



Sygn. akt II UK 545/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 listopada 2016 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Maciej Pacuda (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Romualda Spyt

SSN Krzysztof Staryk

w sprawie z wniosku P. Sp. z o.o. z siedzibą w W.
przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddziałowi w W.
z udziałem zainteresowanego P. B.
o wydanie zaświadczenia w sprawie z zakresu ubezpieczeń społecznych,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń
Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 29 listopada 2016 r.,
skargi kasacyjnej wnioskodawcy od wyroku Sądu Apelacyjnego
z dnia 4 marca 2015 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. decyzją z dnia 29 listopada 2012 r. odmówił wydania odwołującej się P. Sp. z o.o. w W. zaświadczenia A1 potwierdzającego, że zainteresowany P. B. w okresie wykonywania pracy na

terytorium Francji, to jest w czasie od dnia 23 lipca 2012 r. do dnia 31 sierpnia 2012 r., podlegał polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych.

Sąd Okręgowy w W. wyrokiem z dnia 26 czerwca 2014 r., wydanym na skutek odwołania wymienionej Spółki od tej decyzji, zmienił ją i nakazał organowi rentowemu poświadczenie formularza A1 potwierdzającego, że zainteresowany P. B. podlegał polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych w okresie wykonywania pracy na terytorium Francji, w czasie od dnia 23 lipca 2012 r. do dnia 31 sierpnia 2012 r.

Sąd Okręgowy ustalił, że odwołująca się P. Sp. z o.o. w dniu 6 sierpnia 2012 r. złożyła w organie rentowym wnioski o poświadczenie dokumentów o ustawodawstwie właściwym dla pracownika firmy w związku z czasowym delegowaniem go do pracy na terytorium Francji w okresie od dnia 23 lipca 2012 r. do dnia 31 sierpnia 2012 r.

Sąd pierwszej instancji ustalił ponadto, że P. jest agencją pracy tymczasowej. Zajmuje się m.in. działalnością związaną z wyszukiwaniem miejsc pracy i pozyskiwaniem pracowników, udostępnianiem wykwalifikowanych pracowników przedsiębiorstwom z krajów Unii Europejskiej w branżach: budowlanej, konstrukcyjnej oraz turystycznej. Prowadzi w tym celu działalność rekrutacyjną, logistyczną i administracyjną. Administracja wnioskodawcy, a także kadry, księgowość i marketing są prowadzone w Polsce. Proces rekrutacyjny również jest prowadzony w Polsce (testy, rozmowy kwalifikacyjne, podpisywanie umów). Spółka nalicza i wypłaca wynagrodzenie, wystawia zaświadczenia i świadectwa pracy, w toku zatrudnienia kontaktuje się na bieżąco z pracownikami oddelegowanymi, zapewnia im opiekę. Umowy o pracę podlegają polskiemu reżimowi prawnemu.

Zainteresowany P. B. został zatrudniony u odwołującej się na podstawie umowy o pracę zawartej na okres od dnia 23 lipca 2012 r. do dnia 31 sierpnia 2012 r., został też zgłoszony do ubezpieczeń społecznych jako pracownik. Zgodnie z umową o pracę, zainteresowany został wysłany na terytorium Francji do pracy na stanowisku elektryka. Odwołująca się we wniosku o poświadczenie formularza A1 dla tego zainteresowanego podała, że uzyskała z tytułu działalności prowadzonej w Polsce obroty na poziomie 18%, zatrudnia na terenie Polski 108 pracowników oraz

realizuje w kraju 11 umów z kontrahentami. Natomiast 229 osób, oddelegowanych do pracy za granicą, jest zatrudnionych w celu realizacji 48 umów.

Sąd Okręgowy ustalił również, że organ rentowy przeprowadził postępowanie w przedmiocie określenia danych dotyczących działalności prowadzonej przez odwołującą się w Polsce, a zebrany w sprawie materiał dowodowy wskazał, że na dzień delegowania zainteresowanego osiągnęła ona średnie obroty z okresu 12 miesięcy prowadzenia pozarolniczej działalności gospodarczej na poziomie 12%. Dane wykazane przez Spółkę we wnioskach o poświadczenie formularzy A1 złożonych od 2010 r. wskazywały, z kolei, że przychody z działalności w kraju spadły, bowiem na dzień 30 sierpnia 2010 r. wynosiły 31%, na dzień 31 grudnia 2010 r. – 18%, zaś na dzień 30 czerwca 2011 r. – 12%. W okresie od stycznia 2012 r. do marca 2012 r. obrót osiągany przez firmę z działalności w Polsce utrzymywał się na poziomie 12%. Organ rentowy za dowód w sprawie uznał informację z Urzędu Skarbowego z dnia 11 lipca 2012 r., z której wynikało, że Spółka w deklaracjach VAT-7 za okres od stycznia 2011 r. do kwietnia 2012 r. wykazywała: w 2011 r. - sprzedaż w kraju na poziomie 2.047.585,00 zł, sprzedaż poza krajem na poziomie 22.604.601,00 zł, a w 2012 r. sprzedaż na terenie kraju na poziomie 832.589,00 zł, zaś sprzedaż poza terenem kraju na poziomie 6.712.375,00 zł. W okresie od maja 2012 r. do czerwca 2012 r. Spółka zatrudniała (na podstawie umowy o pracę i umów zlecenia) i zgłaszała do ubezpieczeń społecznych w kraju średnio w miesiącu - łącznie 96 osób oraz realizowała 9 umów/kontraktów z podmiotami gospodarczymi w Polsce, natomiast we Francji i w Niemczech pracę wykonywało łącznie średnio 214 osób w ramach realizowanych około 38 umów/kontraktów. W Spółce są również zatrudnione osoby na podstawie umów zlecenia i umów o dzieło, za które nie odprowadza ona składek na ubezpieczenie emerytalne i rentowe i nie podlegają one ubezpieczeniu społecznemu. Dane z Urzędu Skarbowego wskazują natomiast, że Spółka w deklaracjach dla podatku od towarów i usług N/AT-7 wykazała za 2011 r. sprzedaż na terenie kraju, która stanowiła 8,3% sprzedaży łącznej (tj. w Polsce, w krajach trzecich i Unii Europejskiej) oraz za okres od stycznia do lipca 2012 r. na poziomie 9,6%.

Uwzględniając tak ustalony stan faktyczny sprawy, Sąd pierwszej instancji uznał, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie. Spółka prowadzi bowiem w Polsce godną odnotowania działalność, czego dowodzą przedłożone przez nią umowy o świadczenie pracy tymczasowej z lat 2010 - 2011. Stosunek ilości zawieranych umów, liczby delegowanych pracowników oraz osiągniętych obrotów w Polsce i za granicą jest nierównomierny wyłącznie z uwagi na uwarunkowania rynkowe, nie może natomiast przesądzać o nikłości działalności prowadzonej w Polsce.

Zdaniem Sądu Okręgowego, wymóg, aby wysyłające przedsiębiorstwo zazwyczaj prowadziło na terenie kraju delegującego swoją znaczną część działalności należy rozumieć szeroko. Należy wziąć pod uwagę szereg czynników min. gdzie znajduje się siedziba przedsiębiorstwa, gdzie znajduje się kadra kierownicza, biura, administracja, kadry, ale przede wszystkim należy uwzględnić charakter działalności danego przedsiębiorstwa. Zgromadzony w sprawie materiał dowodowy potwierdził zaś, że odwołująca się prowadzi znaczącą działalność w kraju, gdyż spełnia te przesłanki. Przemawia za tym również charakter jej działalności jako agencji pracy.

Sąd pierwszej instancji stwierdził równocześnie, że kryterium osiągnięcia 25% obrotu w Polsce ma charakter pomocniczy i nie może być traktowane jako jedyne kryterium wyboru ustawodawstwa w zakresie ubezpieczeń społecznych. Wysokość obrotów w Polsce zawsze będzie zaś pozostawiać w dysproporcji z wysokością obrotów w innych państwach zachodnich UE, ze względu na zróżnicowany poziom gospodarczy Państw Członkowskich.

W ocenie Sądu Okręgowego, nie ulegało w niniejszej sprawie wątpliwości, iż umowa o pracę pomiędzy odwołującą się, posiadającą siedzibę w Polsce i prowadzącą działalność, zarówno w Polsce, jak i za granicą (we Francji), a zainteresowanym, została zawarta w celu oddelegowania zainteresowanego do pracy w innym państwie członkowskim - we Francji, na czas określony nieprzekraczający 24 miesięcy. Przed zatrudnieniem przez agencję zainteresowany podlegał natomiast ustawodawstwu polskiemu, składki na ubezpieczenie społeczne od otrzymanego wynagrodzenia za okresy pracy we Francji zostały zapłacone

przez płatnika w Polsce. Zatem zostały spełnione warunki wynikające z art. 11 ust. 2 lit. a rozporządzenia nr 883/2004.

Sąd Apelacyjny – Sąd Pracy i Ubezpieczeń Społecznych w W. wyrokiem z dnia 4 marca 2015 r., wydanym na skutek apelacji organu rentowego od wyroku Sądu Okręgowego – Sądu Pracy i Ubezpieczeń Społecznych w W. z dnia 26 czerwca 2014 r. zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że oddalił odwołanie oraz zasądził od odwołującej się P. Sp. z o.o. w W. na rzecz organu rentowego kwotę 180 zł tytułem zwrotu kosztów procesu za obie instancje.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, spór w niniejszej sprawie wymagał ustalenia, czy organ rentowy zasadnie odmówił wydania Spółce P. zaświadczenia, że zainteresowany pracownik, w okresach wskazanych w zaskarżonej decyzji, podlegał polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych.

Sąd drugiej instancji przypomniał, że organ rentowy argumentował swoje stanowisko przede wszystkim tym, iż Spółka nie prowadzi w Polsce normalnej działalności w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 z 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego, co uniemożliwia utrzymanie wobec zainteresowanego ustawodawstwa polskiego w okresie oddelegowania go do pracy na terytorium Francji (zapewne wskutek oczywistej omyłki w uzasadnieniu wskazano w tym miejscu terytorium Niemiec). Sąd Okręgowy, szczegółowo powołując mające zastosowanie w sprawie przepisy rozporządzenia Parlamentu i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego oraz rozporządzenia Parlamentu i Rady (WE) z dnia 16 września 2009 r. nr 987/2009 dotyczącego wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/2004 wyszedł natomiast z założenia, że obrót z prowadzonej działalności przedsiębiorstwa nie stanowi pierwszoplanowego kryterium decydującego o miejscu wykonywania tej działalności. Dlatego fakt, że w spornych okresach Spółka generowała na terenie Polski obrót w wysokości zaledwie około 12% nie uzasadniał odmowy wydania zaświadczeń A1, potwierdzających, że zainteresowany podlegał w tym czasie ustawodawstwu polskiemu. Uzasadniając swoje stanowisko, Sąd pierwszej instancji zinterpretował także w tym kierunku treść decyzji nr A2 Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego z 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.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, z takim poglądem Sądu pierwszej instancji nie można się jednak zgodzić, zwłaszcza w obliczu najnowszych orzeczeń Sądu Najwyższego (wydanych w dniu 4 czerwca 2014 r. w sprawach: II UK 550/13 i II UK 565/13), które Sąd Apelacyjny w pełni podzielił, wydanych w sprawach odwołującej się P. Sp. z o.o. i opartych na prawie identycznych stanach faktycznych.

Sąd drugiej instancji przypominał, że w przypadku pracowników najemnych generalną regułą jest podleganie systemowi zabezpieczenia społecznego tylko jednego kraju, w którym jest świadczona praca (*lex loci laboris*). Taka konkluzja wypływa z dyspozycji art. 11 ust. 2a rozporządzenia Parlamentu i Rady (WE) nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego, który stanowi, że osoba wykonująca w państwie członkowskim pracę najemną lub pracę na własny rachunek, podlega ustawodawstwu tego państwa członkowskiego. W rozporządzeniu są jednakże przewidziane liczne wyjątki od powyższej zasady terytorialności. Takie odstępstwo od reguły przewiduje art. 12 ust. 1 powołanego rozporządzenia, który stanowi, że osoba wykonująca działalność jako pracownik najemny w państwie członkowskim w imieniu pracodawcy, który tam normalnie prowadzi działalność, a która jest delegowana przez tego pracodawcę do innego państwa członkowskiego do wykonywania pracy w imieniu 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 osobę.

W szczegółowych uregulowaniach odnoszących się do art. 12 i 13 rozporządzenia podstawowego nr 883/2004, zawartych w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) NR 987/2009 dotyczącym wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego, a konkretnie w jego art. 14 ust. 1 i 2 wskazano, że sformułowanie zawarte w art. 12 ust. 1 rozporządzenia podstawowego „osoba, która wykonuje działalność jako pracownik najemny w państwie członkowskim w imieniu

pracodawcy, który normalnie tam prowadzi swoją działalność, a która jest delegowana przez tego pracodawcę do innego państwa członkowskiego” oznacza także osobę zatrudnioną w celu oddelegowania jej do innego państwa członkowskiego, pod warunkiem, że osoba ta bezpośrednio przed rozpoczęciem zatrudnienia podlega już ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym siedzibę ma jej pracodawca. W ustępie 2 wyjaśniono natomiast, że sformułowanie zawarte w art. 12 ust. 1 rozporządzenia podstawowego „który normalnie tam prowadzi swą działalność” odnosi się do pracodawcy 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.

Sąd Apelacyjny zauważył, że okolicznościach rozpoznawanej sprawy nie było sporne, że przewidywany okres wykonywania przez zainteresowanego pracy we Francji nie przekraczał 24 miesięcy oraz że pracownik ten nie został skierowany w miejsce innej osoby, której upłynął okres skierowania. Spór wymagał więc rozstrzygnięcia, czy odwołująca się P. Sp. z o.o. prowadzi na terenie Polski „znaczną działalność”, o której mowa w art. 12 ust. 1 rozporządzenia podstawowego nr 883/2004, inną niż działalność związaną z samym zarządzeniem wewnętrznym, oraz na jakich zasadach zainteresowany został oddelegowany do pracy we Francji.

Sąd drugiej instancji odwołał się do treści decyzji nr A2 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. Komisja Administracyjna ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego w decyzji tej wyjaśniła, że pierwszym decydującym warunkiem dla zastosowania art. 12 ust. 1 rozporządzenia jest istnienie bezpośredniego związku między pracodawcą a zatrudnionym przez niego pracownikiem. Drugim decydującym warunkiem dla zastosowania art. 12

ust. 1 wspomnianego rozporządzenia jest istnienie więzi między pracodawcą a państwem członkowskim, w którym ma on swoją siedzibę. Możliwość delegowania pracowników według Komisji powinna zatem ograniczać się wyłącznie do przedsiębiorstw, które normalnie prowadzą swą działalność na terytorium państwa członkowskiego, którego ustawodawstwu nadal podlega pracownik delegowany; dlatego przyjmuje się, że powyższe przepisy mają zastosowanie jedynie do przedsiębiorstw, które zazwyczaj prowadzą znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego, w którym mają siedzibę. Przez cały okres delegowania powinna istnieć możliwość przeprowadzania wszelkich kontroli, dotyczących w szczególności opłacania składek i utrzymywania bezpośredniego związku, wymaganych dla zapobieżenia niezgodnemu z prawem wykorzystaniu wyżej wymienionych przepisów oraz dla zapewnienia odpowiednich informacji organom administracyjnym, pracodawcom i pracownikom. Pracownik i pracodawca muszą być należycie poinformowani o warunkach, pod którymi zezwala się na to, by pracownik delegowany nadal podlegał ustawodawstwu państwa, z którego został oddelegowany.

Sąd Apelacyjny stwierdził w związku z tym, że Sąd Najwyższy w powołanych wcześniej wyrokach w sposób jednoznaczny wskazał, iż 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. „Taki poziom wymaganego obrotu odpowiada regulacji prawnej, adresowanej do pracodawcy zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności, innej niż działalność związana z samym zarządzaniem wewnętrznym na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma siedzibę”. Stanowisko, że obrót stanowi kryterium odwołujące się do skali działalności przedsiębiorstwa, Sąd Najwyższy uznał przy tym w zasadzie za utrwalone i aktualne jako kryterium racjonalnie sprawdzalne i w tym zakresie powołał się na orzecznictwo ETS, to jest m.in. na sprawę *Fitzwilliam* (wyrok z dnia 10 lutego 2000 r., C-202/97, ECR 2000/2/I-00883), gdzie przyjęto, że warunek zwykłego wykonywania działalności jest spełniony, gdy przedsiębiorstwo stale wykonuje

znaczącą działalność w państwie, w którym ma siedzibę. Sąd Najwyższy podniósł także, iż jakkolwiek z „Poradnika Praktycznego dotyczącego ustawodawstwa mającego zastosowanie do pracowników Unii Europejskiej...” wynika, że przypadki, w których obrót jest niższy niż 25%, „wymagałyby pogłębionej analizy”, to jednocześnie nie można tego interpretować w kierunku zniesienia warunku zastrzeżonego poziomu obrotu. Chodzi raczej, według Sądu Najwyższego, o to, że odstępstwo powinno stanowić wyjątek oparty na racjonalnej podstawie. Sąd Najwyższy określił takie wymaganie w szczególności w stosunku do agencji pracy tymczasowej, jaką jest odwołująca się.

Uwzględniając tę argumentację, Sąd drugiej instancji stwierdził, że z ustaleń faktycznych dokonanych przez Sąd pierwszej instancji wynikało, iż zainteresowany był zatrudniony wyłącznie w celu wykonywania pracy we Francji, a Spółka P. w spornym okresie na terenie Polski osiągała zaledwie około 12% swoich dochodów. Co więcej, z ustaleń Sądu pierwszej instancji wynikało też, że Spółka prowadzi działalność gospodarczą w zakresie pośrednictwa pracy i zajmuje się głównie delegacją pracowników do pracy za granicą, bo współpracuje z przedsiębiorstwami we Francji i w Niemczech. Działalność Spółki na terenie Polski ogranicza się w zasadzie tylko do zarządzenia wewnętrznego i prowadzenia czynności administracyjnych. Zainteresowany był *de facto* pracownikiem pracodawcy francuskiego i na jego rzecz świadczył pracę. Zainteresowany nie wykonywał natomiast pracy bezpośrednio na rzecz Spółki P.. Nie można więc w tym wypadku stwierdzić, aby pomiędzy odwołującą się a zainteresowanym w sprawie istniała bezpośrednia więź, albowiem Spółka P. przez okres delegowania pracownika za granicę nie miała wpływu ani na przebieg, ani na warunki jego zatrudnienia.

Z kolei 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. Jak to zostało wyżej wskazane, 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 zakresie ubezpieczeń społecznych.

Wobec powyższego i w świetle ostatniego orzecznictwa Sądu Najwyższego, stwierdzenie, że Spółka nie osiągnęła w spornym okresie w Polsce minimum 25% obrotu z całej prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej, uniemożliwiało uznanie, że oddelegowany do pracy we Francji zainteresowany podlegał w tym czasie ustawodawstwu polskiemu.

Odwołująca się P. Sp. z o.o. w W. wniosła do Sądu Najwyższego skargę kasacyjną od wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia 4 marca 2015 r., zaskarżając ten wyrok w całości i zarzucając mu naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 11 ust. 2 lit. a i art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004, art. 14 ust. 1 i 2 i art. 19 ust. 2 rozporządzenia 987/2009 oraz ust. 1 akapit 5 decyzji nr A2 Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego, przez ich błędną wykładnię i zastosowanie, w wyniku czego niezasadnie przyjęto, że P. Sp. z o.o. w spornym okresie od dnia 23 lipca 2012 r. do dnia 31 sierpnia 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 postępowania, to jest art. 233 § 1 k.p.c. i art. 328 § 2 k.p.c. w związku z art. 391 k.p.c.

Powołując się na tak sformułowane zarzuty, skarżąca wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu.

Ponadto, skarżąca wniosła o wystąpienia przez Sąd Najwyższy do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z następującymi pytaniami prawnymi na podstawie art. 267 akapit 3 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej:

1) Czy pojęcie „pracodawca, który normalnie prowadzi tam [w państwie członkowskim] swą działalność” użyte w art. 12 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego, a następnie uszczegółowione przez art. 14 ust. 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r. dotyczącego

wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego 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 przepisach prawa europejskiego i „Poradniku praktycznym - Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej (UE), Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) i Szwajcarii”?

3) Czy wymienione w 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) i „Poradniku praktycznym - Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej (UE), Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) i Szwajcarii” 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 całościowych obrotów (i odpowiednio liczebności personelu administracyjnego i innych pracowników oraz liczby umów) osiągniętych przez przedsiębiorcę za granicą we wszystkich państwach, w których prowadzi działalność, czy w odniesieniu wyłącznie do państwa zatrudnienia pracownika delegowanego?

4) czy przy dokonywaniu, dla potrzeb ustalenia właściwego ustawodawstwa z zakresu ubezpieczeń społecznych, porównania obrotów osiągniętych przez przedsiębiorcę w kraju macierzystym oraz państwa zatrudnienia pracownika

delegowanego powinna być uwzględniana różnica siły nabywczej waluty - wysokości wynagrodzeń, występujące pomiędzy poszczególnymi państwami?

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Nie są usprawiedliwione podniesione w ocenianej skardze kasacyjnej zarzuty naruszenia przepisów postępowania. Co do zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., Sąd Najwyższy uznaje za konieczne przypomnieć, że treść oraz kompozycja art. 398³ k.p.c. wskazuje, że choć generalnie dopuszczalne jest oparcie skargi kasacyjnej na podstawie naruszenia przepisów postępowania, to jednak z wyłączeniem zarzutów dotyczących ustalenia faktów lub oceny dowodów, choćby naruszenie odnośnych przepisów mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy. Inaczej mówiąc, niedopuszczalne jest oparcie skargi kasacyjnej na podstawie, którą wypełniają takie właśnie zarzuty. Przepis art. 398³ § 3 k.p.c. wprowadzie nie wymienia *expressis verbis* konkretnych przepisów, których naruszenie, w związku z ustalaniem faktów i przeprowadzaniem oceny dowodów, nie może być przedmiotem zarzutów wypełniających drugą podstawę kasacyjną, nie ulega jednak wątpliwości, że obejmuje on art. 233 k.p.c., albowiem właśnie ten przepis określa kryteria oceny wiarygodności i mocy dowodów (por. pośród wielu wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 19 października 2010 r., II PK 96/10, LEX nr 687025, z dnia 24 listopada 2010 r., I UK 128/10, LEX nr 707405, czy też z dnia 24 listopada 2010 r., I PK 107/10, LEX nr 737366). Dlatego podnoszone w skardze kasacyjnej odwołującej się zarzuty naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. nie mogą być rozpatrywane przez Sąd Najwyższy.

Również na temat wagi naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c. jako podstawy skargi kasacyjnej Sąd Najwyższy wypowiadał się wielokrotnie, wyjaśniając, że naruszenie art. 328 § 2 k.p.c. z reguły nie ma wpływu na treść wyroku, gdyż uzasadnienie sporządzane jest dopiero po jego wydaniu (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 1 lipca 1998 r., I PKN 220/98, OSNAPiUS 1999 nr 15, poz. 482; z dnia 9 lipca 1998 r., I PKN 234/98, OSNAPiUS 1999 nr 15, poz. 487; z dnia 7 kwietnia 1999 r., I PKN 653/98, OSNAPiUS 2000 nr 11, poz. 427 oraz z dnia 5 września 2001 r., I PKN 615/00, OSNP 2003 nr 15, poz. 352). Wyjątkowo jednak, niezgodne z art. 328 § 2 k.p.c. sporządzenie uzasadnienia wyroku sądu drugiej instancji, może stanowić usprawiedliwioną podstawę skargi kasacyjnej, gdy

niezachowanie jego wymagań konstrukcyjnych będzie czynić zasadnym kasacyjny zarzut naruszenia prawa materialnego przez jego zastosowanie do niedostatecznie jasno ustalonego stanu faktycznego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2001 r., I PKN 615/00, OSNP 2003 nr 15, poz. 352) lub gdy uniemożliwia całkowicie dokonanie oceny toku wyводу, który doprowadził do wydania orzeczenia (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 18 marca 2003 r., IV CKN 1862/00, LEX nr 109420 oraz z dnia 15 lipca 2011 r., I UK 325/10, LEX nr 949020) albo nie pozwala na jego kontrolę kasacyjną (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 20 lutego 2003 r., I CKN 65/01, LEX nr 78271; z dnia 6 lipca 2011 r., I CSK 67/11, LEX nr 970061). Podobny pogląd Sąd Najwyższy wyraził w motywach w wyroku z dnia 2 czerwca 2011 r., I CSK 581/10 (LEX nr 950715), wywodząc, że przez sporządzenie uzasadnienia nieodpowiadającego warunkom, jakie stawia wymieniony przepis, może wyjątkowo wypełniać podstawę kasacyjną przewidzianą w art. 398³ § 1 pkt 2 k.p.c. Ma to jednak miejsce wówczas, gdy skutek uchybienia konkretnym wymaganiom określonym w art. 328 § 2 k.p.c. zaskarżone orzeczenie nie poddaje się kontroli kasacyjnej, czyli gdy stwierdzone wady mogły mieć szczególnie negatywny wpływ na wynik sprawy. Także doktryna aprobeuje przedstawioną wyżej interpretację (por. Komentarz A. Jakubeckiego do art. 328 k.p.c. i podana tam literatura (w:) Komentarz do Kodeksu Postępowania cywilnego, pod. Red. Dolecki H, Wiśniewski T, LEX 2011, por. też Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz pod red. A. Zielińskiego, Warszawa 2008 r., s. 504-506 i cyt. tam literatura). Zatem, według dominującego poglądu nauki i judykatury, o uchybieniu art. 328 § 2 k.p.c. można mówić jedynie wtedy, gdy uzasadnienie zaskarżonego orzeczenia nie zawiera danych pozwalających na kontrolę tego rozstrzygnięcia. Wypada jednak dodać, że zakres odpowiedniego zastosowania art. 328 § 2 k.p.c. w postępowaniu przed sądem drugiej instancji (art. 391 § 1 k.p.c.) zależy od treści wydanego orzeczenia oraz, w dużym stopniu, od przebiegu postępowania apelacyjnego (np. tego czy przed sądem apelacyjnym były przeprowadzane dowody), a także od działań procesowych podjętych przez sąd odwoławczy, dyktowanych rodzajem zarzutów apelacyjnych oraz limitowanych granicami wniosków apelacji (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 18 listopada 2005 r., IV CK 202/05, LEX nr 173639 oraz z dnia 8 września 2015 r., I UK 431/14,

LEX nr 1797085). W przypadku, gdy sąd odwoławczy, rozpatrując apelację jednej ze stron postępowania, orzeka, jak w niniejszej sprawie, na podstawie materiału zgromadzonego w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, nie musi zaś powtarzać dokonanych już wcześniej ustaleń i ich motywów, jeśli taka potrzeba nie wynika z rodzaju zarzutów apelacyjnych. Wystarczy stwierdzenie, że przyjmuje je za własne. Wymaga natomiast podkreślenia, iż taka właśnie sytuacja ma miejsce w okolicznościach niniejszej sprawy. Sąd drugiej instancji, nie przeprowadzając uzupełniającego postępowania dowodowego, zaaprobował bowiem ustalenia faktyczne Sądu pierwszej instancji. Równocześnie jednak dokonał częściowo odmiennej oceny prawnej tych ustaleń, uznając, że nie dają one podstaw do przyjęcia, iż pomiędzy odwołującą się Spółką a zainteresowanym istniała bezpośrednia więź, a nadto że odwołująca się nie osiągała w kraju w spornym okresie obrotów na poziomie co najmniej 25%, w sytuacji gdy osiąganie takich właśnie obrotów winno mieć decydujące znaczenie dla oceny, czy jest pracodawcą zazwyczaj prowadzącym znaczną część swojej działalności na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę. Sąd Apelacyjny nie naruszył zatem art. 328 § 2 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c., ponieważ uzasadnienie wydanego przez ten Sąd orzeczenia zawiera wszystkie niezbędne elementy pozwalające na poddanie go kontroli kasacyjnej w ramach rozpatrywania podniesionych w skardze zarzutów naruszenia prawa materialnego.

Oceniana skarga jest, z kolei, uzasadniona w zakresie dotyczącym sformułowanych w niej zarzutów naruszenia prawa materialnego.

Odnosząc się do tych zarzutów, Sąd Najwyższy przypomina, że zgodnie z art. 12 ust. 1 rozporządzenia 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 883/2004. Przepisem wykonawczym do art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004 jest, między innymi, art. 14 ust. 2 rozporządzenia 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 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”.

W ramach wykładni przepisów powołanych w podstawie zaskarżenia zasadnicze znaczenie ma więc wyjaśnienie pojęcia „normalne prowadzenie działalności” (art. 12 ust. 1 rozporządzenia 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 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, że 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 uwzględniać wszystkie kryteria charakteryzujące jego działalność. Już odwołanie się do zaimka „wszystkie” w odniesieniu do kryteriów, które należy uwzględniać 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 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. Ślebzak, Koordynacja systemów zabezpieczenia społecznego, Warszawa 2012, s. 295). W wymienionej decyzji wskazuje się zaś, że decydującym warunkiem dla zastosowania art. 12 ust. 1 rozporządzenia 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 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. 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 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 987/2009, ani decyzji A2. Na gruncie rozporządzenia 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 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 17 grudnia 1970 r. w sprawie 35/70 (*Sarl Manpower przeciwko Caisse Primaire d' Assurance Maladie*, ECR 1970, s. 01251; dalej jako *Manpower*) oraz z 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 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 883/2004), czy też znaczną część działalności innej niż zarządzanie wewnętrzne (według art. 14 ust. 2 rozporządzenia 987/2009), należy uwzględnić 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 883/2004, co oznacza prowadzenie w Polsce znacznej części działalności (art. 14 ust. 2 rozp. 987/2009). Określenie „znaczna część działalności” należy przy tym, jak wynika z innych wersji językowych rozporządzenia 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 987/2009 i orzeczenia Fitzwilliam określeniami: ang. „substantial activities”, franc. „activités 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 podkreślić należy, 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 uzasadnione uznaje zatem podniesione w ocenianej skardze kasacyjnej zarzuty naruszenia art. 11 ust. 2 lit. a i art. 12 ust. 1 rozporządzenie 883/2004 oraz art. 14 ust. 1 i 2 i art. 19 ust. 2 rozporządzenie 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.