



Sygn. akt II UK 701/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 lutego 2018 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jerzy Kuźniar (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Jolanta Frańczak

SSN Krzysztof Rączka

w sprawie z wniosku P. Sp. z o.o. w W.
przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddziałowi we W.
z udziałem zainteresowanego Z.B.
o wydanie zaświadczenia na formularzu A1,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń
Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 20 lutego 2018 r.,
skargi kasacyjnej organu rentowego od wyroku Sądu Apelacyjnego we [...].
z dnia 20 lipca 2016 r., sygn. akt III AUa [...],

**uchyla zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje Sądowi
Apelacyjnemu we [...]. do ponownego rozpoznania i orzeczenia o
kosztach postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 20 lipca 2016 r., III AUa [...], Sąd Apelacyjny we [...].
uwzględnił apelację P. Sp. z o.o. w W. (dalej także płatnik lub wnioskodawca) od

wyroku Sądu Okręgowego we W. z dnia 18 maja 2015 r., VIII U [...] i zmienił zaskarżony wyrok oraz poprzedzającą go decyzję Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddziału we W. z dnia 28 czerwca 2013 r. w ten sposób, że nakazał organowi rentowemu wydanie wnioskodawcy zaświadczenia A1 potwierdzającego, że zainteresowany Z.B. w okresie zatrudnienia na terytorium Francji od dnia 14 maja 2012 r. do dnia 31 sierpnia 2012 r., od dnia 24 września 2012 r. do dnia 30 września 2012 r. oraz od dnia 18 października 2012 r. do dnia 26 października 2012 r. podlegał polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych (pkt I) oraz zasądził od pozwanego organu rentowego na rzecz wnioskodawcy kwotę 210 zł tytułem zwrotu kosztów procesu za obie instancje (pkt II).

W stanie faktycznym sprawy P. Sp. z o.o. jest agencją pracy tymczasowej, która swą siedzibę, kadry i administrację posiada w Polsce. Prowadzi działalność w i Polsce i za granicą zajmując się m.in. wyszukiwaniem miejsc pracy i pozyskiwaniem pracowników, współpracując z przedsiębiorcami we Francji oraz w Niemczech. Według stanu na rok 2011 średnie obroty spółki osiągnięte z tytułu działalności prowadzonej poza granicami kraju wyniosły około 88%, natomiast z tytułu działalności w Polsce około 12%.

W dniu 18 października 2012 r. zainteresowany Z.B., zamieszkały na stałe w Polsce, zawarł z wnioskodawcą umowy o pracę na czas określony w wyżej wymienionych okresach, w ramach których wykonywał w pełnym wymiarze czasu pracy obowiązki malarza na terenie Francji.

Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział we W. odmówił wydania płatnikowi zaświadczenia potwierdzającego polskie ustawodawstwo w zakresie ubezpieczeń społecznych zainteresowanego, wykonującego pracę we Francji we wskazanych okresach.

Sąd Okręgowy we W. oddalając odwołanie wnioskodawcy od powyższej decyzji, podniósł że zgodnie z art. 11 ust. 2a 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 30.04.2004 r., s. 1; dalej rozporządzenie 883/2004), osoba wykonująca w Państwie Członkowskim pracę najemną, pracę na własny rachunek podlega ustawodawstwu tego państwa. Od przytoczonej zasady wyjątek ustanowił art. 12 ust. 1

rozporządzenia 883/2004 r., zgodnie z którym osoba, która wykonuje działalność jako pracownik najemny w Państwie Członkowskim w imieniu pracodawcy, który normalnie tam prowadzi swoją 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 osobę.

Na podstawie art. 14 ust. 1 rozporządzenia nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r. dotyczącego wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz.Urz. UE L 284 z 30.10.2009 r., s. 1; dalej rozporządzenie 987/2009), do celów stosowania art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004 osoba, która wykonuje działalność jako pracownik najemny w państwie członkowskim w imieniu pracodawcy, który normalnie tam prowadzi swoją działalność, a która jest delegowana przez tego pracodawcę do innego państwa członkowskiego, oznacza także osobę zatrudnioną w celu oddelegowania jej do innego państwa członkowskiego, pod warunkiem, że osoba ta bezpośrednio przed rozpoczęciem zatrudnienia podlega już ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym siedzibę ma jej pracodawca. Zgodnie z postanowieniami 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 (Dz.Urz. UE C 106 z 24.04.2010 r., s. 5; dalej decyzja A2), po stronie pracodawcy delegującego pracownika do pracy za granicę określony został wymóg, by znaczną część swej działalności prowadził na terenie kraju delegującego.

Sąd pierwszej instancji uznał, że Spółka nie prowadziła normalnej działalności w Polsce w latach 2011 - 2012, ustalając że prowadziła działalność przede wszystkim za granicą, a jedynie w niewielkim stopniu w kraju. Średnie obroty Spółki za granicą wynosiły około 86%, zaś w kraju - około 14%. Za granicą również była zatrudniona większość jej pracowników. Ustawodawstwem właściwym dla normalnego prowadzenia działalności wnioskodawczyni nie jest zatem, w ocenie Sądu Okręgowego, ustawodawstwo polskie.

Sąd stwierdził ponadto, że kwestia miesięcznego stażu ubezpieczeniowego pracownika nie jest sporna, uznając, że istotą sprawy jest ustalenie w pierwszej kolejności, czy wnioskodawca normalnie prowadzi swoją działalność na terenie Polski, a w dalszej - czy został spełniony wymóg podlegania zainteresowanego przez co najmniej okres jednego miesiąca bezpośrednio przed rozpoczęciem zatrudnienia ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym pracodawca normalnie prowadzi swoją działalność.

W zaskarżonym wyroku z 20 lipca 2016 r. Sąd Apelacyjny we [...]. uwzględnił apelację wnioskodawcy i zmienił zaskarżony wyrok i pierwotną decyzję organu rentowego.

Sąd drugiej instancji poczynił w sprawie dodatkowe ustalenia faktyczne, wskazując, że w okresie od września 2011 do września 2012 r., tj. miesiącach poprzedzających oddelegowanie zainteresowanego do pracy we Francji, miesięczny, procentowy udział obrotów Spółki w rozbiciu na Francję i Polskę wynosił:

- we wrześniu 2011 r. - 79,73% do 20,27%,
- w październiku 2011 r. - 82,01% do 17,99%,
- w listopadzie 2011 r. - 63,68% do 36,32%,
- w grudniu 2011 r. - 87,32% do 12,68%,
- w styczniu 2012 r. - 45,89% do 54,11%,
- w lutym 2012 r. - 87,30% do 12,70%,
- w marcu 2012 r. - 71,98% do 28,02%,
- w kwietniu 2012 r. - 61,91% do 38,105,
- w maju 2012 r. - 81,25% do 18,75%,
- w czerwcu 2012 r. - 73,74% do 26,26%,
- w lipcu 2012 r. - 70,94% do 29,06%,
- w sierpniu 2012 r. - 72,89% do 27,11%,
- we wrześniu 2012 r. - 73,28% do 26,72%.

W tym czasie średni wskaźnik siły nabywczej wynagrodzeń w tych krajach wynosił 2,60. Proporcja liczby pracowników delegowanych do pracy we Francji a zatrudnionych w Polsce wynosiła kolejno w 2011 r.: we wrześniu - 235 (we Francji) do 98 (w Polsce), w październiku - 222 do 112, w listopadzie - 181 do 120, w

grudniu - 148 do 122, a w 2012 r.: w styczniu - 144 do 96, w lutym - 160 do 95, w marcu - 168 do 118, w kwietniu - 188 do 126, w maju - 201 do 156, w czerwcu - 217 do 143, w lipcu - 233 do 115, w sierpniu - 197 do 77 i we wrześniu - 180 do 91.

Proporcja liczby kontraktów realizowanych we Francji i w Polsce w 2011 r. kształtowała się kolejno w 2011 r.: we wrześniu - 29 do 9, w październiku - 28 do 10, w listopadzie - 27 do 12, w grudniu - 27 do 12, a w 2012 r.: w styczniu - 29 do 12, w lutym - 32 do 11, w marcu - 37 do 10, w kwietniu - 42 do 10, w maju - 41 do 12, w czerwcu - 42 do 11, w lipcu - 31 do 10, w sierpniu - 34 do 7 i we wrześniu - 33 do 11.

W ocenie Sądu drugiej instancji istotą przedmiotowej sprawy było rozstrzygnięcie, czy wnioskodawca prowadzi na terenie Polski „znaczną część działalności”, o której mowa w art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004, inną niż działalność związaną z samym zarządzaniem wewnętrznym. Sąd Apelacyjny uzupełnił postępowanie dowodowe przez dopuszczenie dowodu z informacji zawartych w pismach procesowych płatnika na okoliczność miesięcznych obrotów, ilości realizowanych kontraktów, liczby pracowników, w tym delegowanego, w odniesieniu do danych we Francji i w Polsce za okres od września 2011 r. do września 2012 r. Porównanie wskazanych wyżej obiektywnych czynników, pozwala wywieść wniosek, że wbrew pogładowi Sądu pierwszej instancji, Spółka spełniła kryterium prowadzenia znacznej części działalności w Polsce. Sąd Apelacyjny ocenił ponadto, że wprawdzie zainteresowany pracownik w okresie oddelegowania go do pracy za granicą nie wykonywał pracy na rzecz pracodawcy delegującego, nie mniej jednak ten pracodawca po pierwsze zatrudniał pracowników, prowadząc ich rekrutację i zawierając z nimi umowy o pracę na czas określony podlegające polskiemu reżimowi prawa pracy, a po drugie, przez cały czas świadczenia pracy za granicą istniał bezpośredni związek pracodawcy z delegowanym pracownikiem. Administracja i kadry Spółki „P.”, która powstała w 2005 r. i która od początku ma siedzibę w Polsce, prowadzone są w kraju. Spółka korzysta zarówno z personelu pracowników agencji tymczasowej jak ze stałego personelu pracowników zatrudnionych w kraju. Tu zawiera także i wykonuje pewną liczbę kontraktów, których stosunek do umów realizowanych za granicą nie jest minimalny a porównywalny.

Przyjmując powyższe, Sąd Apelacyjny podzielił stanowisko zawarte w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 18 listopada 2015 r., II UK 100/14 (OSNP 2016 nr 7, poz. 88), że uzyskiwanie 25% obrotu w państwie siedziby przedsiębiorstwa delegującego stanowi jedynie sugestię interpretacyjną, że osiągnięcie tego poziomu może uzasadniać przyjęcie faktycznego domniemania, że przedsiębiorstwo prowadzi normalną działalność, z jednoczesną sugestią, że jego nieosiągnięcie wymaga bardziej pogłębionej analizy pozostałych kryteriów. Ponadto Sąd drugiej instancji stwierdził, że analizując wskaźniki miejsca siedziby pracodawcy delegującego i jego administracji, liczbę personelu administracyjnego obecnego w państwie członkowskim wysyłającym, miejsce rekrutacji pracowników delegowanych, miejsce zawierania umów, prawo któremu podlegają, należy uznać, że krótkotrwała zmiana niektórych wskaźników nie powinna ważyć na ocenie wniosku. Funkcjonowanie przedsiębiorstwa uzależnione jest bowiem od szeregu czynników, w tym od niego niezależnych. Dokumentacja dostarczona przez Spółkę wskazuje na zmienne wartości zarówno obrotów, jak i liczby zatrudnionych pracowników. Bezsporne przy tym jest, że podczas całego okresu oddelegowania zainteresowanego zachowany był bezpośredni związek między przedsiębiorstwem delegującym a pracownikiem oddelegowanym.

Wszystkie te okoliczności świadczą, zdaniem Sądu Apelacyjnego, o istnieniu po stronie wnioskodawcy przesłanek warunkujących wydanie zaświadczenia A1 potwierdzającego objęcie pracownika delegowanego krajowym systemem ubezpieczeń społecznych.

Powyższy wyrok skargą kasacyjną zaskarżył w całości pełnomocnik organu rentowego, zarzucając naruszenie przepisów prawa materialnego - art. 83b ust. 1 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (jednolity tekst: Dz.U. z 2017 r., poz. 1778 ze zm.), oraz art. 11 ust. 2 lit. a i art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004, art. 14 ust. 1 i art. 19 ust. 2 rozporządzenia 987/2009 w związku z art. 67 ust. 3 w związku z art. 3 ust. 2 pkt 5 i 6 oraz art. 5 pkt 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (jednolity tekst: Dz.U. z 2017 r., poz. 1038 ze zm.), przez ich błędną wykładnię i zastosowanie w wyniku, której niezasadnie przyjęto, że istnieją podstawy prawne i faktyczne do wydania zaświadczenia

potwierdzającego, że zainteresowany w niniejszej sprawie, we wskazanych wyżej okresach podlegał polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych pomimo, że zainteresowany bezpośrednio przed rozpoczęciem zatrudnienia w P. Sp. z o.o. nie wykazał podlegania nieprzerwanie przez miesiąc ustawodawstwu polskiemu w zakresie zabezpieczenia społecznego albowiem nastąpiła przerwa w zgłoszeniu do ubezpieczeń od dnia 18 kwietnia 2012 r. do dnia 13 maja 2012 r. co spowodowało z kolei naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 11 ust. 1 i art. 12 ust. 1 oraz art. 13 pkt 1 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych poprzez niezasadne objęcie zainteresowanego ubezpieczeniami społecznymi jako pracownika na terenie Polski.

Ponadto pełnomocnik zarzucił naruszenie przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na rozstrzygnięcie sprawy tj.:

- art. 316 § 1 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c. przez nieuwzględnienie stanu rzeczy istniejącego w chwili zamknięcia rozprawy apelacyjnej, który wskazywał, że ubezpieczony nie spełniał warunku określonego w art. 14 ust. 1 rozporządzenia 987/2009, tj. bezpośrednio przed rozpoczęciem zatrudnienia w P. Sp. z o.o. nie podlegał ustawodawstwu polskiemu w zakresie zabezpieczenia społecznego;

- art. 382 k.p.c. przez nieuwzględnienie przez Sąd Apelacyjny całości materiału dowodowego zebranego w sprawie i bezpodstawne oparcie wyroku jedynie na ustaleniu, że Spółka w spornym okresie prowadziła normalną działalność na terenie Polski, podczas gdy całość materiału dowodowego zebranego w postępowaniu nakazywała poczynienie ustaleń odmiennych, tj. wskazujących, iż z uwagi na brak przesłanek prawnych i faktycznych leżących po stronie zainteresowanego wydanie przedmiotowego zaświadczenia A 1 jest niezasadne.

Pełnomocnik organu rentowego wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania, ewentualnie, w przypadku gdyby zarzut naruszenia przepisów postępowania okazał się nieuzasadniony, o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i orzeczenie w tym zakresie co do istoty sprawy oraz o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu kasacyjnym.

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).

Zarzuty naruszenia prawa sformułowane przez skarżącego w skardze kasacyjnej okazały się w części uzasadnione. Należy zauważyć, że w rozpatrywanej sprawie Sąd drugiej instancji opierał się zasadniczo na ustaleniach faktycznych poczynionych przez Sąd pierwszej instancji, uznając, że nie one stanowią w niniejszej sprawie kwestię sporną, dopiero ich ocena pod względem prawnym miała charakter sporny. Co prawda Sąd Apelacyjny uzupełnił materiał dowodowy i ustalenia faktyczne, jednak nie w zakresie okoliczności, na którą powoływał się skarżący (*nota bene* i w skarżonej decyzji i w odpowiedzi na odwołanie), a zatem niepodlegania przez zainteresowanego ubezpieczeniom społecznym w polskim systemie ubezpieczeń. W skardze kasacyjnej pełnomocnik organu rentowego wskazał, że Sądy orzekające w przedmiotowej sprawie nie ustaliły, czy zainteresowany pracownik podlegał ubezpieczeniom społecznym w Polsce przez okres co najmniej miesiąca bezpośrednio przed delegowaniem. Pomimo tego, że miało to kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, bowiem dotyczy jednej z przesłanek, których spełnienie jest niezbędne do wydania zaświadczenia A1, zgodnie z art. 14 ust. 1 rozporządzenia nr 987/2009. Sąd drugiej instancji skupił się na ocenie czy wnioskodawca prowadził godną odnotowania działalność na terenie Polski. Dokonane w tym zakresie ustalenia Sądu Apelacyjnego są zresztą wyjątkowo dokładne i opierają się na wszechstronnej analizie wielu okoliczności, które mają znaczenie dla prawidłowego ustalenia skali działalności wnioskującej spółki na rynku polskim. Jednak dokonanie analizy rozmiarów działalności wnioskodawcy powinno być poprzedzone zbadaniem, czy pracownik, którego miało dotyczyć zaświadczenie A1 spełnił wymogi formalne

określone w przywołanych powyżej aktach prawnych. Sąd drugiej instancji zignorował potrzebę poczynienia ustaleń faktyczne w tym zakresie, co bez wątpienia miało wpływ na rozstrzygnięcie sprawy, w dodatku przysporzyło Sądowi dodatkowej pracy przy ocenie czy wnioskodawca prowadzi znaczną część działalności na obszarze Polski.

W konsekwencji zasadny okazał się zarzut kasacyjny naruszenia art. 83b ust. 1 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych oraz art. 11 ust. 2 lit. a i art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004, art. 14 ust. 1 i art. 19 ust. 2 rozporządzenia 987/2009 w związku z art. 67 ust. 3 w związku z art. 3 ust. 2 pkt 5 i 6 oraz art. 5 pkt 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjęto, że wymóg pozostawania w polskim systemie ubezpieczeń społecznych przez osobę zatrudnioną przez polskiego pracodawcę w celu oddelegowania jej do wykonywania pracy w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej, określony jako podleganie bezpośrednio przed rozpoczęciem zatrudnienia ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym siedzibę ma jej pracodawca, oznacza posiadanie przez pracownika w okresie poprzedzającym delegowanie statusu ubezpieczonego w Polsce (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 czerwca 2016 r., II UK 255/14, LEX nr 2069443). Przyjęto przy tym, że wymóg określony w art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004, oraz w art. 14 ust. 1 rozporządzenia 987/2009 oznacza, że zainteresowany pracownik powinien podlegać przez co najmniej miesiąc przed datą delegowania ubezpieczeniom społecznym w kraju delegowania. Interpretacja ta oparta została dodatkowo na treści decyzji Nr A2 z dnia 12 czerwca 2009 r. Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów zabezpieczenia Społecznego dotyczącej wykładni obu tych przepisów, która to Decyzja co prawda nie wiąże sądów stosujących owe przepisy, jednakże stanowi mający istotne znaczenie pogląd prawny pochodzący od wyspecjalizowanego organu Komisji Europejskiej, w związku z czym nie istnieją żadne przeszkody uniemożliwiające akceptację tego poglądu przez sądy krajowe (por. między innymi wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 5 maja 2010 r., II UK 319/09, LEX nr 604217; z dnia 11 maja 2010 r., II UK 389/09, LEX nr 863996; z dnia 13 maja 2010 r., II UK 360/09, LEX nr 863995; z dnia 25

maja 2010 r., I UK 1/10, LEX nr 602670 oraz z dnia 6 sierpnia 2013 r., II UK 116/13, OSNP 2014 nr 5, poz. 73). W realiach niniejszej sprawy nie ulega wątpliwości, że Sądy orzekające w sprawie nie ustaliły czy zainteresowany spełniał wymóg pozostawania w ubezpieczeniu społecznym przez minimum miesiąc przed datą delegowania, ale również czy w ogóle był osobą ubezpieczoną bezpośrednio przed delegowaniem i dopiero umowa zawarta z wnioskodawcą sprawiła, że zainteresowany ponownie nabył tytuł do ubezpieczenia. Gdyby Sąd drugiej instancji wziął powyższe pod uwagę musiałby rozważyć, czy zainteresowany spełnił przesłanki określone w art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 oraz w art. 14 ust. 1 rozporządzenia nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r., a zatem czy było możliwe wydanie zaświadczenia o podleganiu polskiemu ubezpieczeniu społecznemu na druku A1.

Natomiast za niezasadny należało uznać zarzut skargi kasacyjnej w zakresie ustalenia, że P. Sp. z o.o. w spornym okresie prowadziła normalną działalność na terenie Polski. Przepisy stanowiące jego podstawę, zostały wyczerpująco i trafnie wyjaśnione przez Sąd Najwyższy w wyroku siedmiu sędziów z dnia 18 listopada 2015 r., II UK 100/14. W wyroku tym przede wszystkim stwierdzono, że pojęcia „normalne prowadzenie działalności” (art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004) i wyjaśniającego je określenia „prowadzenie przez pracodawcę zazwyczaj znacznej części działalności, innej niż działalność związana z samym zarządzeniem wewnętrznym, na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma on swoją siedzibę” (art. 14 ust. 2 rozporządzenia 987/2009) uzależnione zostały od wielu różnorodnych czynników, przy czym czynniki te pozwalające na zastosowanie wyjątku od zasady, że pracownik podlega ustawodawstwu państwa, w którym wykonuje pracę, przyjętej w art. 11 ust. 3a rozporządzenia 883/2004, nie zostały zhierarchizowane. Za wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 13 kwietnia 2016 r., II UK 143/14, trzeba wskazać, że podobnie kwestię tę ujmuje decyzja A2, która nie ma charakteru źródła prawa Unii Europejskiej w rozumieniu traktatowym, lecz jest aktem informacyjno-pomocniczym, wydanym przez Komisję Administracyjną na podstawie art. 72 lit. a i b rozporządzenia 883/2004 w ramach 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, *Koordinacja systemów zabezpieczenia społecznego*, Warszawa 2012, s. 295). „W decyzji wskazuje się, że decydującym warunkiem dla zastosowania art.12 ust. 1 rozp. 883/2004 jest istnienie więzi między pracodawcą a państwem członkowskim, w którym ma on swoją siedzibę. Możliwość delegowania pracowników powinna zatem ograniczać się wyłącznie do przedsiębiorstw, które normalnie prowadzą swą działalność na terytorium państwa członkowskiego, którego ustawodawstwu nadal podlega pracownik delegowany. Z tego względu przyjmuje się, że powyższe przepisy mają zastosowanie jedynie do przedsiębiorstw, które zazwyczaj prowadzą znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego, w którym mają siedzibę. Dlatego, w celu ustalenia, w razie potrzeby i w razie wątpliwości, czy pracodawca zazwyczaj prowadzi znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, instytucja właściwa w tym państwie zobowiązana jest zbadać wszystkie kryteria charakteryzujące działalność prowadzoną przez tego pracodawcę. Kryteria obiektywne, a to miejsce, w którym delegujące przedsiębiorstwo ma swą zarejestrowaną siedzibę i administrację, liczebność personelu administracyjnego delegującego przedsiębiorstwa pracującego w państwie delegującym i w państwie zatrudnienia, 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 osiągane przez delegujące przedsiębiorstwo w państwie delegującym i w państwie zatrudnienia w odpowiednio typowym okresie, okres, przez jaki przedsiębiorstwo posiada siedzibę w delegującym państwie członkowskim, (...) przy czym czynniki te (...) są zmienne i podlegają ocenie, której dokonując należy także uwzględnić, że wnioskodawca działa w charakterze agencji pracy tymczasowej. Charakter działalności tego rodzaju przedsiębiorcy 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. z 2015 r., poz. 149). 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. 67¹ § 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 21.03.1997 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. Nr 96, poz. 959) - por. - wydany w analogicznej sprawie - wyrok z dnia 5 kwietnia 2016 r., II UK 179/14, nie publikowany)".

Odnosząc powyższe uwagi do oceny zasadności rozpoznawanej skargi kasacyjnej w tym zakresie, należy stwierdzić, że Sąd Apelacyjny trafnie przyjął, że uzyskiwanie obrotu poniżej 25% całkowitego obrotu nie przesądza o nieprowadzeniu normalnej działalności w państwie siedziby przedsiębiorstwa delegującego i słusznie uznał, że w takim wypadku konieczna jest całościowa ocena, w oparciu o wymienione przezeń kryteria. Jak wynika z uzasadnienia zaskarżonego wyroku, Sąd drugiej instancji oparł swoją ocenę spornej kwestii na ustaleniach faktycznych z których wynika, że: 1) delegujące przedsiębiorstwo ma w Polsce swą zarejestrowaną siedzibę i administrację; 2) personel administracyjny delegującego przedsiębiorstwa (a także kadry, księgowość i marketing) znajduje się w Polsce, a przedsiębiorstwo zatrudnia w państwie delegującym także innych pracowników; 3) Polska jest miejscem, w którym rekrutowani są pracownicy delegowani; 4) do umów zawartych przez delegujące przedsiębiorstwo z pracownikami i z klientami ma zastosowanie prawo polskie; 4) przedsiębiorstwo posiada siedzibę w Polsce od 2007 r., 5) liczba kontraktów realizowanych w 2012 r. za granicą przewyższała liczbę kontraktów realizowanych w Polsce, 6) liczba pracowników zatrudnionych w Polsce jest niższa niż za granicą, 7) obroty osiągnęte przez delegujące przedsiębiorstwo w państwie delegującym były niższe niż w państwie zatrudnienia.

Wszystkie te okoliczności wskazują, że odwołująca się Spółka w spornym okresie prowadziła „znaczącą działalność” w Polsce, rozumianą jako normalna, rzeczywista działalność.

Jak wynika z utrwalonego orzecznictwa Sądu Najwyższego, złożenie wniosku restytucyjnego (którego rozpoznanie wymaga zachowania konstytucyjnego standardu postępowania dwuinstancyjnego), uniemożliwia wydanie wyroku reformatoryjnego, choćby były spełnione przesłanki z art. 398¹⁶ k.p.c. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 marca 2014 r., I PK 193/13, LEX nr 1446439). Dodatkowo w niniejszej sprawie okazały się częściowo uzasadnione zarzuty naruszenia prawa procesowego, co uzasadnia przekazanie sprawy Sądowi drugiej instancji do ponownego rozpoznania z uwzględnieniem całości zebranego w sprawie materiału dowodowego i wszystkich poczynionych w sprawie ustaleń faktycznych, a następnie wydania nowego orzeczenia w oparciu o te ustalenia.

Uwzględniając to, Sąd Najwyższy orzekł, jak w sentencji (art. 398¹⁵ § 1 k.p.c.).

O kosztach orzeczono na podstawie odpowiednio stosowanego (art. 398²¹ k.p.c.) art. 108 § 2 k.p.c.