



Sygn. akt II UK 61/16

## **WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 23 marca 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jolanta Frańczak (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Krzysztof Staryk

SSN Małgorzata Wrębiakowska-Marzec

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

przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddziałowi w W.

z udziałem zainteresowanego K. B.

o wydanie zaświadczenia na formularzu A1,

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń

Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 23 marca 2017 r.,

skargi kasacyjnej od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)

z dnia 1 października 2015 r., sygn. akt III AUa (...),

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

### **UZASADNIENIE**

Sąd Apelacyjny – Sąd Pracy i Ubezpieczeń Społecznych w (...) wyrokiem z dnia 1 października 2015 r. oddalił apelację wnioskodawcy W. Spółki z o.o. w W. od wyroku Sądu Okręgowego w W. z dnia 17 listopada 2014 r., którym oddalono

odwołanie od decyzji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddziału w W. z dnia 29 listopada 2013 r., odmawiającej Spółce wydania zaświadczenia A1 potwierdzającego podleganie jej pracownika tymczasowego K. B. polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych w okresie wykonywania pracy na rzecz pracodawcy użytkownika we Francji.

Sąd Apelacyjny w motywach orzeczenia uwzględnił, że wnioskodawca W. Spółka z o.o. 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. Odwołując się do decyzji Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego nr A2 z dnia 12 czerwca 2009 r. dotyczącej wykładni art. 12 rozporządzenia (WE) nr 883/2004 w sprawie ustawodawstwa mającego zastosowanie do pracowników delegowanych i osób wykonujących pracę na własny rachunek, tymczasowo pracujących poza państwem właściwym (Dz.U. UE. C. 2010.106.5; dalej „decyzja nr A2”) oraz opracowanego przez Komisję Administracyjną na podstawie tej decyzji Praktycznego poradnika: Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej (UE), Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) i Szwajcarii, porównał obroty z tytułu prowadzonej działalności osiągnięte przez wnioskodawcę w kraju i za granicą. Ustalił, że z tytułu działalności prowadzonej w Polsce Spółka nie uzyskała w Polsce obrotu na poziomie co najmniej 25%. Obrót ten w 2012 r. nie przekroczył 18%. Sąd Apelacyjny stwierdził, że mimo iż administracja, kadry, księgowość i marketing prowadzone są w Polsce, prowadzenie tu działalności przez Spółkę 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”) bowiem, odwołując się do wyroków Sądu Najwyższego z dnia 4 czerwca 2014 r., II UK 550/13 i II UK 565/13, decydujące znaczenie ma generowanie co najmniej 25% obrotu w miejscu, gdzie znajduje się siedziba przedsiębiorstwa delegującego. Powyższe uniemożliwia zatem uznanie, że oddelegowany do pracy we Francji zainteresowany K. B. podlega z tego tytułu ustawodawstwu polskiemu.

Skarga kasacyjna wnioskodawcy W. Spółki z o.o., z wnioskiem o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu, została oparta na podstawie naruszenia prawa materialnego przez zastosowanie 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 przy błędnym zdefiniowaniu przesłanki prowadzenia normalnej działalności w państwie w którym ma siedzibę pracodawca kierujący pracownika do wykonywania pracy w innym państwie członkowskim. Podniesiono brak ścisłych kryteriów tej oceny oraz ich gradacji, zarzucając danie prymatu wartości obrotów spółki, a pominięcie pozostałych wskaźników decydujących o prowadzeniu działalności, która ma mieć charakter znacznej, ale nie przeważającej, oraz nieprawidłowość stosowania wprost postanowień decyzji nr A2, podkreślając, że organ, który ją wydał jest organem pomocniczym (doradczym) Komisji Europejskiej i jego decyzje nie mają charakteru decyzji Komisji Europejskiej wydawanych na podstawie art. 288 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE).

W skardze kasacyjnej zarzucono także naruszenie przepisów postępowania - art. 233 § 1 k.p.c. przez dowolne przyjęcie, że zatrudnienie 1/3 pracowników na terenie Polski wskazuje na nieprowadzenie znacznej działalności w tym kraju oraz brak ustaleń co do proporcji obrotów w Polsce i kraju delegowania pracownika z uwzględnieniem specyfiki działalności agencji pracy tymczasowej i przyjęcie wbrew wyraźnemu nakazowi Praktycznego poradnika, że jedynym kryterium dla prowadzenia znacznej działalności jest „osiąganie 25% obrotów” a także naruszenie 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.

Skarżący wniósł ponadto o wystąpienie przez Sąd Najwyższy do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z pytaniem prejudycjalnym.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna jest uzasadniona. Wielokrotnie Sąd Najwyższy w swoim orzecznictwie wskazywał (por. między innymi wyrok z dnia 13 października 2016 r., II UK 336/15, LEX nr 2169488), że podstawowym łącznikiem wskazującym właściwe i wyłącznie stosowane prawo w zakresie ubezpieczeń społecznych jest miejsce wykonywania pracy (por. art. 11 ust. 2 lit. a rozporządzenia (WE) nr 883/2004, czyli *lex loci laboris*). Wyjątek - podleganie nadal polskiemu ubezpieczeniu społecznemu obywatela polskiego zatrudnionego za granicą – stosuje się w wypadku krótkotrwałego wysłania przez polskiego pracodawcę (mającego w Polsce siedzibę lub przedstawicielstwo) w ramach istniejącej umowy o pracę lub jego oddelegowania do pracy na rzecz podmiotu powiązanego z pracodawcą polskim. Stosownie do art. 12 rozporządzenia (WE) nr 883/2004 oraz art. 14 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 987/2009, osoba wykonująca działalność jako pracownik najemny w państwie członkowskim w imieniu pracodawcy prowadzącego normalnie tam swą działalność, która jest delegowana przez tego pracodawcę do innego państwa członkowskiego w celu wykonywania pracy w imieniu tego pracodawcy, nadal podlega ustawodawstwu pierwszego państwa członkowskiego, pod warunkiem, że przewidywany czas takiej pracy nie przekracza 24 miesięcy i że osoba ta nie jest wysłana po to, by zastąpić inną osobę.

Wobec tego ustalenie, czy pracodawca, który deleguje pracowników do pracy w innych państwach członkowskich Unii Europejskiej prowadzi normalną działalność w Polsce w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 883/2004, wymaga oceny z uwzględnieniem wszystkich kryteriów charakteryzujących prowadzenie zazwyczaj znacznej działalności w Polsce, przy czym konieczne jest ich dopasowanie do specyficznych cech tego pracodawcy i do rzeczywistego charakteru prowadzonej przez niego działalności (art. 14 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 987/2009). Wskazówki dotyczące tych kryteriów zostały zawarte w decyzji nr A2. Wskazano w niej miejsce, w którym przedsiębiorstwo ma swą zarejestrowaną

siedzibę i administrację, liczebność personelu administracyjnego pracującego w państwie tej siedziby oraz w drugim państwie członkowskim, miejsce, w którym rekrutowani są pracownicy delegowani, i miejsce, w którym zawierana jest większość umów z klientami, prawo mające zastosowanie do umów zawartych przez przedsiębiorstwo z jednej strony z pracownikami i z drugiej strony z klientami, obroty w odpowiednio typowym okresie w każdym z państw członkowskich, których rzecz dotyczy, oraz liczbę umów wykonanych w państwie wysyłającym. Katalog ten jest otwarty i niewiążący w tym sensie, że na instytucji właściwej ciąży obowiązek poprawnego zastosowania kryteriów przez dokonanie prawidłowego ich doboru do charakteru działalności prowadzonej przez przedsiębiorstwo w państwie, w którym ma ono siedzibę.

Uwzględniając to oraz okoliczności sprawy, należało rozważyć specyfikę działania agencji pracy tymczasowej, którą – stosownie do art. 3 dyrektywy nr 96/71/WE – jest każda osoba fizyczna lub prawna, zawierająca zgodnie z prawem krajowym umowy o pracę lub nawiązująca stosunek pracy z pracownikami tymczasowymi w celu skierowania ich do przedsiębiorstw użytkowników, aby tam wykonywali tymczasowo pracę pod nadzorem i kierownictwem tych przedsiębiorstw. Na podstawie art. 18 ust. 1 pkt 4 i pkt 2 ustawy o promocji zatrudnienia działalność agencji pracy tymczasowej jest działalnością regulowaną w rozumieniu ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (jednolity tekst: Dz.U. z 2015 r., poz. 584 ze zm.) i wymaga wpisu do rejestru podmiotów prowadzących agencje zatrudnienia. Charakter działalności przedsiębiorcy prowadzącego agencję pracy tymczasowej polega na pośredniczeniu między poszukującymi pracowników i pracownikami poszukującymi pracy (por. art. 1 ustawy z dnia 9 lipca 2003 r. o zatrudnianiu pracowników tymczasowych, jednolity tekst: Dz.U. z 2016 r., poz. 360 oraz art. 18 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, jednolity tekst: Dz.U. 2015 r., poz. 149; dalej „ustawa o promocji zatrudnienia”). Jeżeli agencja pracy tymczasowej zarejestrowana w Polsce prowadzi taką działalność przez wysyłanie pracowników zatrudnionych w Polsce do innego kraju Unii, w którym ich praca jest wykorzystywana tam przez pracodawców użytkowników, to obowiązuje ją także art. 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 stawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o zmianie i uchyleniu niektórych ustaw w związku z uzyskaniem przez Rzeczpospolitą członkostwa w Unii Europejskiej, Dz.U. z 2004 r. Nr 96, poz. 959). Działanie przedsiębiorcy, polegające na wyszukaniu siły roboczej w jednym państwie, a następnie „sprzedaży” tej pracy podmiotowi w innym państwie, jest w swej istocie działaniem transgranicznym; rozkłada się na co najmniej dwa państwa, w których zwykle agencja pracy tymczasowej prawie równolegle wykonuje przypisane jej czynności w celu realizacji trójstronnego stosunku prawnego powstającego w związku z zawieraniem umów o pracę tymczasową. Innymi słowy, zarówno w państwie, w którym agencja pracy tymczasowej pozyskuje i zatrudnia pracowników, jak i w państwie, w którym zawiera umowy z pracodawcami użytkownikami oraz przekazuje swych pracowników, by wykonywali pracę na ich rzecz, wykonuje normalnie przypisane jej czynności. Ze względu na współzależność końcowego sukcesu od aktywności w każdym z państw nie można scharakteryzować działania związanego z realizacją takiego przedsięwzięcia w żadnym nich jako „nieznacznego”.

Względem przedsiębiorcy, którego działalność składa się w istotnej mierze z tego typu działań, nieznaczność aktywności w danym państwie można stwierdzić, jeżeli poszukiwanie w tym państwie pracowników lub współpraca z partnerami, którzy takiej pracy poszukują, ma charakter incydentalny w skali całości realizowanych kontraktów tego typu. Poszukując adekwatnych kryteriów badania zakresu działalności firmy oferującej scharakteryzowane powyżej usługi, należy stwierdzić, że porównywanie przychodu firmy w państwie delegującym oraz w państwie delegowania nie jest właściwe, gdyż istota wskazanego stosunku powoduje, iż przedsiębiorstwo w państwie, z którego deleguje pracownika, ponosi przede wszystkim koszty związane z zatrudnieniem, natomiast zyski z tego zatrudnienia czerpie od kontrahenta w państwie oddelegowania. Wskazany model prowadzenia przedsiębiorstwa bazuje na różnicy cenowej pracy w państwach członkowskich, co sprawia, że 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. W państwie, w którym zatrudnia pracowników, przedsiębiorstwo ma znaczne koszty administracyjne w związku z zawieraniem umów o pracę, prowadzeniem dokumentacji i wypełnianiem innych obowiązków pracodawcy, a przede wszystkim wypłacaniem wynagrodzeń pracownikom tymczasowym. Zysk osiągany jest w innym państwie, zatem fundusze na działalność w jednym państwie pochodzą z wykonania umów zawieranych z pracodawcami użytkownikami w drugim państwie, co potwierdza nieprzydatność sugerowanego przez skarżącego kryterium oceny prowadzenia przez agencję pracy tymczasowej normalnej działalności w państwie, w którym obrót nie jest niższy od 25% obrotu ogółem. Co więcej, restrykcyjne przyjęcie kryterium osiągania co najmniej 25% 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 „znaczej 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), odmiennie od licznych wyroków Sądu Najwyższego, w których podłożem były decyzje Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, Oddział w W. w przedmiocie odmowy wydania spółce W. zaświadczenia A1, potwierdzającego, że jej pracownicy w okresie wykonywania pracy na terytorium innych państw Unii podlegali polskiemu ubezpieczeniu społecznemu. Uległ modyfikacji wyrażony w tych wyrokach pogląd, że podmiot delegujący zatrudnianych pracowników do pracy za granicą nie może być co do

zasady uznany za pracodawcę zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności w kraju, w którym ma swoją siedzibę, jeżeli w tym kraju osiąga obrót na poziomie 25% całego swego obrotu (por. np. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 6 sierpnia 2013 r., II UK 116/13, OSNP 2014 nr 5, poz. 73; z dnia 2 października 2013 r., II UK 170/13, OSNP 2014 nr 12, poz. 171; z dnia 4 czerwca 2014 r., II UK 550/13, 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 1738485; z dnia 14 października 2014 r., II UK 32/14, LEX nr 1545034; z dnia 18 listopada 2014 r., II UK 46/14, LEX nr 1621341). 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 poglądu wyrażonego w wyroku z dnia 18 listopada 2015 r., II UK 100/14, jest także to, że „obróć wynoszący około 25% całkowitego obrotu w państwie delegującym” jako wskaźnik wystarczający dla ustalenia faktu prowadzenia znacznej części działalności w państwie delegującym, wymienia się tylko w Praktycznym poradniku: Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej (UE), w Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) i w Szwajcarii, a jest to - wydany na podstawie upoważnienia zawartego w pkt 7 decyzji nr A2 - dokument wprowadzający dobre praktyki administracyjne oraz stanowiący pomoc dla instytucji, pracodawców i obywateli. Wskazane w nim kryterium ilościowe nie ma oparcia ani w treści rozporządzeń (WE) nr 883/2004 i nr 987/2009, ani w decyzji nr A2, zatem jest kryterium pozanormatywnym, które nie może być traktowane jako wystarczające i decydujące o właściwym ustawodawstwie w zakresie ubezpieczeń społecznych.

W związku z tym nie ma wątpliwości, że przy ocenie, czy dane przedsiębiorstwo prowadzi znaczącą część działalności w państwie członkowskim swej siedziby, konieczne jest badanie wszystkich kryteriów charakterystycznych dla działalności prowadzonej przez przedsiębiorstwo, więc stosowanie tylko kryterium związanego z wielkością obrotu jest mylące lub niewystarczające (por. wyrok

Trybunału Sprawiedliwości z dnia 10 lutego 2000 r. w sprawie C-202/97 *Fitzwilliam* oraz z dnia 17 grudnia 1970 r. w sprawie 35/70, *Sarl Manpower przeciwko Caisse Promaire d' Assurance Maladie*, ECR 1970, s. 01251). 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, iż takie przedsiębiorstwo prowadzi znaczną część swojej działalności w państwie, w którym w znacznym stopniu poszukuje tych pracowników.

Sąd Najwyższy jednocześnie podziela przedstawiony, w przywołanym wyżej wyroku 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, czego domagał się skarżący w skardze kasacyjnej (zob. 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).

Z tych względów Sąd Najwyższy na podstawie art. 398<sup>15</sup> § 1 k.p.c. oraz art. 108 § 2 k.p.c. w związku z art. 398<sup>21</sup> k.p.c. orzekł jak w sentencji.