



Sygn. akt III UK 183/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 31 sierpnia 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jolanta Strusińska-Żukowska (przewodniczący,
sprawozdawca)

SSN Bohdan Bieniek

SSN Halina Kiriło

w sprawie z odwołania N. S.

od decyzji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddziału w [...]

z udziałem zainteresowanej D.K.

o wydanie zaświadczenia o ustawodawstwie dotyczącym zabezpieczenia
społecznego mającego zastosowanie do osoby uprawnionej,

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń

Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 31 sierpnia 2017 r.,

skargi kasacyjnej odwołującej się

od wyroku Sądu Apelacyjnego w [...]

z dnia 15 lutego 2016 r.,

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

UZASADNIENIE

Sąd Apelacyjny w [...] wyrokiem z dnia 15 lutego 2016 r. oddalił apelację N.S. od wyroku Sądu Okręgowego w [...] z dnia 14 października 2014 r., którym oddalono jej odwołanie od decyzji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddziału w [...] z dnia 5 lutego 2014 r., odmawiającej wydania zaświadczenia A1 o ustawodawstwie dotyczącym zabezpieczenia społecznego mającym zastosowanie do D.K. na okres od 25 listopada 2013 r. do 31 stycznia 2014 r.

Sąd odwoławczy, po przeprowadzeniu uzupełniającego postępowania dowodowego w postaci dokumentów zaoferowanych przez N. S. oraz jej zeznań, zaakceptował w całości ustalony w sprawie stan faktyczny, zgodnie z którym odwołująca się prowadzi pozarolniczą działalność gospodarczą pod nazwą „NP-2 Konsulting N. S”. Głównym profilem działalności przedsiębiorcy jest doradztwo w zakresie *public relations* i komunikacji, doradztwa w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej i zarządzania, prowadzenie szkoleń i konsultingu dla podmiotów krajowych i zagranicznych oraz wyszukiwanie miejsc pracy i pozyskiwanie pracowników, w tym poszukiwanie i rekrutowanie osób do wykonywania opieki nad osobami starszymi za granicą. Na terenie Polski odwołująca się wynajmuje powierzchnie biurowe i rozlicza się z należności publicznoprawnych. W okresie od grudnia 2012 r. do listopada 2013 r. zatrudniała ona w kraju: 2 osoby w kwietniu, październiku i listopadzie 2013 r., 3 osoby w grudniu 2012 r. oraz w styczniu, lutym, czerwcu, sierpniu i wrześniu 2013 r. i 4 osoby w marcu, maju i lipcu 2013 r. Za granicą na jej rzecz wykonywały natomiast pracę: 2 osoby w styczniu i kwietniu 2013 r., 3 osoby w grudniu 2012 r. i w maju 2013 r., 4 osoby we wrześniu 2013 r., 5 osób w lutym, sierpniu i listopadzie 2013 r., 6 osób w marcu i w czerwcu 2013 r., 7 osób w październiku 2013 r. i 8 osób w lipcu 2013 r. W tym samym okresie liczba zleceniobiorców N.S. na terenie kraju wahała się od 1 (w październiku i listopadzie 2013 r.), przez 2 (we wrześniu 2013 r.), 3 (od czerwca do sierpnia 2013 r.), 4 (w grudniu 2012 r.), 5 (od lutego do maja 2013 r.) i 6 (w styczniu 2013 r.). Za okres od grudnia 2012 r. do listopada 2013 r. przychód odwołującej się z tytułu usług świadczonych za granicą wyniósł 98,73% ogólnego przychodu, podczas gdy przychód z tytułu usług wykonywanych na terenie Polski 1,27%. Z tytułu usług szkoleniowych prowadzonych na terenie kraju N.S. w tym

okresie wykazała przychody jedynie w grudniu 2012 r. oraz w marcu, kwietniu i listopadzie 2013 r., a z usług konsultingowych jedynie w październiku 2013 r. Odwołująca się głównie zawierała z kontrahentami niemieckimi umowy o świadczenie usług opiekuńczych. Do wykonywania tych umów zatrudniała w Polsce osoby, z którymi zawierała umowy o pracę. Osoby te wyjeżdżały do Niemiec, gdzie wykonywały usługi opiekuńcze na rzecz niemieckich kontrahentów N.S.. Na takiej zasadzie została zatrudniona D. K., między innymi, w okresie od 25 listopada 2013 r. do 31 stycznia 2014 r.

Sąd drugiej instancji za trafny uznał również pogląd prawny Sądu Okręgowego, że biorąc pod uwagę treść art. 11 ust. 1 i 2 a-e oraz 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.U. UE L 2004.166.1; dalej jako: rozporządzenie nr 883/2004), odmowa wydania zaświadczenia dotyczącego ustawodawstwa właściwego dla pracownika delegowanego do pracy na terytorium Unii Europejskiej była prawidłowa. Organ rentowy trafnie bowiem ocenił, że działalność wykonywana przez płatnika składek na terytorium Polski była działalnością marginalną, a przeważająca część tej działalności wykonywana była na terenie Niemiec. Dodatkowo, w Polsce płatnik w przeważającej mierze prowadził działalność reklamową, ogłaszając swoje usługi, czy też poszukując kontrahentów, co w żaden sposób nie może być uznane za prowadzenie działalności zarobkowej.

W skardze kasacyjnej od wyroku Sądu Apelacyjnego odwołująca się zarzuciła naruszenie:

1. art. 382 k.p.c. oraz art. 328 § 2 w związku z art. 391 § 1 k.p.c., przez pominięcie części materiału dowodowego w postaci dowodów przedstawionych przez płatnika składek wraz z apelacją oraz pismami z dnia 17 września 2015 r. i 16 listopada 2015 r. oraz zaniechanie ich oceny, podczas gdy posiadają one znaczenie dla prawidłowego rozstrzygnięcia sprawy, potwierdzając prowadzenie przez płatnika normalnej działalności na terytorium Polski, a jednocześnie zaprzeczają, aby ta działalność miała charakter marginalny;

2. art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 w związku z art. 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 (Dz.Urz. UE L 284 z 30 października 2009 r.; dalej jako: rozporządzenie nr 987/2009), przez niewłaściwe zastosowanie wynikłe z błędnej wykładni, polegające na:

- zaniechaniu ustalenia specyfiki działalności prowadzonej w Polsce przez płatnika składek oraz dobrania kryteriów celem oceny, czy działalność ta jest „normalna” w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004;
- dokonanie oceny działalności prowadzonej przez płatnika składek w Polsce bez zachowania wymogu jej przeprowadzenia z uwzględnieniem odpowiednio szerokiego przedziału czasu;
- przyjęciu, że decydujące znaczenie dla oceny spełnienia warunków przewidzianych w art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 posiada porównanie wielkości obrotu osiąganego przez pracodawcę w państwie oddelegowującym oraz w państwie, do którego nastąpiło oddelegowanie, a następnie posłużeniu się wyłącznie tym kryterium celem oceny, czy płatnik składek prowadzi normalną działalność w Polsce, podczas gdy kryterium obrotu jest wyłącznie jednym z możliwych do zastosowania przy tej ocenie, niemającym charakteru rozstrzygającego, a uwzględniając pozostałe kryteria oceny, działalność płatnika w Polsce ma charakter normalnej działalności.

3. art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 w związku z art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009, przez błędną wykładnię, dotyczącą w szczególności pojęcia „normalnej działalności” i prowadzącą do niewłaściwego zastosowania tych przepisów, wyrażającą się w:

- zaniechaniu ustalenia pojęcia „normalnej działalności” w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004, a w szczególności wskazania, jakie cechy dana działalność powinna posiadać, aby odpowiadała temu pojęciu;
- utożsamianiu pojęcia normalnej, czy też znacznej działalności z wielkością osiąganego obrotu oraz jego proporcją do obrotu uzyskiwanego w przyjmującym państwie członkowskim, podczas gdy pojęcie to odpowiada znaczeniem pojęciom „godnej odnotowania”, „zauważalnej”, które nie odnoszą się do wartości ilościowych lub kwotowych, co doprowadziło do nieprawidłowego przyjęcia, że działalność płatnika składek w Polsce nie stanowi jego normalnej

działalności z tego powodu, że obrót realizowany przez niego w kraju jest marginalny;

- pominięciu przy tej wykładni, że pojęciu normalnej działalności odpowiada działalność prowadzona w sposób ciągły, zorganizowany oraz w celach zarobkowych, niezależnie od tego, czy faktycznie zarobki ona przynosi, a obrót w jej ramach jest znaczny, co doprowadziło do nieprawidłowego przyjęcia, że działalność płatnika w Polsce nie stanowi jego normalnej działalności z tego powodu, że obrót realizowany przez niego w kraju jest marginalny;

- pominięciu przy tej wykładni, że działania przedsiębiorcy w zakresie reklamowania swoich usług, składania ofert oraz wyszukiwania kontrahentów świadczą o prowadzeniu działalności, co doprowadziło do nieprawidłowego przyjęcia, że działalność płatnika w Polsce nie stanowi normalnej działalności, skupia się bowiem na staraniach o uzyskanie klientów, a nie uzyskiwaniu zarobku;

- pominięciu, że ocena, czy dany pracodawca prowadzi normalną działalność w państwie wysyłającym wymaga uwzględnienia wszystkich kryteriów oceny oraz specyfiki działalności prowadzonej przez tego pracodawcę.

4. art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 oraz art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009, przez niewłaściwe zastosowanie sprowadzające się do zaniechania oceny działalności płatnika w aspekcie zastosowania art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004, przy uwzględnieniu specyfiki działalności prowadzonej przez niego w Polsce, w oparciu o właściwie dobrane kryteria oraz z uwzględnieniem odpowiednio szerokiego przedziału czasu.

Opierając skargę na takich podstawach, skarżąca wniosła o uchylenie wyroku Sądu Apelacyjnego i przekazanie sprawy temu Sądowi do ponownego rozpoznania, ewentualnie o uchylenie tego wyroku i jego zmianę przez uwzględnienie odwołania, a także o zasądzenie od organu rentowego kosztów postępowania.

Organ rentowy w odpowiedzi na skargę kasacyjną wniósł o odmowę przyjęcia jej do rozpoznania, ewentualnie o jej oddalenie oraz o zasądzenie od skarżącej kosztów postępowania.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna ma uzasadnione podstawy.

Wyjaśnieniem pojęcia „normalnej działalności” w państwie wysyłającym Sąd Najwyższy zajmował się już wielokrotnie, w tym w składzie siedmiu sędziów (wyrok z dnia 18 listopada 2015 r., II UK 100/14, OSNP 2016 nr 7, poz. 88). Sąd Najwyższy w składzie powiększonym wskazał przede wszystkim na to, że zgodnie z art. 12 ust. 1 rozporządzenia 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. 3a rozporządzenia nr 883/2004. Przepisem wykonawczym do art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 jest między innymi art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009, który stanowi, że za pracodawcę, który normalnie prowadzi swą działalność należy rozumieć pracodawcę „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. Odnosne kryteria muszą zostać dopasowane do specyficznych cech każdego pracodawcy i do rzeczywistego charakteru prowadzonej działalności”.

Zasadnicze znaczenie 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 zarządzeniem wewnętrznym, na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma on swoją siedzibę” (art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009).

Treść powyższych przepisów nie pozostawia wątpliwości, 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.

Podobnie kwestię tę ujmuje decyzja 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 (zob. D. Dzienisiuk, Charakter prawny decyzji Komisji Administracyjnej do Spraw Zabezpieczenia Społecznego, Ubezpieczenia Społeczne 2011 nr 1-2; K. Ślebzak, Koordynacja systemów zabezpieczenia społecznego, Warszawa 2012, s. 295). W decyzji 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 delegowania pracowników powinna zatem ograniczać się wyłącznie do przedsiębiorstw, które normalnie prowadzą swą działalność na terytorium państwa członkowskiego, którego ustawodawstwu nadal podlega pracownik delegowany. Z tego względu przyjmuje się, że powyższe przepisy mają zastosowanie jedynie do przedsiębiorstw, które zazwyczaj prowadzą znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego, w którym mają siedzibę. Dlatego, w celu ustalenia, w razie potrzeby i w razie wątpliwości, czy pracodawca zazwyczaj prowadzi znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, instytucja właściwa w tym państwie zobowiązana jest zbadać wszystkie kryteria charakteryzujące działalność prowadzoną przez tego pracodawcę, w tym miejsce, w którym przedsiębiorstwo ma swą zarejestrowaną

siedzibę i administrację, liczebność personelu administracyjnego pracującego w państwie członkowskim, w którym pracodawca ma siedzibę, oraz w drugim państwie członkowskim, miejsce, w którym rekrutowani są pracownicy delegowani, i miejsce, w którym zawierana jest większość umów z klientami, prawo mające zastosowanie do umów zawartych przez przedsiębiorstwo z jednej strony z pracownikami i z drugiej strony z klientami, obroty w odpowiednio typowym okresie w każdym z państw członkowskich, których rzecz dotyczy, oraz liczbę umów wykonanych w państwie wysyłającym. 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” (pkt 1 decyzji A2).

Podobnie zagadnienie to wyjaśnione zostało w publikacji Komisji Europejskiej pt. „Praktyczny poradnik: Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej (UE), w Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) i w Szwajcarii” (s. 8). Stwierdza się w nim, 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. Przy ocenie znacznej części działalności prowadzonej w państwie delegującym instytucje muszą również sprawdzić, czy pracodawca wnioskujący o delegowanie jest faktycznym pracodawcą danego pracownika. Jest to szczególnie ważne w sytuacji, gdy pracodawca korzysta zarówno z personelu stałego, jak i personelu agencji pracy tymczasowej. W poradniku podkreślono, 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.

Praktyczny poradnik nie ma waloru wiążącego, niemniej wskazuje na pewną unijną praktykę wykładni 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 solidarności państw członkowskich. Uzyskiwanie 25% obrotu w państwie siedziby przedsiębiorstwa delegującego stanowi wyłącznie sugestią 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.

Z przedstawionych regulacji wynika, że tylko w Praktycznym poradniku pojawia się kryterium 25% całkowitego obrotu w państwie delegującym. Sformułowanie wskaźnika uzyskiwania w państwie członkowskim miejsca rejestracji co najmniej 25% obrotu nie znajduje zatem oparcia ani w treści rozporządzenia nr 883/2004, ani rozporządzenia nr 987/2009, ani decyzji A2. Na gruncie rozporządzenia nr 987/2009 próg 25% odnosi się jedynie do kryteriów ilościowych branych pod uwagę przy ocenie, czy w danym państwie wykonywana jest znaczna część pracy najemnej lub działalności na własny rachunek, o której mowa w art. 13 ust. 1 i 2 (zob. art. 14 ust. 8 rozporządzenia nr 987/2009). Stąd też odnoszenie tego progu do kryterium wielkości obrotu, uwzględnianego przy ocenie, czy dane przedsiębiorstwo prowadzi znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego w kontekście możliwości delegowania pracowników nie ma

uzasadnienia. Na marginesie warto dodać, że także dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/67/UE z dnia 15 maja 2014 r. w sprawie egzekwowania dyrektywy 96/71/WE dotyczącej delegowania pracowników w ramach świadczenia usług, zmieniająca rozporządzenie (UE) nr 1024/2012 w sprawie współpracy administracyjnej za pośrednictwem systemu wymiany informacji na rynku wewnętrznym (dalej „dyrektywa 2014/67/UE”), której jednym z celów jest wskazanie metody oceny, czy przedsiębiorstwo delegujące za granicę pracowników rzeczywiście prowadzi w państwie członkowskim, z którego delegowani są pracownicy znaczącą działalność inną niż działalność zarządcza lub administracyjna o charakterze wyłącznie wewnętrznym, nie wprowadza kryterium poziomu 25% obrotu. Kryterium 25% nie znajduje również oparcia w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości.

Zdaniem Sądu Najwyższego w składzie powiększonym, w celu ustalenia, że przedsiębiorstwo prowadzi normalną działalność (w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004), czy też znaczną część działalności innej niż zarządzanie wewnętrzne (według art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009), należy uwzględnić wszystkie kryteria charakteryzujące jego działalność oraz charakter przedsiębiorstwa delegującego. Wybór kryteriów powinien być dostosowany do konkretnego wypadku. Ocena ta powinna mieć charakter całościowy, a zatem stanowić ogólny wniosek wynikający z rozważenia wszystkich przyjętych kryteriów. Kryterium obrotu nie ma decydującego lub szczególnego znaczenia, jednakże osiągnięcie obrotu w państwie siedziby przedsiębiorstwa delegującego w wysokości ok. 25% całych obrotów może prowadzić do wniosku, że prowadzi ono w tym państwie znaczną część działalności, a więc normalnie prowadzi działalność.

Ponadto, lista kryteriów, które zostały wymienione jedynie w aktach o charakterze interpretacyjnym nie ma charakteru wyczerpującego, lecz przykładowy. Oznacza to, że organ rentowy (jako instytucja właściwa), a następnie sąd kontrolujący w postępowaniu cywilnym prawidłowość decyzji, mogą i powinny w razie potrzeby 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.

Wynika stąd, że pierwszoplanowe znaczenie ma obiektywne ustalenie, czy przedsiębiorstwo rzeczywiście prowadzi w państwie swojej siedziby normalną, rzeczywistą działalność, zaś porównanie skali tej działalności w państwie siedziby i państwie miejsca wykonywania pracy przez pracownika delegowanego ma jedynie znaczenie pomocnicze. Jednocześnie, dla stwierdzenia, czy działalność ta jest znacząca we wskazanym sensie, instytucja właściwa, i ewentualnie sąd, powinny porównać liczebność personelu administracyjnego pracującego w państwie członkowskim, w którym pracodawca ma siedzibę, oraz w drugim państwie członkowskim, obroty w odpowiednio typowym okresie w każdym z państw członkowskich, których rzecz dotyczy (czy też jak to określa Praktyczny poradnik „w państwie delegującym i w państwie zatrudnienia”) oraz liczbę umów wykonanych w państwie delegującym i w państwie zatrudnienia delegowanego pracownika.

Akceptując w całości stanowisko przedstawione przez powiększony skład Sądu Najwyższego, Sąd Najwyższy w składzie rozpoznającym niniejszą skargę kasacyjną uznał ją za uzasadnioną. Sąd Apelacyjny naruszył bowiem przytoczone przez skarżącą przepisy prawa przez błędną ich wykładnię, sprowadzającą się do uznania, że tylko porównanie obrotu uzyskiwanego przez płatnika składek w kraju i za granicą jest wystarczające do stwierdzenia nieprowadzenia normalnej działalności w państwie siedziby przedsiębiorstwa delegującego.

Jak już powiedziano, 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 powinna zbadać wszystkie kryteria charakteryzujące działalność prowadzoną przez tego pracodawcę, w tym kryteria wyliczone w decyzji. Wynika stąd, że w postępowaniu sądowym wywołanym odwołaniem od decyzji instytucji właściwej (organu rentowego) wydanej w tej kwestii, sąd jest zobowiązany do skontrolowania, czy instytucja ta właściwie dobrała do specyfiki przedsiębiorstwa i zbadała wymagane kryteria i dokonać weryfikacji działania organu rentowego w tym zakresie, przy uwzględnieniu, że kryterium obrotu nie ma szczególnego czy

decydującego znaczenia. Jeśli zaś instytucja właściwa lub sąd nie biorą pod uwagę niektórych z kryteriów wskazanych w decyzji A2, powinny wyjaśnić jakie względy merytoryczne (np. nieadekwatność danego kryterium z punktu widzenia charakteru działalności pracodawcy) lub procesowe (np. brak stosownych wniosków dowodowych) są tego przyczyną. Kontrola ta jest przesłanką prawidłowego zastosowania prawa materialnego, tj. wymienionych powyżej przepisów rozporządzeń.

Nie budzi wątpliwości, że Sąd Apelacyjny takiej kontroli nie przeprowadził, pomijając przy tym część materiału dowodowego, zaoferowanego przez skarżącą i dopuszczonego przez Sąd odwoławczy. Postępowanie apelacyjne ma charakter kontrolny, ale jest także kontynuacją postępowania przed sądem pierwszej instancji i zmierza do ponownego merytorycznego rozpoznania sprawy. Przyjęta koncepcja apelacji pełnej (*cum beneficio novorum*) zakłada więc możliwość, a niekiedy konieczność prowadzenia przez sąd drugiej instancji postępowania dowodowego. Nakłada na sąd drugiej instancji powinność dokonania samodzielnej oceny dowodów zgromadzonych przez sąd pierwszej instancji oraz przeprowadzonych przed sądem odwoławczym, a także ustalenia podstawy faktycznej rozstrzygnięcia. Sąd drugiej instancji stosuje zarówno przepisy szczególne odnoszące się do postępowania przed tym sądem (art. 381, 382 k.p.c.), jak i odpowiednio - z mocy odesłania zawartego w art. 391 § 1 k.p.c. - przepisy regulujące przebieg postępowania dowodowego przed sądem pierwszej instancji (art. 227, 235-315 k.p.c.).

Zgodnie z art. 382 k.p.c., Sąd drugiej instancji orzeka na podstawie materiału zebranego w postępowaniu w pierwszej instancji oraz w postępowaniu apelacyjnym. Przez pominięcie zebranego materiału należy rozumieć niezajęcie co do niego stanowiska przez sąd (pominięcie przy dokonywaniu ustaleń oraz nieuwzględnienie w ramach dokonywanych rozważań). Sąd Apelacyjny w ten sposób pominął dowód z dokumentów złożonych przez skarżącą przy apelacji i w toku postępowania apelacyjnego, a także dowód z zeznań odwołującej się. Nie można bowiem uznać za zajęcie stanowiska wobec tych dowodów jedyne w tym zakresie stwierdzenie, że „przeprowadzone dowody nie dały podstaw do wzruszenia wyroku Sądu I instancji, bowiem wnioski, jakie wyciągnięto, pokrywały

się w całości z ustaleniami dokonanymi przez Sąd Okręgowy, tj. że największe dochody płatnik uzyskiwał z działalności prowadzonej za granicą”, skoro nie wiadomo nawet, jakie wnioski i z jakich konkretnie dowodów „wyciągnięto”.

Z uwagi na powyższe uchybienia doszło też, jak słusznie zarzuca skarżąca, do naruszenia art. 328 § 2 w związku z art. 391 § 1 k.p.c. Zarzut naruszenia art. 328 § 2 w związku z art. 391 § 1 k.p.c., zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Sądu Najwyższego, może stanowić usprawiedliwioną podstawę skargi kasacyjnej zupełnie wyjątkowo, mianowicie tylko wtedy, gdy uzasadnienie zaskarżonego wyroku nie zawiera wszystkich koniecznych elementów bądź zawiera tak oczywiste braki, które uniemożliwiają kontrolę kasacyjną. Uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w niniejszej sprawie nie spełnia wymogów konstrukcyjnych, albowiem pomija całkowicie część materiału dowodowego, nie poddając go jakiegokolwiek ocenie.

W konsekwencji należało uznać, że stanowisko Sądu odwoławczego o nieprowadzeniu przez skarżącą normalnej działalności w Polsce w aktualnym stanie sprawy nosi cechy dowolności, co powoduje konieczność uwzględnienia skargi, albowiem w takiej sytuacji to stanowisko nie poddaje się kontroli kasacyjnej.

Z powyższych względów Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji na podstawie art. 398¹⁵ § 1 k.p.c. i art. 398²¹ w związku z art. 108 § 2 k.p.c.