



Sygn. akt II UK 547/16

## **WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 5 września 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Bohdan Bieniek (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Maciej Pacuda

SSN Krzysztof Rączka

w sprawie z wniosku W. Sp. z o.o. w W.  
przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddziałowi w W.  
z udziałem zainteresowanych: I.B., P.M., M.N., A.O.  
o wydanie zaświadczenia na formularzu A1,  
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń  
Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 5 września 2017 r.,  
skargi kasacyjnej wnioskodawcy od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)  
z dnia 25 listopada 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**

Sąd Apelacyjny w (...) wyrokiem z dnia 25 listopada 2015 r. oddalił apelację  
W. Sp. z o.o. w W. od wyroku Sądu Okręgowego w W. z dnia 24 września 2014 r.,  
którym oddalono odwołanie płatnika składek od decyzji pozwanego z dnia 28

czerwca, 5 lipca, 8 lipca i 29 lipca 2013 r., odmawiającej wydania zaświadczenia A - o podleganiu ubezpieczeniu społecznemu w kraju przez zainteresowanych; I.B., M.N., P.M., A.O..

Sąd drugiej instancji, porównał obroty z tytułu prowadzonej działalności osiągane przez wnioskodawcę w kraju i za granicą. Uwzględnił, że Spółka W. jest agencją pracy tymczasowej zajmującą się między innymi działalnością związaną z wyszukiwaniem miejsc pracy, pozyskiwaniem i udostępnianiem wykwalifikowanych pracowników przedsiębiorstwom z krajów Unii Europejskiej w branży budowlanej, konstrukcyjnej oraz turystycznej. Prowadzi w tym celu działalność rekrutacyjną, logistyczną i administracyjną. Ustalił, że z tytułu działalności prowadzonej w Polsce, spółka uzyskała obroty na poziomie 14-18%, a nadto istniała znaczna dysproporcja w zakresie dotyczącym osób zatrudnionych w kraju do pracujących za granicą oraz w realizowaniu kontraktów.

Sąd drugiej instancji stwierdził, że prowadzenie tej działalności nie odpowiada warunkom przewidzianym w 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.U. UE. L. 2004.166.1; dalej „rozporządzenie (WE) nr 883/2004”) oraz art. 14 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r. dotyczącego wykonania rozporządzenia (WE) nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz.U. UE. L. 2009.284.1; dalej „rozporządzenie (WE) nr 987/2009”). W ocenie Sądu II instancji decydującym kryterium powinno być uzyskanie co najmniej 25% obrotu w miejscu, gdzie znajduje się siedziba przedsiębiorstwa delegującego, a poparcie swego stanowiska odwołał się do poglądów Sądu Najwyższego wyrażonych w sprawach II UK 550/13 i II UK 565/13.

Skarga kasacyjna Spółki, z wnioskiem o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu, została oparta na podstawie naruszenia prawa materialnego art. 11 ust. 2 lit. a i art. 12 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 883/2004 oraz art. 14 ust. 1 i 2 i art. 19 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 987/2009 przez ich błędną wykładnię, a tym samym przyjęcie, iż skarżąca Spółka w spornym okresie nie prowadziła normalnej działalności w Polsce. Natomiast w ramach naruszenia przepisów postępowania,

które miały istotny wpływ na wynik sprawy wskazano na naruszenie: art. 233 § 1 k.p.c. przez dokonanie dowolnej oceny dowodów, jak też zaniechania w zakresie ustalenia istotnych dla sprawy okoliczności. Nadto wskazano na uchybienie art. 328 § 2 k.p.c. w związku z art. 391 k.p.c.

W odpowiedzi na skargę kasacyjną organ rentowy wniosł o jej oddalenie i zasądzenie na jego rzecz kosztów procesu.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna jest trafna. Istota przedmiotowego sporu dotyka problematyki stosowania prawa UE z zakresu koordynacji. Dodatkowo stanowi jedną z kilkudziesięciu spraw między Spółką W. (agencją pracy tymczasowej), a organem rentowym, jakie zostały rozpoznane przez Sąd Najwyższy (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 18 listopada 2015 r., II UK 100/14, OSNP 2016 nr 7, poz. 88; z dnia 12 kwietnia 2016 r., II UK 108/14 niepubl.; z dnia 6 lipca 2016 r., II UK 49/15, niepubl.). To ostatnie spostrzeżenie pozwala na konstatację, że strony znają argumentację, która legła u podstaw wydania rozstrzygnięć kasacyjnych. Nie zachodzi więc potrzeba szczegółowego omawiania zagadnień drugoplanowych. Wystarczające zatem jest wyjaśnienie kryterium oceny, czy istnieją przesłanki do wydania Spółce zaświadczenia A 1, potwierdzającego, że zainteresowani w związku z wykonywaniem pracy za granicą podlegali ubezpieczeniu społecznemu w Polsce. Już na wstępie widać, że chodzi o wyjątek na tle stosowania przepisów rozporządzenia (WE) nr 883/2004, gdyż ubezpieczony powinien co do zasady podlegać ubezpieczeniu społecznemu w kraju miejsca wykonywania pracy (*lex loci labori*). Zachowanie uprawnienia do dalszego podlegania polskiemu ubezpieczeniu społecznemu obywatela polskiego zatrudnionego za granicą ma miejsce w razie 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 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 osoba ta nie jest wysłana po to, by zastąpić inną osobę. Przejściowe wysłanie pracownika na obszar innego państwa w celu wykonywania tam pracy na rzecz swego pracodawcy, jako instytucja prawna, zostało określone i wyłożone w decyzji nr A2 Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego.

Na marginesie należy podnieść, iż decyzja A2 Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego nie stanowi co prawda 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 (WE) nr 883/2004 w ramach jej zadań dotyczących wykładni i usprawniania jednolitego stosowania prawa Unii Europejskiej (zob. D. Dzieńskiuk, Charakter prawny decyzji Komisji Administracyjnej do Spraw Zabezpieczenia Społecznego, Ubezpieczenia Społeczne 2011 nr 1-2; K. Ślęzak, Koordynacja systemów zabezpieczenia społecznego, Warszawa 2012, s. 295). Z tego względu nie można pomijać postanowień z niej wynikających.

Za wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 13 kwietnia 2016 r., II UK 143/14, trzeba wskazać, że decydującym warunkiem dla zastosowania art. 12 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 883/2004 jest istnienie więzi między pracodawcą a państwem członkowskim, w którym ma on swoją siedzibę. Możliwość delegowania pracowników powinna zatem ograniczać się wyłącznie do przedsiębiorstw, które normalnie prowadzą swą działalność na terytorium państwa członkowskiego, którego ustawodawstwu nadal podlega pracownik delegowany.

Nie budzi wątpliwości, że ustalenie, czy pracodawca, który także 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 ze względu na wszystkie kryteria charakteryzujące prowadzenie zazwyczaj znacznej działalności w Polsce, przy czym konieczne jest ich dopasowanie do specyficznych cech każdego 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 omówionej powyżej 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. Dodatkowym elementem w sprawie jest specyfika związana z formą prowadzonej działalności przez Spółkę (agencja pracy tymczasowej). Zgodnie z art. 3 dyrektywy nr 96/71/WE jest nią 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 obowiązywał ją także art. 67<sup>1</sup> § 2 pkt 3 k.p. (por. dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 96/71/WE z dnia 16 grudnia 1996 r. w sprawie delegowania pracowników w ramach świadczenia usług (Dz.Urz. WE L 18 z 21 marca 1997 r., s. 1 w związku z art. 3 pkt 19 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o zmianie i uchyleniu niektórych ustaw w związku z uzyskaniem przez Rzeczpospolitą członkostwa w Unii Europejskiej, Dz.U. z 2004 r. Nr 96, poz. 959).

Działanie przedsiębiorcy, polegające na wyszukaniu siły roboczej w jednym państwie, a następnie „sprzedaży” tej pracy podmiotowi w innym państwie, jest w swej istocie działaniem transgranicznym; rozkłada się na co najmniej dwa państwa, w których zwykle agencja pracy tymczasowej prawie równolegle wykonuje przypisane jej czynności w celu realizacji trójstronnego stosunku prawnego powstającego w związku z zawieraniem umów o pracę tymczasową. 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 do badania zakresu działalności firmy oferującej scharakteryzowane powyżej usługi, należy stwierdzić, że porównywanie przychodu firmy w państwie delegującym oraz w państwie delegowania nie jest właściwe, gdyż istota wskazanego stosunku powoduje, iż przedsiębiorstwo w państwie, z którego deleguje pracownika, ponosi przede wszystkim koszty związane z zatrudnieniem, natomiast zyski z tego zatrudnienia czerpie od kontrahenta w państwie oddelegowania. Wskazany model prowadzenia przedsiębiorstwa bazuje na różnicy cenowej pracy w państwach członkowskich, co sprawia, że równoległe oferowanie

wskazanej usługi na rynku krajowym i zagranicznym, przy zastosowaniu kryterium przychodowego, nie przedstawia działań przedsiębiorstwa w rzeczywistej skali. Obrót agencji pracy tymczasowej, której przedmiot działania polega na wysyłaniu swych pracowników za granicę, w postaci globalnego przychodu ze sprzedaży dóbr i usług w określonym czasie, rozumiany jako wyznacznik skali działalności tego przedsiębiorstwa, wypracowywany jest w obydwu państwach, w państwie siedziby i w państwie wysłania, z tym tylko, że w państwie swej siedziby agencja pracy tymczasowej zasadniczo nie osiąga zysku, głównie z przyczyny bezpłatności usługi pośrednictwa. Artykuł 19d i art. 85 ust. 2 pkt 7 ustawy o promocji zatrudnienia stanowi, że nie może pobierać kwot innych niż kwoty należne agencji zatrudnienia z tytułu faktycznie poniesionych kosztów związanych ze skierowaniem do pracy za granicą. Przedsiębiorstwo w państwie, w którym zatrudnia pracowników 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 osiągnięcia 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, OSNP 2016 nr 7, poz. 88). Przytoczony judykat zmodyfikował wcześniejsze stanowisko Sądu Najwyższego (powoływane przez Sąd II instancji w zaskarżonym wyroku), 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. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 6 sierpnia 2013 r., II UK 116/13, OSNP 2014 nr 5, poz. 73, z dnia 2 października 2013 r., II UK 170/13, OSNP 2014 nr 12, poz. 171, z dnia 4 czerwca 2014 r., II UK 550/13, LEX nr 1478710, z dnia 4 czerwca 2014 r., II UK 565/13, LEX nr 1475235, z dnia 6 sierpnia 2014 r., II UK 31/14, LEX nr 1475235). 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, LEX nr 1621341 jest także to, że „obróć wynoszący około 25% całkowitego obrotu w państwie delegującym” jako wskaźnik wystarczający dla ustalenia faktu prowadzenia znacznej części działalności w państwie delegującym, wymienia się tylko w Praktycznym poradniku: Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej (UE), w Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) i w Szwajcarii, a jest to - wydany na podstawie upoważnienia zawartego w pkt. 7 decyzji nr A2 - dokument wprowadzający dobre praktyki administracyjne oraz stanowiący pomoc dla instytucji, pracodawców i obywateli. Wskazane w nim kryterium ilościowe nie ma oparcia ani w treści rozporządzeń (WE) nr 883/2004 i nr 987/2009, ani w decyzji nr A2, zatem jest kryterium pozanormatywnym, które nie może być traktowane jako wystarczające i decydujące o właściwym ustawodawstwie w zakresie ubezpieczeń społecznych.

W tym świetle 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 wątpliwości, że uwzględniając te inne kryteria w przypadku przedsiębiorstwa, które



swoją działalność opiera przede wszystkim na rekrutacji pracowników w związku i na potrzeby realizacji zamówienia kontrahenta, należy stwierdzić, że takie przedsiębiorstwo prowadzi znaczną część swojej działalności w państwie, w którym w znacznym stopniu poszukuje tych pracowników.

Niezależnie od dotychczas podniesionych zagadnień nie powinna ująć uwagi Sąd (przy ustalaniu okoliczności faktycznych sprawy) kwestia wynikająca z treści wyroku Sądu Najwyższego z dnia 6 sierpnia 2013 r., II UK 116/13, OSNP 2014 nr 5, poz. 73, zgodnie z którym dla uznania, że konkretna osoba podlega ustawodawstwu państwa członkowskiego w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/04 oraz art. 14 ust. 1 rozporządzenia nr 987/09, wymagane jest podleganie przez tę osobę ubezpieczeniu społecznemu na podstawie ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (jednolity tekst: Dz.U. z 2009 r. Nr 205, poz. 1585 ze zm.) lub ubezpieczeniu zdrowotnemu na podstawie ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (jednolity tekst: Dz.U. z 2008 r. Nr 164, poz. 1027 ze zm.).

Uwzględniając to, Sąd Najwyższy orzekł, jak w sentencji (art. 398<sup>15</sup> § 1 k.p.c. i art. 108 § 2 k.p.c. w związku z art. 398<sup>21</sup> k.p.c.).