowisko Sądu Okręgowego, że w tej sprawie przedstawione wyżej warunki nie zostały spełnione. Ocena ta, zdaniem Sądu Apelacyjnego, znajduje uzasadnienie w treści najnowszych orzeczeń Sądu Najwyższego, wydanych w sprawach odwołującej się, a opartych na prawie identycznych stanach faktycznych, w tym m.in. w sprawie o sygn. akt II UK 550/13 oraz II UK 565/13, wyroki z 4 czerwca 2014 r. Wskazał, że z ustaleń faktycznych dokonanych przez Sąd pierwszej instancji wynika, 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 delegowaniem utrzymywał się na poziomie ok. 12% obrotów całkowitych. Dodatkowo istniała znaczna dysproporcja w zakresie dotyczącym osób zatrudnionych w kraju do tych pracujących za granicą oraz w realizowaniu kontraktów. Co więcej, że wnioskodawca 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, a działalność Spółki na terenie Polski ogranicza się w zasadzie tylko do zarządzenia wewnętrznego i prowadzenia czynności administracyjnych. Według Sądu zainteresowani byli de facto pracownikiem pracodawcy francuskiego i na jego rzecz świadczył pracę. Nie można w tym wypadku stwierdzić, aby pomiędzy stroną odwołującą się a zainteresowanymi w sprawie istniała bezpośrednia więź, albowiem wnioskodawca 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 wnioskodawca prowadzi w kraju znaczną część działalności. Zdaniem Sądu Apelacyjnego 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 Apelacyjny podkreślił, że stwierdzenie, że Spółka nie osiągnęła w spornych okresach w Polsce minimum 25% obrotu z całej prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej uniemożliwia uznanie, że zainteresowany oddelegowany do pracy we Francji podlega z tego tytułu 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. w spornych okresach nie prowadziła normalnej działalności na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, czego następstwem było przyjęcie, że zainteresowani nie podlegali 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 osiąganych przez wnioskodawcę w Polsce oraz w kraju delegowania pracownika, podczas gdy proporcja ta stanowi okoliczność istotną dla ustalenia wysokości obrotu wnioskodawcy na terenie Polski; 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 osiąganych 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 w W., 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 Sadu 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 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. 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 wewnętrzną (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 podzielił 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 państwie swojej siedziby, z którego deleguje pracowników, obrót niższy niż 25% całkowitego obrotu nie prowadzi normalnie działalności w tym państwie. Jak wynika z wyroku Sądu Najwyższego z 18 listopada 2015 r. w sprawach o ustalenie ustawodawstwa właściwego w zakresie zabezpieczenia społecznego dla pracownika delegowanego, ocena czy przedsiębiorstwo delegujące normalnie prowadzi działalności w państwie, w którym ma swoją siedzibę i z którego deleguje pracowników, w razie potrzeby i wątpliwości, wymaga dokonana całościowej oceny uwzględniającej wszystkie kryteria charakteryzujące działalność przedsiębiorstwa delegującego. W tej sprawie taka potrzeba całościowej oceny powstała, wobec ustalenia, że wnioskodawca nie osiągnął w państwie, w którym ma swoją siedzibę i z którego deleguje pracowników, obrotu wynoszącego co najmniej 25% całkowitego obrotu z prowadzonej działalności. Przy takim ustaleniu faktycznym, przypisanie przez Sąd Apelacyjny w zaskarżonym wyroku znaczenia wyłącznie wielkości obrotu osiąganego w kraju w porównaniu do całkowitego obrotu z prowadzonej działalności, czyni skargę kasacyjną uzasadnioną.

Z powyższych powodów, na podstawie art. 398¹⁵ § 1 k.p.c., Sąd orzekł jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie w sprawie kosztów postępowania wydano na podstawie art. 108 § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 oraz art. 398²¹ k.p.c.