



Sygn. akt II UK 388/16

## **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 zainteresowanych: D. M. i R. C.  
o wydanie zaświadczenia w sprawie z zakresu ubezpieczeń społecznych,  
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 10 grudnia 2015 r., sygn. akt III AUa (...),

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

### **UZASADNIENIE**

Sąd Apelacyjny w (...) wyrokiem z dnia 10 grudnia 2015 r. oddalił apelację  
W. Spółki z o.o. w W. od wyroku Sądu Okręgowego w W. z dnia 15 grudnia 2015 r.,

którym oddalono odwołanie tej Spółki od decyzji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddziału w W. z dnia 18 lipca 2013 r., odmawiającej Spółce wydania zaświadczenia A1 potwierdzającego podleganie jej pracowników tymczasowych polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych - D. M. (w okresie wykonywania pracy na rzecz pracodawcy użytkownika we Francji - od 4 czerwca 2012 r. do 15 września 2012 r.) i R. C. (w okresie wykonywania pracy na rzecz pracodawcy użytkownika w Niemczech od 8 października 2012 r. do 22 listopada 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 zainteresowani byli zatrudnieni wyłącznie w celu wykonywania pracy we Francji i w Niemczech, a spółka W. w spornych okresach na terenie Polski osiągała zaledwie 18% 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. Działalność Spółki na terenie Polski ogranicza się w zasadzie tylko do zarządzania wewnętrznego i prowadzenia czynności administracyjnych. Zainteresowani byli *de facto* pracownikami pracodawcy francuskiego i niemieckiego i na ich rzecz świadczyli pracę. Zainteresowani nie wykonywali bezpośrednio pracy na rzecz Spółki. Nie można w tym wypadku stwierdzić, aby pomiędzy stroną odwołującą się a zainteresowanymi w sprawie istniała bezpośrednia więź, albowiem Spółka przez okres delegowania pracowników do Francji nie miała wpływu ani na przebieg, ani na warunki ich 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. Decydujące znaczenie ma bowiem 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. 67<sup>1</sup> § 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 „znaczej 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. 398<sup>15</sup> § 1 k.p.c. oraz art. 108 § 2 k.p.c. w związku z art. 398<sup>21</sup> k.p.c. orzekł jak w sentencji.