



Sygn. akt II UK 513/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 lipca 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Beata Gudowska (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Dawid Miąsik

SSN Małgorzata Wrębiakowska-Marzec

w sprawie z wniosku W. Spółki z o.o. w W.
przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddział w W.
przy udziale zainteresowanego K.D.
o wydanie zaświadczenia na formularzu A1,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń
Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 27 lipca 2017 r.,
skargi kasacyjnej wnioskodawcy od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)
z dnia 30 grudnia 2015 r., sygn. akt III AUa (...),

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

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 30 grudnia 2015 r. Sąd Apelacyjny w (...), III Wydział Pracy
i Ubezpieczeń Społecznych oddalił apelację W., Sp. z o.o. w W. od wyroku Sądu
Okręgowego w W. z dnia 4 marca 2015 r. oddalającego odwołanie od decyzji

Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, Oddział w W. z dnia 26 czerwca 2013 r. w przedmiocie odmowy objęcia ubezpieczeniem społecznym na podstawie prawa polskiego pracownika tymczasowego K.D. wykonującego pracę we Francji w okresie od 20 sierpnia 2012 r. do 23 września 2012 r. Podstawę rozstrzygnięcia stanowiło ustalenie, że spółka w okresie jego zatrudnienia nie osiągała w Polsce co najmniej 25% obrotu z całej prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej, co uniemożliwia uznanie, że podlegał on z tego tytułu ubezpieczeniu społecznemu na podstawie ustawodawstwa polskiego. Sąd uznał za niewystarczające do przyjęcia, że spółka prowadzi w Polsce znaczną część swej działalności stwierdzenie, że tu prowadzone są jej administracja, kadry, księgowość i marketing w Polsce, oraz odbywa się proces rekrutacyjny i wydawane są dokumenty związane z pracą.

Skarga kasacyjna W. jako płatnika składek, została opata na podstawie naruszenia prawa materialnego - 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., zwane dalej rozporządzeniem podstawowym lub rozporządzeniem nr 883/2004) 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 (dalej: rozporządzenie wykonawcze lub rozporządzenie nr 987/2009) dotyczącego wykonywania rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz. Urz. UE L 284 z 30 października 2009 r.), a także ust. 1 akapit 5 Decyzji nr A2 Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego z dnia 12 czerwca 2009 r. dotyczącej wykładni art. 12 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 w sprawie ustawodawstwa mającego zastosowanie do pracowników delegowanych i osób wykonujących pracę na własny rachunek, tymczasowo pracujących poza państwem właściwym (2010/C 106/02; dalej: „Decyzja A2”), przez ich błędną wykładnię i zastosowanie, w wyniku czego niezasadnie przyjęto, iż W., Sp. z o.o. w spornym okresie nie prowadziła normalnej działalności na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Skarżący przede wszystkim zarzucił błędne uznanie kryterium osiągnięcia 25% obrotów na terenie jego siedziby za decydującą przesłankę warunkującą stwierdzenie prowadzenia

działalności w znacznej części na terenie kraju delegującego oraz zastosowanie nieprawidłowego i niezgodnego z prawem sposobu określenia proporcji wysokości obrotów, wykonywanych umów oraz liczebności personelu administracyjnego w Polsce w odniesieniu do całłościowych obrotów (i odpowiednio stanu zatrudnienia, wykonywanych umów oraz liczebności personelu administracyjnego) osiąganych równocześnie za granicą, a nie - w odniesieniu wyłącznie do państwa zatrudnienia pracownika delegowanego. Taki sposób obliczania powyższej proporcji jest sprzeczny z ust. 1 akapit 5 Decyzji 2 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 (2010/C 106/02) - (dalej zwana: Decyzją A2), a także z „Praktycznym poradnikiem; Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej (UE), w Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) i Szwajcarii” (dalej zwany; Praktycznym Poradnikiem), który wskazuje, że w przedmiotowej sytuacji konieczne jest porównanie liczby personelu administracyjnego delegującego przedsiębiorstwa w państwie delegującym i w państwie zatrudnienia, liczby umów wykonanych w państwie delegującym i w państwie zatrudnienia, a także obroty osiągane przez delegujące przedsiębiorstwo w państwie delegującym i w państwie zatrudnienia w odpowiednim typowym okresie (str. 8-9 polskiej wersji Praktycznego Poradnika, listopad 2012). W ocenie skarżącego, Sąd drugiej instancji nie dokonał wskazanej tam „pogłębionej analizy” stanu sprawy wymaganej przy stwierdzeniu nieosiągnięcia w państwie delegującym ok. 25% obrotów, uwzględniającej okoliczności dotyczące specyfiki działalności skarżącego, nie uwzględnił różnic siły nabywczej pieniądza i różnic wynagrodzeń. Konieczność dokonania takiej analizy potwierdzają literalnie i wprost przepisy uchwalonej po spornym okresie Dyrektywy Parlamentu 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, zmieniającej rozporządzenie (UE) nr 1024/2012 w sprawie współpracy administracyjnej za

pośrednictwem systemu wymiany informacji na rynku wewnętrznym („rozporządzenie w sprawie IMI”).

Formułując zarzuty naruszenia przepisów postępowania, skarżący podniósł obrazę art. 233 § 1 k.p.c. dowolną ocenę dowodów dokonaną z pominięciem okoliczności istotnych dla rozpatrzenia sprawy, w tym:

1) zaniechaniu ustalenia proporcji obrotów osiągniętych przez Wnioskodawcę w Polsce oraz w kraju delegowania pracownika, podczas gdy proporcja ta stanowi okoliczność istotną dla ustalenia wysokości obrotu Wnioskodawcy na terenie Polski,

2) zaniechaniu przeprowadzenia „pogłębionej analizy” stanu sprawy wymaganej przez Praktyczny poradnik w sytuacji braku osiągnięcia w państwie delegującym ok. 25% obrotów. Wbrew wyraźnemu nakazowi Praktycznego Poradnika, który jest jedynym źródłem kryterium 25% obrotów. Sąd II instancji oparł swoje rozstrzygnięcie wyłącznie na stwierdzeniu, że Wnioskodawca nie osiągnął obrotów wymaganych przez Praktyczny Poradnik, nie przeprowadzając dalszego badania okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, tj.

a) liczebności personelu administracyjnego pracującego w państwie członkowskim, w którym pracodawca ma siedzibę oraz w drugim państwie członkowskim,

b) liczby umów wykonywanych w państwie delegującym i w państwie zatrudnienia delegowanego pracownika,

c) miejsca, w którym rekrutowani są pracownicy delegowani,

d) miejsca, w których zawierana jest większość umów z klientami,

e) prawa mające zastosowanie do umów zawartych przez Wnioskodawcę z pracownikami i prawo mające zastosowanie do umów zawartych przez Wnioskodawcę z klientami.

Zarzuty w tym zakresie dotyczą także art. 328 § 2 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. Brak powyższy polegał przede wszystkim na tym, że Sąd Apelacyjny uwzględniając apelację organu rentowego wskazał jedynie na nieosiągnięcie przez wnioskodawcę określonych obrotów na terenie Polski.

Skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi drugiej instancji do ponownego rozpoznania z orzeczeniem o zwrocie kosztów postępowania kasacyjnego.

Organ rentowy wniósł o oddalenie skargi i zasądzenie kosztów postępowania poniesionych w postępowaniu przed Sądem Najwyższym.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

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). Wyjątek - podleganie nadal polskiemu ubezpieczeniu społecznemu obywatela polskiego zatrudnionego za granicą – dotyczy 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 (WE) nr 883/2004 oraz art. 14 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 987/2009, 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.

Nie budzi wątpliwości, że 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 (WE) nr 883/2004, 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 (WE) nr 987/2009). 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.

Uwzględniając to oraz okoliczności sprawy, należało 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 o promocji zatrudnienia 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 2015 r., poz. 584 ze zm.) 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 z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, jednolity tekst: Dz.U. z 2015 r., poz. 149; dalej „ustawa o promocji zatrudnienia”). 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 stawy 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. Mówiąc inaczej, 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 równolegle 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 dwudziestopięcioprocentowego 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 (niepubl.), odmiennie od licznych wyroków Sądu Najwyższego, w których podłożem były decyzje Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, Oddział w W. w przedmiocie odmowy wydania spółce W. 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, niepubl., z dnia 4 czerwca 2014 r., II UK 565/13, niepubl., z dnia 6 sierpnia 2014 r., II UK 31/14, niepubl., z dnia 14 października 2014 r., II UK 32/14, niepubl. oraz z dnia 18 listopada 2014 r., II UK 46/14, niepubl.). 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 (WE) nr 883/2004. Nieosiągnięcie tego obrotu wymaga natomiast analizy okoliczności określonej sprawy przy uwzględnieniu pozostałych kryteriów.

Nie bez znaczenia dla podzielenia przez obecny skład Sądu Najwyższego poglądu wyrażonego w wyroku z dnia 18 listopada 2015 r., II UK 46/14, 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, jest zatem 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). Nie ulega także wątpliwości, że uwzględniając inne kryteria w przypadku przedsiębiorstwa, które swoją działalność opiera przede wszystkim na rekrutacji pracowników w związku i na potrzeby realizacji zamówienia kontrahenta, należy stwierdzić, iż takie przedsiębiorstwo prowadzi znaczną część swojej działalności w państwie, w którym w znacznym stopniu poszukuje tych pracowników.

Uwzględniając to, Sąd Najwyższy orzekł, jak w sentencji (art. 398¹⁵ § 1 k.p.c.).