



Sygn. akt II UK 422/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 listopada 2016 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Bogusław Cudowski (przewodniczący)

SSN Maciej Pacuda (sprawozdawca)

SSN Romualda Spyt

w sprawie z wniosku P. Spółka z o.o. z siedzibą w W.
przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddziałowi w W.
z udziałem zainteresowanych T. K., D. P., S. S., S. V., R. W.
o wydanie zaświadczenia,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń
Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 21 listopada 2016 r.,
skargi kasacyjnej wnioskodawcy od wyroku Sądu Apelacyjnego
z dnia 10 lipca 2014 r., sygn. akt III AUa (...),

**uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę Sądowi
Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania i orzeczenia o
kosztach postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w W. sześcioma odrębnymi decyzjami odmówił wydania „P.” Sp. z o.o. w W. zaświadczeń potwierdzających polskie ustawodawstwo w zakresie ubezpieczeń społecznych pracowników tej

Spółki, wykonujących pracę we Francji: D. P. w okresach od dnia 24 sierpnia do dnia 31 grudnia 2011 r., od dnia 13 lutego do dnia 4 marca 2012 r. i od dnia 5 marca do dnia 1 kwietnia 2012 r. (decyzje z dnia 25 czerwca 2012 r. i 31 sierpnia 2012 r.); R. W. w okresach od dnia 9 stycznia do dnia 26 lutego i od dnia 27 lutego do dnia 1 kwietnia 2012 r. (decyzja z dnia 30 lipca 2012 r.); S. S. w okresie od dnia 9 do dnia 22 stycznia 2012 r. (decyzja z dnia 30 lipca 2012 r.); V. S. w okresie od dnia 9 stycznia do dnia 30 czerwca 2012 r. (decyzja z dnia 7 sierpnia 2012 r.) oraz T. K. w okresie od dnia 4 do dnia 29 stycznia 2012 r. (decyzja z dnia 25 lipca 2012 r.).

Sąd Okręgowy – Sąd Pracy i Ubezpieczeń Społecznych w W. połączył sprawy z odwołań Spółki od wyżej wymienionych decyzji do wspólnego rozpoznania i wyrokiem z dnia 15 kwietnia 2013 r. oddalił te odwołania oraz zasądził od odwołującej się na rzecz organu rentowego kwotę 360 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd Okręgowy ustalił, że „P.” Sp. z o.o., posiadająca siedzibę i prowadząca działalność w Polsce, zajmuje się wyszukiwaniem miejsc pracy i pozyskiwaniem pracowników, działalnością agencji pracy tymczasowej oraz pozostałą działalnością w zakresie udostępniania pracowników. Spółka działa w branży budowlanej oraz produkcyjnej i współpracuje z przedsiębiorcami we Francji i w Niemczech, delegując im określoną liczbę pracowników. Administracja Spółki, a także kadry, księgowość i marketing prowadzone są w Polsce. Jej średnie obroty z tytułu działalności prowadzonej za granicą wynoszą około 88%, zaś w kraju – około 12%. Znaczna część dochodów Spółki w 2010 r. została uzyskana za granicą, tam też była zatrudniona znaczna większość pracowników.

We wskazanych w decyzjach organu rentowego okresach Spółka zawarła z zainteresowanymi umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy, w ramach których wykonywali oni swe obowiązki pracownicze na rzecz innych przedsiębiorców we Francji. Zainteresowani zostali zgłoszeni przez Spółkę do obowiązkowych ubezpieczeń społecznych w Polsce.

Powołując się na wyżej przedstawione ustalenia faktyczne, Sąd pierwszej instancji powołał art. 11 ust. 2a i art. 12 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów

zabezpieczenia społecznego (Dz. Urz. UE nr L 166 z 30 kwietnia 2004 r.), art. 14 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r. dotyczącego wykonywania rozporządzenia nr 883/2004 (Dz. Urz. UE nr L 284 z 30 kwietnia 2009 r.), a także postanowienia Decyzji A2 Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego z dnia 12 czerwca 2009 r. dotyczącej wykładni art. 12 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 w sprawie ustawodawstwa mającego zastosowanie do pracowników delegowanych i osób wykonujących pracę na własny rachunek tymczasowo pracujących poza państwem właściwym (Dz. Urz. UE nr C 106/2 z 24 kwietnia 2010 r.). Równocześnie Sąd ten stwierdził, że nie ulega wątpliwości, iż umowy o pracę pomiędzy odwołującą się Spółką „P.” a zainteresowanymi zostały zawarte w celu oddelegowania ich do pracy w innym państwie członkowskim - we Francji. Ustalenie, czy został spełniony wymóg podlegania przez zainteresowanych przez co najmniej miesiąc bezpośrednio przed rozpoczęciem zatrudnienia ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym pracodawca normalnie prowadzi swoją działalność, aby można było ustalić ustawodawstwo polskie jako właściwe odnośnie okresu pracy świadczonej przez zainteresowanych we Francji, nie było jednak konieczne, bo nawet gdyby zainteresowani podlegali takiemu ubezpieczeniu, to i tak nie pozwoliłoby to na utrzymanie względem nich ustawodawstwa polskiego jako właściwego, z uwagi na to, że powyższe przepisy mówią o utrzymaniu ustawodawstwa kraju, w którym pracodawca normalnie prowadzi swoją działalność. Tymczasem odwołująca się nie prowadziła normalnej działalności w Polsce. Sąd Okręgowy ustalił bowiem, że w spornym okresie w latach 2011-2012 Spółka prowadziła działalność przede wszystkim za granicą, a jedynie w niewielkim stopniu w kraju. Średnie obroty Spółki za granicą wynosiły około 88%, zaś w kraju około 12%. Za granicą była również zatrudniona większość jej pracowników. Ustawodawstwem właściwym dla normalnego prowadzenia działalności odwołującej się nie jest zatem ustawodawstwo polskie.

Sąd Apelacyjny – Sąd Pracy i Ubezpieczeń Społecznych wyrokiem z dnia 10 lipca 2014 r. oddalił apelację wniesioną przez odwołującą się „P.” Sp. z o.o. w W. od wyroku Sądu pierwszej instancji.

Sąd Apelacyjny zgodził się z poglądem Sądu pierwszej instancji, podkreślając, że znajduje on uzasadnienie w treści najnowszych orzeczeń Sądu Najwyższego, wydanych w sprawach odwołującej się Spółki, opartych na prawie identycznych stanach faktycznych, w tym m.in. w sprawie II UK 550/13 oraz II UK 565/13 z 4 czerwca 2014 r. Sąd Apelacyjny w pełni podzielił argumentację przedstawioną w tych orzeczeniach, w których Sąd Najwyższy w sposób jednoznaczny stwierdził, że decydujące dla uznania, że pracodawca, delegujący zatrudnianych pracowników do pracy za granicą, może być uznany za pracodawcę zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, jest kryterium osiągnięcia w kraju delegowania obrotu z prowadzonej działalności na poziomie co najmniej 25% całego swojego obrotu.

Sąd drugiej instancji przypomniał w związku z tym, że z ustaleń faktycznych dokonanych przez Sąd pierwszej instancji wynika, iż zainteresowani byli zatrudnieni wyłącznie w celu wykonywania pracy we Francji, a Spółka „P.” w spornych okresach na terenie Polski osiągała zaledwie 12% swoich dochodów. Co więcej, z ustaleń Sądu Okręgowego wynika też, że Spółka „P.” prowadzi działalność gospodarczą w zakresie pośrednictwa pracy i zajmuje się głównie wysyłaniem pracowników do pracy za granicą, bo współpracuje z przedsiębiorstwami we Francji, Niemczech i Polsce. Działalność Spółki na terenie Polski w zasadzie ogranicza się jednak tylko do zarządzenia wewnętrznego i prowadzenia czynności administracyjnych. Zainteresowani byli *de facto* pracownikami pracodawców francuskich i na ich rzecz świadczyli pracę. Nie wykonywali też pracy bezpośrednio na rzecz Spółki „P.”. Nie można więc w tym wypadku stwierdzić, że pomiędzy odwołującą się a zainteresowanymi w sprawie istniała bezpośrednia więź, albowiem odwołująca się przez okres delegowania tych pracowników do Francji nie miała wpływu ani na przebieg, ani na warunki ich zatrudnienia.

W opinii Sądu Apelacyjnego fakt, że administracja Spółki, kadry, księgowość i marketing są prowadzone w Polsce, gdzie odbywa się również cały proces rekrutacyjny i wydawane są dokumenty związane z pracą, nie upoważnia do przyjęcia, że „P.” 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. Jakkolwiek taki próg nie wynika z aktów prawa powszechnie obowiązującego, to ma on racjonalne uzasadnienie w kontekście szczegółowo powołanych przez Sąd Okręgowy regulacji dotyczących zasad ustalania właściwego ustawodawstwa w zakresie ubezpieczeń społecznych. Dlatego też Sąd Apelacyjny uznał, że stwierdzenie, iż Spółka nie osiągnęła w spornych okresach w Polsce minimum 25% obrotu z całej prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej uniemożliwia uznanie, że oddelegowani do pracy we Francji zainteresowani podlegają z tego tytułu i w tym czasie ustawodawstwu polskiemu.

Odwołująca się „P.” Sp. z o.o. w W. wniosła do Sądu Najwyższego skargę kasacyjną od wyroku Sądu Apelacyjnego w W. z dnia 10 lipca 2014 r., zaskarżając ten wyrok w całości i zarzucając mu 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, przez ich błędną wykładnię i zastosowanie, w wyniku czego niezasadnie przyjęto, iż „P.” Sp. z o.o. w spornym okresie od dnia 24 sierpnia 2011 r. do dnia 30 czerwca 2012 r., nie prowadziła normalnej działalności na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, czego następstwem było przyjęcie, że zainteresowani nie podlegali ustawodawstwu polskiemu w zakresie ubezpieczeń społecznych.

Powołując się na tak sformułowany zarzut, skarżąca wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu w W. oraz o zasądzenie od organu rentowego na rzecz skarżącej kosztów postępowania, w tym zwrotu kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych i o wstrzymanie wykonania zaskarżonego orzeczenia do czasu ukończenia postępowania kasacyjnego.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Oceniana skarga kasacyjna jest uzasadniona.

Należy przypomnieć, że zgodnie z art. 12 ust. 1 rozporządzenia 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. 3a rozporządzenia nr 883/2004. Przepisem wykonawczym do art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 jest, między innymi, art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009, który stanowi, że za pracodawcę, który normalnie prowadzi swą działalność należy rozumieć pracodawcę „zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności, innej niż działalność związana z samym zarządzeniem wewnętrznym, na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, z uwzględnieniem wszystkich kryteriów charakteryzujących działalność prowadzoną przez dane przedsiębiorstwo. Odnośne kryteria muszą zostać dopasowane do specyficznych cech każdego pracodawcy i do rzeczywistego charakteru prowadzonej działalności”.

W ramach wykładni przepisów powołanych w podstawie zaskarżenia zasadnicze znaczenie ma więc wyjaśnienie pojęcia „normalne prowadzenie 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).

W dotychczasowym orzecznictwie Sądu Najwyższego faktycznie doszło do rozbieżności w wykładni tych pojęć, czego przykładami są, między innymi, wyroki powołane w uzasadnieniu Sądu Apelacyjnego. Sąd Najwyższy w obecnym składzie podziela jednakże przedstawione w tej kwestii stanowisko zaprezentowane w wyroku składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 18 listopada 2015 r., II UK 100/14 (OSNP 2016 nr 7, poz. 88). Wyjaśniono w nim natomiast, iż treść

powyższych przepisów nie pozostawia wątpliwości, że przy ocenie, czy pracodawca prowadzi normalną działalność, a zatem znaczną część działalności innej niż działalność związana z samym zarządzaniem wewnętrznym na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, należy uwzględnić wszystkie kryteria charakteryzujące jego działalność. Już odwołanie się do zaimka „wszystkie” w odniesieniu do kryteriów, które należy uwzględnić przy omawianej ocenie, wskazuje bowiem, 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.

Podobnie kwestię tę ujmuje decyzja 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 (por. D. Dzienisiuk, Charakter prawny decyzji Komisji Administracyjnej do Spraw Zabezpieczenia Społecznego, Ubezpieczenia Społeczne 2011 nr 1-2; K. Ślęzak, Koordynacja systemów zabezpieczenia społecznego, Warszawa 2012, s. 295). W wymienionej decyzji wskazuje się zaś, 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 delegowania pracowników powinna zatem ograniczać się wyłącznie do przedsiębiorstw, które normalnie prowadzą swą działalność na terytorium państwa członkowskiego, którego ustawodawstwu nadal podlega pracownik delegowany. Z tego względu przyjmuje się, że powyższe przepisy mają zastosowanie jedynie do przedsiębiorstw, które zazwyczaj prowadzą znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego, w którym mają siedzibę. Dlatego, w celu ustalenia, w razie potrzeby i w razie wątpliwości, czy pracodawca zazwyczaj prowadzi znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, instytucja właściwa w tym państwie zobowiązana jest zbadać wszystkie kryteria charakteryzujące działalność prowadzoną przez tego

pracodawcę, w tym miejsce, w którym przedsiębiorstwo ma swą zarejestrowaną siedzibę i administrację, liczebność personelu administracyjnego pracującego w państwie członkowskim, w którym pracodawca ma siedzibę, oraz w drugim państwie członkowskim, miejsce, w którym rekrutowani są pracownicy delegowani, i miejsce, w którym zawierana jest większość umów z klientami, prawo mające zastosowanie do umów zawartych przez przedsiębiorstwo z jednej strony z pracownikami i z drugiej strony z klientami, obroty w odpowiednio typowym okresie w każdym z państw członkowskich, których rzecz dotyczy, oraz liczbę umów wykonanych w państwie wysyłającym. W 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” (pkt 1 decyzji A2).

Podobnie zagadnienie to zostało wyjaśnione w publikacji Komisji Europejskiej pt. „Praktyczny poradnik: Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej (UE), w Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) i w Szwajcarii” (s. 8). Stwierdza się w nim, 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. Przy ocenie znacznej części działalności prowadzonej w państwie delegującym instytucje muszą również sprawdzić, czy pracodawca wnioskujący o delegowanie jest faktycznym pracodawcą danego pracownika. Jest to szczególnie ważne w sytuacji, gdy pracodawca korzysta zarówno z personelu stałego, jak i personelu agencji pracy tymczasowej. W poradniku podkreślono, 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.

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. Uzyskiwanie 25% obrotu w państwie siedziby przedsiębiorstwa delegującego stanowi wyłącznie sugestią 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.

Z przedstawionych regulacji wynika zatem, że tylko w Praktycznym poradniku pojawia się kryterium 25% całkowitego obrotu w państwie delegującym. Sformułowanie wskaźnika uzyskiwania w państwie członkowskim miejsca rejestracji co najmniej 25% obrotu nie znajduje zatem oparcia ani w treści rozporządzenia 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, uwzględnianego przy ocenie, czy dane przedsiębiorstwo prowadzi znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego w kontekście możliwości delegowania pracowników nie ma

uzasadnienia. Na marginesie warto dodać, że także dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/67/UE z dnia 15 maja 2014 r. w sprawie egzekwowania dyrektywy 96/71 /WE dotyczącej delegowania pracowników w ramach świadczenia usług, zmieniająca rozporządzenie (UE) nr 1024/2012 w sprawie współpracy administracyjnej za pośrednictwem systemu wymiany informacji na rynku wewnętrznym (dalej „dyrektywa 2014/67/UE”), której jednym z celów jest wskazanie metody oceny, czy przedsiębiorstwo delegujące za granicę pracowników rzeczywiście prowadzi w państwie członkowskim, z którego delegowani są pracownicy znaczącą działalność inną niż działalność zarządcza lub administracyjna o charakterze wyłącznie wewnętrznym, nie wprowadza kryterium poziomu 25% obrotu.

Kryterium 25% nie znajduje również oparcia w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości. W pierwszej kolejności trzeba przypomnieć, że część przepisów dotyczących koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego oraz treść decyzji A2 Komisji Administracyjnej jest wyrazem uwzględnienia orzecznictwa Trybunału.

I tak decyzja A2 potwierdza przede wszystkim ustalenia Trybunału zawarte w wyroku z dnia 10 lutego 2000 r. w sprawie C-202/97 Fitzwilliam Executive Search Ltd v Bestuur van het Landelijk instituut sociale verzekeringen, (European Court Reports 2000 I-00883). Trybunał stwierdził w nim, że przy ocenie, czy dane przedsiębiorstwo prowadzi znaczącą działalność w państwie członkowskim, instytucja właściwa musi zbadać wszystkie kryteria charakterystyczne dla działalności prowadzonej przez przedsiębiorstwo (zob. pkt 42). Trybunał stwierdził też, że kryteria te obejmują miejsce, w którym przedsiębiorstwo ma swą zarejestrowaną siedzibę i administrację, liczebność personelu administracyjnego pracującego w państwie członkowskim, w którym pracodawca ma siedzibę, oraz w drugim państwie członkowskim, miejsce, w którym rekrutowani są pracownicy delegowani, i miejsce, w którym zawierana jest większość umów z klientami, prawo mające zastosowanie do umów zawartych przez przedsiębiorstwo z jednej strony z pracownikami i z drugiej strony z klientami, obroty w odpowiednio typowym okresie w każdym z państw członkowskich, których rzecz dotyczy. Trybunał podkreślił, że lista ta nie jest wyczerpująca, a wybór kryteriów powinien być dostosowany do każdego konkretnego przypadku (pkt 43). Na koniec, odwołując się do wyroku z

dnia 5 grudnia 1967 r. w sprawie C-19/67 van der Vecht, Trybunał wskazał, że fakt, iż praca wykonywana przez pracownika w miejscu delegowania za granicą różni się od pracy normalnie mu oferowanej przez agencję pracy tymczasowej w państwie jej siedziby nie ma większego znaczenia (pkt 44). W ocenie Sądu Najwyższego, w świetle opisanego wyroku nie ma wątpliwości, że konieczne jest badanie wszystkich kryteriów, a nie tylko kryterium wielkości obrotu w oderwaniu od innych wymagań charakteryzujących dany wypadek. Również w zagranicznych opracowaniach dotyczących wyroku w sprawie Fitzwilliam podkreśla się, że Trybunał nie sformułował w nim warunku uzyskiwania w państwie miejsca rejestracji większości dochodów, kładąc nacisk jedynie na to, czy prowadzona tam działalność jest znacząca (F. Pennings, *Introduction to European Social Security Law*, Antwerp - Oxford - New York 2003, s. 110). Powoływanie się zatem na wyrok Fitzwilliam dla uzasadnienia poglądu o konieczności stosowania wymogu uzyskiwania przez pracodawcę co najmniej 25% obrotów w państwie, w którym ma swoją siedzibę, należy uznać za nieuprawnione. W żadnym fragmencie tego orzeczenia Trybunału na tak określone kryterium się bowiem nie wskazuje.

Uzasadnienia dla takiego zapatrywania nie mogą stanowić także wyroki Trybunału Sprawiedliwości z dnia 17 grudnia 1970 r. w sprawie 35/70 (Sari Manpower przeciwko Caisse Primaire d' Assurance Maladie, ECR 1970, s. 01251; dalej jako Manpower) oraz z dnia 9 listopada 2000 r. w sprawie C-404/98 (Josef Plum przeciwko Allgemeine Ortskrankenkasse Rheinland, Regionaldirektion Köln, ECR 2000, s. I-09397, dalej jako Plum). I tak w sprawie Manpower chodziło o kwestię dopuszczalności zatrudniania pracowników tymczasowych wyłącznie w celu oddelegowania na terytorium innego państwa członkowskiego oraz ocenę, czy taki pracownik jest pracownikiem agencji pracy tymczasowej czy przedsiębiorcy, do którego został oddelegowany. Trybunał stwierdził, że dla pracownika, który został zatrudniony przez przedsiębiorstwo prowadzące działalność w danym państwie członkowskim, otrzymuje od niego wynagrodzenie, jest od niego zależny i odpowiada za działania wyrządzone przez pracownika oraz decyduje o jego zatrudnieniu (zwolnieniu), stosuje się art. 13 lit. a rozporządzenia nr 3 dotyczącego zabezpieczenia społecznego pracowników migrujących, jeżeli na rachunek tego przedsiębiorcy wykonuje on przejściowo pracę na rzecz innego przedsiębiorcy w

innym państwie członkowskim. Wyrok ten odnosi się zatem do kryteriów pozwalających na ustalenie, w jakim przypadku można uznać daną osobę za pracownika delegowanego, jakkolwiek w orzeczeniu tym Trybunał wskazał również, że z art. 14 ust. 1 lit. a rozporządzenia nr 1408/71 (którego odpowiednikiem jest obecnie art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004) wynika, że agencja pracy tymczasowej oferująca transgraniczne usługi może uzyskać korzyść wynikającą z tego przepisu tylko wtedy, gdy prowadzi normalną działalność w państwie członkowskim, w którym ma swoją siedzibę (pkt 10).

Z kolei, w sprawie Plum Trybunał przesądził, że nie jest możliwe delegowanie pracowników w wypadku przedsiębiorstw prowadzących w państwie oddelegowania wyłącznie czynności administracyjne i na tej kwestii skoncentrowana była główna uwaga tego Sądu. Trybunał wskazał, że artykuł 14 ust. 1 lit. a) rozporządzenia nr 1408/71, zmienionego i uaktualnionego przez rozporządzenie nr 2001/83, który pod pewnymi warunkami pozwala przedsiębiorstwu na przyjęcie rozwiązania, zgodnie z którym pracownicy wysłani przez nie czasowo do pracy w innym Państwie Członkowskim niż państwo siedziby przedsiębiorstwa, będą nadal objęci systemem zabezpieczenia społecznego Państwa Członkowskiego siedziby przedsiębiorstwa, musi być interpretowany jako niemający zastosowania do pracowników przedsiębiorstwa budowlanego z siedzibą w jednym Państwie Członkowskim, wysyłanych do pracy przy robotach budowlanych na terytorium innego Państwa Członkowskiego, w którym, poza czysto wewnętrznymi działaniami zarządzającymi, to przedsiębiorstwo prowadzi całą swoją działalność. Zgodnie z art. 13 ust. 2 lit. a) rozporządzenia nr 1408/71, pracownicy tacy podlegają ustawodawstwu dotyczącemu zabezpieczenia społecznego Państwa Członkowskiego, na którego terytorium rzeczywiście pracują (zob. pkt 23 oraz sentencja).

Z powyższych uwag wynika, że w celu ustalenia, że przedsiębiorstwo prowadzi normalną działalność (w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004), czy też znaczną część działalności innej niż zarządzanie wewnętrzne (według art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009), należy uwzględniać wszystkie kryteria charakteryzujące jego działalność oraz charakter przedsiębiorstwa delegującego. Wybór kryteriów powinien być dostosowany do konkretnego

wypadku. Ocena ta powinna mieć charakter całościowy, a zatem stanowić ogólny wniosek wynikający z rozważenia wszystkich przyjętych kryteriów. Kryterium obrotu nie ma decydującego lub szczególnego znaczenia, jednakże osiągnięcie obrotu w państwie siedziby przedsiębiorstwa delegującego w wysokości ok. 25% całych obrotów może prowadzić do wniosku, że prowadzi ono w tym państwie znaczną część działalności, a więc normalnie prowadzi działalność.

Ponadto, lista kryteriów, które zostały wymienione jedynie w aktach o charakterze interpretacyjnym (wyroku Fitzwilliam, decyzji A2 i Praktycznym poradniku), nie ma charakteru wyczerpującego, lecz przykładowy. Oznacza to, że organ rentowy (jako instytucja właściwa), a następnie sąd kontrolujący w postępowaniu cywilnym jej prawidłowość, mogą i powinny w razie potrzeby 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.

Należy też dodać, że podstawowym celem wyżej wskazanej oceny jest ustalenie, czy przedsiębiorstwo delegujące prowadzi w Polsce normalnie swoją działalność (art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004, co oznacza prowadzenie w Polsce znacznej części działalności (art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009). Określenie „znaczną część działalności” należy przy tym, jak wynika z innych wersji językowych rozporządzenia nr 987/2009, a także z wyroku Fitzwilliam rozumieć jako „znacząca działalność”. Jest ono bowiem równoznaczne z użytymi w innych wersjach językowych art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009 i orzeczenia Fitzwilliam określeniami: ang. „substantial activities”, franc. „activites substantielles”, niem. „nennenswerte Tätigkeiten”, wł. „attività sostanziali”, czesk. „podstatné činnosti”. Należy dodać, że także w polskiej wersji językowej wyżej już wymienionej dyrektywy 2014/67/UE używa się określenia „znacząca działalność inna niż działalność zarządcza lub administracyjna o charakterze wyłącznie wewnętrznym” (np. art. 4 ust. 2). Wynika stąd, że pierwszoplanowe znaczenie ma obiektywne ustalenie, czy przedsiębiorstwo rzeczywiście prowadzi w państwie swojej siedziby normalną, rzeczywistą działalność, zaś porównanie skali tej działalności w państwie

siedziby i państwie miejsca wykonywania pracy przez pracownika delegowanego ma jedynie znaczenie pomocnicze. Jednocześnie, dla stwierdzenia, czy działalność ta jest znacząca we wskazanym sensie, instytucja właściwa, i ewentualnie sąd, powinny, jak wynika z literalnego brzmienia orzeczenia w sprawie Fitzwilliam (pkt 43), decyzji nr A2 (pkt 1 akapit 5) i Praktycznego poradnika, porównać liczebność personelu administracyjnego pracującego w państwie członkowskim, w którym pracodawca ma siedzibę, oraz w drugim państwie członkowskim, obroty w odpowiednio typowym okresie w każdym z państw członkowskich, których rzecz dotyczy (czy też jak to określa Praktyczny poradnik „w państwie delegującym i w państwie zatrudnienia”) oraz liczbę umów wykonanych w państwie delegującym i w państwie zatrudnienia delegowanego pracownika”.

Sąd Najwyższy w niniejszym składzie podziela także przedstawiony w przywołanym wyżej wyroku z dnia 18 listopada 2015 r., II UK 100/14, pogląd, że w takim jak powyżej wskazano zakresie, w świetle wcześniej rozpatrzonych aktów prawa unijnego oraz orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości, prawidłowe stosowanie prawa unijnego jest na tyle oczywiste, że nie występują racjonalne wątpliwości i w związku z tym, w tym zakresie, nie ma potrzeby ani obowiązku kierowania do Trybunału Sprawiedliwości pytania o wykładnię prawa wspólnotowego (por. wyroki Trybunału Sprawiedliwości z dnia 6 października 1982 r. w sprawie 283/81 Srl CILFIT i Lanificio di Gavardo SpA (pkt 15) oraz z dnia 15 października 2005 r. w sprawie C-495/05 Intermodal Transports BV (pkt 37)).

Sąd drugiej instancji zanegował też istnienie więzi pracowniczej między odwołującą się Spółką a zainteresowanym. Tymczasem należy podkreślić, że już w przywołanych wyżej wyrokach Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 17 grudnia 1971 r. w sprawie Manpower i w sprawie Fitzwilliam rozstrzygnięto o możliwości delegowania, na podstawie art. 14 ust. 1a rozporządzenia Rady (EWG) nr 1408/71 z dnia 14 czerwca 1971 r. w sprawie stosowania systemów zabezpieczenia społecznego w stosunku do pracowników najemnych, osób prowadzących działalność na własny rachunek oraz ich rodzin przemieszczających się we Wspólnocie (Dz. U.UE.L. 71.149.2) pracowników agencji pracy tymczasowej. Także w świetle przepisów ustawy z dnia 9 lipca 2003 r. o zatrudnianiu pracowników tymczasowych (jednolity tekst: Dz.U. z 2016 r., poz. 360),

pracodawcą pracownika tymczasowego jest tylko agencja pracy tymczasowej i z pracodawcą użytkownikiem nie łączy go żadna umowa. Pracodawca użytkownik nie dysponuje własnymi prawami, lecz je przejmuje od pracodawcy, którym jest tylko agencja pracy tymczasowej. Nie ma tu więc dwóch pracodawców (*de iure*), lecz osoba zatrudniona do pracy tymczasowej jedynie ją wykonuje na rzecz pracodawcy użytkownika. Pracodawcę użytkownika nie łączy żadna umowa z osobą wykonującą u niego pracę tymczasową czy to na podstawie umowy o pracę tymczasową, czy na podstawie umowy prawa cywilnego. Takie umowy zatrudniony zawiera tylko z agencją pracy tymczasowej w celu wykonywania pracy na rzecz pracodawcy użytkownika. Z tej przyczyny pracodawca użytkownik nie jest pracodawcą zatrudnianego do pracy tymczasowej (por. uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z dnia 12 grudnia 2011 r., I UZP 6/11, OSNP 2012 nr 9-10, poz. 122; por. też wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 30 października 2012 r., III AUa 728/12, Orzecznictwo SA w Białymstoku 2012 nr 4, s. 94 oraz wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 7 marca 2006 r., VI SA/Wa 2396/05, LEX nr 585279). Nie jest zatem uzasadniony pogląd, że zainteresowany nie wykonywał bezpośrednio pracy na rzecz „P.” Sp. z o.o.

Kierując się przedstawionymi motywami, Sąd Najwyższy za uzasadniony uznaje zatem podniesiony w ocenianej skardze kasacyjnej zarzut naruszenia art. 11 ust. 2 lit. a i art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 oraz art. 14 ust. 1 i 2 i art. 19 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009.

Uwzględniając to oraz opierając się na treści art. 398¹⁵ § 1 k.p.c., a w odniesieniu do kosztów postępowania kasacyjnego na podstawie art. 108 § 2 k.p.c. w związku z art. 398²¹ k.p.c., Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji swego wyroku.

r.g.