



Sygn. akt II USKP 46/21

## **WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 27 maja 2021 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Maciej Pacuda (przewodniczący)

SSN Halina Kiriło

SSN Zbigniew Korzeniowski (sprawozdawca)

w sprawie z wniosku G. S.  
przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddziałowi w Z.  
z udziałem zainteresowanych I. D., H. G., K. M., L. S.  
o podleganie ubezpieczeniom społecznym,  
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy i Ubezpieczeń  
Społecznych w dniu 27 maja 2021 r.,  
skargi kasacyjnej wnioskodawcy od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)  
z dnia 27 listopada 2018 r., sygn. akt III AUa (...),

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

### **UZASADNIENIE**

Sąd Apelacyjny w (...) wyrokiem z 27 listopada 2018 r. oddalił apelację skarżącego G.S. od wyroku Sądu Okręgowego w Z. z 8 maja 2017 r., który oddalił odwołania skarżącego od decyzji pozwanego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych

Oddział w Z. z 19 stycznia 2016 r., stwierdzających że zainteresowani I. D., L. S., H. G. i K. M. w okresach wskazanych w decyzjach nie podlegają polskiemu ustawodawstwu w zakresie zabezpieczenia społecznego z tytułu zatrudnienia w F. oraz unieważnił wydane wcześniej zaświadczenia A1. Decyzje zostały wydane po przeprowadzeniu kontroli, w których pozwany stwierdził, iż skarżący podał nieprawdziwe dane co do wielkości obrotu w kraju i co do liczby zatrudnianych pracowników w kraju i za granicą.

Sąd Okręgowy ustalił, że G. S. prowadzi działalność gospodarczą od 1 września 2012 r. na terenie Polski i Niemiec. Siedziba firmy mieści się w jego mieszkaniu. Początkowo prowadził ją jako agencję pracy tymczasowej, a od 1 grudnia 2013 r. głównie w zakresie usług podstawowej opieki nad osobami starszymi i chorymi wymagającymi ogólnej opieki, koniecznych prac domowych, robienia zakupów, głównie na terenie Niemiec. Sporadycznie usługi te wykonuje na terenie Polski także w zakresie sprzątania i prac budowlanych. Prowadzeniem działalności firmy skarżącego zajmuje się jego ojciec. Firma nie zatrudnia żadnych pracowników administracyjnych. Większość zatrudnionych pracowników była delegowana do pracy w Niemczech. Firma zatrudniała pracowników tymczasowych oraz własnych pracowników na podstawie umów zlecenia. W 2013 r. obroty wynosiły 3,98% w Polsce i 96,02% w Niemczech, w 2014 r. obroty odpowiednio wnosły 2,48% i 97,52%. Skarżący 1 grudnia 2012 r. zawarł umowę o współpracy z firmą F. (zleceniodawcą) na podstawie, której zobowiązał się do wyszukiwania i selekcjonowania kandydatów, a także zatrudnienia lub skierowania do pracy u osób trzecich na stanowisko opiekuna, pomocy domowej lub pielęgniarzki/pielęgniarsza. W umowie przewidziano, że zleceniobiorca otrzyma wynagrodzenie w wysokości każdorazowo ustalonej przez strony na piśmie za każdego kandydata skierowanego przez zleceniobiorcę i zatrudnionego przez zleceniodawcę lub skierowanego do pracy po weryfikacji. Osoby, które miały podjąć pracę w Niemczech w charakterze opiekuna do osób starszych lub chorych były rekrutowane w Polsce za pośrednictwem osób, które już pracowały dla skarżącego lub kontraktowały się z nim po wyszukaniu oferty pracy w internecie. Kandydaci do pracy w Niemczech, ustalali warunki umowy z płatnikiem przez telefon. Następnie skarżący przysyłał gotową umowę na adres domowy zainteresowanej, a po jej

podpisaniu osoba ta odsyłała umowę wraz z wymaganymi dokumentami. Miejsce wykonywania pracy nie było bezpośrednio wskazane w umowie. Pracodawca telefonicznie podawał datę wyjazdu oraz adres, pod który dana osoba miał się udać w celu świadczenia pracy. Dojazd do miejsca pracy pracownicy musieli zorganizować we własnym zakresie, ale po okazaniu biletu lub innego dowodu poniesione koszty związane z podróżą były zwracane przez osobę, którą pracownik opiekował się w Niemczech. Skarżący nie wystawiał pracownikom poleceń podróży służbowej. Praca polegająca na opiece nad osobami starszymi lub chorymi na terenie Niemiec wykonywana była przez zleceniobiorców przez okres od 1 do 3 miesięcy, następnie osoby te jechały do Polski na 1-2 miesiące i po tym czasie z powrotem wracały do Niemiec. Zleceniobiorcy nie zastępowali się w pracy przy opiece nad osobami starszymi w trakcie pobytu któregoś z nich w Polsce. W trakcie pobytu w Polsce pracownicy praktycznie nie wykonywali pracy na rzecz firmy X., ale otrzymywali w tym okresie wynagrodzenie w wysokości 200 lub 201 zł brutto miesięcznie za świadczenie usług rekrutacyjnych oraz reklamowanie firmy. Była to stała kwota, która była wypłacana przez pracodawcę również w czasie pobytu w Niemczech. Rekrutacja polegała na poleceniu przez zleceniobiorców pracy na rzecz firmy X. przy opiece nad osobami starszymi lub chorymi na terenie Niemiec. Pracownicy nie zajmowali się stale poszukiwaniem osób chętnych do współpracy z G. S., było to dodatkowe zajęcie, którego wykonania wnioskodawca nie kontrolował. Podczas pobytu w Niemczech zainteresowane nie ponosiły kosztów wyżywienia ani noclegu. Mieszkały u osoby, nad którą sprawowały opiekę i żywność kupowana była na koszt podopiecznego. Za każdy dzień pracy w Niemczech zleceniobiorcy otrzymywali dietę, przekazywaną na rachunek bankowy pracownika.

Zainteresowana I. D. pracowała w Niemczech jako opiekunka osób starszych lub chorych na podstawie umów zlecenia we wrześniu, od 5 listopada do 20 grudnia 2014 r., od 5 stycznia do 31 stycznia, od 7 lutego do 7 marca, od 26 marca do 7 maja, od 1 czerwca do 4 lipca 2015 r.

Zainteresowana L. S. zawarła ze skarżącym umowę zlecenia na okres 1 roku do 20 lipca 2014 r. na świadczenia pomocy przy prowadzeniu gospodarstwa domowego oraz dodatkowo świadczenia usług opieki nad osobami starszymi lub chorymi, a także usług o charakterze informacyjno-rekrutacyjnym, mających na celu

poszukiwanie personelu dla zleceniodawcy. Z tytułu świadczenia usług rekrutacyjnych w czasie przebywania na ternie Polski przysługiwało wynagrodzenie miesięczne 200 zł. Z tytułu świadczenia usług pomocy domowej i opieki zleceniobiorcy przysługiwało wynagrodzenie miesięczne 200 zł oraz dieta i dodatkowe świadczenie pieniężne z tytułu podróży, wynoszące 35 euro za każdy dzień świadczenia za granicą usług na rzecz zleceniodawcy. 24 czerwca 2014 r. skarżący, reprezentowany przez F. zawarł umowę zlecenia z J. B., w myśl której zaineresowana sprawowała opiekę nad pacjentem, wykonywała konieczne prace domowe i robiła zakupy.

Podobne umowy na pracę w Niemczech zawierały też zainteresowane K. M. i H. G.

W Polsce, w ramach pracy na rzecz firmy X., opiekę nad dwoma starszymi osobami sprawowała jedynie A. S. na podstawie umów zlecenia, za wynagrodzeniem 200 zł miesięcznie. A. S. świadczyła również usługi sprzątania. Skarżący zatrudniał F. K. do prac ogólnobudowlanych na zlecenia za wynagrodzeniem na poziomie 1.000 zł.

Skarżący we wnioskach do ZUS o wydanie zaświadczeń o ustawodawstwie właściwym A1 podawał zawyżone średnie obroty osiągnięte w Polsce 25%, w innych państwach 75%, gdy tymczasem w Polsce wynosiły 3,98% w 2013 r. i 2,48% w 2014 r. Zawyżał też liczbę pracowników zatrudnionych w Polsce podając, że od lutego 2014 r. do stycznia 2015 r. zatrudniał 8 pracowników w Polsce oraz 16 delegowanych, gdy było 2 pracowników w Polsce, a 13 pracowników delegowanych. W okresie od kwietnia do czerwca i od listopada do grudnia 2013 r. nie podawał żadnego pracownika w Polsce, a liczba pracowników delegowanych wnosila od 3 do 5.

Pozwany w czerwcu 2015 r. przeprowadził u skarżącego kontrolę prawidłowości i rzetelności obliczania składek za okres od 1 stycznia 2014 r. od końca kwietnia 2015 r.

Sąd Okręgowy w uzasadnieniu oddalenia odwołań skarżącego stwierdził, że skoro pierwszeństwo ma ustawodawstwo tego Państwa Członkowskiego, w którym pracownik wykonuje pracę najemną, a w okolicznościach sprawy nie budzi wątpliwości, iż zainteresowane I. D., L. S., H.G. oraz K. M. wykonywały pracę na

terytorium Niemiec, to należało przyjąć, iż w zakresie zabezpieczenia społecznego co do zasady winny podlegać niemieckiemu ustawodawstwu. Materiał dowodowy nie dał podstaw do podważenia decyzji pozwanego. W uzasadnieniu decyzji pozwany wskazał, że obroty osiągane przez delegujące przedsiębiorstwo w państwie delegującym w odpowiednim okresie powinny wynosić około 25% całkowitego obrotu, a skarżący nie spełnił tego warunku. Nie spełnił się zatem warunek wyjątku od zasady z art. 11 ust. 3 lit. a rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 r. z 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (rozporządzenia podstawowego), że pracownik podlega ubezpieczeniom według ustawodawstwa tego państwa, na obszarze którego wykonywana jest praca za wynagrodzeniem. Wyjątek od zasady określa art. 12 ust. 1 tego rozporządzenia, zgodnie z którym osoba, która wykonuje działalność jako pracownik najemny w Państwie Członkowskim w imieniu pracodawcy, który normalnie tam prowadzi 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 wysyłana, by zastąpić inną osobę. Zastosowanie tego przepisu wymaga spełnienia warunków wskazanych w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009 r. z 16 września 2009 r. dotyczącego wykonania rozporządzenia nr 883/2004 i omówionych szerzej w decyzji A2 Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego. Opracowany przez Komisję na podstawie decyzji A2 „praktyczny Poradnik: Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej ...” wskazuje, że obroty osiągane przez delegujące przedsiębiorstwo w państwie zatrudnienia w odpowiednim czasie powinny wynosić co najmniej 25%. Przewodnik ten nie ma charakteru wiążącego, lecz choć nie jest aktem normatywnym, może być (i tak jest traktowany) jako źródło wykładni autentycznej przepisów rozporządzenia oraz stanowi rodzaj kodeksu dobrych praktyce w zakresie delegowania.

Firma X. w spornych okresach prowadziła normalnie działalność gospodarczą na terenie Niemiec. Świadczą o tym dane dotyczące liczby

zatrudnionych pracowników i osiągniętych przez spółkę obrotów, także w okresie poprzedzającym okres, którego dotyczyła kontrola organu rentowego, co pozwoliło na pełne odtworzenie charakteru i zakresu prowadzonej działalności. Wykonywana w Polsce działalność miała charakter szczątkowy. Analiza obrotów osiągniętych przez firmę skarżącego w latach 2013-2015 wskazuje, że w 2013 r. średnie obroty w Polsce wynosiły 3,98%, zaś w Niemczech 96,02%. W listopadzie 2013 r. spółka wygenerowała najwyższe obroty z działalności prowadzonej na terytorium Niemiec w kwocie 23.704,18 zł, a w tym samym miesiącu obrót w Polsce wynosił tylko 447,15 zł. W 2014 r. obroty firmy pozostawały na podobnym poziomie, w Polsce wynosiły 2,48% a w Niemczech 97,52%. Również większość pracowników wykonywała pracę w Niemczech. Ponadto pracę uważa się za wykonywaną na rzecz pracodawcy państwa wysyłającego, jeżeli praca ta jest wykonywana dla tego pracodawcy oraz wciąż istnieje bezpośredni związek między pracownikiem a pracodawcą, który go delegował. Pracownicy nie podlegali bezpośrednio pracodawcy, tylko osobie, nad którą sprawowali opiekę na terenie Niemiec. Pracownicy kontaktowali się z G.S. telefonicznie jedynie w celu ustalenia daty wyjazdu i miejsca, w którym mieli sprawować opiekę. Pozostałe kwestie jak m.in. przyjazd do Polski, ustalane były wyłącznie z członami rodziny podopiecznego. Podczas całego okresu oddelegowania zainteresowanych nie był zachowany bezpośredni związek między przedsiębiorstwem delegującym, a pracownikiem oddelegowanym. Dokumentacja oferowana przez płatnika wskazuje, że zarówno liczba zatrudnionych w Polsce, liczba realizowanych w kraju czy wykazywane obroty mają charakter symboliczny. Wnioskodawca (skarżący) uzyskał zaświadczenia A1 dla zainteresowanych na podstawie art. 12 rozporządzenia przez celowo błędne podanie wspomnianych okoliczności (przesłanek), zmierzających do poświadczenia i wydania przez organ rentowy formularzy A1. Podawanie nieprawdziwych danych w zakresie uzyskania zaświadczenia A1 i uzyskanie ich wyłącznie w oparciu o te dane, stanowi czynność prawną sprzeczną z ustawą i wydanie zaświadczenia A1 w zakresie pracy zainteresowanych, szczegółowo wymienionych w decyzji, jest nieważne (art. 58 § 1 k.c.).

Sąd Apelacyjny w uzasadnieniu oddalenia apelacji wskazał, że przedmiotem sporu było ustalenie, czy ubezpieczone, jako pracownice odwołującego płatnika,

nie podlegały ustawodawstwu polskiemu, z tytułu wykonywania umów zlecenia za granicą. Sąd pierwszej instancji ustalił prawidłowo stan faktyczny oraz prawidłowo zastosował przepisy prawa. W apelacji zarzucono niezasadne oparcie rozstrzygnięcia jedynie na ustaleniu jednego spośród wielu kryteriów, mających wpływ na ocenę działalności płatnika w Polsce, czyli przyjęcie jedynie kryterium obrotu, które sprawiło, iż Sąd pierwszej instancji uznał, iż płatnik prowadzi głównie działalność poza granicami Polski, podczas gdy inne kryteria, jednoznacznie potwierdzają, iż krajem, w którym płatnik składek prowadzi swoją zwykłą działalność jest Polska. Zatem zatrudnieni przez płatnika pracownicy powinni podlegać ustawodawstwu polskiemu. Zarzut nie jest zasadny, gdyż możliwość oddelegowania ogranicza się jedynie do podmiotów „zwykle” prowadzących działalność na terytorium państwa członkowskiego, którego ustawodawstwo ma zastosowanie do pracownika oddelegowanego. Nie mamy do czynienia z wysyłaniem pracowników, gdy działalność przedsiębiorstwa w Polsce sprowadza się jedynie do prowadzenia wewnętrznej administracji. Istnieje wymóg, by wysyłające przedsiębiorstwo prowadziło na terenie kraju delegującego swoją znaczącą (zasadniczą) działalność, co nie oznacza jednak działalności o charakterze przeważającym. Do celów stosowania art. 12 ust. 1 rozporządzenia podstawowego nr (...) /2004 sformułowanie „który normalnie tam prowadzi swą działalność” odnosi się do pracodawcy zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności, innej niż działalność związana z samym zarządzeniem wewnętrznym, na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, z uwzględnieniem wszystkich kryteriów charakteryzujących działalność prowadzoną przez dane przedsiębiorstwo. Odnośne kryteria muszą zostać dopasowane do specyficznych cech każdego pracodawcy i do rzeczywistego charakteru prowadzonej działalności (art. 14 ust. 2 rozporządzenia wykonawczego nr 987/2009). Sąd Apelacyjny wskazał na orzecznictwo Sądu Najwyższego, które przyjmowało, iż podmiot delegujący zatrudnionych pracowników do pracy za granicą może być co do zasady uznany za pracodawcę zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności w kraju, w którym ma swoją siedzibę i z którego deleguje pracowników za granicę w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia podstawowego oraz art. 14 ust. 2 rozporządzenia wykonawczego, jeżeli prowadzi w

tym kraju działalność inną niż działalność związana z samym zarządzaniem wewnętrznym i jeżeli osiąga w nim obrót na poziomie 25% całego swego obrotu (...). Chodzi o wyjątek od zasady *lex locus laboris*, a więc o ułatwienia uzasadnione racjonalnymi względami, a nie o stworzenie systemu sankcjonującego tzw. dumping ekonomiczny (socjalny) przez wykorzystywanie niższych kosztów ubezpieczenia społecznego w państwie siedziby pracodawcy od obowiązujących w państwie miejsca wykonywania pracy (wyrok Sądu Najwyższego z 4 czerwca 2014 r., II UK 565/13). W związku z tym wymaga się większego niż 25% obrotu w państwie, z którego wysyłani są jego pracownicy od przedsiębiorców wszystkich państw Unii jako jednakowy punkt odniesienia. Taki poziom wymaganego obrotu odpowiada pojęciu pracodawcy zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności, innej niż działalność związana z samym zarządzaniem wewnętrznym na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma siedzibę. Zasadnie Sąd Okręgowy uznał, iż obrót odgrywa jedną z ważniejszych ról, przy ocenie tego, czy dany podmiot prowadzi „normalną działalność” na terenie danego kraju. Kryterium to nie może być pomijane jako kryterium bez znaczenia. Oczywiście nie jest to jedyne kryterium. Pozostałe również podlegają rozważaniu, jednak nie mogą kompensować braku najistotniejszego warunku uznania działalności za znaczną, tj. wielkości obrotu pracodawcy w kraju wysyłającym, który w sposób rzeczywisty oddaje skalę działalności przedsiębiorcy na rynku (tak również Sąd Najwyższy w wyroku z 16 grudnia 2014 r., II UK 94/14 i w wyroku z 18 listopada 2015 r., II UK 100/14). Sąd Apelacyjny dostrzegł, iż zgodnie z najnowszym orzecnictwem, kryterium obrotu nie może być jedynym wyznacznikiem decydującym o tym, że pracownicy podlegają polskiemu ustawodawstwu ubezpieczeń społecznych, w sytuacji, gdy przedsiębiorca normalnie zatrudnia znaczną liczbę wszystkich pracowników w Polsce oraz w znacznej proporcji realizuje typowe krajowe umowy inwestycyjne lub handlowe w porównaniu do kontraktów zagranicznych (wyrok z 18 listopada 2015 r., II UK 100/14). Niemniej jednak w przedmiotowej sprawie sytuacja taka nie miała miejsca. Obrót płatnika, na terenie Polski za okres od stycznia do grudnia 2013 r. wynosił w kraju 3,98% oraz 96,02% w innych państwach i w kolejnych okresach do stycznia 2015 r. obrót w kraju był jeszcze niższy (2,48%, 1,18%, 1,29%) a odpowiednio wyższy był obrót w innych państwach (97,52%,

98,82%, 98,71%). Obrót nie był jedynym kryterium brany pod uwagę, przy ocenie, gdzie płatnik wykonuje swoją „normalną działalność”. Sąd Okręgowy badał także pozostałe wskaźniki, na które w apelacji wskazywał płatnik. Ocenie zostały poddane następujące kryteria: miejsce siedziby pracodawcy delegującego i jego administracji, miejsce rekrutacji pracowników delegowanych, miejsce zawierania umów, prawo, któremu podlegają umowy zawarte z pracownikiem, liczba pracowników delegowanych. Sąd Apelacyjny samodzielnie także dokonał pogłębionej analizy, innych niż tylko obrót, kryteriów wskazujących na zakres prowadzenia „normalnej działalności” przez odwołującego w Polsce i ostatecznie doszedł do tożsamyh wniosków. Apelujący nie przedstawił żadnych dowodów, pozwalających na przyjęcie, iż w Polsce wykonywał on w okresie spornym „normalną działalność gospodarczą” i tym samym delegowani przez niego pracownicy winni podlegać ustawodawstwu polskiemu w zakresie ustalenia prawa do świadczeń emerytalnych. Zainteresowane wykonywały głównie prace na terenie Niemiec, polegające na opiece nad osobami starszymi. Wprawdzie każda z nich miała wpisane w umowach zlecenia, że na terenie Polski będzie wykonywać usługi rekrutacyjne oraz reklamować firmę, jednak ten zakres obowiązków sprowadzał się do tego, iż zainteresowane ewentualnie udostępniały znajomym numer telefonu do odwołującego, aby ten udzielił im dalszych informacji. Ich działalność „rekrutacyjna i reklamowa” na terenie Polski miała zatem epizodyczny i znikomy charakter. Tylko zainteresowana H.G. wskazał, że poleciła do pracy koleżankę. Pozostałe słuchane w sprawie zainteresowane nie potwierdziły, aby ich usługi rekrutacyjne miały jakiegokolwiek wymierny efekt. Stoi to w sprzeczności z zeznaniem odwołującego, który twierdził, iż „wszystkie panie zatrudnione przeze mnie do rekrutacji przekazywały mi co miesiąc kilka a nawet kilkanaście telefonów osób, które były zainteresowane współpracą z moją firmą”. W tym zakresie Sąd odwoławczy nie dał odwołującemu wiary. Na terenie Polski odwołujący w okresie spornym zatrudniał dwie osoby. Od 2014 r. na zlecenie zatrudniał F. K., który wykonywał usługi remontowo-budowlane i w latach 2013-2014 matkę A. S. (wykonywała usługi sprzątnia i opieki na osobami starszymi). Odwołujący na terenie Polski nie zatrudniał żadnych pracowników administracyjnych – wszystkie prace administracyjne wykonywał sam, a księgowością zajmował się jego ojciec, w

ramach pomocy synowi. Sąd Apelacyjny wskazał na rozbieżności w zeznaniach odwołującego i świadków, a także nieścisłości w zeznaniach matki odwołującego (...). Świadkowie chcąc uwiarygodnić działalność odwołującego na terenie Polski, zeznawali, że wykonywali na jego rzecz określone zadania. Jeśliby nawet przyjąć, iż rzeczywiście wykonywali oni opisywane przez nich czynności, to były to incydentalne zadania, które nie świadczą o wymiarze działalności odwołującego w większości w Polsce. Co do „wielorodzajowości” działalności, to również ona nie przesądza, iż odwołujący w Polsce prowadził w przeważającej mierze stałą normalną działalność. Przedstawił wyłącznie 5 faktur (jedną z 2014 r., trzy z 2015 r. i jedną z 2016 r.). Jedna z usług w ogóle nie została potwierdzona przez nabywcę. Zakup dwóch mieszkań do wyremontowania nie świadczy o głównej działalności w kraju, jako że jedno mieszkanie odwołujący przeznaczył na własne cele mieszkaniowe i wykonuje tam również swoją działalność gospodarczą. Sprzedaż drugiego mieszkania nie świadczy, iż taki był profil działalności odwołującego na terenie Polski.

W konkluzji Sąd Apelacyjny stwierdził, że odwołujący nie wykazał okoliczności, które uzasadniałyby przyjęcie, że mimo osiąganego w latach 2013-2015 przychodu z tytułu usług wykonywanych na terenie Polski na poziomie od 1,18% do 3,98%, prowadził on w Polsce znaczną część działalności, zwłaszcza, że niskie przychody z tego tytułu nie miały charakteru krótkotrwałego. Okoliczność, że płatnik składek posiada w Polsce zarejestrowaną siedzibę, że zawierał umowy z pracownikami w Polsce oraz że w kraju prowadzona jest obsługa księgowa (przez ojca odwołującego bez umowy w tym zakresie) jego działalności, jak również, że w Polsce zatrudnieni przez niego pracownicy wykonywali niewielkie zlecenia, nie może przesądzić o tym, iż płatnik normalnie prowadził w Polsce działalność gospodarczą. W tym stanie rzeczy nie sposób uznać, aby odwołujący płatnik prowadził w spornym okresie w Polsce działalność gospodarczą w istotny zakresie.

W skardze kasacyjnej zarzucono naruszenie: I. prawa materialnego: 1. art. 83a ust. 1 ustawy z 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych poprzez jego wadliwe zastosowanie polegające na przyjęciu przez Sąd pierwszej instancji, iż Zakład Ubezpieczeń Społecznych miał prawo na nowo z urzędu ustalić, iż zainteresowane we wskazanych w zaskarżonych decyzjach

51/(...), 52/(...), 53/(...), 54/(...) okresach nie podlegały polskiemu ustawodawstwu w zakresie zabezpieczenia społecznego i unieważnić wydane dla zainteresowanych zaświadczenia ZUS-A1; 2. art. 11 ust. 2a i 3 lit. a) w zw. z art. 12 ust. 1 w zw. z art. 13 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 883/04 z 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego w zw. z art. 14 ust. 1, ust. 2 i ust. 8 lit. a) rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/09 z 16 września 2009 r. dotyczącego wykonywania rozporządzenia nr 883/04 i pominięciu, iż w celu ustalenia, że przedsiębiorstwo prowadzi normalną działalność, czy też znaczną część działalności innej niż zarządzanie wewnętrzną, w rozumieniu wskazanych przepisów należy uwzględnić wszystkie kryteria charakteryzujące działalność oraz charakter przedsiębiorstwa delegującego co skutkowało oparciem się przez Sąd pierwszej instancji wyłącznie o kryterium wysokości obrotów osiąganych przez podatnika; II. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie dowolnej, tj. sprzecznej z zasadami logiki i doświadczenia życiowego oceny materiału dowodowego polegającej na uznaniu, iż płatnik składek prowadzi normalną działalność, czy też znaczną część działalności innej niż zarządzanie wewnętrzną, poza granicami Polski podczas gdy ocena wszystkich relewantnych kryteriów jakie należało ocenić w niniejszym postępowaniu nakazuje przyjęcie, iż praktycznie jedynym kryterium przemawiającym za uznaniem, że płatnik składek nie prowadzi zwyczajnej działalności w Polsce jest kryterium „obrotowe”, które dodatkowo zniekształcone jest przez różnicę siły nabywczej euro i złotego polskiego, a pozostałe kryteria jednoznacznie potwierdzają, iż krajem w którym płatnik składek prowadzi swoją zwykłą działalność jest Polska.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna uzasadnia uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

1. Zasadniczo decyduje o tym naruszenie art. 83a ust. 1 ustawy z 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczenia przez unieważnienie zaświadczenia A1 z pominięciem unijnych reguł dotyczących koordynacji zabezpieczenia społecznego już na etapie postępowania przed organem rentowym.

Chodzi o to, że reguły koordynacji zabezpieczenia społecznego nie pozwalają na brak ustalenia podlegania przez pracownika (zleceniobiorcę) ubezpieczeniom społecznym w żadnym kraju, w sytuacji, gdy wykonywał pracę za granicą i spełniał się tytuł podlegania ubezpieczeniom, a wcześniej został zgłoszony do ubezpieczeń społecznych w kraju zamieszkiwania. Zasada ta nie pozwala na sytuację, w której zatrudniony nie podlega ubezpieczeniom społecznym w kraju wykonywania pracy ani w kraju, z którego jest delegowany do wykonywania pracy za granicą.

Przy stosowaniu art. 83a ust. 1 pozwany powinien uwzględnić reguły koordynacji zabezpieczenia społecznego, jako że są źródłem prawa, którego samo postępowanie i ustawy krajowe nie mogą pomijać (art. 97, art. 91 Konstytucji, rozporządzenie nr 883/2004 z 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (podstawowe) i rozporządzenie nr 987/2009 dotyczące wykonania rozporządzenia nr 883/2004).

Tak jak w porządku krajowym, tak również na gruncie unijnej koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego ubezpieczenie jest pochodne od pracy (działalności). Zasadą jest podleganie ubezpieczeniom kraju miejsca wykonywania pracy. Wyjątek może dotyczyć pracowników delegowanych.

W tej sprawie decyzje pozwanego wzruszają zaświadczenia A1 i pomijają kwestie ubezpieczenia zainteresowanych z tytułu pracy za granicą, nie pozostawiają bowiem im żadnego ubezpieczenia z tytułu zatrudnienia przez skarżącego.

Nie jest to prawidłowe, gdyż przy „ponownym ustaleniu” prawa na podstawie szczególnej regulacji z art. 83a ust. 1 nie można poprzestać na samym ujawnieniu nowych okoliczności, bowiem nie zamykają sprawy, gdyż znaczenie ma również koordynacja systemów zabezpieczenia społecznego nie pozwalająca na brak ustalenia podlegania zatrudnionego ubezpieczeniom społecznym w żadnym kraju.

W aspekcie przedmiotu sprawy status zatrudnionych (zainteresowanych) nie powinien być inny jak tylko podmiotowy. Skoro wyjątek ma przestać obowiązywać (czyli zachowanie ubezpieczenia państwa delegowania), to powraca zasada ubezpieczenia miejsca wykonywania pracy. Koordynacja nie wymaga od zatrudnianych samodzielnych starań o ustalenie właściwego ubezpieczenia, czyli

potwierdzenia zwykłego prawa do podlegania ubezpieczeniom społecznym z tytułu wykonywania pracy. Rozróżnić należy prawo zatrudniającego do delegowania do pracy za granicą od kwestii ubezpieczenia zatrudnianych i delegowanych do tej pracy.

Problemu by nie było, gdyby nie było takiego podziału. Zatrudniony ma zwykłe prawo do ubezpieczenia, które jest pochodną pracy, stąd ubezpieczenie nie powinno być zależne od labilnej oceny sytuacji, w zależności od niepewnej (zmiennej) analizy czy pracodawca prowadzi „normalną” działalność w kraju delegowania. Sytuacji zatrudnionego nie należy oceniać w kategorii prywatnego interesu, gdyż nie chodzi o relację cywilną, lecz o powszechne ubezpieczenie społeczne prawa publicznego. Cechą jej jest podleganie tym ubezpieczeniom z tytułu wykonywania zatrudnienia, czyli sytuacja ta podlega analizie nawet, gdy zatrudniony nie zgłasza swojego żądania w tym podstawowym zakresie. Oznacza to, że w przypadku wadliwości zaświadczenia A1 i jego uchylecia (unieważnienia) warunkiem podlegania ubezpieczeniom w drugim kraju nie musi być samodzielne (indywidualne) dochodzenie ubezpieczenia.

Zasadnicza rola w tym zakresie przypada organom właściwym obu Państw. Ich działania są decydujące w aspekcie potencjalnych sporów sądowych (por. uchwałę Sądu Najwyższego z 9 września 2020 r., III UZP 4/18). Zarówno decyzje o podleganiu ubezpieczeniom społecznym w kraju, jak i decyzje w przedmiocie unieważnienia zaświadczeń A1 wydawane są w wyniku współpracy organów właściwych państw członkowskich. Ich ustalenia są na mocy przepisów rozporządzeń koordynacyjnych wiążące dla Sądu ubezpieczeń społecznych (por. wyrok Sądu Najwyższego z 20 sierpnia 2020 r., III UK 411/18; zob. analizę orzeczeń TSUE: M.J. Zieliński, Zakres związania sądów państwa członkowskiego zaświadczeniem właściwym (E101 i A1) w razie stwierdzenie oszustwa – uwagi na tle orzeczeń TSUE w sprawach C-359/16, C-527/16, C-370/17 i 37/18 oraz C-17/19, część I w PZS 4/21; N. Potocka-Sionek, Nielegalne delegowanie pracowników tymczasowych do pracy w Niemczech a moc wiążąca formularza A1, PZS 10/2016).

Odnosząc powyższe do tej sprawy, to uprawnione jest stwierdzenie, że potrzebna jest współpraca właściwych organów obu Państw. W związku z tym, że organ drugiego państwa może zgłosić wątpliwości do zaświadczenia A1, to tym

bardziej może zająć stanowisko w związku z podjętym postępowaniem o unieważnienie tego zaświadczenia, ze względu na nowe okoliczności (nieprawidłowe dane). Nawet gdy nie ma takiego działania drugiej Strony, to art. 5 rozporządzenia nr 987/2009 pozwala na podjęcie wspólnej oceny (*a contrario* do możliwego sporu na podstawie tej regulacji). Może się okazać, że po wspólnej ocenie instytucji obu Państw problem podlegania ubezpieczeniom społecznym nie wystąpi lub zostanie uporządkowany w inny sposób. Innymi słowy brak wątpliwości drugiej strony może nie być bez znaczenia w sprawie dotyczącej unieważnienia dotychczasowych zaświadczeń A1. Oczywiście jest, że pozwany organ działa w tym zakresie samodzielnie, jednak nadal wspólnym mianownikiem są reguły unijnej koordynacji, tak w aspekcie proceduralnym i materialnym, czyli określających warunki delegowania do pracy za granicą i utrzymania ubezpieczenia krajowego. Sąd powszechny powinien więc tak prowadzić postępowanie, aby mieć na uwadze regułę, że zainteresowane nie mogą pozostać bez ubezpieczenia.

Powyższa wykładnia nie stanowi novum. Zwrócić należy uwagę na ostatnie wyroki Sądu Najwyższego z 10 września 2020 r. w kilku podobnych sprawach, w których polscy pracownicy wykonywali pracę w Belgii i doszło do zakwestionowania polskiego ubezpieczenia z tytułu delegowania. Sąd Najwyższy dokonał szerszej analizy uregulowań prawnych, w tym m.in. wskazał, że decyzję organu rentowego o unieważnieniu zaświadczenia A1 powinno poprzedzać porozumienie z instytucją właściwą Państwa Członkowskiego, celem uniknięcia naruszenia zasady podlegania jednemu ustawodawstwu właściwemu (sygn. III UK 61/19, także III UK 298/19 i kolejne z 10 września 2020 r.).

Uprawniony jest zatem udział właściwego organu drugiego Państwa. Skoro zgodnie z art. 5 rozporządzenia wykonawczego organ drugiego państwa może zgłosić wątpliwości już po wydaniu zaświadczenia (*ex post*), to tym bardziej może zająć stanowisko, gdy organ krajowy ponownie zajmuje się kwestią wydanego wcześniej zaświadczenia A1 i jego ważnością. Z akt nie wynika, iżby pozwany wszczął postępowania po zgłoszeniu wątpliwości przez organ drugiego Państwa.

2. Zarzut drugi skargi kasacyjnej nie jest bez racji. Same nieprawidłowe dane, dotyczące obrotu po zweryfikowaniu nie muszą prowadzić do unieważnienia zaświadczeń A1. Sąd Apelacyjny odwołał się do argumentów, które nie były

niezauważane w orzecznictwie (m.in. dumpingu socjalnego). Rzecz w tym, iż była również druga linia orzecznicza, która ostatecznie zyskała aprobatę w wyroku siedmiu sędziów z 18 listopada 2015 r., II UK 100/14. Względ na potrzebę jednolitości orzecznictwa a także ranga składu oraz argumenty wskazane w tym wyroku, prowadzą do akceptacji dla tezy końcowej, iż w celu ustalenia, że przedsiębiorstwo prowadzi normalną działalność w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/04 z 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego, czy też znaczną część działalności innej niż zarządzanie wewnętrzną w rozumieniu art. 14 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/09 z 16 września 2009 r. dotyczącego wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/04 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego, należy uwzględnić wszystkie kryteria charakteryzujące jego działalność oraz charakter przedsiębiorstwa delegującego. Nie wolno tylko na podstawie kryterium obrotu oceniać, czy pracownicy delegowani powinni być ubezpieczeni w Polsce, czy w innym kraju UE. Oznacza to, że nie ma sztywnej granicy obrotu, która decydowałaby o normalnej działalności w kraju.

Należałoby mieć na uwadze, rodzaj i skalę działalności skarżącego w spornym okresie. Z drugiej strony zaś, iż warunek, według którego przedsiębiorca oddelegowujący „zwykle” (normalnie) prowadzi działalność na terytorium kraju oddelegowującego, nie oznacza, że w kraju oddelegowującym działalność przedsiębiorstwa musi mieć charakter przeważający. Wymagane jest przede wszystkim faktyczne prowadzenie działalności w kraju oddelegowującym. Ustawodawca unijny nie zastosował tutaj jakiegoś kryterium ilościowego, lecz właśnie tylko opisowe. Wymaga się zatem, aby w państwie wysyłającym była na stałe prowadzona działalność w stopniu mającym jakiegokolwiek znaczenie dla normalnego (zwykłego) przedmiotu działalności gospodarczej (na tym tutaj polega kryterium normalności), czyli aby nie ograniczono się do samego zarządzania wewnętrznego przedsiębiorstwem (działalność nienormalna z punktu widzenia przedmiotu działalności gospodarczej) - zob. glosę W. Gontarski do wyroku TS z 9 listopada 2000 r., C-404/98, LEX/el. 2014.

3. Natomiast zarzucane w skardze naruszenie prawa procesowego nie może być oceniane, gdyż art. 233 § 1 k.p.c. bezpośrednio dotyczy ustaleń stanu faktycznego oraz oceny dowodów i dlatego ze względu na ograniczenie wynikające z art. 398<sup>3</sup> § 3 k.p.c. nie może być podstawą zarzutu kasacyjnego.

Z tych motywów orzeczono jak w sentencji (art. 398<sup>15</sup> § 1 k.p.c. oraz art. 108 § 2 k.p.c. w związku z art. 398<sup>21</sup> k.p.c.).