



Sygn. akt II UK 386/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 czerwca 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jerzy Kuźniar (przewodniczący)
SSN Romualda Spyt (sprawozdawca)
SSN Andrzej Wróbel

w sprawie z wniosku W. Sp. z o.o. z siedzibą w W.
przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddziałowi w W.
z udziałem zainteresowanego R. Ż.
o wydanie zaświadczenia A1,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń
Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 14 czerwca 2017 r.,
skargi kasacyjnej wnioskodawcy od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)
z dnia 3 grudnia 2015 r., sygn. akt III AUa (...),

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

UZASADNIENIE

Sąd Apelacyjny w (...) wyrokiem z dnia 3 grudnia 2015 r. oddalił apelację W.
Spółki z o.o. w W. od wyroku Sądu Okręgowego w W. z dnia 10 kwietnia 2015 r.,

którym oddalono odwołanie tej Spółki od decyzji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddziału w W. z dnia 8 lipca 2013 r., odmawiającej Spółce wydania zaświadczenia A1 potwierdzającego podleganie jej pracownika tymczasowego - R. Ż. polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych w okresie wykonywania pracy na rzecz pracodawcy użytkownika w Niemczech - od 24 września 2012 r. do 21 grudnia 2012 r.

Sąd Apelacyjny w motywach orzeczenia wskazał, że na podstawie przepisów rozporządzenia Parlamentu 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., dalej rozporządzenie podstawowe) oraz rozporządzenia Parlamentu i Rady (WE) z dnia 16 września 2009 r. nr 987/2009 dotyczącego wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/2004 (Dz.Urz. UE L 284 z 30 października 2009 r., dalej rozporządzenie wykonawcze) płatnik składek powinien osiągnąć obroty na poziomie co najmniej 25%, by zostać uznanym za pracodawcę zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę z działalności krajowej w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia podstawowego oraz art. 14 ust. 1 rozporządzenia wykonawczego, a w konsekwencji móc zgłosić pracowników do ubezpieczenia w polskim systemie. Sąd Apelacyjny przywołał w tym kontekście wyrok Sądu Najwyższego w sprawie odwołującej się Spółki W. Sp. z o.o., z dnia 4 czerwca 2014 r., II UK 550/13 i II UK 556/13, a także orzecznictwo ETS, w tym wyrok z 10 lutego 2000 r., C-202/97, ECR 2000/2/I-00883 w sprawie Fitzwilliam.

Sąd drugiej instancji stwierdził, że z ustaleń faktycznych dokonanych przez Sąd pierwszej instancji wynika, że zainteresowany był zatrudniony wyłącznie w celu wykonywania pracy we Francji (powinno być w Niemczech), a spółka W. w spornych okresach na terenie Polski osiągała zaledwie 16-19% swoich dochodów. Dodatkowo istniała także znaczna dysproporcja w zakresie dotyczącym osób zatrudnionych w kraju do tych pracujących za granicą oraz w realizowaniu kontraktów, znaczna ich część była zatrudniona za granicą. Co więcej, z ustaleń Sądu pierwszej instancji wynika też, 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. Zainteresowany nie wykonywał bezpośrednio pracy na rzecz Spółki. Nie można w tym wypadku stwierdzić, aby pomiędzy stroną odwołującą się a zainteresowanym w sprawie istniała bezpośrednia więź, albowiem Spółka przez okres delegowania pracowników do Francji nie miała wpływu ani na przebieg, ani na warunki ich zatrudnienia. Zdaniem Sądu, decydujące znaczenie ma generowanie co najmniej 25% obrotu w miejscu, gdzie znajduje się siedziba przedsiębiorstwa delegującego.

W skardze kasacyjnej wnioskodawca W. Sp. z o.o. zarzuciła naruszenie przepisów prawa materialnego: art. 11 ust. 2 lit. a i art. 12 ust. 1 rozporządzenia podstawowego oraz art. 14 ust. 1 i 2 i art. 19 ust. 2 rozporządzenia wykonawczego, a także ust. 1 akapitu 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, przez ich błędną wykładnię i zastosowanie, w wyniku czego niezasadnie przyjęto, że W. Sp. z o.o. w spornym okresie, od 24 września 2012 r. do 21 grudnia 2012 r., nie prowadziła normalnej działalności na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, czego następstwem było przyjęcie, że zainteresowany nie podlegał ustawodawstwu polskiemu w zakresie ubezpieczeń społecznych, a także naruszenie przepisów prawa procesowego, które miało istotny wpływ na wynik sprawy: art. 233 § 1 k.p.c., przez dokonanie dowolnej, a nie swobodnej oceny dowodów przez pominięcie okoliczności istotnych dla rozpatrzenia sprawy i 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.

W odpowiedzi na skargę organ rentowy wniósł o wydanie postanowienia o odmowie przyjęcia jej do rozpoznania, ewentualnie o jej oddalenie i zasądzenie na swoją rzecz kosztów postępowania kasacyjnego.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna jest uzasadniona. Wielokrotnie Sąd Najwyższy w swoim

orzecznictwie wskazywał (por. między innymi wyrok z dnia 13 października 2016 r., II UK 336/15, LEX nr 2169488), że podstawowym łącznikiem wskazującym właściwe i wyłącznie stosowane prawo w zakresie ubezpieczeń społecznych jest miejsce wykonywania pracy (por. art. 11 ust. 2 lit. a rozporządzenia (WE) nr 883/2004, czyli *lex loci laboris*). Wyjątek - podleganie nadal polskiemu ubezpieczeniu społecznemu obywatela polskiego zatrudnionego za granicą - stosuje się w wypadku krótkotrwałego wysłania przez polskiego pracodawcę (mającego w Polsce siedzibę lub przedstawicielstwo) w ramach istniejącej umowy o pracę lub jego oddelegowania do pracy na rzecz podmiotu powiązanego z pracodawcą polskim. Stosownie do art. 12 rozporządzenia podstawowego oraz art. 14 ust. 1 rozporządzenia wykonawczego, osoba wykonująca działalność jako pracownik najemny w państwie członkowskim w imieniu pracodawcy prowadzącego normalnie tam swą działalność, która jest delegowana przez tego pracodawcę do innego państwa członkowskiego w celu 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 po to, by zastąpić inną osobę.

Ustalenie, czy pracodawca, który deleguje pracowników do pracy w innych państwach członkowskich Unii Europejskiej prowadzi normalną działalność w Polsce w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia podstawowego, wymaga oceny z uwzględnieniem wszystkich kryteriów charakteryzujących prowadzenie zazwyczaj znacznej działalności w Polsce, przy czym konieczne jest ich dopasowanie do specyficznych cech tego pracodawcy i do rzeczywistego charakteru prowadzonej przez niego działalności (art. 14 ust. 2 rozporządzenia wykonawczego). Wskazówki dotyczące tych kryteriów zostały zawarte w decyzji nr A2. Wskazano w niej miejsce, w którym przedsiębiorstwo ma swą zarejestrowaną siedzibę i administrację, liczebność personelu administracyjnego pracującego w państwie tej siedziby oraz w drugim państwie członkowskim, miejsce, w którym rekrutowani są pracownicy delegowani, i miejsce, w którym zawierana jest większość umów z klientami, prawo mające zastosowanie do umów zawartych przez przedsiębiorstwo z jednej strony z pracownikami i z drugiej strony z klientami, obroty w odpowiednio typowym okresie w każdym z państw członkowskich, których rzecz dotyczy, oraz liczbę

umów wykonanych w państwie wysyłającym. Katalog ten jest otwarty i niewiążący w tym sensie, że na instytucji właściwej ciąży obowiązek poprawnego zastosowania kryteriów przez dokonanie prawidłowego ich doboru do charakteru działalności prowadzonej przez przedsiębiorstwo w państwie, w którym ma ono siedzibę.

Sąd Najwyższy w obecnym składzie podziela pogląd wyrażony w wyroku z dnia 30 marca 2017 r., II UK 105/16 (LEX nr 2278311), że należy rozważyć specyfikę działania agencji pracy tymczasowej, którą - stosownie do art. 3 dyrektywy nr 96/71/WE - jest każda osoba fizyczna lub prawna, zawierająca zgodnie z prawem krajowym umowy o pracę lub nawiązująca stosunek pracy z pracownikami tymczasowymi w celu skierowania ich do przedsiębiorstw użytkowników, aby tam wykonywali tymczasowo pracę pod nadzorem i kierownictwem tych przedsiębiorstw. Na podstawie art. 18 ust. 1 pkt 4 i pkt 2 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (jednolity tekst: Dz.U. z 2015 r., poz. 149) działalność agencji pracy tymczasowej jest działalnością regulowaną w rozumieniu ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (jednolity tekst: Dz.U. z 2016 r., poz. 1829) i wymaga wpisu do rejestru podmiotów prowadzących agencje zatrudnienia. Charakter działalności przedsiębiorcy prowadzącego agencję pracy tymczasowej polega na pośredniczeniu między poszukującymi pracowników i pracownikami poszukującymi pracy (por. art. 1 ustawy z dnia 9 lipca 2003 r. o zatrudnianiu pracowników tymczasowych; jednolity tekst: Dz.U. z 2016 r., poz. 360; oraz art. 18 ust. 1 pkt 4 ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy). Jeżeli agencja pracy tymczasowej zarejestrowana w Polsce prowadzi taką działalność przez wysyłanie pracowników zatrudnionych w Polsce do innego kraju Unii, w którym ich praca jest wykorzystywana tam przez pracodawców użytkowników, to obowiązuje ją także art. 67¹ § 2 pkt 3 k.p. (por. dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 96/71/WE z dnia 16 grudnia 1996 r. w sprawie delegowania pracowników w ramach świadczenia usług; Dz.Urz. WE L 18 z 21 marca 1997 r., s. 1) w związku z art. 3 pkt 19 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o zmianie i uchyleniu niektórych ustaw w związku z uzyskaniem przez Rzeczpospolitą członkostwa w Unii Europejskiej, Dz.U. z 2004 r. Nr 96, poz. 959).

Działanie przedsiębiorcy, polegające na wyszukaniu siły roboczej w jednym

państwie, a następnie „sprzedaży” tej pracy podmiotowi w innym państwie, jest w swej istocie działaniem transgranicznym; rozkłada się na co najmniej dwa państwa, w których zwykle agencja pracy tymczasowej prawie równolegle wykonuje przypisane jej czynności w celu realizacji trójstronnego stosunku prawnego powstającego w związku z zawieraniem umów o pracę tymczasową. Innymi słowy, zarówno w państwie, w którym agencja pracy tymczasowej pozyskuje i zatrudnia pracowników, jak i w państwie, w którym zawiera umowy z pracodawcami użytkownikami oraz przekazuje swych pracowników, by wykonywali pracę na ich rzecz, wykonuje normalnie przypisane jej czynności. Ze względu na współzależność końcowego sukcesu od aktywności w każdym z państw nie można scharakteryzować działania związanego z realizacją takiego przedsięwzięcia w żadnym nich jako „nieznacznego”.

Względem przedsiębiorcy, którego działalność składa się w istotnej mierze z tego typu działań, nieznaczność aktywności w danym państwie można stwierdzić, jeżeli poszukiwanie w tym państwie pracowników lub współpraca z partnerami, którzy takiej pracy poszukują, ma charakter incydentalny w skali całości realizowanych kontraktów tego typu. Poszukując adekwatnych kryteriów badania zakresu działalności firmy oferującej scharakteryzowane powyżej usługi, należy stwierdzić, że porównywanie przychodu firmy w państwie delegującym oraz w państwie delegowania nie jest właściwe, gdyż istota wskazanego stosunku powoduje, iż przedsiębiorstwo w państwie, z którego deleguje pracownika, ponosi przede wszystkim koszty związane z zatrudnieniem, natomiast zyski z tego zatrudnienia czerpie od kontrahenta w państwie oddelegowania. Wskazany model prowadzenia przedsiębiorstwa bazuje na różnicy cenowej pracy w państwach członkowskich, co sprawia, że równoległe oferowanie wskazanej usługi na rynku krajowym i zagranicznym, przy zastosowaniu kryterium przychodowego, nie przedstawia działań przedsiębiorstwa w rzeczywistej skali.

Obrót agencji pracy tymczasowej, której przedmiot działania polega na wysyłaniu swych pracowników za granicę, w postaci globalnego przychodu ze sprzedaży dóbr i usług w określonym czasie, rozumiany jako wyznacznik skali działalności tego przedsiębiorstwa, wypracowywany jest w obydwu państwach, w państwie siedziby i w państwie wysłania, z tym tylko, że w państwie swej siedziby

agencja pracy tymczasowej zasadniczo nie osiąga zysku, głównie z przyczyny bezpłatności usługi pośrednictwa. Artykuł 19d i art. 85 ust. 2 pkt 7 ustawy o promocji zatrudnienia stanowi, że nie może pobierać kwot innych niż kwoty należne agencji zatrudnienia z tytułu faktycznie poniesionych kosztów związanych ze skierowaniem do pracy za granicą. W państwie, w którym zatrudnia pracowników, przedsiębiorstwo ma znaczne koszty administracyjne w związku z zawieraniem umów o pracę, prowadzeniem dokumentacji i wypełnianiem innych obowiązków pracodawcy, a przede wszystkim wypłacaniem wynagrodzeń pracownikom tymczasowym. Zysk osiągany jest w innym państwie, zatem fundusze na działalność w jednym państwie pochodzą z wykonania umów zawieranych z pracodawcami użytkownikami w drugim państwie, co potwierdza nieprzydatność sugerowanego przez skarżącego kryterium oceny prowadzenia przez agencję pracy tymczasowej normalnej działalności w państwie, w którym obrót nie jest niższy od 25% obrotu ogółem. Co więcej, restrykcyjne przyjęcie kryterium osiągania co najmniej 25% przychodu względem przedsiębiorstwa oferującego siłę roboczą z jednego państwa, w pięciu innych państwach, w równej skali przychodu (po 20%), oznaczałoby konieczność stwierdzenia, że przedsiębiorstwo nie prowadzi „znacznej działalności” w żadnym państwie.

O nieadekwatności kryterium przychodu w odniesieniu do takiego rodzaju działalności orzekł Sąd Najwyższy w składzie siedmiu sędziów w wyroku z dnia 18 listopada 2015 r., II UK 100/14 (OSNP 2016 nr 7, poz. 88), odmiennie od licznych wyroków Sądu Najwyższego, w których podłożem były decyzje Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddziału w W. w przedmiocie odmowy wydania Spółce zaświadczenia A1, potwierdzającego, że jej pracownicy w okresie wykonywania pracy na terytorium innych państw Unii podlegali polskiemu ubezpieczeniu społecznemu. Uległ modyfikacji wyrażony w tych wyrokach pogląd, że podmiot delegujący zatrudnianych pracowników do pracy za granicą nie może być co do zasady uznany za pracodawcę zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności w kraju, w którym ma swoją siedzibę, jeżeli w tym kraju osiąga obrót na poziomie 25% całego swego obrotu (por. np. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 6 sierpnia 2013 r., II UK 116/13, OSNP 2014 nr 5, poz. 73; z dnia 2 października 2013 r., II UK 170/13, OSNP 2014 nr 12, poz. 171; z dnia 4 czerwca 2014 r., II UK

550/13, LEX nr 1478710; z dnia 4 czerwca 2014 r., II UK 565/13, LEX nr 1475235; z dnia 6 sierpnia 2014 r., II UK 31/14, LEX nr 1738485; z dnia 14 października 2014 r., II UK 32/14, LEX nr 1545034; z dnia 18 listopada 2014 r., II UK 46/14, LEX nr 1621341). Właściwe wnioskowanie nakazuje stwierdzenie, że osiągnięcie obrotu na poziomie 25% może co najwyżej stwarzać domniemanie faktyczne, iż przedsiębiorca „normalnie prowadzi działalność” na terytorium państwa wysyłającego w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia podstawowego. Nieosiągnięcie tego obrotu wymaga natomiast analizy okoliczności określonej sprawy przy uwzględnieniu pozostałych kryteriów.

Trafny jest także argument skarżącej, że posługując się kryterium obrotu, należy brać pod uwagę obroty w dwóch krajach - wysyłającym i przyjmującym pracownika, skoro należy rozstrzygnąć, który z dwóch systemów ubezpieczenia ma zastosowanie do konkretnego pracownika (chyba że określony pracownik w pewnym zamkniętym okresie czasu, uznanym za reprezentatywny, świadczy pracę w więcej niż jednym państwie członkowskim).

Nie bez znaczenia dla podzielenia poglądu wyrażonego w wyroku z dnia 18 listopada 2015 r., II UK 100/14, jest także to, że „obróć wynoszący około 25% całkowitego obrotu w państwie delegującym” jako wskaźnik wystarczający dla ustalenia faktu prowadzenia znacznej części działalności w państwie delegującym, wymienia się tylko w Praktycznym poradniku: Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej (UE), w Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) i w Szwajcarii, a jest to - wydany na podstawie upoważnienia zawartego w pkt 7 decyzji nr A2 - dokument wprowadzający dobre praktyki administracyjne oraz stanowiący pomoc dla instytucji, pracodawców i obywateli. Wskazane w nim kryterium ilościowe nie ma oparcia ani w treści rozporządzeń (WE) nr 883/2004 i nr 987/2009, ani w decyzji nr A2, zatem jest kryterium pozanormatywnym, które nie może być traktowane jako wystarczające i decydujące o właściwym ustawodawstwie w zakresie ubezpieczeń społecznych.

W związku z tym nie ma wątpliwości, że przy ocenie, czy dane przedsiębiorstwo prowadzi znaczącą część działalności w państwie członkowskim swej siedziby, konieczne jest badanie wszystkich kryteriów charakterystycznych dla działalności prowadzonej przez przedsiębiorstwo, więc stosowanie tylko kryterium

związanego z wielkością obrotu jest mylące lub niewystarczające (por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 10 lutego 2000 r. w sprawie C-202/97 Fitzwilliam oraz z dnia 17 grudnia 1970 r. w sprawie 35/70, Sarl Manpower przeciwko Caisse Primaire d' Assurance Maladie, ECR 1970, s. 01251). Nie ulega wątpliwości, że uwzględniając te inne kryteria w przypadku przedsiębiorstwa, które swoją działalność opiera przede wszystkim na rekrutacji pracowników w związku i na potrzeby realizacji zamówienia kontrahenta, należy stwierdzić, że takie przedsiębiorstwo prowadzi znaczną część swojej działalności w państwie, w którym w znacznym stopniu poszukuje tych pracowników.

Z tych względów Sąd Najwyższy na podstawie art. 398¹⁵ § 1 k.p.c. oraz art. 108 § 2 k.p.c. w związku z art. 398²¹ k.p.c. orzekł jak w sentencji.

r.g.