



Sygn. akt II UK 556/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 stycznia 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Zbigniew Myszka (przewodniczący)
SSN Bogusław Cudowski (sprawozdawca)
SSN Zbigniew Korzeniowski

w sprawie z wniosku W. Sp. z o.o. z siedzibą w W.
przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych I Oddział w W.
o wydanie zaświadczenia na formularzu A1,
na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw
Publicznych w dniu 17 stycznia 2017 r.,
w sprawie ze skargi kasacyjnej wnioskodawcy od wyroku Sądu Apelacyjnego we
Wrocławiu z dnia 7 maja 2015 r., sygn. akt III AUa 2092/14,

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

UZASADNIENIE

Decyzją z 10 maja 2013 r. Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział we Wrocławiu odmówił wydania wnioskodawcy zaświadczenia dotyczącego ustawodawstwa właściwego potwierdzającego, że zainteresowany M. G. w okresie

wykonywania pracy na terytorium Francji od 4 lutego do 30 czerwca 2013 r. podlegał polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych.

Sąd Okręgowy we Wrocławiu wyrokiem z 3 września 2014 r. zmienił zaskarżoną decyzję i nakazał organowi rentowemu wydanie zaświadczenia A1 potwierdzającego, że zainteresowany w okresie wykonywania pracy we Francji podlegał polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych. Sąd ustalił, że wnioskodawca, posiadający siedzibę i prowadzący działalność w Polsce, zajmuje się wyszukiwaniem miejsc pracy i pozyskiwaniem pracowników, działalnością agencji pracy tymczasowej oraz pozostałą działalnością w zakresie udostępniania pracowników, współpracuje z przedsiębiorcami we Francji, Niemczech i w Polsce, delegując określoną liczbę pracowników. Administracja wnioskodawcy, a także kadry, księgowość i marketing prowadzone są w Polsce. Zainteresowany zawarł z wnioskodawcą umowę o pracę na czas określony od 4 lutego do 30 czerwca 2013 r., którą wykonywał we Francji na rzecz francuskiego przedsiębiorcy. Płatnik we wniosku o poświadczenie formularza A1 wskazał, że spółka z tytułu działalności prowadzonej w Polsce uzyskała obroty na poziomie 16%, zatrudniała w Polsce 107 pracowników oraz realizuje w kraju 10 umów z kontrahentami (według stanu na 28 lutego 2013 r.), natomiast 99 osób oddelegowanych do pracy za granicą jest zatrudnionych w celu realizacji 26 umów. W wyniku postępowania przeprowadzonego przez organ rentowy, organ ten ustalił, że na dzień delegowania zainteresowanego spółka osiągnęła średnie obroty z okresu 12 miesięcy prowadzenia pozarolniczej działalności gospodarczej na poziomie 9,4%. Sąd Okręgowy uwzględniając odwołanie, przyjął, że wymóg dotyczący pracodawcy delegującego pracownika do pracy za granicą, by znaczną część działalności prowadził na terenie kraju delegującego należy rozumieć szeroko, tj. mieć na uwadze kilka czynników takich jak: miejsce siedziby przedsiębiorstwa pracodawcy, miejsce zatrudnienia kadry kierowniczej, administracji, ale przede wszystkim należy uwzględnić charakter działalności pracodawcy. W ocenie Sądu, wnioskodawca wymóg ten spełnia, ponieważ prowadzi część działalności w Polsce. Od początku istnienia spółki większość pracowników spółki rekrutowała do pracy za granicą w związku z tym siłą rzeczy jej obroty uzyskane w Polsce pozostają w dysproporcji z obrotami z tytułu umów

zawartych z firmami działającymi na terenie innych państw członkowskich. Według Sądu, kryterium przyjęte przez organ rentowy, tj. osiąganie 25% obrotów handlowych w Polsce jest wymogiem pozanormatywnym, a wysokość obrotów w Polsce zawsze będzie pozostawać w dysproporcji z wysokością obrotów w innych państwach zachodnich UE ze względu na zróżnicowany poziom gospodarczy państw członkowskich.

Wyrok Sądu Okręgowego zaskarżył organ rentowy, zarzucając naruszenie art. 12 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004, art. 14 ust. 1 i 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) z 16 września 2009 r. nr 987/2009 oraz art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 w zw. z decyzją A2 z 12 czerwca 2009 r. dotyczącą wykładni tego przepisu.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu wyrokiem z 7 maja 2015 r. zmienił zaskarżony wyrok w całości w ten sposób, że oddalił odwołanie wnioskodawcy. Sąd, odwołując się do stanowiska Sądu Najwyższego wyrażonego w wyrokach wydanych w sprawach odwołującego się, a opartych na prawie identycznych stanach faktycznych tj. wyrokach wydanych w sprawach o sygn. akt II UK 550/13 oraz II UK 565/13, a także w sprawie o sygn. akt II UK 93/14, nie zgodził się ze stanowiskiem, że obrót z prowadzonej działalności nie stanowi pierwszoplanowego kryterium decydującego o miejscu wykonywania tej działalności. Sąd wskazał na treść decyzji A2 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 której pierwszym decydującym warunkiem dla zastosowania art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004 wskazano istnienie bezpośredniego związku między pracodawcą, a zatrudnionym przez niego pracownikiem, a drugim decydującym warunkiem - istnienie więzi między pracodawcą a państwem członkowskim, w którym ma on siedzibę. Zdaniem Sądu, według Komisji możliwość delegowania pracowników powinna 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. Sąd podkreślił, że z ustaleń faktycznych dokonanych przez sąd pierwszej instancji wynika, że zainteresowany był zatrudniony wyłącznie w celu wykonywania pracy we Francji, a wnioskodawca w spornym okresie na terenie Polski osiągał zaledwie 10% swoich obrotów; ponadto, że wnioskodawca prowadzi działalność gospodarczą w zakresie pośrednictwa pracy i zajmuje się głównie delegacją pracowników do pracy za granicą, a działalność na terenie Polski ogranicza się w zasadzie tylko do zarządzania wewnętrznego i prowadzenia czynności administracyjnych. Sąd uznał, że zainteresowany był de facto pracownikiem pracodawcy francuskiego i na jego rzecz świadczył pracę; nie wykonywał bezpośrednio pracy na rzecz wnioskodawcy. Według Sądu nie można w tym wypadku stwierdzić, by pomiędzy odwołującym się a zainteresowanym istniała bezpośrednia więź, ponieważ odwołujący się przez okres delegowania pracownika za granicę nie miał wpływu ani na przebieg ani na warunki jego zatrudnienia. W ocenie Sądu okoliczność, że administracja odwołującej się spółki, kadry, księgowość i marketing prowadzone są w Polsce, gdzie odbywa się również cały proces rekrutacyjny i wydawane są dokumenty związane z pracą, nie upoważnia do przyjęcia, że wnioskodawca prowadzi w kraju znaczną część działalności. Sąd podkreślił, że decydujące znacznie ma 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 regulacjach dotyczących ustalania właściwego ustawodawstwa w zakresie ubezpieczeń społecznych. Sąd oddalił odwołanie wskazując, że spółka nie osiągnęła w spornym okresie w Polsce minimum 25% obrotu z całej prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej, co uniemożliwia uznanie, że oddelegowany do pracy we Francji zainteresowany podlega w tym czasie ustawodawstwu polskiemu.

Wyrok Sądu Apelacyjnego wnioskodawca zaskarżył w całości. Zarzucono naruszenie przepisów prawa materialnego, to jest:

(-) art. 11 ust. 2 lit. a i art. 12 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz. Urz. UE L 166 z 30

kwietnia 2004 r., s. 1 i nast.) oraz art. 14 ust. 1 i 2 i art. 19 ust. 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 roku dotyczącego wykonywania rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz. Urz. UE L 284 z 30 października 2009 r.), a także ust. 1 akapit 5 decyzji nr A2 Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego z dnia 12 czerwca 2009 r. dotyczącej wykładni art. 12 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 w sprawie ustawodawstwa mającego zastosowanie do pracowników delegowanych i osób wykonujących prace na własny rachunek, tymczasowo pracujących poza państwem właściwym (2010/C 106/02) poprzez 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, czego następstwem było przyjęcie, że zainteresowany nie podlegał ustawodawstwu polskiemu w zakresie ubezpieczeń społecznych.

Skarżący wskazał, że błędne zastosowanie i wykładnia polegały przede wszystkim na: (-) zastosowaniu nieprawidłowego i niezgodnego z prawem sposobu określenia, stanowiącej podstawę rozstrzygnięcia sprawy, proporcji: wysokości obrotów, stanu zatrudnienia, wykonywanych umów oraz liczebności personelu administracyjnego osiągniętych przez skarżącego w Polsce i innych krajach, poprzez przyjęcie, że proporcje osiąganego w państwie delegującym obrotu (stanu zatrudnienia, wykonywanych umów oraz liczebności personelu administracyjnego) należy ustalać w odniesieniu do całłościowych obrotów (i odpowiednio stanu zatrudnienia, wykonywanych umów oraz liczebności personelu administracyjnego) osiągniętych przez skarżącego za granicą, a nie – w odniesieniu wyłącznie do państwa zatrudnienia pracownika delegowanego; (-) uznaniu przez Sąd drugiej instancji za decydującą przesłankę warunkującą stwierdzenie prowadzenia przez skarżącego działalności w znacznej części na terenie kraju delegującego kryterium osiągnięcia 25 % obrotów na terenie tegoż kraju; (-) zaniechaniu przez Sąd drugiej instancji przeprowadzenia „pogłębionej analizy” stanu sprawy wymaganej przez „Praktyczny Poradnik - Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w

Unii Europejskiej (UE), w Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) i Szwajcarii”, w sytuacji braku osiągnięcia w państwie delegującym ok. 25 % obrotów.

Ponadto zarzucono naruszenie przepisów prawa procesowego, które miało istotny wpływ na wynik sprawy, to jest:

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

(-) brak ustalenia okoliczności istotnych dla rozpatrzenia sprawy polegający na: zaniechaniu ustalenia proporcji obrotów osiąganych przez skarżącego w Polsce oraz w kraju delegowania pracownika; zaniechaniu przeprowadzenia „pogłębionej analizy” stanu sprawy wymaganej przez Praktyczny poradnik w sytuacji braku osiągnięcia w państwie delegującym ok. 25 % obrotów;

(-) 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 - Sąd Apelacyjny wskazał na brak osiągnięcia przez spółkę określonych obrotów na terenie Polski, natomiast całkowicie zaniechał omówienia w wyroku wyników „pogłębionej analizy” wymaganej obligatoryjnie przez przepisy Praktycznego Poradnika, na którym Sąd Apelacyjny opierał swój wyrok (w szczególności nie wypowiedział się co do swojej oceny odnośnie spełnienia przez wnioskodawcę pozostałych przesłanek przewidzianych przez przepisy prawa europejskiego).

Skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu we Wrocławiu oraz o zasądzenie od organu rentowego na jego rzecz kosztów postępowania, w tym zwrotu kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

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

1) czy pojęcie «pracodawca, który normalnie prowadzi tam [w państwie członkowskim - przyp. własny pełnomocnika skarżącego] 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. dotyczące 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 całłościowych obrotów

(i odpowiednio liczebności personelu administracyjnego i innych pracowników oraz liczby umów) osiągniętych przez przedsiębiorcę za granicą we wszystkich państwach, w których prowadzi działalności, czy – w odniesieniu wyłącznie do państwa zatrudnienia pracownik delegowanego;

4) czy przy dokonywaniu, dla potrzeb ustalenia właściwego ustawodawstwa z zakresu ubezpieczeń społecznych, porównania obrotów osiągniętych przez przedsiębiorcę w kraju macierzystym oraz państwie zatrudnienia pracownika delegowanego powinna być uwzględniana różnica siły nabywczej waluty – wysokości wynagrodzeń, występujące pomiędzy poszczególnymi państwami?

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna zasługuje na uwzględnienie.

Materialnoprawna podstawa zaskarżonej decyzji i orzeczeń sądowych zapadłych w tej sprawie stanowiła już przedmiot analizy Sądu Najwyższego w wyroku składu siedmiu sędziów z dnia 18 listopada 2015 r., sygn. akt II UK 100/14, OSNP 2016/7/88. Sąd Najwyższy w obecnym składzie podziela stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w tym wyroku odnośnie wykładni art. 12 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz.Urz. UE L 166 z 2004 r., s. 1, ze zm., dalej rozporządzenie nr 883/2004) oraz art. 14 ust. 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r. dotyczącego wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego nr 987/2009 (Dz.Urz. UE L 284 z 2009 r., s. 1, ze zm., dalej rozporządzenie nr 987/2009).

Zgodnie z art. 12 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004, osoba, która wykonuje działalność jako pracownik najemny w państwie członkowskim w imieniu pracodawcy, który normalnie prowadzi tam swą działalność, a która jest delegowana przez tego pracodawcę do innego państwa członkowskiego do wykonywania pracy w imieniu tego pracodawcy, nadal podlega ustawodawstwu pierwszego państwa członkowskiego, pod warunkiem że

przewidywany czas takiej pracy nie przekracza 24 miesięcy i że osoba ta nie jest wysłana, by zastąpić inną delegowaną osobę. Przepis ten wprowadza wyjątek od zasady, że pracownik podlega ustawodawstwu państwa, w którym wykonuje pracę (*lex loci laboris*), przyjętej w art. 11 ust. 3 lit. a rozporządzenia nr 883/2004 (według numeracji ustalonej przez sprostowanie rozporządzenia nr 883/2004 z dnia 9 lipca 2013 r. (Dz.Urz. UE. L 188 z 2013 r., s.10). Przepisem wykonawczym do art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 jest art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009, który stanowi, że dla celów stosowania art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 przez sformułowanie „który normalnie tam prowadzi swą działalność” należy rozumieć pracodawcę „zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności, innej niż działalność związana z samym zarządzaniem wewnętrznym, na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, z uwzględnieniem wszystkich kryteriów charakteryzujących działalność prowadzoną przez dane przedsiębiorstwo. Odnosne kryteria muszą zostać dopasowane do specyficznych cech każdego pracodawcy i do rzeczywistego charakteru prowadzonej działalności”.

Zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia tej sprawy ma więc wyjaśnienie pojęcia „normalne prowadzenie działalności” (art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004) i wyjaśniającego je określenia „prowadzenie przez pracodawcę zazwyczaj znacznej części działalności, innej niż działalność związana z samym zarządzaniem wewnętrznym, na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma on swoją siedzibę” (art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009).

Z wymienionych wyżej przepisów wynika, że przy ocenie, czy pracodawca prowadzi normalną działalność, a zatem znaczną część działalności innej niż działalność związana z samym zarządzaniem wewnętrznym na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, należy uwzględniać wszystkie kryteria charakteryzujące jego działalność. Już odwołanie się do zaimka „wszystkie” w odniesieniu do kryteriów, które należy uwzględniać przy omawianej ocenie, wskazuje, że niedopuszczalne jest uznanie jednego kryterium za decydujące w tym sensie, że jego niespełnienie zwalnia instytucję właściwą, bądź sąd, z badania pozostałych cech charakteryzujących działalność prowadzoną przez dane przedsiębiorstwo. Powyższy kierunek wykładni znajduje odzwierciedlenie również w decyzji A2 Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia

Spółecznego. Akt ten nie ma charakteru źródła prawa Unii Europejskiej w rozumieniu traktatowym, lecz jest aktem informacyjno-pomocniczym, wydanym przez Komisję Administracyjną na podstawie art. 72 lit. a i b rozporządzenia nr 883/2004 w ramach jej zadań dotyczących wykładni i usprawniania jednolitego stosowania prawa Unii Europejskiej. W decyzji A2 wskazuje się, że decydującym warunkiem dla zastosowania art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 jest istnienie więzi między pracodawcą a państwem członkowskim, w którym ma on swoją siedzibę. Możliwość skorzystania z wyjątku ustanowionego w art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 powinna zatem ograniczać się wyłącznie do przedsiębiorstw, które normalnie prowadzą swą działalność na terytorium państwa członkowskiego, w którym mają siedzibę i z którego delegują pracownika do pracy w innym państwie członkowskim. W celu ustalenia, w razie potrzeby i w razie wątpliwości, czy pracodawca zazwyczaj prowadzi znaczną część działalności na terytorium tego państwa członkowskiego, instytucja właściwa w tym państwie zobowiązana jest zbadać wszystkie kryteria charakteryzujące działalność prowadzoną przez tego pracodawcę, w tym miejsce, w którym przedsiębiorstwo ma swą zarejestrowaną siedzibę i administrację, liczebność personelu administracyjnego pracującego w państwie członkowskim, w którym pracodawca ma siedzibę, oraz w drugim państwie członkowskim, miejsce, w którym rekrutowani są pracownicy delegowani, i miejsce, w którym zawierana jest większość umów z klientami, prawo mające zastosowanie do umów zawartych przez przedsiębiorstwo z jednej strony z pracownikami i z drugiej strony z klientami, obroty w odpowiednio typowym okresie w każdym z państw członkowskich, których rzecz dotyczy, oraz liczbę umów wykonanych w państwie wysyłającym. W przedmiotowej decyzji podkreśla się też, że „wykaz ten nie jest wyczerpujący, ponieważ kryteria powinny być dostosowane do każdego konkretnego przypadku i powinny uwzględniać charakter działalności prowadzonej przez przedsiębiorstwo w państwie, w którym ma ono siedzibę”. Podobnie zagadnienie to zostało wyjaśnione w publikacji Komisji Europejskiej pt. „Praktyczny poradnik: Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej (UE), Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) i w Szwajcarii”. Praktyczny poradnik nie ma waloru wiążącego, niemniej wskazuje na pewną unijną praktykę stosowania art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr

987/2009 i z tego względu nie może być pomijany w procesie stosowania prawa, choćby ze względu na zasadę lojalności państw członkowskich. W Praktycznym poradniku stwierdza się, że fakt prowadzenia znacznej części działalności w państwie delegującym można sprawdzić poprzez szereg obiektywnych czynników, przy czym następujące czynniki są szczególnie istotne: (-) miejsce, w którym delegujące przedsiębiorstwo ma swą zarejestrowaną siedzibę i administrację; (-) liczebność personelu administracyjnego delegującego przedsiębiorstwa pracującego w państwie delegującym i w państwie zatrudnienia, przy czym obecność wyłącznie personelu administracyjnego w państwie delegującym wyklucza możliwość zastosowania do tego przedsiębiorstwa przepisów dotyczących delegowania; (-) miejsce, w którym rekrutowani są pracownicy delegowani; (-) miejsce, w którym zawierana jest większość umów z klientami; (-) prawo mające zastosowanie do umów zawartych przez delegujące przedsiębiorstwo z pracownikami i z klientami; (-) liczba umów wykonanych w państwie delegującym i w państwie zatrudnienia; (-) obroty osiągnęte przez delegujące przedsiębiorstwo w państwie delegującym i w państwie zatrudnienia w odpowiednio typowym okresie (np. obrót wynoszący około 25% całkowitego obrotu w państwie delegującym może być wystarczającym wskaźnikiem, ale przypadki, w których obrót jest niższy niż 25% wymagałyby pogłębionej analizy); (-) okres, przez jaki przedsiębiorstwo posiada siedzibę w delegującym państwie członkowskim. Podkreślono przy tym, że powyższy wykaz nie jest wyczerpujący, ponieważ kryteria powinny być dostosowane do każdego konkretnego przypadku i powinny uwzględniać charakter działalności prowadzonej przez przedsiębiorstwo w państwie, w którym ma ono siedzibę. Konieczne może również być uwzględnienie innych kryteriów odpowiednich do określonych cech przedsiębiorstwa i rzeczywistego charakteru działalności przedsiębiorstwa w państwie, w którym ma ono siedzibę. Z powyższego wynika, że uzyskiwanie całkowitego 25 % obrotu w państwie siedziby przedsiębiorstwa delegującego stanowi wyłącznie sugestię interpretacyjną, że osiągnięcie tego poziomu może uzasadniać przyjęcie faktycznego domniemania, że przedsiębiorstwo prowadzi normalną działalność, z jednoczesną sugestią, że jego nieosiągnięcie wymaga bardziej pogłębionej analizy pozostałych kryteriów.

Należy zauważyć, że tylko w Praktycznym poradniku pojawia się kryterium 25 % całkowitego obrotu w państwie delegującym. Sformułowanie wskaźnika uzyskiwania w państwie członkowskim, w którym przedsiębiorstwo delegujące ma siedzibę, co najmniej całkowitego 25% obrotu nie znajduje oparcia ani w treści rozporządzenia nr 883/2004, ani rozporządzenia nr 987/2009, ani również w decyzji A2. Kryterium 25 % całkowitego obrotu nie znajduje również oparcia w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości (por. wyrok z dnia 10 lutego 2000 r. w sprawie C-202/97 Fitzwilliam Executive Search Ltd v Bestuur van het Landelijk instituut sociale verzekeringen, (ECR 2000 I-00883); wyrok z dnia 17 grudnia 1970 r. w sprawie 35/70 Sarl Manpower przeciwko Caisse Primaire d' Assurance Maladie, ECR 1970, s. 01251; oraz wyrok z dnia 9 listopada 2000 r. w sprawie C-404/98 Josef Plum przeciwko Allgemeine Ortskrankenkasse Rheinland, Regionaldirektion Köln, ECR 2000, s. I 09397).

Podsumowując, w celu ustalenia, czy przedsiębiorstwo prowadzi normalną działalność w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004, czy też znaczną część działalności innej niż zarządzanie wewnętrzną w rozumieniu art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 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 % całkowitych obrotów może prowadzić do wniosku, że prowadzi ono w tym państwie znaczną część działalności, a więc normalnie prowadzi tam działalność. Lista kryteriów, które zostały wymienione jedynie w aktach o charakterze interpretacyjnym nie ma charakteru wyczerpującego, lecz przykładowy. Oznacza to, że organ rentowy, a następnie sąd kontrolujący prawidłowość decyzji organu rentowego, mogą i powinny wziąć pod uwagę także inne kryteria i okoliczności. Między innymi, w razie występowania liczących się różnic w sile nabywczej walut państwa – siedziby pracodawcy delegującego i państwa – miejsca delegowania, prawidłowe stosowanie kryterium obrotu, jako miernika znaczącej działalności w państwie siedziby pracodawcy, bez

uwzględnienia tej różnicy, może prowadzić do zafałszowania oceny. Podstawowym celem ww. oceny jest ustalenie, czy przedsiębiorstwo delegujące prowadzi w Polsce normalnie swoją działalność (art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004), co oznacza prowadzenie w Polsce znacznej części działalności (art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009). Określenie „znaczna część działalności” należy przy tym, jak wynika z innych wersji językowych rozporządzenia nr 987/2009, a także z wyroku Fitzwilliam rozumieć jako „znacząca działalność”. Należy jednocześnie podkreślić, że przedmiotowa ocena ma charakter ustalenia faktycznego i jeśli sąd rozważy, zachowując zasady postępowania cywilnego, wszystkie istotne w okolicznościach sprawy kryteria, to kasacyjny zarzut naruszenia przepisów prawa przez wydany w rezultacie takiej oceny wyrok nie będzie mógł być skutecznie postawiony.

Sąd Najwyższy w składzie rozpatrującym tę sprawę podziela przedstawione powyżej stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z dnia 18 listopada 2015 r., a także w kolejnych wyrokach Sądu Najwyższego (por. wyroki SN z 5 października 2016 r., w sprawach II UK 229/15, LEX nr 2155192 czy II UK 191/15, niepubl.).

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

podstawie skargi przepisów prawa materialnego art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004 oraz art. 14 ust. 1 i 2 rozporządzenia nr 987/2009, które to naruszenie skutkowało nieuwzględnianiem przez Sąd drugiej instancji wszystkich istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczności faktycznych.

Uwzględniając z jednej strony przedstawioną wyżej wykładnię regulacji unijnych, z drugiej brak dokonania przez Sąd Apelacyjny całościowej oceny działalności skarżącego z perspektywy kryterium "prowadzenia normalnej działalności" w Polsce, w ocenie Sąd Najwyższy na aktualnym etapie sprawie nie ma potrzeby zwracania się do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniem prejudycjalnym.

Z powyższych powodów, na podstawie art. 398¹⁵ § 1 k.p.c., Sąd orzekł jak w sentencji. Rozstrzygnięcie w sprawie kosztów postępowania wydano na podstawie art. 108 § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 oraz art. 398²¹ k.p.c.