



Sygn. akt II UK 91/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 marca 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Zbigniew Korzeniowski (przewodniczący)

SSN Bogusław Cudowski (sprawozdawca)

SSN Zbigniew Myszka

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

przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddziałowi w W.

z udziałem zainteresowanych M. Z., J. C.

o wydania zaświadczenia A1,

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń

Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 28 marca 2017 r.,

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

z dnia 18 sierpnia 2015 r., sygn. akt III AUa (...),

**uchyła zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje Sądowi
Apelacyjnemu w (...) do ponownego rozpoznania i
rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w W. decyzją z 16 listopada 2012 r. dotyczącą M. Z. oraz decyzją z 30 listopada 2012 r. dotyczącą J. C. odmówił

wydania na rzecz wnioskodawcy zaświadczenia A1 potwierdzającego, że zainteresowani w okresie wykonywania pracy na terytorium Francji podlegali polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych – tj. w okresie od 07 maja 2012 r. do dnia 31 sierpnia 2012 r. (M. Z.) oraz od 02 kwietnia 2012 r. do 15 kwietnia 2012 r. (J. C.).

Sąd Okręgowy w W. wyrokiem z 9 września 2014 r. oddalił odwołania. Sąd ustalił, że wnioskodawca jest agencją pracy tymczasowej. Zajmuje się m.in. działalnością związaną z wyszukiwaniem miejsc pracy i pozyskiwaniem pracowników, udostępnianiem wykwalifikowanych pracowników przedsiębiorstwom z krajów Unii Europejskiej w branżach: budowlanej, konstrukcyjnej oraz działalności związanej z obsługą rynku nieruchomości. Prowadzi w tym celu działalność rekrutacyjną i administracyjną. M. Z. została zatrudniona na podstawie umowy o pracę w okresie od 07 maja 2012 r. do 31 sierpnia 2012 r. i została zgłoszona do ubezpieczeń jako pracownik. Zgodnie z umową o pracę zainteresowana została wysłana na terytorium Francji do pracy na stanowisku personelu sprząającego. J. C. został zatrudniony na podstawie umowy o pracę w okresie od 04 kwietnia 2012 r. do 15 kwietnia 2012 r. i został zgłoszony do ubezpieczeń jako pracownik. Zgodnie z umową o pracę, zainteresowany został wysłany na terytorium Francji do pracy na stanowisku personelu montera fasad. Wnioskodawca we wniosku o poświadczenie formularza A1 dla J. C. wskazał, iż spółka z tytułu działalności prowadzonej w Polsce uzyskała obroty na poziomie 12%, zatrudnia na terenie Polski 88 pracowników oraz realizuje w kraju 10 umów z kontrahentami (stan na 29 lutego 2012 r.); natomiast 160 osób oddelegowanych do pracy za granicą jest zatrudnionych w celu realizacji 35 umów. Z kolei we wniosku o poświadczenie formularza A1 dla M. Z. wskazał, iż według stanu na dzień 30 kwietnia 2012 r. spółka z tytułu działalności prowadzonej w Polsce uzyskała obroty na poziomie 18%, zatrudnia na terenie Polski 83 pracowników oraz realizuje w kraju 11 umów z kontrahentami, natomiast 207 osób oddelegowanych do pracy za granicą jest zatrudnionych w celu realizacji 46 umów; według stanu na dzień 30 maja 2012 r. spółka z tytułu działalności prowadzonej w Polsce uzyskała obroty na poziomie 18%, zatrudnia na terenie Polski 108 pracowników oraz realizuje w kraju 11 umów z kontrahentami, natomiast 229 osób oddelegowanych do pracy za granicą jest

zatrudnionych w celu realizacji 48 umów. Na skutek przeprowadzonego postępowania

Zakład Ubezpieczeń Społecznych ustalił, że wnioskodawca na dzień delegowania zainteresowanych osiągnął średnie obroty z okresu 12 miesięcy prowadzenia pozarolniczej działalności gospodarczej na poziomie 17%. Na podstawie przedłożonych faktur VAT za okres działalności firmy w kraju i zagranicą od stycznia 2011 r. do czerwca 2012 r. obliczono, że obrót spółki na terenie kraju za rok 2011 kształtował się na poziomie około 10% obrotów całkowitych, natomiast za okres od stycznia do czerwca 2012 r. na poziomie około 17% obrotów całkowitych, a zatem obrót w kraju nie osiągnął wartości minimalnej 25%. Spółka w deklaracjach dla podatku od towarów i usług VAT-7 wykazała za rok 2011 sprzedaż na terenie kraju, która stanowi 8,3% sprzedaży łącznej (tj. w Polsce, w krajach trzecich i Unii Europejskiej) oraz za okres od stycznia do lipca 2012 r. na poziomie 9,6%. Płatnik w okresie od maja 2012 r. do czerwca 2012 r. zatrudniał (na podstawie umowy o pracę i umów zlecenia, umów o dzieło umów zlecenia) i zgłaszał do ubezpieczeń społecznych w kraju średnio łącznie w miesiącu – 96 osób oraz realizował 9 umów z podmiotami gospodarczymi w Polsce, natomiast we Francji i w Niemczech – pracę wykonywało łącznie średnio 214 osób w ramach realizowanych około 38 umów. W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy uznał odwołania za nieuzasadnione. Zainteresowani nie podlegali polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych jako pracownicy, delegowani do pracy na terytorium Francji. Zdaniem Sądu wynika to z tego, iż nie zostały spełnione wszystkie przesłanki po stronie wnioskodawcy do zastosowania art. 14a ust. 1 lit. a i art. 19 ust. 2 w zw. z art. 83 b ust. 1 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz.U. z 2009 r. Nr 205, poz. 1585 z późn. zm.) oraz 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 nr 166/1 z 30 kwietnia 2004 r., s. 1 i nast.), art. 14 ust. 1 i art. 19 ust. 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) 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 nr L 284 z 30

października 2009 r., s. 1 i nast.) oraz Decyzji nr A2 Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego z dnia 12 czerwca 2009 r. dotyczącej wykładni art. 12 rozporządzenia (WE) nr 883/2004 w sprawie ustawodawstwa mającego zastosowanie do pracowników delegowanych i osób wykonujących pracę na własny rachunek tymczasowo pracujących poza państwem właściwym (Dz.Urz. UE nr C 106/02 z 24 kwietnia 2010 r.). W okolicznościach sprawy oraz w świetle powołanych przepisów, wynika, że wnioskodawca na dzień delegowania zainteresowanych osiągnął średnie obroty w spornym okresie z okresu 12 miesięcy prowadzenia pozarolniczej działalności gospodarczej na poziomie 12% i 18% - nie przekraczając tym samym wymaganych 25%. Dysproporcja w zakresie obrotów, liczby umów i pracowników zatrudnionych i zgłoszonych do ubezpieczeń w Polsce i za granicą, zdaniem Sądu, świadczą o nie prowadzeniu przez płatnika w kraju działalności w znacznej części w rozumieniu przepisu art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004.

Wyrok Sądu Okręgowego wnioskodawca zaskarżył w całości, zarzucając mu naruszenie art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 w zw. z art. 14 ust. 2 i art. 14 ust. 1 rozporządzenia nr 987/2009, jak również naruszenie decyzji A2 Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego z dnia 12 czerwca 2009 r. dotyczącej interpretacji art. 12 rozporządzenia 883/2004. Ponadto zarzucił naruszenie art. 233 § 1 k.p.c.

Sąd Apelacyjny w (...) wyrokiem z 18 sierpnia 2015 r. oddalił apelację i rozstrzygnął o zwrocie kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym. Podzielił stanowisko Sądu Okręgowego, wskazując, że znajduje ono uzasadnienie w treści najnowszych orzeczeń Sądu Najwyższego wydanych w sprawach odwołującej się spółki, a opartych na prawie identycznych stanach faktycznych, w tym m.in. w sprawie o sygn. akt II UK 550/13 oraz II UK 565/13 z 4 czerwca 2014 r. Z ustaleń faktycznych dokonanych przez Sąd pierwszej instancji wynika, że zainteresowani byli zatrudnieni wyłącznie w celu wykonywania pracy we Francji. Obrót osiągnany przez spółkę w okresie od kwietnia 2012 r. do sierpnia 2012 r. z działalności w Polsce utrzymywał się na poziomie ok. 12-18% obrotów całkowitych, zaś w UE – 82-88%. Dodatkowo istniała znaczna dysproporcja w zakresie dotyczącym osób zatrudnionych w kraju do tych pracujących za granicą

oraz w realizowaniu kontraktów. Co więcej, z ustaleń Sądu pierwszej instancji wynika też, że wnioskodawca prowadzi działalność gospodarczą w zakresie pośrednictwa pracy i zajmuje się głównie delegacją pracowników do pracy za granicą, bo współpracuje z przedsiębiorstwami we Francji, Niemczech i w Polsce. Działalność Spółki na terenie Polski ogranicza się w zasadzie tylko do zarządzania wewnętrznego i prowadzenia czynności administracyjnych. Sąd Apelacyjny stwierdził, że zainteresowani byli de facto pracownikami pracodawcy francuskiego i na jego rzecz świadczyli pracę. Nie można w tym wypadku stwierdzić, aby pomiędzy stroną odwołującą się a zainteresowanymi w sprawie istniała bezpośrednia więź, albowiem wnioskodawca przez okres delegowania pracowników do Francji nie miał wpływu ani na przebieg, ani na warunki ich 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 do przyjęcia, że wnioskodawca 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, to ma on racjonalne uzasadnienie w kontekście szczegółowo powołanych przez Sąd Okręgowy regulacji dotyczących zasad ustalania właściwego ustawodawstwa w zakresie ubezpieczeń społecznych. Wobec powyższego i w świetle ostatniego orzecznictwa Sądu Najwyższego ustalenie, że spółka nie osiągnęła w spornych okresach w Polsce minimum 25% obrotu z całej prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej, zdaniem Sądu Apelacyjnego, uniemożliwia uznanie, że zainteresowani oddelegowani do pracy we Francji podlegają z tego tytułu w tym czasie ustawodawstwu polskiemu.

Wyrok Sądu Apelacyjnego wnioskodawca zaskarżył w całości. Zarzucono naruszenie przepisów prawa materialnego, to jest 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 L 284 z 30 października 2009 r.), a także ust. 1 akapit 5 Decyzji nr A2 Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego z dnia 12 czerwca 2009 r. dotyczącej wykładni art. 12 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 w sprawie ustawodawstwa mającego zastosowanie do pracowników delegowanych i osób wykonujących prace 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 nie prowadziła normalnej działalności na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, czego następstwem było przyjęcie, że zainteresowany nie podlegał ustawodawstwu polskiemu w zakresie ubezpieczeń społecznych. Skarżący wskazał, że błędne zastosowanie i wykładnia polegały przede wszystkim na: (-) zastosowaniu nieprawidłowego i niezgodnego z prawem sposobu określenia, stanowiącej podstawę rozstrzygnięcia sprawy, proporcji: wysokości obrotów, stanu zatrudnienia, wykonywanych umów oraz liczebności personelu administracyjnego osiągniętych przez skarżącego w Polsce i innych krajach, poprzez przyjęcie, że proporcje osiąganego w państwie delegującym obrotu (stanu zatrudnienia, wykonywanych umów oraz liczebności personelu administracyjnego) należy ustalać w odniesieniu do całłościowych obrotów (i odpowiednio stanu zatrudnienia, wykonywanych umów oraz liczebności personelu administracyjnego) osiągniętych przez skarżącego za granicą, a nie – w odniesieniu wyłącznie do państwa zatrudnienia pracownika delegowanego – taki sposób obliczania proporcji zdaniem skarżącego jest sprzeczny z ust. 1 akapit 5 Decyzji A2 oraz „Praktycznym poradnikiem: Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej (UE), w Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) i Szwajcarii”; (-) uznaniu przez Sąd drugiej instancji za decydującą przesłankę warunkującą stwierdzenie prowadzenia przez skarżącego działalności w znacznej części na terenie kraju delegującego kryterium osiągnięcia 25% obrotów na terenie tegoż kraju; (-) zaniechaniu przez Sąd drugiej instancji przeprowadzenia „pogłębionej analizy” stanu sprawy wymaganej przez „Praktyczny Poradnik: Ustawodawstwo mające

zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej (UE), w Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) i Szwajcarii”, w sytuacji braku osiągnięcia w państwie delegującym ok. 25% obrotów.

Ponadto zarzucono naruszenie przepisów prawa procesowego, które miało istotny wpływ na wynik sprawy, to jest:

(-) art. 233 § 1 k.p.c. przez dokonanie dowolnej a nie swobodnej oceny dowodów w sposób pozbawiony wszechstronności w odniesieniu do okoliczności, czy skarżący prowadził w spornym okresie normalną działalność na terenie Polski polegający w szczególności na uznaniu, że zatrudnienie 1/3 pracowników na terenie kraju wskazuje na brak prowadzenia znaczącej działalności w Polsce;

(-) brak ustalenia okoliczności istotnych dla rozpatrzenia sprawy polegający na: zaniechaniu ustalenia proporcji obrotów osiąganych przez skarżącego w Polsce oraz w kraju delegowania pracownika; zaniechaniu przeprowadzenia „pogłębionej analizy” stanu sprawy wymaganej przez Praktyczny Poradnik w sytuacji braku osiągnięcia w państwie delegującym ok. 25% obrotów;

(-) art. 328 § 2 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 - Sąd Apelacyjny wskazał na brak osiągnięcia przez spółkę 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 szczególności nie wypowiedział się co do swojej oceny odnośnie spełnienia przez wnioskodawcę pozostałych przesłanek przewidzianych przez przepisy prawa europejskiego).

Skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu w W. oraz zasądzenie od organu rentowego na jego rzecz kosztów postępowania, w tym zwrotu kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Ponadto, na podstawie art. 125 § 1 k.p.c. w związku z art. 9, art. 91 ust. 1 i 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., art. 354 k.p.c., art. 267 akapit 1 lit. b oraz art. 267 akapit 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej wniósł o wystąpienie przez Sąd Najwyższy do Trybunału Sprawiedliwości Unii

Europejskiej z pytaniem prawnym o następującej treści:

1) czy pojęcie «pracodawca, który normalnie prowadzi tam [w państwie członkowskim - przyp. własny pełnomocnika skarżącego] swą działalność» użyte w art. 12 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego, a następnie uszczegółowione przez art. 14 ust. 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r. dotyczące wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego oznacza pracodawcę (agencję pracy tymczasowej), który - niezależnie od pozostałych cech swojej działalności - musi osiągać roczny obrót na poziomie co najmniej 25% w państwie delegującym pracowników;

2) czy organy administracyjne i sądy państwa członkowskiego mogą uznać, że pracodawca będący agencją pracy tymczasowej wymieniony w art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 zazwyczaj prowadzi znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, w okolicznościach, w których nie osiągnął on rocznych przychodów na poziomie 25% w państwie delegującym pracowników, lecz spełnia pozostałe kryteria charakteryzujące <<normalną działalność>> tego pracodawcy wymienione w przepisach prawa europejskiego i „Poradniku Praktycznym: Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej (UE), Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) i Szwajcarii”;

3) czy wymienione w 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) i „Poradniku Praktycznym: Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej (UE), Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) i Szwajcarii” kryteria charakteryzujące działalność prowadzoną przez pracodawcę, w tym liczebność personelu administracyjnego i innych pracowników, liczbę umów oraz obroty w odpowiednio

typowym okresie należy ustalać w odniesieniu do całościowych obrotów (i odpowiednio liczebności personelu administracyjnego i innych pracowników oraz liczby umów) osiągniętych przez przedsiębiorcę za granicą we wszystkich państwach, w których prowadzi działalność, czy – w odniesieniu wyłącznie do państwa zatrudnienia pracownik delegowanego;

4) czy przy dokonywaniu, dla potrzeb ustalenia właściwego ustawodawstwa z zakresu ubezpieczeń społecznych, porównania obrotów osiągniętych przez przedsiębiorcę w kraju macierzystym oraz państwie zatrudnienia pracownika delegowanego powinna być uwzględniana różnica siły nabywczej waluty – wysokości wynagrodzeń, występujące pomiędzy poszczególnymi państwami?

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna zasługuje na uwzględnienie.

Materialnoprawna podstawa zaskarżonej decyzji i orzeczeń sądowych zapadłych w tej sprawie stanowiła przedmiot analizy Sądu Najwyższego w wyroku składu siedmiu sędziów z dnia 18 listopada 2015 r., sygn. akt II UK 100/14, OSNP 2016 nr 7, poz. 88. Sąd Najwyższy w obecnym składzie podziela stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w tym wyroku odnośnie wykładni 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 2004 r., s. 1, ze zm., dalej rozporządzenie nr 883/2004) oraz 14 ust. 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r. dotyczącego wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego nr 987/2009 (Dz.Urz. UE L 284 z 2009 r., s. 1, ze zm., dalej rozporządzenie nr 987/2009).

Zgodnie z art. 12 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004, osoba, która wykonuje działalność jako pracownik najemny w państwie członkowskim w imieniu pracodawcy, który normalnie prowadzi tam swą działalność, a która jest delegowana przez tego pracodawcę do innego państwa członkowskiego do wykonywania pracy w imieniu tego pracodawcy, nadal podlega

ustawodawstwu pierwszego państwa członkowskiego, pod warunkiem że przewidywany czas takiej pracy nie przekracza 24 miesięcy i że osoba ta nie jest wysłana, by zastąpić inną delegowaną osobę. Przepis ten wprowadza wyjątek od zasady, że pracownik podlega ustawodawstwu państwa, w którym wykonuje pracę (*lex loci laboris*), przyjętej w art. 11 ust. 3 lit. a rozporządzenia nr 883/2004 (według numeracji ustalonej przez sprostowanie rozporządzenia nr 883/2004 z dnia 9 lipca 2013 r. (Dz.Urz. UE. L 188 z 2013 r., s.10). Przepisem wykonawczym do art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 jest art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009, który stanowi, że dla celów stosowania art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 przez sformułowanie „który normalnie tam prowadzi swą działalność” należy rozumieć pracodawcę „zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności, innej niż działalność związana z samym zarządzaniem wewnętrznym, na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, z uwzględnieniem wszystkich kryteriów charakteryzujących działalność prowadzoną przez dane przedsiębiorstwo. Odnosne kryteria muszą zostać dopasowane do specyficznych cech każdego pracodawcy i do rzeczywistego charakteru prowadzonej działalności”.

Zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia tej sprawy ma więc wyjaśnienie pojęcia „normalne prowadzenie działalności” (art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004) i wyjaśniającego je określenia „prowadzenie przez pracodawcę zazwyczaj znacznej części działalności, innej niż działalność związana z samym zarządzaniem wewnętrznym, na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma on swoją siedzibę” (art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009).

Z wymienionych wyżej przepisów wynika, 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. Powyższy kierunek wykładni znajduje odzwierciedlenie również w Decyzji A2 Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego. Akt ten nie ma charakteru źródła prawa Unii Europejskiej w rozumieniu traktatowym, lecz jest aktem informacyjno-pomocniczym, wydanym przez Komisję Administracyjną na podstawie art. 72 lit. a i b rozporządzenia nr 883/2004 w ramach jej zadań dotyczących wykładni i usprawniania jednolitego stosowania prawa Unii Europejskiej. W Decyzji A2 wskazuje się, że decydującym warunkiem dla zastosowania art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 jest istnienie więzi między pracodawcą a państwem członkowskim, w którym ma on swoją siedzibę. Możliwość skorzystania z wyjątku ustanowionego w art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 powinna zatem ograniczać się wyłącznie do przedsiębiorstw, które normalnie prowadzą swą działalność na terytorium państwa członkowskiego, w którym mają siedzibę i z którego delegują pracownika do pracy w innym państwie członkowskim. W celu ustalenia, w razie potrzeby i w razie wątpliwości, czy pracodawca zazwyczaj prowadzi znaczną część działalności na terytorium tego państwa członkowskiego, 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. W przedmiotowej decyzji podkreśla się też, że „wykaz ten nie jest wyczerpujący, ponieważ kryteria powinny być dostosowane do każdego konkretnego przypadku i powinny uwzględniać charakter działalności prowadzonej przez przedsiębiorstwo w państwie, w którym ma ono siedzibę”. Podobnie zagadnienie to zostało wyjaśnione w publikacji Komisji Europejskiej pt. „Praktyczny Poradnik: Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej (UE), Europejskim Obszarze Gospodarczym

(EOG) i w Szwajcarii”. Praktyczny poradnik nie ma waloru wiążącego, niemniej wskazuje na pewną unijną praktykę stosowania art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009 i z tego względu nie może być pomijany w procesie stosowania prawa, choćby ze względu na zasadę lojalności państw członkowskich. W Praktycznym Poradniku stwierdza się, że fakt prowadzenia znacznej części działalności w państwie delegującym można sprawdzić poprzez szereg obiektywnych czynników, przy czym następujące czynniki są szczególnie istotne: (-) miejsce, w którym delegujące przedsiębiorstwo ma swą zarejestrowaną siedzibę i administrację; (-) liczebność personelu administracyjnego delegującego przedsiębiorstwa pracującego w państwie delegującym i w państwie zatrudnienia, przy czym obecność wyłącznie personelu administracyjnego w państwie delegującym wyklucza możliwość zastosowania do tego przedsiębiorstwa przepisów dotyczących delegowania; (-) miejsce, w którym rekrutowani są pracownicy delegowani; (-) miejsce, w którym zawierana jest większość umów z klientami; (-) prawo mające zastosowanie do umów zawartych przez delegujące przedsiębiorstwo z pracownikami i z klientami; (-) liczba umów wykonanych w państwie delegującym i w państwie zatrudnienia; (-) obroty osiągnięte przez delegujące przedsiębiorstwo w państwie delegującym i w państwie zatrudnienia w odpowiednio typowym okresie (np. obrót wynoszący około 25% całkowitego obrotu w państwie delegującym może być wystarczającym wskaźnikiem, ale przypadki, w których obrót jest niższy niż 25% wymagałyby pogłębionej analizy; (-) okres, przez jaki przedsiębiorstwo posiada siedzibę w delegującym państwie członkowskim. 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 może również być uwzględnienie innych kryteriów odpowiednich do określonych cech przedsiębiorstwa i rzeczywistego charakteru działalności przedsiębiorstwa w państwie, w którym ma ono siedzibę. Z powyższego wynika, że uzyskiwanie całkowitego 25% obrotu w państwie siedziby przedsiębiorstwa delegującego stanowi wyłącznie sugestię interpretacyjną, że osiągnięcie tego poziomu może uzasadniać przyjęcie faktycznego domniemania, że przedsiębiorstwo prowadzi normalną działalność,

z jednoczesną sugestią, że jego nieosiągnięcie wymaga bardziej pogłębionej analizy pozostałych kryteriów.

Należy zauważyć, że tylko w Praktycznym Poradniku pojawia się kryterium 25% całkowitego obrotu w państwie delegującym. Sformułowanie wskaźnika uzyskiwania w państwie członkowskim, w którym przedsiębiorstwo delegujące ma siedzibę, co najmniej całkowitego 25% obrotu nie znajduje oparcia ani w treści rozporządzenia nr 883/2004, ani rozporządzenia nr 987/2009, ani również w Decyzji A2. Kryterium 25% całkowitego obrotu nie znajduje również oparcia w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości (por. wyrok z dnia 10 lutego 2000 r. w sprawie C-202/97 Fitzwilliam Executive Search Ltd v Bestuur van het Landelijk instituut sociale verzekeringen, (ECR 2000 I-00883); wyrok z dnia 17 grudnia 1970 r. w sprawie 35/70 Sarl Manpower przeciwko Caisse Primaire d' Assurance Maladie, ECR 1970, s. 01251; oraz wyrok z dnia 9 listopada 2000 r. w sprawie C-404/98 Josef Plum przeciwko Allgemeine Ortskrankenkasse Rheinland, Regionaldirektion Köln, ECR 2000, s. I 09397).

Podsumowując, w celu ustalenia, czy przedsiębiorstwo prowadzi normalną działalność (w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004), czy też znaczną część działalności innej niż zarządzanie wewnętrzną (art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009), należy uwzględniać wszystkie kryteria charakteryzujące jego działalność oraz charakter przedsiębiorstwa delegującego. Wybór kryteriów powinien być dostosowany do konkretnego wypadku. Ocena ta powinna mieć charakter całościowy, a zatem stanowić ogólny wniosek wynikający z rozważenia wszystkich przyjętych kryteriów. Kryterium obrotu nie ma decydującego lub szczególnego znaczenia, jednakże osiągnięcie obrotu w państwie siedziby przedsiębiorstwa delegującego w wysokości ok. 25% całkowitych obrotów może prowadzić do wniosku, że prowadzi ono w tym państwie znaczną część działalności, a więc normalnie prowadzi tam działalność. Lista kryteriów, które zostały wymienione jedynie w aktach o charakterze interpretacyjnym nie ma charakteru wyczerpującego, lecz przykładowy. Oznacza to, że organ rentowy, a następnie sąd kontrolujący prawidłowość decyzji organu rentowego, mogą i powinny wziąć pod uwagę także inne kryteria i okoliczności. Między innymi, w razie występowania liczących się różnic w sile nabywczej walut państwa – siedziby

pracodawcy delegującego i państwa – miejsca delegowania, prawidłowe stosowanie kryterium obrotu, jako miernika znaczącej działalności w państwie siedziby pracodawcy, bez uwzględnienia tej różnicy, może prowadzić do zafałszowania oceny. Podstawowym celem ww. oceny jest ustalenie, czy przedsiębiorstwo delegujące prowadzi w Polsce normalnie swoją działalność (art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004), co oznacza prowadzenie w Polsce znacznej części działalności (art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009). Określenie „znaczna część działalności” należy przy tym, jak wynika z innych wersji językowych rozporządzenia nr 987/2009, a także z wyroku Fitzwilliam rozumieć jako „znacząca działalność”. Należy jednocześnie podkreślić, że przedmiotowa ocena ma charakter ustalenia faktycznego i jeśli sąd rozważy, zachowując zasady postępowania cywilnego, wszystkie istotne w okolicznościach sprawy kryteria, to kasacyjny zarzut naruszenia przepisów prawa przez wydany w rezultacie takiej oceny wyrok nie będzie mógł być skutecznie postawiony.

Sąd Najwyższy w składzie rozpatrującym tę sprawę podziela przedstawione powyżej stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z dnia 18 listopada 2015 r., a także w kolejnych wyrokach Sądu Najwyższego (por. wyroki SN z 5 października 2016 r., w sprawach II UK 229/15, LEX nr 2155192 oraz II UK 191/15, niepubl.).

W rozpoznawanej sprawie Sąd Apelacyjny błędnie przyjął, że przedsiębiorstwo – agencja pracy tymczasowej - delegujące pracownika do pracy za granicą może być uznane za pracodawcę zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności, innej niż działalność związana z samym zarządzaniem wewnętrznym, na terytorium państwa członkowskiego, na którym ma swoją siedzibę w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 oraz art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009, jeżeli osiąga w kraju delegowania obrót z prowadzonej działalności na poziomie 25% całego jego obrotu. Ocena czy przedsiębiorstwo delegujące prowadzi normalną działalność w państwie, w którym ma siedzibę i z którego deleguje pracowników wymaga dokonana całościowej oceny, czy przedsiębiorstwo to prowadzi faktyczną działalność w państwie wysyłającym. Przypisanie przez Sąd drugiej instancji znaczenia wyłącznie wielkości obrotu osiąganego w kraju i za granicą, a w konsekwencji niedokonanie całościowej

oceny działalności wnioskodawcy czyni skargę kasacyjną uzasadnioną. Uzasadnionym okazał się zatem zarzut naruszenia wskazanych w podstawie skargi przepisów prawa materialnego art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004 oraz art. 14 ust. 1 i 2 rozporządzenia nr 987/2009, które to naruszenie skutkowało nieuwzględnianiem przez Sąd drugiej instancji wszystkich istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczności faktycznych.

Uwzględniając z jednej strony przedstawioną wyżej wykładnię regulacji unijnych, z drugiej brak dokonania przez Sąd Apelacyjny całościowej oceny działalności skarżącego z perspektywy kryterium „prowadzenia normalnej działalności” w Polsce, w ocenie Sąd Najwyższy, na tym etapie sprawy nie ma potrzeby zwracania się do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniem prejudycjalnym.

Z powyższych powodów, na podstawie art. 398¹⁵ § 1 k.p.c., Sąd orzekł jak w sentencji. Rozstrzygnięcie w sprawie kosztów postępowania wydano na podstawie art. 108 § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 oraz art. 398²¹ k.p.c.