



Sygn. akt II UK 592/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 września 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Zbigniew Korzeniowski (przewodniczący)

SSN Zbigniew Myszka

SSN Andrzej Wróbel (sprawozdawca)

w sprawie z wniosku W. Sp. z o.o.

przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddział w W.

przy udziale zainteresowanego I.V.

o wydanie zaświadczenia w sprawie z zakresu ubezpieczeń społecznych,

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń

Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 12 września 2017 r.,

skargi kasacyjnej wnioskodawcy

od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)

z dnia 27 stycznia 2016 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 27 stycznia 2016 r. oddalił apelację W. Sp. z o.o. od wyroku Sądu Okręgowego w W. z dnia 12 marca 2015 r., oddalającego odwołanie. W. Sp. z o.o. od decyzji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w W. z dnia 15 czerwca 2013 r., odmawiającej wydania wnioskodawcy W. Sp. z o.o. zaświadczenia dotyczącego ustawodawstwa właściwego potwierdzającego, że zainteresowany I.V. w okresie wykonywania pracy na terytorium Francji od 3 września 2012 r. do 16 września 2012 r. podlega polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych.

Sąd Apelacyjny zważył, że sporną kwestia w sprawie było ustalenie, któremu ustawodawstwu, polskiemu czy francuskiemu w zakresie ubezpieczeń społecznych winien podlegać zainteresowany w okresie zatrudnienia we Francji i w konsekwencji czy organ rentowy jest zobowiązany do wydania dla zainteresowanego zaświadczenia o ustawodawstwie dotyczącym zabezpieczenia społecznego mającym zastosowanie do osoby uprawnionej - A1. Organ rentowy argumentował swoje stanowisko przede wszystkim faktem, że Spółka nie prowadzi w Polsce normalnej działalności, w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 z dnia 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.

Sąd Apelacyjny stwierdził, że zgodnie z art. 14 ust. 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) NR 987/09 z dnia 16 września 2009 r. dotyczącego wykonywania rozporządzenia (WE) Nr 883/04 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego do celów stosowania art. 12 ust. 1 rozporządzenia podstawowego sformułowanie „który normalnie tam prowadzi swą działalność” odnosi się do pracodawcy zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności, innej niż działalność związana z samym zarządzaniem wewnętrznym, na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swą siedzibę, z uwzględnieniem wszystkich kryteriów charakteryzujących działalność prowadzona przez dane przedsiębiorstwo. Odnośne kryteria muszą zostać dopasowane do specyficznych cech każdego pracodawcy i do rzeczywistego charakteru

prowadzonej działalności.

Sąd wskazał na treść decyzji nr A2 z 12 czerwca 2009 r. dotyczącej wykładni art. 12 powyższego rozporządzenia 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 wskazała, że pierwszym decydującym warunkiem dla zastosowania art. 12 ust. 1 jest istnienie bezpośredniego związku między pracodawcą a zatrudnionym przez niego pracownikiem. Drugim decydującym warunkiem 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 terenie 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.

W ocenie Sadu Apelacyjnego, 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. 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.

W opinii Sądu Apelacyjnego, o podleganiu właściwemu systemowi zabezpieczenia społecznego pracowników tymczasowych zatrudnionych wyłącznie w celu oddelegowania do pracy w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej, oprócz formalnych więzi pozostawania w stosunku pracy pomiędzy pracownikiem i przedsiębiorstwem wysyłającym oraz przynależności do porządku prawa pracy państwa delegującego w zakresie zawierania umów o pracę, podejmowania decyzji w przedmiocie rodzaju pracy, wynagradzania za jej wykonywanie i zwalniania pracowników, przesądza prowadzenie przez agencję pracy tymczasowej także zwykłej (normalnej) działalności godnej odnotowania w państwie wysyłającym, w którym ma zarejestrowaną siedzibę (tak też wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 5 maja 2010 r., II UK 319/09, LEX nr 604217; z dnia 5 maja 2010 r., II UK 395/09, OSNP 2011 nr 21-22, poz. 277; z dnia 11 maja 2010 r., II UK 389/09, LEX nr 863996).

Opracowany przez Komisję Administracyjną na podstawie Decyzji „Praktyczny Poradnik: Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej, Europejskim Obszarze Gospodarczym i Szwajcarii” wskazuje nadto, że obroty osiągane przez delegujące przedsiębiorstwo w państwie zatrudnienia w odpowiednim okresie powinny wynosić co najmniej 25%, zaś przypadki, kiedy obrót jest niższy wymagają pogłębionej analizy. Nie oznacza to zniesienia zastrzeżonego poziomu obrotu, ale wymaga by odstępstwo stanowiło wyjątek oparty na racjonalnej podstawie poprzedzonej dokładną analizą. Ilość umów i kontraktów nie zastępuje obrotu, który stanowi pochodną ich realizacji (tak wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 czerwca 2014 r., II UK 550/13). Sąd Apelacyjny podzielił zaprezentowany w cytowanym wyroku pogląd, że w przypadku agencji pracy tymczasowej, która pośredniczy jedynie w zatrudnieniu, próg obrotu na poziomie 25%, odnoszący się także do zwykłych przedsiębiorstw, tym bardziej powinien być uzasadniony. Ostatecznie zatem, agencja pracy tymczasowej, która deleguje zatrudnianych pracowników do pracy za granicą, może być uznana za pracodawcę zazwyczaj prowadzącego znaczną część swojej działalności, innej niż związana z samym zarządzaniem wewnętrznym na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swą siedzibę, w rozumieniu przepisów rozporządzeń Parlamentu Europejskiego i Rady nr 883/2004 (art. 12 ust. 1) i nr 987/2009 (art. 14

ust. 2), jeżeli osiąga w kraju delegowania wymagany obrót z prowadzonej działalności, na poziomie 25% całego jej obrotu, a każde w tym zakresie odstępstwo wymaga pogłębionej analizy.

Sąd Apelacyjny wskazał, że odpowiednie warunki muszą zostać spełnione po stronie pracodawcy oraz pracownika. Pracę uważa się za wykonywaną na rzecz pracodawcy państwa wysyłającego, jeżeli ustalono, że praca ta jest wykonywana dla tego pracodawcy oraz że wciąż istnieje bezpośredni związek między pracownikiem a pracodawcą, który go oddelegował. Z kolei w celu ustalenia, czy taki bezpośredni związek wciąż istnieje, a zatem dla przyjęcia, że pracownik nadal podlega pracodawcy, który go oddelegował, należy uwzględnić szereg elementów, w tym odpowiedzialność za rekrutację, umowę o pracę, wynagrodzenie (niezależnie od ewentualnych umów między pracodawcą w państwie wysyłającym a przedsiębiorstwem w państwie zatrudnienia, dotyczących wynagradzania pracowników) i zwalnianie oraz prawo do określania charakteru pracy. Skoro jednak rolą agencji pracy tymczasowej jest udostępnienie pracownika pracodawcy użytkownikowi, samo podporządkowanie pracownika w procesie wykonywania pracy temu pracodawcy nie może przesądzać o utracie bezpośredniego związku między agencją pracy tymczasowej a jej pracownikiem. Poza istnieniem więzi pracowniczej wymaga się więc, aby przedsiębiorstwo delegujące „zwykłe” prowadziło działalność na terenie państwa, z którego pracownik został oddelegowany.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, Sąd Okręgowy w niniejszej sprawie trafnie uznał, że w niniejszej sprawie warunki te nie zostały spełnione. Ocena ta jest prawidłowa i jak wyżej wskazano znajduje uzasadnienie w treści najnowszych orzeczeń Sądu Najwyższego, wydanych w sprawach odwołującej się „W.” Sp. z o.o., a opartych na prawie identycznych stanach faktycznych, w tym m.in. w sprawie o sygn. akt II UK 550/13 oraz II UK 565/13 z 4 czerwca 2014 r.

Sąd Apelacyjny stwierdził, że z ustaleń faktycznych dokonanych przez Sąd pierwszej instancji wynika, że zainteresowany był zatrudniony wyłącznie w celu wykonywania pracy we Francji. Obrót z działalności w Polsce osiągany przez spółkę w okresie ostatnich 12 miesięcy przed dniem delegowania utrzymywał się na poziomie ok. 18% obrotów całkowitych, Dodatkowo istniała także znaczna

dysproporcja w zakresie dotyczącym osób zatrudnionych w kraju do tych pracujących za granicą oraz w realizowaniu kontraktów. Co więcej, z ustaleń Sądu pierwszej instancji wynika też, że wnioskodawca prowadzi działalność gospodarczą w zakresie pośrednictwa pracy i zajmuje się głównie delegacją pracowników do pracy za granicą, bo współpracuje z przedsiębiorstwami we Francji, w Niemczech i w Polsce. Działalność Spółki na terenie Polski ogranicza się w zasadzie tylko do zarządzania wewnętrznego i prowadzenia czynności administracyjnych. Zainteresowany był de facto pracownikiem pracodawcy francuskiego i na jego rzecz świadczył pracę. Nie można w tym wypadku stwierdzić, aby pomiędzy stroną odwołującą się a zainteresowanym w sprawie istniała bezpośrednia więź, albowiem „W.” przez okres delegowania pracownika do Francji nie miała wpływu ani na przebieg, ani na warunki jego zatrudnienia.

W opinii Sądu Apelacyjnego fakt, że administracja 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 „W.” 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, tak 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 spornych okresach w Polsce minimum 25% obrotu z całej prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej uniemożliwia - według Sądu Apelacyjnego - uznanie, że zainteresowany oddelegowany do pracy we Francji podlega z tego tytułu w tym czasie ustawodawstwu polskiemu.

Wnioskodawca zaskarżył w całości powyższy wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu skargą kasacyjną, w której zarzucił zaskarżonemu wyrokowi: I. naruszenie przepisów prawa materialnego. mianowicie: 1) art. 11 ust. 2 lit. a i art. 12 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia

społecznego (Dz.Urz. UE L 166 z 30 kwietnia 2004 r., s. 1 i nast., zwane dalej rozporządzeniem zasadniczym, podstawowym lub rozporządzeniem nr 885/2004) oraz art. 14 ust. 1 i 2 i art. 19 ust. 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r. (dalej: rozporządzenie 987/2009 lub rozporządzenie wykonawcze) dotyczącego wykonywania rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz.Urz. UE L 284 z 30 października 2009 r.), a także ust. 1 akapit 5 Decyzji nr A2 Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego z dnia 12 czerwca 2009 r. dotyczącej wykładni art. 12 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 w sprawie ustawodawstwa mającego zastosowanie do pracowników delegowanych i osób wykonujących pracę na własny rachunek, tymczasowo pracujących poza państwem właściwym (2010/C 103t) 2) - (dalej: Decyzja A2), poprzez ich błędną wykładnię i zastosowanie, w wyniku czego niezasadnie przyjęto, iż W. Sp. z o.o. w spornym okresie od 3 września 2012 r. do 16 września 2012 r. nie prowadziła normalnej działalności na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, czego następstwem było przyjęcie, że Zainteresowany nie podlegał ustawodawstwu polskiemu w zakresie ubezpieczeń społecznych. Błędne zastosowanie i wykładnia polegały na: a) zastosowaniu nieprawidłowego i niezgodnego z prawem sposobu określenia, stanowiącej podstawę rozstrzygnięcia sprawy, proporcji: wysokości obrotów, wykonywanych umów oraz liczebności personelu administracyjnego, osiągniętych przez Skarżącego w Polsce i innych krajach, poprzez przyjęcie, iż proporcje osiąganego w państwie delegującym obrotu (stanu zatrudnienia, wykonywanych umów oraz liczebności personelu administracyjnego) należy ustalać w odniesieniu do całościowych obrotów (i odpowiednio stanu zatrudnienia, wykonywanych umów oraz liczebności personelu administracyjnego) osiągniętych przez Wnioskodawcę za granicą, a nie - w odniesieniu wyłącznie do państwa zatrudnienia pracownika delegowanego. Taki sposób obliczania powyższej proporcji jest sprzeczny z ust. 1 akapit 5 Decyzji 2 Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego z dnia 12 czerwca 2009 r. dotyczącej wykładni art. 12 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 88/2004 w sprawie ustawodawstwa mającego

zastosowanie do pracowników delegowanych i osób wykonujących pracę na własny rachunek, tymczasowo pracujących poza państwem właściwym (2010/C 10£\$2) - (dalej zwana: Decyzją A2), a także z „Praktycznym poradnikiem: Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej (UE), w Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) i Szwajcarii” (dalej zwany: Praktycznym Poradnikiem), który wskazuje, że w przedmiotowej sytuacji konieczne jest porównanie liczby personelu administracyjnego delegującego przedsiębiorstwa w państwie delegującym i w państwie zatrudnienia, liczby umów wykonanych w państwie delegującym i w państwie zatrudnienia, a także obroty osiągnięte przez delegujące przedsiębiorstwo w państwie delegującym i w państwie zatrudnienia w odpowiednim typowym okresie (s. 8-9 polskiej wersji Praktycznego Poradnika, listopad 2012), b) uznaniu przez Sąd II instancji za decydującą przesłankę warunkującą stwierdzenie prowadzenia przez Wnioskodawcę działalności w znacznej części na terenie kraju delegującego kryterium osiągnięcia 25% obrotów na terenie tegoż kraju, co jest sprzeczne z treścią powołanych na wstępie przepisów, nie ustalających żadnego dominującego kryterium i literalnie nakazujących przy ocenie spełniania powyższej przesłanki wszechstronne rozpatrzenie sprawy przy uwzględnieniu specyfiki działalności delegującego przedsiębiorstwa. Stanowisko Sądu II instancji opierało się wyłącznie na zaleceniach Praktycznego poradnika, nie posiadającego mocy stanowionego prawa, co jest sprzeczne z podstawowymi zasadami stosowania prawa Unii Europejskiej. Co więcej formułując zasadę dotyczącą prymatu zasady 25% Sąd II instancji wykroczył poza zapisy tegoż Praktycznego poradnika, który formułując powyższe kryterium, używa wyłącznie nieostrych sformułowań, stwierdzając tylko, że: „na przykład obrót wynoszący około 25 procent całkowitego obrotu w państwie delegującym może być wystarczającym wskaźnikiem, ale przypadki, w których obrót jest niższy niż 25 proc., wymagać będą pogłębionej analizy”, c) zaniechaniu przez Sąd II instancji przeprowadzenia „pogłębionej analizy” stanu sprawy wymaganej przez Praktyczny Poradnik (który został przez Sąd II instancji uznany za podstawę wyrokowania) w sytuacji braku osiągnięcia w państwie delegującym ok. 25% obrotów. Wbrew wyraźnemu nakazowi Praktycznego Poradnika, który jest jedynym źródłem kryterium 25% obrotów Sąd Apelacyjny oparł swoje orzeczenie wyłącznie na stwierdzeniu, że

Wnioskodawca nie osiągnął obrotów wymaganych przez Praktyczny Poradnik. Sąd nie dokonał żadnej dalszej analizy okoliczności sprawy. Nie tylko nie rozpatrzył okoliczności dotyczących specyfiki działalności skarżącego, ale nie wypowiedział się w żaden sposób nawet co do spełnienia innych wymienionych w przepisach prawa europejskiego przesłanek uznania działalności prowadzonej w danym państwie za znaczącą. W szczególności Sąd Apelacyjny dokonując porównania obrotów w Polsce i za granicą nie uwzględnił różnic siły nabywczej pieniądza i różnic wynagrodzeń, co jest niezbędne dla oddania rzeczywistych proporcji działalności Wnioskodawcy w kraju i poza nim. Konieczność dokonania takiej analizy potwierdzają literalnie i wprost przepisy uchwalonej po spornym okresie Dyrektywy Parlamentu i Rady 2014/57/UE z dnia 15 maja 2014 r. w sprawie egzekwowania dyrektywy 96/7-1/WE dotyczącej delegowania pracowników w ramach świadczenia usług, zmieniającej rozporządzenie (UE) nr 1024/2012 w sprawie współpracy administracyjnej za pośrednictwem systemu wymiany informacji na rynku wewnętrznym („rozporządzenie w sprawie IMI”), której punkt 9 stwierdza wprost iż „analizując wielkość obrotu danego przedsiębiorstwa w państwie członkowskim prowadzenia działalności w celu ustalenia, czy przedsiębiorstwo to faktycznie prowadzi znaczącą działalność inna niż działalność zarządcza lub administracyjna o charakterze wyłącznie wewnętrznym, właściwe organy powinny uwzględnić różnice w sile nabywczej walut”. Na potrzebę uwzględnienia różnicy siły nabywczej pieniądza wskazał też wprost Sąd Najwyższy w wyroku składu siedmiu sędziów z dnia 18 listopada 2015 r. sygn. akt II UK 100/14; II. naruszenie przepisów prawa procesowego (art. 398³ § 1 pkt 2 k.p.c.), które miało istotny wpływ na wynik sprawy, mianowicie: 1) art. 233 § 1 k.p.c. przez dokonanie dowolnej, a nie swobodnej oceny dowodów poprzez pominięcie okoliczności istotnych dla rozpatrzenia sprawy, w tym: a) zaniechaniu ustalenia proporcji obrotów osiąganych przez Wnioskodawcę w Polsce oraz w kraju delegowania pracownika, podczas gdy proporcja ta stanowi okoliczność istotną dla ustalenia wysokości obrotu Wnioskodawcy na terenie Polski, b) zaniechaniu przeprowadzenia „pogłębionej analizy” stanu sprawy wymaganej przez Praktyczny poradnik w sytuacji braku osiągnięcia w państwie delegującym ok. 25% obrotów. Wbrew wyraźnemu nakazowi Praktycznego Poradnika, który jest jedynym źródłem

kryterium 25% obrotów, Sąd II instancji oparł swoje rozstrzygnięcie wyłącznie na stwierdzeniu, że Wnioskodawca nie osiągnął obrotów wymaganych przez Praktyczny Poradnik, nie przeprowadzając dalszego badania okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, tj. liczebności personelu administracyjnego pracującego w państwie członkowskim, w którym pracodawca ma siedzibę oraz w drugim państwie członkowskim, liczby umów wykonywanych w państwie delegującym i w państwie zatrudnienia delegowanego pracownika, miejsca, w którym rekrutowani są pracownicy delegowani, miejsca, w których zawierana jest większość umów z klientami, prawa mające zastosowanie do umów zawartych przez Wnioskodawcę z pracownikami i prawa mające zastosowanie do umów zawartych przez Wnioskodawcę z klientami. Ponadto Sąd II instancji dokonując porównania obrotów w Polsce i za granicą nie uwzględnił różnic siły nabywczej pieniądza i różnic wynagrodzeń, co jest niezbędne dla oddania rzeczywistych proporcji działalności Wnioskodawcy w kraju i poza nim; 2) przepisów art. 328 § 2 k. p. c. w związku z art. 391 k.p.c. polegające na niedostatecznym wskazaniu w uzasadnieniu wyroku faktycznych i prawnych podstaw rozstrzygnięcia, co uniemożliwia dokonanie oceny toku wyводу i przesłanek decyzji Sądu. Brak powyższy polegał przede wszystkim na tym, że Sąd Apelacyjny oddalając apelację wnioskodawcy wskazał jedynie na nieosiągnięcie przez Wnioskodawcę określonych obrotów na terenie Polski, natomiast całkowicie zaniechał omówienia wyników „pogłębionej analizy” wymaganej obligatoryjnie przez przepisy Praktycznego Poradnika, na którym Sąd Apelacyjny opierał swój wyrok.

Wskazując na powyższe podstawy kasacyjne wniósł o przeprowadzenie rozprawy, uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu w (...), zasądzenie od organu rentowego na rzecz Wnioskodawcy kosztów postępowania, w tym zwrotu kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Organ rentowy w odpowiedzi na skargę kasacyjną wniósł o wydanie postanowienia o odmowie przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania z uwagi na brak spełnienia ustawowych przesłanek określonych przepisem art. 398⁹ § 1 pkt 1 k.p.c. Z ostrożności procesowej, na wypadek przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania wniósł o oddalenie skargi kasacyjnej, zasądzenie od Wnioskodawcy

na rzecz organu rentowego kosztów zastępstwa procesowego według norm prawem przepisanych.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna jest uzasadniona, trafnie bowiem zarzuca wnioskodawca, że Sąd Apelacyjny wydając zaskarżony wyrok zastosował przepisy prawa materialnego do nie w pełni ustalonego stanu faktycznego, nie ustalając wszystkich istotnych dla sprawy okoliczności. W utrwalonych poglądach Sądu Najwyższego, zastosowanie przepisów prawa materialnego do niedostatecznie ustalonego przez sąd drugiej instancji stanu faktycznego oznacza wadliwą (przedwczesną) subsumcję tego stanu do zawartych w nich norm prawnych, a brak stosownych ustaleń ostatecznie uzasadnia też zarzut kasacyjny naruszenia prawa materialnego przez jego niewłaściwe zastosowanie (por. np. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 7 grudnia 2016 r., II UK 460/15 oraz z dnia 10 marca 2011 r., II PK 241/10).

Nie mają natomiast uzasadnienia zarzucane w skardze naruszenie przepisów postępowania w sposób mający wpływ na rozstrzygnięcie sprawy. Zgodnie z art. 398¹³ § 1 i 2 k.p.c., Sąd Najwyższy rozpoznaje sprawę w granicach skargi kasacyjnej (jej podstaw) i jest związany ustaleniami faktycznymi stanowiącymi podstawę zaskarżonego orzeczenia, jeżeli skarga nie zawiera zarzutu naruszenia przepisów postępowania (bądź jeżeli taki zarzut okaże się niezasadny). Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem w postępowaniu kasacyjnym nie może być w ogóle brany pod uwagę zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. i to także w powiązaniu z innymi przepisami (zob. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 czerwca 2016 r., V CSK 536/15), wobec czego Sąd Najwyższy nie mógł w ogóle rozpatrywać zarzutu opartego na wskazanym przepisie.

Ponadto, w zakresie zarzutu naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. w związku z art. 391 k.p.c. uchybienie wymaganiom określonym w tym przepisie (art. 328 § 2 k.p.c.) może być ocenione jako mogące mieć wpływ na wynik sprawy tylko wyjątkowo, gdy braki w uzasadnieniu są tak znaczące, że uniemożliwiają kontrolę kasacyjną zaskarżonego orzeczenia (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 2015 r., IV CSK 149/15). W ocenianej sprawie sytuacja taka nie wystąpiła, bowiem

uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego zawiera wszystkie niezbędne elementy, zatem i ten zarzut nie okazał się zasadny.

Na wstępie należy zważyć, że Sąd Najwyższy przedstawiał już określoną wykładnię prawa w takich samych sprawach z udziałem tego samego płatnika przyjmując, że agencja pracy tymczasowej, delegująca zatrudnianych pracowników do pracy za granicą, może być uznana, za pracodawcę zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności, innej niż działalność związana z samym zarządzaniem wewnętrznym na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, czyli w rozumieniu przepisów rozporządzeń nr 883/2004 - art. 12 ust. 1 oraz nr 987/2009 - art. 14 ust. 2, jeżeli obrót z prowadzonej działalności osiągany w kraju delegowania wynosi 25% całego jej obrotu (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 czerwca 2014 r., II UK 565/13). Zapoczątkowało to zgodną linię orzeczniczą (sprawy: II UK 550/13, II UK 32/14, II UK 69/14, II UK 84/14, II UK 85/14). W orzecznictwie prezentowane było jednak również stanowisko, że obrót nie jest kryterium przesądzającym, bo Sąd powinien rozważyć wszystkie istotne kryteria (sprawy: II UK 388/09, I UK 1/10, II UK 170/13). Rozbieżność ta wywołała pytanie skierowane do składu powiększonego (III UZP 5/15), rozstrzygnięte ostatecznie wyrokiem Sądu Najwyższego (po przejęciu sprawy do rozpoznania) z dnia 18 listopada 2015 r., II UK 100/14, (OSNP 2016 nr 7, poz. 88), w którym Sąd Najwyższy wyjaśnił, że zgodnie z art. 12 ust. 1 rozporządzenia 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. 3a rozporządzenia nr 883/2004. Przepisem wykonawczym do art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 jest między innymi art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 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”. Zasadnicze znaczenie 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). Jak wskazano w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 października 2016 r., II UK 191/15 (niepublikowany), 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, 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 nr 883/2004 w ramach jej zadań dotyczących wykładni i usprawniania jednolitego stosowania prawa Unii Europejskiej. W decyzji wskazuje się, że decydującym warunkiem dla zastosowania art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 jest istnienie więzi między pracodawcą a państwem członkowskim, w którym ma on swoją siedzibę. Możliwość 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 obowiązana 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” (pkt 1 decyzji A2). Podobnie zagadnienie to wyjaśnione zostało 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 osiągnięte 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 nr 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 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. 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 jednak oparcia ani w treści rozporządzenia nr 883/2004, ani rozporządzenia nr 987/2009, ani decyzji A2. Według rozporządzenia nr 987/2009 próg 25% odnosi się jedynie do kryteriów ilościowych branych pod uwagę przy ocenie, czy w danym państwie wykonywana jest znaczna część pracy najemnej lub działalności na własny rachunek, o której mowa w art. 13 ust. 1 i 2 (zob. art. 14 ust. 8 rozporządzenia nr 987/2009). Stąd też odnoszenie tego progu do kryterium wielkości obrotu, uwzględnianego przy ocenie, czy dane przedsiębiorstwo prowadzi znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego w kontekście możliwości delegowania pracowników nie ma uzasadnienia.

Kryterium 25% nie znajduje również oparcia w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości (por. wyrok z dnia 10 lutego 2000 r., w sprawie C 202/97 *Fitzwilliam Executive Search Ltd v Bestuur van het Landelijk instituut sociale verzekeringen*, (European Court Reports 2000 I-00883; z dnia 17 grudnia 1970 r. w sprawie 35/70 (*Sari Manpower przeciwko Caisse Primaire d' Assurance Maladie*, ECR 1970, s. 01251; oraz z dnia 9 listopada 2000 r. w sprawie C-404/98 (*Josef Plum przeciwko Allgemeine Ortskrankenkasse Rheinland, Regionaldirektion Köln*, ECR 2000, s. I 09397).

Wobec powyższego Sąd Najwyższy stwierdził, że w celu ustalenia, że przedsiębiorstwo prowadzi normalną działalność (w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004), czy też znaczną część działalności innej niż zarządzanie wewnętrzną (według 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% 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 jedynie 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. Podstawowym celem wyżej wskazanej 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”. Jest ono bowiem równoznaczne z użytymi w innych wersjach językowych art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 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 3), 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.

Należy też stwierdzić, 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.

W rozpoznawanej sprawie Sąd Apelacyjny błędnie przyjął, że uzyskiwanie w kraju obrotu poniżej 25% całkowitego obrotu prowadzi do wniosku o nieprowadzeniu przez skarżącą Spółkę normalnej działalności w państwie siedziby przedsiębiorstwa delegującego i niesłusznie uznał, iż w takim wypadku zbędna jest całościowa ocena, czy przedsiębiorstwo prowadzi faktyczną działalność w państwie wysyłającym. Brak stosownych ustaleń i niedokonanie przez Sąd Apelacyjny takiej właśnie oceny działalności skarżącej Spółki czyni skargę kasacyjną uzasadnioną.

Biorąc powyższe pod rozwagę, Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji.