



Sygn. akt II UK 488/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 listopada 2016 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Bogusław Cudowski (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Maciej Pacuda

SSN Romualda Spyt

w sprawie z wniosku P. Sp. z o.o. z siedzibą w W.
przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddziałowi w W.
z udziałem zainteresowanego P. H.
o wydanie zaświadczenia w sprawie z zakresu ubezpieczeń społecznych,
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 4 marca 2015 r., sygn. akt III AUa (...),

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

UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy w W. wyrokiem z 26 czerwca 2014 r. uwzględnił odwołanie wnioskodawcy P. Sp. z o.o. z siedzibą w W. i zmienił decyzję Zakładu Ubezpieczeń

Spółecznych Oddziału w W. z 16 listopada 2012 r. w ten sposób, że nakazał organowi rentowemu wydanie poświadczenia formularza A1 potwierdzającego, że zainteresowany P. H. w okresie wykonywania pracy na terytorium Niemiec podlegał polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych w okresie od 9 maja 2012 r. do 5 sierpnia 2012 r.

Sąd ustalił, że wnioskodawca jest agencją pracy tymczasowej i zajmuje się wyszukiwaniem miejsc pracy i pozyskiwaniem pracowników, udostępnieniami pracowników wykwalifikowanych przedsiębiorstwom z Unii Europejskiej. W tym celu prowadzi działalność rekrutacyjną, logistyczną i administracyjną. Administracja, kadry, księgowość i marketing prowadzone są w Polsce. Proces rekrutacyjny również odbywa się w Polsce. Zainteresowany został zatrudniony na podstawie umowy o pracę zawartej na okres od 9 maja 2012 r. do 5 sierpnia 2012 r. i został zgłoszony do ubezpieczeń jako pracownik. Zgodnie z umową został wysłany na terytorium Niemiec do pracy w charakterze spawacza. Wnioskodawca z tytułu działalności prowadzonej w Polsce w spornym okresie uzyskał obroty na poziomie 12%; w okresie od stycznia 2012 r. do kwietnia 2012 r. zatrudniał 57 osób i realizował 11 kontraktów w Polsce, a za granicą 178 osób i realizował tam 38 kontraktów. Sprzedaż na terenie kraju w 2011 r. wyniosła 8,3% sprzedaży łącznej, a za okres od stycznia do lipca 2012 r. - 9,6%. Sąd stwierdził, że spór wymaga rozstrzygnięcia, czy wnioskodawca prowadzi na terenie Polski „znaczną działalność”, o której mowa w art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004, biorąc pod uwagę specyfikę prowadzonej przez niego działalności gospodarczej. Sąd zaznaczył, że z Decyzji nr A2 Komisji Administracyjnej dotyczącej wykładni art. 12 rozporządzenia nr 883/2004 nie wynika, by obrót odgrywał pierwszoplanową rolę. Wskazał, że nie można pominąć, że celem dla którego stworzono możliwość odstępstwa od zasady terytorialności było maksymalne wspieranie swobodnego przepływu pracowników oraz umożliwienie im i przedsiębiorstwom uniknięcia niepotrzebnych i kosztownych komplikacji administracyjnych. Ponadto, zdaniem Sądu, należy mieć na względzie takie czynniki jak miejsce siedziby przedsiębiorstwa delegującego i jego administracji, liczbę personelu administracyjnego obecnego w państwie członkowskim wysyłającym, miejsce rekrutacji pracowników delegowanych, miejsce zawierania umów, prawo, któremu

podlegają umowy zawarte z pracownikami. W ocenie Sądu zgromadzony w sprawie materiał dowodowy potwierdził zmienne wartości zarówno obrotów jak i liczby zatrudnionych pracowników. W 2011 r. odnotowano spadek osiąganego obrotu na terenie Polski, jednakże w ocenie Sądu tendencja ta związana była z obecną sytuacją na rynku europejskim i z tego względu wartość osiąganych przez wnioskodawcę obrotów nie mogła stanowi podstawowego determinanta w rozstrzyganiu sprawy. Sąd podkreślił również, że bezspornym jest, iż podczas całego okresu oddelegowania pracownika zachowany był bezpośredni związek między przedsiębiorstwem delegującym a pracownikiem oddelegowanym, a zainteresowany bezpośrednio przed podjęciem zatrudnienia u wnioskodawcy podlegał ustawodawstwu polskiemu. W związku z powyższym, Sąd stwierdził, że zostały spełnione wszystkie przesłanki do ustalenia ustawodawstwa polskiego jako właściwego dla okresu pracy zainteresowanego w Niemczech w spornym okresie, a tym samym do wystawienia stosownego zaświadczenia A1 w tym zakresie.

Wyrok Sądu Okręgowego zaskarżył w całości organ rentowy. Zarzucił naruszenie prawa materialnego, to jest art. 83b ust. 1 ustawy z 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych oraz art. 11 ust. 2 lit. a i art. 12 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004, art. 14 ust. 1 i 2 i art. 19 ust. 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009, poprzez ich błędną wykładnię i zastosowanie, w wyniku, których niezasadnie przyjęto, że wnioskodawca w spornym okresie prowadził normalną działalność na terenie Polski w związku, z czym zainteresowany w spornym okresie powinien podlegać ustawodawstwu polskiemu w zakresie ubezpieczeń społecznych; a także naruszenie prawa procesowego to jest art. 233 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, w szczególności błędne ustalenie, że wnioskodawca w spornym okresie prowadził normalną działalność na terenie Polski, podczas gdy prawidłowa i logiczna ocena materiału dowodowego z uwzględnieniem wykładni autentycznej przepisów Decyzji Nr A2 prowadzi do wniosków przeciwnych.

Sąd Apelacyjny wyrokiem z 4 marca 2015 r. zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że oddalił odwołanie wnioskodawcy. Zdaniem Sądu Apelacyjnego należy zgodzić się ze stanowiskiem organu rentowego, że płatnik składek winien 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, a w konsekwencji móc zgłosić pracowników do ubezpieczenia w polskim systemie. Sąd wskazał, że pogląd ten ma uzasadnienie w treści najnowszych orzeczeń Sądu Najwyższego, wydanych w sprawach odwołującej się Spółki, a opartych na prawie identycznych stanach faktycznych, w tym m.in. w sprawach o sygn. akt II UK 550/13 oraz II UK 565/13. W wyrokach tych Sąd Najwyższy w sposób jednoznaczny wskazał, 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 osiągania w kraju delegowania obrotu z prowadzonej działalności na poziomie co najmniej 25% całego swojego obrotu. Sąd Apelacyjny stwierdził, że z ustaleń faktycznych dokonanych przez Sąd pierwszej instancji wynika, że zainteresowany był zatrudniony wyłącznie w celu wykonywania pracy w Niemczech, a wnioskodawca spornym okresie na terenie Polski osiągał obroty wynoszące około 12%. Dodatkowo istniała 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. Ponadto, że wnioskodawca prowadzi działalność gospodarczą w zakresie pośrednictwa pracy i zajmuje się głównie delegacją pracowników do pracy za granicą, a jego działalność na terenie Polski ogranicza się w zasadzie tylko do zarządzania wewnętrznego i prowadzenia czynności administracyjnych. W ocenie Sądu Apelacyjnego fakt, że administracja wnioskodawcy, kadry, księgowość i marketing prowadzone są w Polsce, gdzie odbywa się cały proces rekrutacji i wydawane są dokumenty związane z pracą, nie upoważnia do przyjęcia, że wnioskodawca prowadzi w kraju znaczną część działalności. Decydujące znaczenie ma bowiem, zdaniem Sądu, generowanie co najmniej 25% obrotu na miejscu, gdzie znajduje się siedziba przedsiębiorstwa delegującego. W związku z powyższym, uwzględniając również ostatnie orzecznictwo Sądu Najwyższego, Sąd Apelacyjny stwierdził, że wnioskodawca nie osiągnął w spornym okresie w Polsce minimum 25% obrotu z całej prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej, co uniemożliwia uznanie,

że zainteresowany oddelegowany do pracy w Niemczech podlega z tego tytułu w okresie wymienionym w decyzji ustawodawstwu polskiemu. Dodatkowo Sąd wskazał, że zainteresowany był w istocie pracownikiem pracodawcy niemieckiego i na jego rzecz świadczył pracę, nie wykonywał natomiast bezpośrednio pracy na rzecz wnioskodawcy. W konsekwencji wywnioskował, że pomiędzy wnioskodawcą a zainteresowanym nie istniała bezpośrednia więź, ponieważ wnioskodawca przez okres jego delegowania do Niemiec nie miał wpływu ani na przebieg ani na warunki jego zatrudnienia.

Wyrok Sądu Apelacyjnego wnioskodawca zaskarżył w całości. Zarzucono naruszenie 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.), 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 roku 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 nr 883/2004, poprzez ich błędną wykładnię i zastosowanie, w wyniku czego niezasadnie przyjęto, iż P. Sp. z o.o. w spornym okresie od 9 maja 2012 r. do 5 sierpnia 2012 r. nie prowadziła normalnej działalności na terytorium Polski, czego następstwem było przyjęcie, że zainteresowany nie podlegał ustawodawstwu polskiemu w zakresie ubezpieczeń społecznych.

Zdaniem skarżącego błędne zastosowanie i wykładnia polegały na: (-) zastosowaniu nieprawidłowego i niezgodnego z prawem sposobu określenia proporcji: wielkości obrotu, stanu zatrudnienia, wykonywanych umów oraz liczebności personelu administracyjnego, osiągniętych przez skarżącą w Polsce i innych krajach, poprzez przyjęcie, że proporcje osiągnięte w państwie delegującym obrotu (stanu zatrudnienia, wykonywanych umów oraz liczebności personelu administracyjnego) należy ustalać w odniesieniu do całłościowych obrotów (i odpowiednio stanu zatrudnienia, wykonywanych umów oraz liczebności

personelu administracyjnego) – zdaniem skarżącego taki sposób obliczania proporcji jest sprzeczny z ust. 1 akapit 5 Decyzji A2 oraz „Praktycznym poradnikiem: Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej (UE), w Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) i Szwajcarii”; (-) uznaniu za decydującą przesłankę, warunkującą stwierdzenie prowadzenia przez skarżącego działalności w znacznej części na terytorium kraju delegującego, kryterium osiągania 25% obrotów na terytorium tegoż kraju, co jest sprzeczne z treścią przywołanych wyżej przepisów nie ustalających żadnego dominującego kryterium i literalnie nakazujących przy ocenie spełniania powyższej przesłanki wszechstronne rozpatrzenie sprawy przy uwzględnieniu specyfiki działalności delegującego przedsiębiorstwa; (-) zaniechaniu przeprowadzenia „pogłębionej analizy” stanu sprawy wymaganej przez Praktyczny poradnik, w sytuacji braku osiągnięcia w państwie delegującym ok. 25% obrotów, a w szczególności nie uwzględnienie przy porównaniu obrotów w Polsce i za granicą różnic siły nabywczej pieniądza i różnic wynagrodzeń, co, zdaniem skarżącego, jest niezbędne dla oddania rzeczywistych proporcji jego działalności w kraju i poza nim; (-) przyjęciu braku bezpośredniej więzi pomiędzy pracownikiem delegowanym a skarżącym.

Ponadto, zarzucono naruszenie przepisów prawa procesowego, które miało wpływ na wynik sprawy, a mianowicie:

(-) art. 233 § 1 k.p.c. przez dokonanie dowolnej oceny dowodów w sposób pozbawiony wszechstronności w odniesieniu do okoliczności, czy wnioskodawca prowadził w spornym okresie normalną działalność na terenie Polski polegający w szczególności na uznaniu, że zatrudnienie 1/3 pracowników na terenie kraju wskazuje na brak prowadzenia znaczącej działalności w Polsce;

(-) brak ustalenia okoliczności istotnych dla rozpatrzenia sprawy polegający na: - zaniechaniu ustalenia proporcji obrotów osiąganych przez wnioskodawcę w Polsce oraz w kraju delegowania pracownika, która to proporcja zdaniem Sądu drugiej instancji miała podstawowe znaczenia dla ustalenia, czy wnioskodawca prowadzi na terenie Polski znaczącą działalność, - zaniechaniu 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 zw. 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 - Sąd Apelacyjny uzasadniając uwzględnienie apelacji organu rentowego wskazał jedynie na brak osiągnięcia przez wnioskodawcę określonych obrotów na terenie Polski, natomiast całkowicie zaniechał omówienia w wyroku wyników „pogłębionej analizy” wymaganej obligatoryjnie przez przepisy Praktycznego poradnika, na którym Sąd Apelacyjny opierał swój wyrok (a w szczególności nie wypowiedział się co do swojej oceny odnośnie spełnienia przez wnioskodawcę pozostałych przesłanek przewidzianych przez przepisy prawa europejskiego).

Skarżący, działając na podstawie art. 125 § 1 k.p.c. w zw. z art. 9, art. 91 ust. 1 i 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., art. 354 k.p.c., art. 267 akapit 1 litera „b” oraz art. 267 akapit 3 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, wniósł o wystąpienie przez Sąd Najwyższy do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z pytaniem prawnym o następującej treści:

1) czy pojęcie «pracodawca, który normalnie prowadzi tam [w państwie członkowskim - przyp. wnioskodawcy] swą działalność» użyte w art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004, a następnie uszczegółowione przez art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009, oznacza pracodawcę (agencję pracy tymczasowej), który - niezależnie od pozostałych cech swojej działalności - musi osiągać roczny obrót na poziomie co najmniej 25% w państwie delegującym pracowników;

2) czy organy administracyjne i sądy państwa członkowskiego mogą uznać, że pracodawca, będący agencją pracy tymczasowej, wymieniony w art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 zazwyczaj prowadzi znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, w okolicznościach, w których nie osiągnął on rocznych przychodów na poziomie 25% w państwie delegującym pracowników, lecz spełnia pozostałe kryteria charakteryzujące «normalną działalność» tego pracodawcy wymienione w punkcie 1 Decyzji nr A2 Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego z dnia 12 czerwca 2009 r. dotyczącej wykładni art. 12 rozporządzenia nr 883/2004 w sprawie ustawodawstwa mającego zastosowanie do pracowników delegowanych i osób wykonujących pracę na własny rachunek, tymczasowo

pracujących poza państwem właściwym (2010/C106/02) i czy ocena spełnienia tych pozostałych przesłanek wchodzi w zakres „pogłębionej analizy” wymaganej przez „Poradnik praktyczny - Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej (UE), Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) i Szwajcarii” dla sytuacji, w której przedsiębiorca nie osiągnął 25% obrotów na terenie kraju, w którym ma siedzibę;

3) czy Poradnik praktyczny w zakresie, w jakim ten dokument posługuje się przykładem obrotu na poziomie 25% stanowi prawnie kryterium bezwzględnie wiążące sąd państwa członkowskiego oraz obywateli (i inne podmioty prawa prywatnego) państwa członkowskiego niezbędne do przypisania statusu «pracodawcy zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności», o którym mowa w art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009;

4) czy wymienione w ust. 1 akapit 5 Decyzji nr A2 Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego z dnia 12 czerwca 2009 r. kryteria charakteryzujące działalność prowadzoną przez pracodawcę, w tym liczebność personelu administracyjnego i innych pracowników, liczbę umów oraz obroty w odpowiednio typowym okresie należy ustalać w odniesieniu do całłościowych obrotów (i odpowiednio liczebności personelu administracyjnego i innych pracowników oraz liczby umów) osiąganych przez wnioskodawcę za granicą we wszystkich państwach, w których prowadzi działalność, czy - w odniesieniu wyłącznie do państwa zatrudnienia pracownika delegowanego?

W uzasadnieniu skargi argumentowano, że zgodnie z Decyzją nr A2, w celu ustalenia, czy pracodawca może być uznany za prowadzącego na terytorium państwa członkowskiego „znaczną część działalności” instytucja właściwa powinna zbadać wszystkie kryteria charakteryzujące działalność prowadzoną przez tego pracodawcę. Ponadto, że zarówno rozporządzenia unijne, jak i Decyzja nr A2 nie wprowadzają jednolitej definicji tego pojęcia oraz ścisłych kryteriów, jakie musi spełniać pracodawca. Skarżący podkreślił, że pojęcia „znaczej, normalnej działalności” nie należy interpretować jako działalności „przeważającej”. Jego zdaniem przyjęcie średniej wartości ok. 14 - 18% dobitnie świadczy o prowadzeniu przez spółkę na terenie kraju działalności w znacznej części. Wskazał, że spółka skupia swą działalność w Polsce, o czym świadczy szereg kryteriów,

niekwestionowanych przez Sąd Apelacyjny, a mianowicie: (-) spółka od początku swej działalności, tj. od 2007 r., ma siedzibę na terenie Polski i nie posiada żadnego oddziału ani filii za granicą; (-) na terenie Polski funkcjonuje rzeczywiste biuro spółki, które zajmuje pomieszczenia o znacznej powierzchni i jest w pełni wyposażone; (-) w biurze na stałe zatrudnionych jest ok. 10 osób zajmujących się administracją i zarządzaniem, marketingiem jak również zagadnieniami związanymi z realizacją usługi pracy tymczasowej (rekrutacja, opieka nad pracownikami pracującymi za granicą, kontakt z klientami, prowadzenie spraw kadrowych pracowników itp.); (-) udziałowcy spółki i jej zarząd to wyłącznie Polacy; (-) wszyscy pracownicy tymczasowi rekrutowani są na terenie kraju a zawarcie każdej umowy o pracę poprzedzone jest rozmową przeprowadzoną w biurze skarżącego, gdzie podpisywane są też umowy o pracę, które są sporządzane w języku polskim; (-) cała administracja spółki prowadzona jest w Polsce; (-) wnioskodawca nie posiada poza granicami kraju żadnych pracowników administracyjnych, żadnych pracowników zajmujących się rekrutacją pracowników, opieką kadrową nad nimi, czy też marketingiem usług wnioskodawcy; (-) poza granicami wnioskodawca nie posiada żadnego biura; (-) wszystkie wynagrodzenia są wypłacane z polskiego rachunku bankowego na rachunki bankowe pracowników znajdujące się również w Polsce; (-) rozpatrywanie wszelkich sporów z umów poddane jest sądom polskim; (-) zdecydowana większość umów z klientami i wszystkie umowy z pracownikami poddane są prawu polskiemu. W ocenie skarżącego wszystkie wskazane powyżej okoliczności wskazują jednoznacznie na to, że pomimo tego, że udział obrotów krajowych wnioskodawcy w jego całkowitych obrotach nie osiągnął poziomu 25%, to stale i od wielu lat prowadzi na terenie kraju normalną działalność. Działalność ta jest znacząca i bez niej nie byłoby możliwe świadczenie usług poza granicami Polski. Dodatkowo podkreślił, że w przypadku agencji pracy tymczasowej kryterium proporcji obrotów jest absolutnie nieadekwatne dla oceny rzeczywistego udziału działalności krajowej w jej aktywności gospodarczej. Wynika to z samego charakteru pracy tymczasowej. Ponadto, z faktu, że wysokość obrotów uzyskiwanych w Polsce zawsze będzie pozostawać w dysproporcji z obrotami w innych zachodnich krajach Unii Europejskiej nawet w przypadku, gdyby w Polsce i za granicą zatrudnionych było tyle samo osób i wykonywana była taka sama ilość

kontraktów, a to z uwagi na zróżnicowanie poziomu gospodarczego państw członkowskich oraz wypłacanych w nich wynagrodzeń.

Organ rentowy w odpowiedzi na skargę kasacyjną wniósł o jej oddalenie oraz zasądzenie od skarżącego na jego rzecz 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. Sąd Najwyższy w obecnym składzie podziela stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w tym wyroku odnośnie 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*).

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 zarządzaniem 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 dla rozstrzygnięcia tej sprawy 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 zarządzaniem wewnętrznym, na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma on swoją siedzibę” (art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009).

Z przywołanych wyżej przepisów wynika, 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 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. Powyższy kierunek wykładni znajduje odzwierciedlenie również 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 osiągane 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. Z powyższego wynika, że uzyskiwanie 25% 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.

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).

Podsumowując, w celu ustalenia, czy przedsiębiorstwo prowadzi normalną działalność (w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004), czy też znaczną część działalności innej niż zarządzanie wewnętrzne (art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009), 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 tam działalność. Z kolei 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. Podstawowym celem ww. 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 „znaczna część działalności” należy przy tym, jak wynika z innych wersji językowych rozporządzenia nr 987/2009, a także z wyroku Fitzwilliam rozumieć jako „znacząca działalność”. Należy jednocześnie podkreślić, 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.

Sąd Najwyższy w składzie rozpatrującym tę sprawę podziela przedstawione powyżej stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z dnia 18 listopada 2015 r., a także w kolejnych wyrokach Sądu Najwyższego (por. wyroki SN z 5 października 2016 r., w sprawach II UK 191/15 oraz II UK 229/15, niepubl.).

W rozpoznawanej sprawie Sąd Apelacyjny błędnie przyjął, że przedsiębiorstwo – agencja pracy tymczasowej - delegujące pracownika do pracy za granicą może być uznane za pracodawcę zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności, innej niż działalność związana z samym zarządzaniem wewnętrznym, na terytorium państwa członkowskiego, na którym ma swoją siedzibę w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 oraz art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009, jeżeli osiąga w kraju delegowania obrót z prowadzonej działalności na poziomie 25% całego jej obrotu. Ocena czy przedsiębiorstwo delegujące prowadzi normalną działalność w państwie, w którym ma siedzibę i z którego deleguje pracowników wymaga dokonana całościowej oceny, czy przedsiębiorstwo to prowadzi faktyczną działalność w państwie wysyłającym. Przypisanie przez Sąd Apelacyjny znaczenia wyłącznie wielkości poziomowi obrotu osiąganego w kraju i za granicą, a w konsekwencji niedokonanie całościowej oceny działalności wnioskodawcy czyni skargę kasacyjną uzasadnioną.

Uwzględniając przedstawioną wyżej wykładnię regulacji unijnych oraz niedokonanie przez Sąd Apelacyjny całościowej oceny działalności wnioskodawcy z perspektywy kryterium „prowadzenia normalnej działalności” w Polsce, w ocenie

Sąd Najwyższy, w aktualnym stanie sprawy, nie ma potrzeby zwracania się do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniem prejudycjalnym.

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.

r.g.