



Sygn. akt II UK 633/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 19 września 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Krzysztof Staryk (przewodniczący)
SSN Krzysztof Rączka (sprawozdawca)
SSN Romualda Spyt

w sprawie z wniosku P. Sp. z o.o. w W.
przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddział w W.
z udziałem zainteresowanych: J.J. i J.K.
o wydanie zaświadczenia w sprawie z zakresu ubezpieczeń społecznych,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń
Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 19 września 2017 r.,
skargi kasacyjnej wnioskodawcy
od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)
z dnia 14 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

Wyrokiem z 14 stycznia 2016 r., sygn. akt III AUa (...) Sąd Apelacyjny w (...) oddalił apelację spółki W. Sp. z o.o. w W. od wyroku Sądu Okręgowego w W. z 24 lutego 2015 r., sygn. akt VIII U (...), którym oddalono odwołanie wnioskodawcy od

decyzji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w W. z 26 i 28 czerwca 2013 r., którymi ZUS odmówił wydania wspomnianej spółce zaświadczenia potwierdzającego polskie ustawodawstwo w zakresie ubezpieczeń społecznych dotyczące pracowników spółki J.J. i J.K., w okresie wykonywania przez nich pracy na terytorium Francji.

W sprawie ustalono następujący stan faktyczny. W. Sp. z o.o. jest agencją pracy tymczasowej i zajmuje się wyszukiwaniem miejsc pracy i pozyskiwaniem pracowników, współpracując z przedsiębiorcami we Francji, Niemczech i w Polsce, delegując im określoną liczbę pracowników. Administracja wnioskodawcy, a także kadry, księgowość i marketing prowadzone są w Polsce. Proces rekrutacyjny również prowadzony jest w Polsce (testy, rozmowy kwalifikacyjne, podpisywanie umów). Okresy zatrudnienia pracowników za granicą wskazują poszczególni przedsiębiorcy, są to umowy na tydzień lub dwa tygodnie, a w większości przypadków na 6-8 miesięcy. Wnioskodawca nalicza i wypłaca wynagrodzenie, wystawia zaświadczenia i świadectwa pracy, w toku zatrudnienia kontaktuje się na bieżąco z pracownikami oddelegowanymi, zapewnia im opiekę. Umowy o pracę podlegają polskiemu reżimowi prawnemu. Taka duża ilość kontraktów zagranicznych wnioskodawcy wynika z niepewności w kwestiach płatności i ryzykiem związanym z ewentualną egzekucją płatności. Większość kontraktów spółka ma zawartych z partnerami zagranicznymi. Około 1/4 albo 1/3 kontraktów to kontrakty z polskimi klientami. Proporcje zatrudnienia pracowników w Polsce i za granicą wahają się w poszczególnych miesiącach. Spółka z tytułu działalności w kraju osiągnęła obrót na poziomie 16 - 18%, resztę stanowił obrót z tytułu działalności za granicą.

W dniu 19 października 2012 r. zainteresowany J.J. zawarł z wnioskodawcą umowę o pracę na czas określony od 22 października 2012 r. do 31 października 2012 r. Na podstawie tej umowy J.J. pracował w pełnym wymiarze czasu pracy na stanowisku hydraulik na rzecz i pod kierownictwem firmy P. z siedzibą na terenie Francji. Umowa ta została zmieniona aneksami nr 1 w zakresie końcowej daty zatrudnienia - do 11 listopada 2012 r.

W dniu 3 września 2012 r. zainteresowany J.K. zawarł z wnioskodawcą umowę o pracę na czas określony od 3 września 2012 r. do 21 grudnia 2012 r. na

stanowisku monter płyt G-K na rzecz i pod kierownictwem firmy M. z siedzibą na terenie Francji.

Płatnik we wnioskach o wydanie zaświadczenia o ustawodawstwie właściwym na formularzu A1 dla obu zainteresowanych wskazał, że średnie obroty z tytułu działalności prowadzonej w Polsce na dzień 30 września 2012 r. uzyskał na poziomie 18%, w innych państwach 82%, zatrudnia na terenie Polski 101 pracowników, pracowników delegowanych za granicą 226 oraz realizuje w kraju 12 umów z kontrahentami wobec 43 kontraktów zagranicznych.

W okresie od stycznia 2012 r. do grudnia 2012 r. obrót osiągnął przez firmę W. Sp. z o.o. z działalności w Polsce wyniósł:

- styczeń 2012 - 32,43%,
- luty 2012 - 10,01%,
- marzec 2012 - 16,89%,
- kwiecień 2012 - 21,72%,
- maj 2012 - 13,39%,
- czerwiec 2012 - 15,49%,
- lipiec 2012 - 16,64%,
- sierpień 2012 - 14,74%,
- wrzesień 2012 - 15,12%,
- październik 2012 - 12,13%,
- listopad 2012 - 14,55%,
- grudzień 2012 - 16,64%.

Płatnik w okresie od stycznia 2012 r. do grudnia 2012 r. zatrudniał i zgłaszał do ubezpieczeń społecznych w kraju średnio - łącznie w miesiącu ponad - 100 osób oraz realizował od 10 do 12 umów z podmiotami gospodarczymi w Polsce, natomiast we Francji i w Niemczech pracę wykonywało łącznie w miesiącu od 155 osób (styczeń 2012 r.) do 254 osób (czerwiec 2012 r.) w ramach realizowanych od 32 (styczeń 2012 r.) do 51 (czerwiec 2012 r.) umów. U wnioskodawcy zatrudnione są również osoby w oparciu o umowy zlecenia i umowy o dzieło, za które płatnik nie odprowadza składek na ubezpieczenie emerytalne i rentowe i nie podlegają one ubezpieczeniu społecznemu.

Spółka w deklaracjach dla podatku od towarów i usług VAT-7 wykazała za rok 2011 sprzedaż na terenie kraju, która stanowi 8,0% sprzedaży łącznej (tj. w Polsce, w krajach trzecich i Unii Europejskiej) oraz za okres od stycznia do listopada 2012 r. na poziomie 9,4%.

Decyzją z 26 czerwca 2013 r., znak (...) organ rentowy - Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w W. - odmówił wydania wnioskodawcy W. Sp. z o.o. z siedzibą w W. zaświadczenia dotyczącego ustawodawstwa właściwego potwierdzającego, że zainteresowany J.J. w okresie wykonywania pracy na terytorium Francji od 22 października 2012 r. do 11 listopada 2012 r. podlega polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych. Natomiast decyzją z 28 czerwca 2013 roku, znak (...), organ rentowy odmówił również wydania wnioskodawcy zaświadczenia dotyczącego ustawodawstwa właściwego potwierdzającego, że zainteresowany J.K. w okresie wykonywania pracy na terytorium Francji od 3 września 2012 r. do 21 grudnia 2012 r. podlega polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych.

W tak ustalonym stanie faktycznym sprawy Sąd Okręgowy w W. orzekł, że odwołania wnioskodawcy nie zasługiwały na uwzględnienie.

Sąd pierwszej instancji wskazał, że nie ulega w niniejszej sprawie wątpliwości, że umowa o pracę pomiędzy wnioskodawcą, posiadającym siedzibę w Polsce, a prowadzącym działalność zarówno w Polsce jak i za granicą, a zainteresowanymi, została zawarta w celu oddelegowania zainteresowanych do pracy w innym państwie członkowskim - we Francji. Bezspornym jest, że przewidywany okres wykonywania pracy we Francji przez zainteresowanych nie przekraczał 24 miesięcy oraz, że pracownicy ci nie zostali skierowani do pracy w miejsce innej osoby, której upłynął okres skierowania. Istotą niniejszej sprawy było zatem rozstrzygnięcie, czy wnioskodawca prowadzi na terenie Polski „znaczną działalność”, o której mowa w art. 12 ust. 1 rozporządzenia podstawowego nr 883/2004, inną niż działalność związaną z samym zarządzaniem wewnętrznym oraz rekrutacją i kadrami, jak też na jakich zasadach zainteresowani zostali oddelegowani do pracy we Francji.

Jak wskazał Sąd Okręgowy, powołując się przy tym na szereg przepisów¹⁾ w unijnych, w celu ustalenia, czy istnieje bezpośredni związek pomiędzy

zainteresowanym pracownikiem a pracodawcą delegującym, a zatem dla przyjęcia, że pracownik nadal podlega zwierzchnictwu 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 zwalniania oraz prawo do określania charakteru pracy). Jednakże elementy te nie odgrywają zasadniczej roli w ocenie „znaczej działalności przedsiębiorstwa”.

Sąd pierwszej instancji przyjął zatem, że poza istnieniem więzi pracowniczej wymaga się, by przedsiębiorstwo delegujące „zwykle” prowadziło działalność na terenie państwa, z którego dany pracownik został oddelegowany. Ponadto stwierdza się, że chodzi o działalność „godną odnotowania” w kraju delegującym. Z decyzji A2 z dnia 12 czerwca 2009 r. dotyczącej wykładni art. 12 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 w sprawie ustawodawstwa mającego zastosowanie do pracowników delegowanych i osób wykonujących pracę na własny rachunek, tymczasowo pracujących poza państwem właściwym wynika, że spośród badanych przesłanek regulujących zwykle prowadzenie działalności to właśnie obrót odgrywa najistotniejszą rolę przy ocenie, czy przedsiębiorstwo zwykle prowadziło działalność gospodarczą na terytorium konkretnego państwa.

W uzasadnieniu wskazano, że do sądu należy ocena wszystkich elementów prowadzenia przez przedsiębiorstwo działalności gospodarczej w kraju i zagranicą jednakże jest najistotniejszą z przesłanek skutkujących odpowiednią kwalifikację - obrót w odpowiednio typowym okresie w każdym z państwa członkowskich. Nie można też pominąć, że celem, dla którego stworzono możliwość odstępstw od zasady terytorialności, było maksymalne wspieranie swobodnego przepływu pracowników oraz umożliwienie pracownikom, przedsiębiorstwom i instytucjom uniknięcia niepotrzebnych i kosztownych komplikacji administracyjnych.

Sąd Okręgowy za bezsporne uznał przy tym, że odwołująca się Agencja Pracy Tymczasowej ma siedzibę w Polsce i w kraju prowadzi działalność polegającą na rekrutacji pracowników do pracy w kraju jak i do pracy za granicą w państwach członkowskich UE. Agencja opłaca składki na ubezpieczenie społeczne za zatrudnionych pracowników, odprowadza też zaliczki na podatek dochodowy do

urzędu skarbowego. Jakkolwiek w istocie spółka posiada swoją administrację, księgowość i kadry na terenie Polski, tutaj też zawierane są umowy z pracownikami delegowanymi do pracy, jednakże biorąc pod uwagę czynniki ekonomiczne, tj. nastawienie na zysk, jako jeden z głównych celów prowadzenia działalności gospodarczej, należy stwierdzić, że elementem decydującym przy określeniu miejsca prowadzenia normalnej działalności, winny być obroty spółki, bez względu na to, jakie czynniki wpływają na ich wysokość. Rażąca dysproporcja w obrotach osiąganych przez spółkę za granicą i w kraju (średnia wartość obrotów brutto powyżej 80% za granicą i do 20% w kraju), nie pozwalała, w ocenie Sądu pierwszej instancji na konkluzję, że znaczna większość dochodów uzyskiwana była w Polsce (według danych za 2012 r.). Niewątpliwie wnioskodawca, który jest Agencją Pracy Tymczasowej od początku swojej działalności większość pracowników rekrutuje do prac w zagranicznych firmach w państwach członkowskich Unii Europejskiej. W związku z tym obroty Agencji uzyskane w Polsce z krajowych umów zawsze pozostają w dysproporcji z obrotami z umów zawartych z firmami zagranicznymi w krajach UE. Niewątpliwie przyczyną wyższych obrotów osiąganych przez Spółkę za granicą jest wynagrodzenie pracowników-wyższe nawet kilkakrotnie od wynagrodzenia pracowników w Polsce. Wyższe wynagrodzenie jest wypłacane, bowiem jego wysokość musi odpowiadać przepisom państwa, w którym dany pracownik jest zatrudniony. Ta odmiennność konstytuuje tak dużą rozpiętość obrotów wnioskodawcy w kraju i za granicą. Sąd Okręgowy uznał jednak, że istotne dla rozstrzygnięcia sprawy są faktyczne dane a nie ich przyczyny.

Niewątpliwie dane te obejmują również zatrudnienie przez wnioskodawcę, za granicą, znacznej większości pracowników. Czy to bowiem ze względu na większą popularność agencji pracy tymczasowej w zachodnich państwach, czy też lepszą płatność w zakresie realizowanych kontraktów, faktem jest, że znaczną większość obrotów spółka osiąga za granicą, tam też realizuje więcej kontraktów i tam deleguje znacznie więcej pracowników.

Spółka jest podmiotem działalności gospodarczej, której główną cechą jest nacelowanie na zysk. Znaczenie ma więc, zdaniem Sądu Okręgowego, jedynie płynąca ze wskazanych czynników konsekwencja w postaci osiąganych dochodów, a skoro znaczna większość tych dochodów generowana jest, w przypadku

wnioskodawcy, za granicą, należy uznać, iż to właśnie za granicą spółka prowadziła do końca 2012 r. swoją zasadniczą działalność. W 2012 r. osiągnięte przez Spółkę obroty na terenie Polski stanowiły 16,45% ale już poczynając od pierwszych miesięcy 2013 r. obroty brutto Spółki wyniosły ponad 30%. Jednakże spornym w sprawie jest okres od września do grudnia 2012r. W poszczególnych miesiącach tego roku obroty Spółki brutto wynosiły: styczeń 2012-32,43%, luty 2012-10,01%, marzec 2012-16,89%, kwiecień 2012-21,72%, maj 2012-13,39%, czerwiec 2012-15,49%, lipiec 2012-16,64%, sierpień 2012-14,74%, wrzesień 2012-15,12%, październik 2012-12,13%, listopad 2012- 14,55%, grudzień 2012-16,64%.

W ocenie Sądu pierwszej instancji nie ulegało wątpliwości, że wnioskodawca w 2012 r. nie prowadził w Polsce godnej odnotowania działalności czego dowodem są wykazy obrotów brutto w poszczególnych miesiącach 2012 r., jak też średnich obrotów z 12 miesięcy. Liczba kontraktów zawarta na wynajem pracowników do przedsiębiorstw polskich i we Francji, ilość zatrudnionych osób w Polsce i w krajach UE jest zbliżona z naciskiem na wyższe wartości w krajach UE. W toku postępowania organ rentowy nie kwestionował przy tym faktu, że wnioskodawca w istocie część działalności prowadzi w Polsce.

W związku z powyższym Sąd Okręgowy uznał, że odwołanie wnioskodawcy nie zasługuje na uwzględnienie.

W zaskarżonym wyroku z 14 stycznia 2016 r. Sąd Apelacyjny w (...) oddalił apelację wnioskodawcy, obciążając go kosztami postępowania.

Sąd odwoławczy ocenił, że Sąd Okręgowy trafnie uznał, że w niniejszej sprawie nie zostały spełnione warunki konieczne do objęcia zainteresowanych pracowników polskim systemem ubezpieczeń społecznych.

Sąd Apelacyjny zauważył, że ustaleń faktycznych dokonanych przez Sąd pierwszej instancji wynika, że zainteresowani byli zatrudnieni wyłącznie w celu wykonywania pracy we Francji, a spółka „W.” w spornym okresie na terenie Polski osiągała zaledwie 12% swoich dochodów. Co więcej, z ustaleń sądu pierwszej instancji wynika też, że spółka „W.” prowadzi działalność gospodarczą w zakresie pośrednictw pracy i zajmuje się głównie delegacją pracowników do pracy za granicą, współpracuje z przedsiębiorstwami we Francji i w Niemczech. Działalność spółki na terenie Polski ogranicza się w zasadzie tylko do zarządzania

wewnętrznego i prowadzenia czynności administracyjnych. Zainteresowani byli *de facto* pracownikami pracodawców francuskich i to na ich rzecz świadczyli pracę. Zainteresowani nie wykonywali bezpośrednio pracy na rzecz spółki „W.”. Nie można w tym wypadku stwierdzić, aby pomiędzy stroną odwołującą się a zainteresowanymi istniała bezpośrednia więź, albowiem „W.” przez okres delegowania pracowników za granicę nie miał wpływu ani na przebieg, ani na warunki ich zatrudnienia.

Zdaniem Sądu odwoławczego, 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.

Sąd Apelacyjny podniósł, że aby objąć pracowników delegowanych polskim systemem ubezpieczeń społecznych, pracodawca musi normalnie prowadzić swą działalność w państwie delegującym, „...co oznacza przedsiębiorstwo zazwyczaj prowadzące znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę. Jeżeli działalność przedsiębiorstwa jest ograniczona do zarządzania wewnętrznego, przedsiębiorstwo to nie będzie uważane za normalnie prowadzące swą działalność w tym państwie członkowskim”. Jak również wskazał, że zasada, że pracownik wykonuje działalność w imieniu pracodawcy oznacza, że przez cały okres delegowania musi istnieć bezpośredni związek między delegującym pracodawcą i pracownikiem delegowanym. Jak wykazano w procesie tych kryteriów nie spełniła spółka „W.” w typowym okresie oddelegowania pracownika tymczasowego do pracy na terytorium Francji na rzecz i pod kierownictwem *de facto* pracodawcy francuskiego. Wobec powyższego i w świetle ostatniego orzecznictwa Sądu Najwyższego, stwierdzenie, że spółka nie osiągnęła w spornym okresie w Polsce minimum 25% obrotu z całej prowadzonej przez siebie

działalności gospodarczej oraz przez cały okres delegowania nie było bezpośredniego związku między delegującym pracodawcą i pracownikiem delegowanym uniemożliwia uznanie, że oddelegowany do pracy we Francji pracownik podlega w tym czasie ustawodawstwu polskiemu.

Zdaniem Sądu drugiej instancji nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut, że zbadanie i porównanie przez Sąd pierwszej instancji obrotów osiągniętych przez spółkę w okresie delegowania pracownika za granicę ograniczyło się tylko (zbyt ogólnie) do porównania tychże obrotów w państwie delegującym i w pozostałych państwach członkowskich łącznie i miało wpływ na treść rozstrzygnięcia. Po pierwsze, to na spółce ciążyło wykazanie, i to już na etapie złożenia wniosku o poświadczenie właściwego ustawodawstwa w ZUS-ie, przez porównanie obrotów, ilości wykonywanych kontraktów, liczby zatrudnionych pracowników, w którym państwie członkowskim spółka prowadzi znaczną część działalności. Tymczasem „W.” przedstawiła dane dotyczące działalności tylko na terenie Polski i łącznie we wszystkich państwach, do których deleguje pracowników, tj. głównie w Niemczech i we Francji. Po drugie zarzut ten spółka wywiodła już na etapie postępowania apelacyjnego i tym bardziej winna przedstawić dowody na jego poparcie, czego nie uczyniła. Po trzecie, nawet gdyby uznać, że Sąd Okręgowy zaniechał przeprowadzenia postępowania dowodowego na ww. okoliczność, nie zmieniłoby to ustaleń faktycznych, bo dysproporcja obrotów osiągniętych w kraju i za granicami (w Niemczech i Francji) jest tak duża - 12% do 88% - że w żadnym wypadku nie można stwierdzić, że w Polsce spółka prowadziła znaczną działalność.

Powyższy wyrok skargą kasacyjną zaskarżył w całości pełnomocnik odwołującej się spółki. Skarżący zarzucił zaskarżonemu wyrokowi naruszenie przepisów prawa materialnego, a mianowicie 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 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 106/02), poprzez ich błędną wykładnię i zastosowanie, w wyniku czego niezasadnie przyjęto, iż W. Sp. z o.o. w spornym okresie, od dnia 7 stycznia 2013 r. do dnia 31 marca 2013 r., nie prowadziła normalnej działalności na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, czego następstwem było przyjęcie, że zainteresowani nie podlegali ustawodawstwu polskiemu w zakresie ubezpieczeń społecznych.

Ponadto skarżący zarzucił również naruszenie przepisów prawa procesowego, które miało istotny wpływ na wynik sprawy, a mianowicie art. 233 § 1 k.p.c. przez dokonanie dowolnej, a nie swobodnej oceny dowodów przez brak ustalenia okoliczności istotnych dla rozpatrzenia sprawy w tym: (1) zaniechaniu ustalenia proporcji obrotów osiąganych przez wnioskodawcę w Polsce oraz w kraju delegowania pracownika, która to proporcja zdaniem Sądu drugiej instancji miała podstawowe znaczenie dla ustalenia, czy wnioskodawca prowadzi na terenie Polski znaczącą działalność; (2) 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 drugiej instancji oparł przy tym swoje rozstrzygnięcie 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 drugiej 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. W końcu skarżący zarzucił

naruszenie 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 uzasadniając oddalenie apelacji wnioskodawcy wskazał jedynie na brak osiągnięcia przez wnioskodawcę 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 odpowiedzi na skargę kasacyjną pełnomocnik Zakładu Ubezpieczeń Społecznych wniósł o:

1. wydanie postanowienia o odmowie przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania z uwagi na brak spełnienia ustawowych przesłanek określonych przepisem art. 398⁹ § 1 k.p.c.

z ostrożności procesowej, na wypadek przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania wniósł również o:

2. oddalenie skargi kasacyjnej,

3. zasądzenie od Wnioskodawcy na rzecz organu rentowego kosztów zastępstwa procesowego według norm prawem przepisanych.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna jest uzasadniona.

Stosownie do 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). W związku z tym należy wskazać, że zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą Sądu Najwyższego 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 w składzie rozpoznającym niniejszą sprawę nie mógł w ogóle rozpatrywać zarzutu opartego na wskazanym przepisie.

Dalej należy zauważyć, że w zakresie zarzutu naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 k.p.c. uchybienie wymaganiom określonym w art. 328 § 2 w związku z art. 391 § 1 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 niniejszej sprawie zaś z taką sytuacją nie mamy do czynienia, bowiem uzasadnienie wyroku wydanego przez Sąd Apelacyjny w niniejszej sprawie zawiera wszystkie niezbędne elementy, zatem i ten zarzut nie okazał się zasadny.

Powyższe ustalenia nie oznaczają jednak, że wskazywane przez skarżącego uchybienia w rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy nie rzutują na rozstrzygnięcie niniejszej sprawy, trafnie bowiem wskazuje skarżący, że Sąd Apelacyjny w (...) wydając zaskarżony wyrok w niedostatecznym stopniu ustalił stan faktyczny sprawy i nie ustalił wszystkich istotnych dla sprawy okoliczności. Jak zaś przyjął Sąd Najwyższy w szeregu swoich orzeczeń zastosowanie przepisów prawa materialnego do niedostatecznie ustalonego przez sąd drugiej instancji stanu faktycznego oznacza wadliwą (gdyż oczywiście 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 (zob. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 grudnia 2016 r., II UK 460/15; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 marca 2011 r., II PK 241/10). Sąd Apelacyjny nie dokonał analizy zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz ustalonych okoliczności sprawy w celu ustalenia, czy odwołująca się spółka prowadziła na terenie Polski działalność w znacznej części, a poprzestał jedynie na ustaleniu, że nie uzyskiwała ona na terenie Polski co najmniej 25% obrotu, a znacznie mniej. W kwestii badania innych przesłanek pozwalających uznać, że w niniejszej sprawie może mieć zastosowanie art. 12 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 Sąd Apelacyjny poprzestał jedynie na ogólnym wskazaniu przedmiotu działalności spółki oraz faktu, że zajmuje się ona głównie rekrutowaniem pracowników do pracy na terenie Francji i Niemiec, zaś w Polsce prowadzona jest przeważnie działalność administracyjna spółki, zaś fakt prowadzenia na terenie kraju rekrutacji oraz działalności księgowej i

wydawania dokumentów związanych z zatrudnieniem nie ma znaczenia dla ustalenia, że spółka prowadzi znaczną część działalności na terenie Polski. Sąd porównał również liczbę pracowników zatrudnionych w Polsce i zagranicą, jednak całkowicie pominął inne okoliczności, uznając, że nie mają one znaczenia, bowiem kluczowe jest kryterium obrotu.

Wobec powyższego, jak również z przyczyn podanych w dalszej części uzasadnienia zasadny okazał się zarzut naruszenia prawa materialnego w postaci 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 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 106/02). Sąd Apelacyjny bez zbadania wszystkich niezbędnych przesłanek i okoliczności uznał, że skarżąca spółka nie prowadziła normalnej działalności na terenie Polski, w związku z czym zainteresowany pracownik nie podlegał ubezpieczeniu społecznemu na terenie Polski.

Sąd Apelacyjny w (...) wydając zaskarżony wyrok powołał się na wyroki Sądu Najwyższego z dnia 4 czerwca 2014 r., II UK 550/13 i II UK 565/13 oraz z dnia 16 grudnia 2014 r., II UK 93/14, w których to Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że decydującym kryterium dla stwierdzenia, że pracodawca delegujący pracowników do pracy w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej prowadzi normalną działalność w Polsce jest obrót, a dokładnie rzecz ujmując ustalenie czy pracodawca taki uzyskuje co najmniej 25% ogólnego obrotu na terenie Polski. W powołanych wyrokach stwierdzono między innymi, że niższy obrót nie może być

równoważony (kompensowany) wartością innych kryteriów, gdyż są one rodzajowo odmienne i dotyczą czego innego. Kryteria te - co do siedziby przedsiębiorstwa i zawierania umów w miejscu delegowania - również powinny być spełnione, gdyż to należy do zwykłej istoty rozważanej regulacji. Natomiast ilość umów czy kontraktów nie zastępuje obrotu, który stanowi właśnie pochodną ich realizacji. Sąd Najwyższy formułując takie stanowisko powołał się na orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dawniej Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości), a konkretnie na sprawy *Sarl Manpower przeciwko Caisse Primaire d' Assurance Maladie* - wyrok ETS z dnia 17 grudnia 1970, sygn. 35/70, ECR 1970/2/01251; *Fitzwilliam* - wyrok ETS z dnia 10 lutego 2000 r., C-202/97, ECR 2000/2/I-00883; *Plum* - wyrok ETS z dnia 9 listopada 2000 r., C-404/98, ECR 2000/11A/I-09397, za szczególnie istotny uznając wyrok w sprawie *Fitzwilliam*.

Sąd Apelacyjny nie wziął jednak pod uwagę, że w orzecznictwie Sądu Najwyższego istniała także druga linia orzecznicza, zgodnie z którą obrót nie jest kryterium, które przesądzałoby, czy pracodawca delegujący pracowników do innych państw członkowskich prowadzi znaczną część swojej działalności na terenie państwa delegowania (w tym przypadku Polski). Takie stanowisko prezentują np. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 11 maja 2005 r., II UK 388/09 (LEX nr 611418); 25 maja 2010 r., I UK 1/10 (LEX nr 602670), czy z dnia 2 października 2013 r., II UK 170/13 (OSNP 2014 nr 12, poz. 171).

W tym kontekście należy wskazać również na wyrok składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 18 listopada 2015 r., II UK 100/14 (OSNP 2016 nr 7, poz. 88), który rozstrzyga wątpliwości dotyczące charakteru przesłanki uzyskiwania w państwie delegowania określonego obrotu i zawiera istotne wskazówki dotyczące badania kryteriów niezbędnych do uznania, że pracodawca delegujący (w tym agencja pracy tymczasowej) prowadzi znaczną część działalności na terenie Polski.

W celu ustalenia jakie znaczenie ma kryterium obrotu dla dopuszczalności objęcia pracowników pracodawcy delegującego polskim systemem zabezpieczenia społecznego należy dokonać w pierwszej kolejności analizy relewantnych przepisów prawa Unii Europejskiej oraz stosownego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. I tak, zgodnie z 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. 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. W przepisie tym ustanowiono jeden z wyjątków od zasady podlegania prawu kraju wykonywania pracy (*lex loci laboris*), która została przyjęta w art. 11 ust. 3 lit. a rozporządzenia nr 883/2004 jako ogólna zasada. Istotny jest w niniejszej sprawie również art. 14 ust. 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r., 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". Pamiętać należy, że rozporządzenie nr 987/2009 zostało wydane w celu wykonania rozporządzenia nr 883/2004, a zatem doprecyzowuje ono i wyjaśnia pojęcia zawarte w drugim ze wskazanych rozporządzeń.

Ze wskazanych przepisów wynika jednoznacznie, 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 (tak wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 listopada 2015 r., II UK 100/14).

Do podobnych wniosków prowadzi analiza decyzji A2 Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego. Dokument ten nie ma rzecz jasna charakteru źródła prawa Unii Europejskiej w rozumieniu traktatowym, lecz ma charakter aktu informacyjno-pomocniczego, wydanego przez Komisję Administracyjną na podstawie art. 72 lit. a i b rozporządzenia nr 883/2004 w wykonaniu powierzonych jej zadań dotyczących wykładni i usprawniania jednolitego stosowania prawa Unii Europejskiej (zob. D. Dzieński: 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 treści decyzji wynika, że kluczowe znaczenie dla zastosowania art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 ma istnienie więzi między pracodawcą a państwem członkowskim, w którym ma on swoją siedzibę (państwem delegowania). Możliwość delegowania pracowników powinna zatem ograniczać się wyłącznie do przedsiębiorstw, które normalnie prowadzą swą działalność na terytorium państwa członkowskiego, którego ustawodawstwu nadal podlega pracownik delegowany. Z tego względu przyjmuje się, że powyższe przepisy mają zastosowanie jedynie do przedsiębiorstw, które zazwyczaj prowadzą znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego, w którym mają siedzibę. Dlatego, w celu ustalenia, w razie potrzeby i w razie wątpliwości, czy pracodawca zazwyczaj prowadzi znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, instytucja właściwa w tym państwie zobowiązana jest zbadać wszystkie kryteria charakteryzujące działalność prowadzoną przez tego pracodawcę, w tym miejsce, w którym przedsiębiorstwo ma swą zarejestrowaną siedzibę i administrację, liczebność personelu administracyjnego pracującego w państwie członkowskim, w którym pracodawca ma siedzibę, oraz w drugim państwie członkowskim, miejsce, w którym rekrutowani są pracownicy delegowani, i miejsce, w którym zawierana jest większość umów z klientami, prawo mające zastosowanie do umów zawartych przez przedsiębiorstwo z jednej strony z pracownikami i z drugiej strony z klientami, obroty w odpowiednio typowym okresie

w każdym z państw członkowskich, których rzecz dotyczy, oraz liczbę umów wykonanych w państwie wysyłającym. Należy także podkreślić, że zgodnie ze wspomnianą decyzją "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).

Sąd Apelacyjny odwołał się w zaskarżonym wyroku również do publikacji Komisji Europejskiej pt. "Praktyczny poradnik: Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej (UE), w Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) i w Szwajcarii". Publikacja ta nie ma rzecz jasna charakteru źródła prawa i nie jest wiążąca, jednak zawiera ona elementy wykładni autentycznej i powinna być brana pod uwagę przy dokonywaniu wykładni przepisów prawa europejskiego przez organy państw członkowskich.

Praktyczny poradnik wskazuje szereg czynników, których zbadanie pozwala ustalić, czy pracodawca prowadzi znaczną część swojej działalności na terenie państwa delegowania, jako mające szczególne znaczenie wskazano przy tym: 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 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 więc może być również uwzględnienie innych kryteriów odpowiednich do określonych cech przedsiębiorstwa i rzeczywistego charakteru działalności przedsiębiorstwa w państwie, w którym ma ono siedzibę.

Jak więc widać z przytoczonych przepisów oraz dokumentów o charakterze nienormatywnym, prawo europejskie w żadnym miejscu nie posługuje się wiążącym kryterium osiągnięcia 25% dochodu w państwie delegowania. Co więcej, kryterium to zostało wskazane jedynie w Praktycznym Poradniku mającym charakter instrukcyjny, a nie wiążący, poradnik ten nie wskazuje przy tym, że jest to kryterium wyłączne, czy decydujące. Lektura treści poradnika wskazuje raczej na konieczność przeprowadzenia kompleksowego i wyczerpującego badania rozmaitych kryteriów mających zastosowanie dla danego pracodawcy, katalog tych kryteriów wskazany w dokumentach unijnych ma przy tym charakter otwarty i przykładowy. Kryterium obrotu może być decydujące, jednak raczej w znaczeniu pozytywnym, co znaczy, że osiągnięcie 25% obrotu na terenie państwa, w którym pracodawca ma swoją siedzibę pozwala stwierdzić, że prowadzi on tam znaczną część swojej działalności, jednak z faktu, że nie spełnia on wspomnianego kryterium nie można wysnuć wniosku, że znacznej części działalności on nie prowadzi, bez zbadania innych kryteriów relewantnych dla danego pracodawcy. Choć w świetle wskazanych powyżej przepisów prawnych wydaje się, że oparcie się wyłącznie na kryterium obrotu i pominięcie innych okoliczności nie jest w żadnym wypadku dopuszczalne.

Kryterium osiągnięcia określonego obrotu nie ma również oparcia w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości, w szczególności w wyrokach Trybunału, na które powoływał się Sąd Najwyższy w orzeczeniach przywołanych przez Sąd Apelacyjny.

Trybunał stwierdził w wyroku z dnia 10 lutego 2000 r. w sprawie C-202/97 *Fitzwilliam Executive Search Ltd v Bestuur van het Landelijk instituut sociale verzekeringen* (ECR 2000 I-00883), że przy ocenie, czy dane przedsiębiorstwo prowadzi znaczącą działalność w państwie członkowskim, instytucja właściwa musi zbadać wszystkie kryteria charakterystyczne dla działalności prowadzonej przez przedsiębiorstwo (zob. pkt 42). Identyfikując wspomniane kryteria Trybunał wskazał na miejsce, w którym przedsiębiorstwo ma swą zarejestrowaną siedzibę i administrację, liczebność personelu administracyjnego pracującego w państwie członkowskim, w którym pracodawca ma siedzibę, oraz w drugim państwie członkowskim, miejsce, w którym rekrutowani są pracownicy delegowani, i miejsce, w którym zawierana jest większość umów z klientami, prawo mające zastosowanie do umów zawartych przez przedsiębiorstwo z jednej strony z pracownikami i z drugiej strony z klientami, obroty w odpowiednio typowym okresie w każdym z państw członkowskich, których rzecz dotyczy. Trybunał podkreślił, że lista ta nie jest wyczerpująca, a wybór kryteriów powinien być dostosowany do każdego konkretnego przypadku (pkt 43). Na koniec, odwołując się do wyroku z dnia 5 grudnia 1967 r. w sprawie C-19/67 *van der Vecht*, Trybunał wskazał, że fakt, iż praca wykonywana przez pracownika w miejscu delegowania za granicą różni się od pracy normalnie mu oferowanej przez agencję pracy tymczasowej w państwie jej siedziby nie ma większego znaczenia (pkt 44).

Podobnie zatem jak treść wcześniej przywołanego art. 14 ust. 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r., także lektura wyroku w sprawie *Fitzwilliam* prowadzi do konstatacji, że konieczne jest badanie wszystkich kryteriów, a nie tylko kryterium wielkości obrotu w oderwaniu od innych wymagań charakteryzujących dany wypadek. Powoływanie się zatem na wyrok *Fitzwilliam* dla uzasadnienia poglądu o konieczności stosowania wymogu uzyskiwania przez pracodawcę co najmniej 25% obrotów w państwie, w którym ma swoją siedzibę, należy uznać za nieuprawnione. W żadnym fragmencie tego orzeczenia Trybunału na tak określone kryterium się nie wskazuje.

Także pozostałe wskazywane wyroki Trybunału Sprawiedliwości z 17 grudnia 1970 r. w sprawie 35/70 (*Sarl Manpower przeciwko Caisse Primaire d'*

Assurance Maladie, ECR 1970, s. 01251; dalej jako Manpower) oraz z 9 listopada 2000 r. w sprawie C-404/98 (Josef Plum przeciwko Allgemeine Ortskrankenkasse Rheinland, Regionaldirektion Köln, ECR 2000, s. I-09397, dalej jako Plum) nie wskazują na kryterium osiągnięcia 25% obrotu jako na kryterium decydujące. W sprawie Manpower Trybunał badał kwestię dopuszczalności zatrudniania pracowników tymczasowych wyłącznie w celu oddelegowania na terytorium innego państwa członkowskiego oraz ocenę, czy taki pracownik jest pracownikiem agencji pracy tymczasowej czy przedsiębiorcy, do którego został oddelegowany i choć w orzeczeniu tym Trybunał wskazał również, że z art. 14 ust. 1 lit. a rozporządzenia nr 1408/71 (którego odpowiednikiem jest art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004) wynika, że agencja pracy tymczasowej oferująca transgraniczne usługi może uzyskać korzyść wynikającą z tego przepisu tylko wtedy, gdy prowadzi normalną działalność w państwie członkowskim, w którym ma swoją siedzibę (pkt 10), to jednak nie wskazywał on przy tym na przesłankę uzyskiwania określonego obrotu jako na przesłankę kluczową dla ustalenia takiego związku.

Natomiast w sprawie Plum, Trybunał uznał, że nie jest możliwe delegowanie pracowników w wypadku przedsiębiorstw prowadzących w państwie oddelegowania wyłącznie czynności administracyjne. W ocenie Trybunału artykuł 14 ust. 1 lit. a rozporządzenia nr 1408/71 (zmienionego rozporządzeniem nr 2001/83), który pod pewnymi warunkami pozwala przedsiębiorstwu na przyjęcie rozwiązania, zgodnie z którym pracownicy wysłani przez nie czasowo do pracy w innym Państwie Członkowskim niż państwo siedziby przedsiębiorstwa, będą nadal objęci systemem zabezpieczenia społecznego Państwa Członkowskiego siedziby przedsiębiorstwa, musi być interpretowany jako niemający zastosowania do pracowników przedsiębiorstwa budowlanego z siedzibą w jednym Państwie Członkowskim, wysyłanych do pracy przy robotach budowlanych na terytorium innego Państwa Członkowskiego, w którym, poza czysto wewnętrznymi działaniami zarządzającymi, to przedsiębiorstwo prowadzi całą swoją działalność. Zgodnie z art. 13 ust. 2 lit. a rozporządzenia nr 1408/71, pracownicy tacy podlegają ustawodawstwu dotyczącemu zabezpieczenia społecznego Państwa Członkowskiego, na którego terytorium rzeczywiście pracują (zob. pkt 23).

A zatem, jak wynika z powyższych ustaleń, 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 rozporządzenie 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 około 25% całych obrotów może prowadzić do wniosku, że prowadzi ono w tym państwie znaczną część działalności, a więc normalnie prowadzi działalność (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 18 listopada 2015 r., II UK 100/14).

Co również istotne z przepisów prawa unijnego, oraz z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości wynika, że organy państwa członkowskiego powinny porównywać działalność pracodawcy delegującego w państwie delegowania i w państwie wykonywania pracy przez danego pracownika, a nie ogólnie we wszystkich państwach, w jakich pracodawca prowadzi działalność.

Podkreślić należy, że kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie ma obiektywne ustalenie, czy przedsiębiorstwo rzeczywiście prowadzi w państwie swojej siedziby normalną, rzeczywistą działalność, zaś porównanie skali tej działalności w państwie siedziby i państwie miejsca wykonywania pracy przez pracownika delegowanego ma jedynie znaczenie pomocnicze. Jednocześnie, dla stwierdzenia, czy działalność ta jest znacząca we wskazanym sensie, instytucja właściwa, i ewentualnie sąd, powinny, jak wynika z literalnego brzmienia orzeczenia w sprawie Fitzwilliam (pkt 43), decyzji nr A2 (pkt 1 akapit 5) i Praktycznego poradnika, porównać liczebność personelu administracyjnego pracującego w państwie członkowskim, w którym pracodawca ma siedzibę, oraz w drugim państwie członkowskim, obroty w odpowiednio typowym okresie w każdym z państw członkowskich, których rzecz dotyczy (czy też jak to określa Praktyczny poradnik „w państwie delegującym i w państwie zatrudnienia”) oraz liczbę umów

wykonanych w państwie delegującym i w państwie zatrudnienia delegowanego pracownika, jednak zbadanie tych kryteriów nie wyłącza konieczności wzięcia pod uwagę także innych, relewantnych w odniesieniu do konkretnego pracodawcy czynników.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji, zgodnie z art. 398¹⁵ § 1 k.p.c.

O kosztach orzeczono na podstawie art. 108 § 2 w związku z art. 398²¹ k.p.c.