



Sygn. akt II UK 647/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 stycznia 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Zbigniew Korzeniowski (przewodniczący)

SSN Krzysztof Rączka (sprawozdawca)

SSN Krzysztof Staryk

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

przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddziałowi [...]

z udziałem zainteresowanego A.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 24 stycznia 2017 r.,

skargi kasacyjnej wnioskodawcy od wyroku Sądu Apelacyjnego [...]

z dnia 31 marca 2015 r., sygn. akt III AUa .../14,

**uchyła zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę do ponownego
rozpatrzenia Sądowi Apelacyjnemu [...] oraz orzeczenia o
kosztach postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 31 marca 2015 r., sygn. akt III AUa .../14 Sąd Apelacyjny [...] zmienił wyrok Sądu Okręgowego [...] z dnia 11 czerwca 2014 r., sygn. akt VIII U .../13 w ten sposób, że oddalił odwołanie spółki P. Sp. z o.o. w W. od decyzji

Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w W. z dnia 11 czerwca 2013 r., którą ZUS odmówił wydania wspomnianej spółce zaświadczenia potwierdzającego polskie ustawodawstwo w zakresie ubezpieczeń społecznych dotyczące pracownika spółki A.K., który wykonywał pracę we Francji w dniach od 19 listopada do 21 grudnia 2012 r.

W sprawie ustalono następujący stan faktyczny. P. Sp. z o.o. jest agencją pracy tymczasowej, posiada siedzibę i prowadzi działalność w Polsce, zajmuje się wyszukiwaniem miejsc pracy i pracowników, współpracuje przeważnie z przedsiębiorstwami z Francji i Niemiec, jednak wykonuje usługi także dla przedsiębiorstw polskich. Administracja, kadry, księgowość i marketing spółki mają swoją siedzibę w Polsce, spółka nalicza wynagrodzenia i prowadzi czynności kadrowo-księgowe.

Spółka zawarła umowę o pracę z A. K. na czas określony od dnia 19 listopada do dnia 21 grudnia 2012 r. A. K. miał wykonywać w tym okresie pracę na terenie Francji na stanowisku murarza, na rzecz i pod kierownictwem przedsiębiorstwa M.

Odwołująca się spółka wskazała, że na dzień delegowania uzyskiwała ona obroty w Polsce na poziomie 12%, w Polsce zatrudniała 101 pracowników oraz realizowała 12 umów z kontrahentami z Polski, natomiast delegowała ona 187 pracowników do pracy zagranicą na podstawie 36 umów z kontrahentami zagranicznymi.

ZUS przeprowadził stosowne postępowanie i stwierdził, że płatnik na dzień delegowania osiągał średnie obroty (w okresie 12 miesięcy prowadzenia działalności na terenie kraju) na poziomie 9,4%.

W oparciu o tak ustalony stan faktyczny Sąd Okręgowy [...], na skutek odwołania wskazanej spółki, zmienił wyrokiem z dnia 11 czerwca 2014 r., sygn. akt VIII U .../13 zaskarżoną decyzję Zakładu Ubezpieczeń Społecznych i nakazał wydanie spółce P. zaświadczenia potwierdzającego, że jej pracownik – A. K. podlegał polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych w czasie wykonywania pracy na terenie Francji w okresie od 19 listopada do 21 grudnia 2012 r. oraz zasądził od ZUS-u na rzecz odwołującej się spółki kwotę 60 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Spór w sprawie dotyczył ustalenia właściwego ustawodawstwa, jakiemu powinien podlegać pracownik wnioskodawcy w zakresie obowiązkowego ubezpieczenia społecznego. Spór wymagał rozstrzygnięcia, czy wnioskodawca prowadzi na terenie Polski „znaczną działalność”, o której mowa w art. 12 ust. 1 rozporządzenia podstawowego nr 883/2004, biorąc pod uwagę specyfikę prowadzonej przez wnioskodawcę działalności gospodarczej. Istotne też było ustalenie, na jakich zasadach zainteresowany został oddelegowany do pracy we Francji.

Sąd I instancji wskazał, że pierwszym decydującym warunkiem dla zastosowania art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 jest istnienie bezpośredniego związku między pracodawcą a zatrudnionym przez niego pracownikiem. Drugim warunkiem jest istnienie więzi pomiędzy pracodawcą a państwem członkowskim, w którym ma on swoją siedzibę.

Sąd Okręgowy zaznaczył, że z Decyzji nr A2 Komisji Administracyjnej dotyczącej wykładni art. 12 rozporządzenia nr 883/2004 nie wynika, aby obrót odgrywał pierwszoplanową rolę przy ocenie, czy przedsiębiorstwo może powołać się na art. 14 ust. 1 lit. a rozporządzenia 1408/71. Nie można też pominąć, że celem dla którego stworzono możliwość odstępstwa od zasady terytorialności było maksymalne wspieranie swobodnego przepływu pracowników oraz umożliwienie im i przedsiębiorstwom uniknięcia niepotrzebnych i kosztownych komplikacji administracyjnych.

Nadto należy mieć na względzie takie czynniki jak miejsce siedziby przedsiębiorstwa delegującego i jego administracji, liczbę personelu administracyjnego obecnym w państwie członkowskim wysyłającym, miejsce rekrutacji pracowników delegowanych, miejsce zawierania umów, prawo któremu podlegają umowy zawarte z pracownikami. Funkcjonowanie przedsiębiorstwa jest uzależnione od wielu czynników, w tym od niego niezależnych.

W ocenie Sądu Okręgowego wnioskodawca prowadził godną odnotowania działalność, czego dowodzą przedłożone przez niego umowy o świadczenie pracy tymczasowej. Wnioskodawca od marca 2012 r. do marca 2013 r. na terenie kraju uzyskał obrót na poziomie 10%. Stosunek ilości zawieranych umów, liczby delegowanych pracowników oraz osiągniętych obrotów w Polsce i za granicą jest tak

nierównomierny wyłącznie z uwagi na uwarunkowania rynkowe, co nie może przesądzać o nikłości działalności prowadzonej w Polsce. Bezsprzeczne jest, że podczas całego okresu oddelegowania pracownika zachowany był bezpośredni związek między przedsiębiorstwem delegującym a pracownikiem oddelegowanym.

W tym stanie rzeczy Sąd Okręgowy stwierdził, że zostały spełnione wszystkie przesłanki do ustalenia ustawodawstwa polskiego jako właściwego dla okresu pracy zainteresowanego we Francji w spornym okresie, a tym samym do wystawienia stosownego zaświadczenia A1 w tym zakresie.

W zaskarżonym wyroku z dnia 31 marca 2015 r. Sąd Apelacyjny [...] uznał apelację Zakładu Ubezpieczeń Społecznych i oddalił odwołanie wnioskodawcy, obciążając go kosztami postępowania.

Sąd Apelacyjny powołując 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 wskazał, że decydujące dla uznania, że pracodawca, delegujący zatrudnianych pracowników do pracy za granicą, może być uznany za pracodawcę zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, jest kryterium osiągnięcia w kraju delegowania obrotu z prowadzonej działalności na poziomie co najmniej 25% całego swojego obrotu. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w powołanych wyrokach „taki poziom wymaganego obrotu odpowiada regulacji prawnej, adresowanej do pracodawcy zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności, innej niż działalność związana z samym zarządzaniem wewnętrznym na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma siedzibę”.

Sąd Apelacyjny podkreślił, że stanowisko, że obrót stanowi kryterium odwołujące się do skali działalności przedsiębiorstwa Sąd Najwyższy uznał w zasadzie za utrwalone i aktualne, jako kryterium racjonalnie sprawdzalne i w tym zakresie powołał się na orzecznictwo ETS, m.in. na sprawę Fitzwilliam (wyrok z 10 lutego 2000 r., C-202/97, ECR 2000/2/I-00883), gdzie przyjęto, że warunek zwykłego wykonywania działalności jest spełniony, gdy przedsiębiorstwo stale wykonuje znaczącą działalność w państwie, w którym ma siedzibę.

Sąd Apelacyjny wskazał, że jakkolwiek z „Poradnika praktycznego dotyczącego ustawodawstwa mającego zastosowanie do pracowników Unii

Europejskiej....” wynika, że przypadki, w których obrót jest niższy niż 25% „wymagałyby pogłębionej analizy”, tak jednocześnie nie można tego interpretować w kierunku zniesienia warunku zastrzeżonego poziomu obrotu. Chodzi raczej o to, że odstępstwo powinno stanowić wyjątek oparty na racjonalnej podstawie. Sąd Najwyższy w powoływanych przez Sąd Apelacyjny wyrokach podkreślił takie wymaganie w szczególności w stosunku do agencji pracy tymczasowej, jaką jest wnioskodawczyni.

Sąd Apelacyjny stwierdził, że z ustaleń faktycznych dokonanych przez sąd pierwszej instancji wynika, że zainteresowany był zatrudniony wyłącznie w celu wykonywania pracy we Francji, a spółka „P.” w spornym okresie na terenie Polski osiągała zaledwie około 12% swoich dochodów. Co więcej, z ustaleń sądu pierwszej instancji wynika też, że spółka „P.” prowadzi działalność gospodarczą w zakresie pośrednictwa pracy i zajmuje się głównie delegacją pracowników do pracy za granicą, bo współpracuje z przedsiębiorstwami we Francji i w Niemczech. Działalność spółki na terenie Polski ogranicza się w zasadzie tylko do zarządzenia wewnętrznego i prowadzenia czynności administracyjnych. Zainteresowany był *de facto* pracownikiem pracodawcy francuskiego i na jego rzecz świadczył pracę. Zainteresowany nie wykonywał bezpośrednio pracy na rzecz spółki „P.”. Nie można w tym wypadku stwierdzić, aby pomiędzy stroną odwołującą się a zainteresowanym w sprawie istniała bezpośrednia więź, albowiem „P.” przez okres delegowania pracownika za granicę nie miała wpływu ani na przebieg, ani na warunki jego zatrudnienia.

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, w ocenie sądu II instancji, do przyjęcia, że P. 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.

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 P. Sp. z o.o. w spornym okresie, od dnia 7 stycznia 2013 roku do dnia 31 marca 2013 roku, nie prowadziła normalnej działalności na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, czego następstwem było przyjęcie, że zainteresowany nie podlegał 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 w sposób pozbawiony wszechstronności w odniesieniu do okoliczności, czy wnioskodawca prowadził w spornym okresie normalną działalność na terenie Polski. A także, brak ustalenia okoliczności istotnych dla rozpatrzenia sprawy polegający na (1) zaniechaniu ustalenia proporcji obrotów osiągniętych przez wnioskodawcę w Polsce oraz w kraju delegowania pracownika, która to proporcja zdaniem Sądu II 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 II 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 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. 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 uwzględnienia apelacji organu rentowego 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 (a w szczególności nie wypowiedział się co do swojej oceny odnośnie spełnienia przez wnioskodawcę pozostałych przesłanek przewidzianych przez przepisy prawa europejskiego).

W odpowiedzi na skargę kasacyjną pełnomocnik Zakładu Ubezpieczeń Społecznych wniósł o wydanie postanowienia o odmowie przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania, ewentualnie, z ostrożności procesowej o oddalenie skargi kasacyjnej i zasądzenie na rzecz organu rentowego kosztów zastępstwa procesowego.

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 [...] 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 poprzestała 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 zaniechał ustalenia czy i w jakim zakresie odwołująca się spółka rekrutuje pracowników także na rzecz polskich przedsiębiorstw i jaki jest stosunek pracowników delegowanych do wykonywania pracy zagranicą do pracowników wykonujących pracę na terenie kraju (naturalnie z wyłączeniem pracowników prowadzących działalność administracyjną spółki). Dodać należy, że ustalenia takie, choć również nie uwzględniające wszystkich istotnych okoliczności, poczynił Sąd Okręgowy w wyroku zmienionym przez Sąd Apelacyjny, jednak sąd II instancji nie wziął ich pod uwagę wydając własne rozstrzygnięcie, a przynajmniej nie odwołał się on do nich w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku.

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 [...] 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 powiększonego składu Sądu Najwyższego z dnia 18 listopada 2015 r., II UK 100/14 (OSNP 2016 nr 7, poz. 88), który mimo, że został wydany już po wydaniu zaskarżonego wyroku Sądu Apelacyjnego, to jednak 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 roku, 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. Dzienisiuk: Charakter prawny decyzji Komisji Administracyjnej do Spraw Zabezpieczenia Społecznego, Ubezpieczenia Społeczne 2011 nr 1-2; K. Ślebzak: 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 osiągnęte przez delegujące przedsiębiorstwo w państwie delegującym i w państwie zatrudnienia w odpowiednio typowym okresie (np. obrót wynoszący około 25% całkowitego obrotu w państwie delegującym może być wystarczającym wskaźnikiem, ale przypadki, w których obrót jest niższy niż 25% wymagałyby pogłębionej analizy); okres, przez jaki przedsiębiorstwo posiada siedzibę w delegującym państwie członkowskim. 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 osiągania 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 roku, 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 wewnętrzne (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.

Na koniec niniejszych rozważań należy wskazać, że z uwagi na jasność przepisów prawa Unii Europejskiej oraz bogate orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej mających zastosowanie w niniejszej sprawie, nie było konieczne występowanie z pytaniem prejudycjalnym do Trybunału Sprawiedliwości.

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.