

Sygn. akt III AUa 1322/18

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 czerwca 2019 r.

**Sąd Apelacyjny w Łodzi III Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych w składzie:**

Przewodniczący: SSA Anna Rodak

Sędziowie: SSA Anna Szczepaniak – Cicha ( spr. )

SSA Beata Michalska

Protokolant: st. sekr. sąd. Patrycja Stasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 czerwca 2019 r. w Ł.

***sprawy S. J.***

***przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddział w O.***

***o ustalenie właściwego ustawodawstwa***

***na skutek apelacji organu rentowego***

***od wyroku Sądu Okręgowego w Kaliszu***

***z dnia 12 października 2018 r. sygn. akt V U 285/18***

***zmienia zaskarżony wyrok i oddala odwołanie.***

Sygn. akt III AUa 1322/18

## UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 26 stycznia 2018 r. Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w O. wycofał zaświadczeni A1 potwierdzające, że dla S. J. w okresie od 9 sierpnia 2012 r. do 8 sierpnia 2014 r. znajdowało zastosowanie ustawodawstwo polskie oraz stwierdził, że S. J. w okresie od 25 sierpnia 2012 r. do 20 sierpnia 2014 r. nie podlega ustawodawstwu polskiemu. W uzasadnieniu organ rentowy podniósł m.in., że oprócz prowadzonej w Polsce pozarolniczej działalności gospodarczej, w okresie od 1 czerwca 2012 r. do 20 sierpnia 2014 r. ubezpieczony był równocześnie pracownikiem najemnym, oddelegowanym w okresie od 21 czerwca 2012 r. do 8 sierpnia 2012 r. do świadczenia pracy na terenie Niemiec. W okresie dwóch miesięcy bezpośrednio poprzedzających przeniesienie działalności na teren Belgii, na prowadzenie działalności w Polsce poświęcił dwa dni. Porównując ilość dni poświęconych na wykonywanie, w ramach prowadzonej działalności, prac w Polsce, do ilości dni oddelegowania na teren Niemiec, Zakład doszedł do przekonania, że S. J. nie prowadził w Polsce przynajmniej przez dwa miesiące działalności gospodarczej, przez co nie wypełnił warunku, o jakim mowa w decyzji nr (...) wydanej w dniu 12 czerwca 2009r. przez Komisję Administracyjną ds. koordynacji (...) Zabezpieczenia (...).

W odwołaniu od powyższej decyzji z dnia 28 lutego 2018 r. S. J. wniósł o jej zmianę, ponieważ w okresie dwóch miesięcy poprzedzających przeniesienie działalności na teren Belgii prowadził ją skutecznie na terenie RP. Organ rentowy domagał się oddalenia odwołania.

Sąd Okręgowy w Kaliszu wyrokiem z dnia 12 października 2018 r. zmienił zaskarżoną decyzję i ustalił, że S. J. z tytułu prowadzenia pozarolniczej działalności gospodarczej w okresie od dnia 25 sierpnia 2012 r. do dnia 12 sierpnia 2014 r. w zakresie zabezpieczenia społecznego podlegał ustawodawstwu krajowemu oraz orzekł o kosztach zastępstwa procesowego.

Sąd ustalił, że w dniu 10 sierpnia 2012 r. S. J. złożył w ZUS wniosek o wydanie zaświadczenia o ustawodawstwie właściwym dla osoby prowadzącej w Polsce działalność gospodarczą na własny rachunek, która przenosi działalność czasowo na terytorium innego państwa Unii Europejskiej. We wniosku wskazał, że od dnia 1 czerwca 2012 r. prowadzi w Polsce pozarolniczą działalność gospodarczą w zakresie usług remontowo - budowlanych, na okres od dnia 9 sierpnia 2012 r. do dnia 8 sierpnia 2014 r. zamierza przejściowo przenieść jej prowadzenie na teren Belgii oraz że działalność w Polsce nie zostanie zawieszona i zostanie zachowana wszelka infrastruktura do kontynuacji działalności po zakończeniu pracy za granicą. Do wniosku dołączył umowę o świadczenie usług z firmą belgijską na okres od 9 sierpnia 2012 r. do 8 sierpnia 2014 r. oraz dwa rachunki wystawione na okoliczność wykonanych w Polsce prac: z dnia 13 lipca i 22 sierpnia 2012 r. na kwoty 570 zł i 420 zł, jak też oświadczenie, że działalność jaką ma zamiar prowadzić w Belgii ma tożsamy z dotychczasową profil.

Decyzją (...) z dnia 23 sierpnia 2012 r. Zakład Ubezpieczeń Społecznych stwierdził, że właściwym dla S. J. ustawodawstwem w zakresie zabezpieczenia społecznego na okres od dnia 9 sierpnia 2012 r. do dnia 8 sierpnia 2014 r. jest ustawodawstwo polskie.

W dniu 1 września 2014 r. wpłynęło do ZUS pismo z belgijskiej instytucji ubezpieczeniowej informujące, że przeprowadzone przez nią dochodzenie wykazało, iż S. J. w trakcie co najmniej dwóch miesięcy przed jego oddelegowaniem był aktywnym pracownikiem zatrudnionym w Niemczech, a w związku z tym nie spełnia niezbędnych kryteriów do uzyskania formularza A1 w Polsce. W toku wyjaśniania sprawy organ rentowy ustalił, że Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w S. wydał dla S. J. formularz A1 z tytułu jego oddelegowania do pracy na terenie Niemiec przez firmę (...) Spółkę z o.o. Firma ta potwierdziła, że odwołujący w okresie od 21 czerwca 2010 r. do 8 sierpnia 2012 r. był zatrudniony na podstawie umowy o pracę, wykonywał ją w ramach oddelegowania na terenie Niemiec, zaś w okresie od 1 czerwca 2012 r. do 8 sierpnia 2012 r. na urlopie wypoczynkowym przebywał w dniu 8 czerwca 2012 r.

Z zeznań podatkowych S. J. za 2012 r. wynika, że z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej osiągnął przychód w wysokości 51.074,80 zł, przy czym z ewidencji przychodów wynika, że przychód uzyskany za okres od 8 czerwca do 22 sierpnia 2012 r. wyniósł 1.600 zł.

Na podstawie świadectwa pracy z dnia 10 sierpnia 2012 r. Sąd Okręgowy ustalił, że w okresie od 21 czerwca 2010 r. do dnia 8 sierpnia 2012 r. S. J. był pracownikiem (...) Sp. z o.o. w S. i że w okresie zatrudnienia wykonywał na terenie Niemiec prace cieśli. Z pisma firmy (...) z dnia 12 czerwca 2018 r. wynika nadto, że odwołujący w okresie zatrudnienia wykorzystał urlop wypoczynkowy w ilości 12 dni, co miało miejsce w dniach: 02.01.2012 - 03.01.2012, 03.02.2012 - 14.02.2012, 05.04.2012 - 10.04.2012.

Sąd ustalił, że prace remontowe w ramach prowadzonej od dnia 1 czerwca 2012 r. pozarolniczej działalności gospodarczej na terenie Polski odwołujący prowadził na zlecenie swoich znajomych. Usług swoich nigdzie nie reklamował. Na prowadzenie prac wykorzystywał czas wolny od pracy na terenie Niemiec. Zwyczajowo zjeżdżał do kraju co dwa - trzy tygodnie, przeważnie już w czwartek. Do Niemiec wracał w niedziele. Pracował tam po 10-11 godzin na dobę, co powodowało, że tygodniowe normy czasu pracy (40 godzin), przekraczał zwyczajowo już w czwartek. Prowadzenie pozarolniczej działalności gospodarczej w kraju zawiesił odwołujący w dniu 21 sierpnia 2014 r. Nastąpiło to po zjeździe z Belgii. Powodem zawieszenia działalności były problemy finansowe, w jakie wprowadził go zagraniczny kontrahent, niesumienne regulując płatności. Otrzymał nadto propozycję korzystnego zatrudnienia. Do działalności gospodarczej S. J. nie wrócił.

Powyższy stan faktyczny Sąd Okręgowy ustalił na podstawie zgromadzonych w sprawie dokumentów, których autentyczności przekazów żadna ze stron niniejszego sporu nie zakwestionowała, oprócz stanowiska organu rentowego w tej części, w której podważał złożone przez S. J. dowody w postaci rachunków za wykonane w lipcu i sierpniu 2012 r. prace remontowe. Takie stanowisko ZUS Sąd uznał za zbyt dowolne. Jeśli jest ono motywowane jedynie tym, że w okresie do dnia 8 sierpnia 2012 r. odwołujący był równocześnie pracownikiem najemnym wykonującym pracę na terenie Niemiec, a więc jego możliwości wykonywania działalności w Polsce były ograniczone, nie były jednak całkowicie wyłączone. Sąd dał wiarę zeznaniom przesłuchanych w sprawie małżonków J. o tym, że odwołujący zjeżdżał co pewien czas do kraju, bywało że jego pobyty w domu miały wymiar nawet kilkudniowy, a zatem S. J. miał możliwość realizacji zleceń biznesowych, a to tym bardziej, że rozmiar tych prac nie był obszerny. Sąd przyjął zatem za wykazane, że S. J. przed przeniesieniem działalności na teren Belgii, co nastąpiło faktycznie od dnia 25 sierpnia 2012 r., prowadził na terenie kraju pozarolniczą działalność gospodarczą.

W ustalonym stanie faktycznym Sąd zważył, że podstawowa reguła ustalania ustawodawstwa właściwego wynika z art. 11 ust. 3 lit. a rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego stanowiącego, że prawem właściwym jest prawo miejsca wykonywania pracy na własny rachunek, a wyjątki od tej reguły zostały unormowane w kolejnych przepisach, w których albo przyjęto, że uzasadnione jest odstępianie od niej (delegowanie do wykonywania pracy w innym państwie członkowskim - art. 12 rozporządzenia 883/2004 ) albo gdy ustalenie ustawodawstwa na podstawie art. 11 jest niemożliwe bądź znacznie utrudnione (jednoczesne wykonywanie pracy na terytorium przynajmniej dwóch państw członkowskich - art. 13 rozporządzenia 883/2004). Stosownie do treści art. 11 ust. 1 zd. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz.U.UE 2004 Nr 166, poz. 1 ze zm. ) osoby, do których stosuje się niniejsze rozporządzenie, podlegają ustawodawstwu tylko jednego Państwa Członkowskiego. Jak stanowi art. 11 ust. 3 lit. a rozporządzenia nr 883/2004, zgodnie z przepisami art. 12 do 16, osoba wykonująca w Państwie Członkowskim pracę najemną lub pracę na własny rachunek podlega ustawodawstwu tego Państwa Członkowskiego. Stosownie do art. 12 ust. 2 tego rozporządzenia, osoba, która normalnie wykonuje działalność jako osoba pracująca na własny rachunek w Państwie Członkowskim, a która udaje się, by wykonywać podobną działalność w innym Państwie Członkowskim, nadal podlega ustawodawstwu pierwszego Państwa Członkowskiego, pod warunkiem, że przewidywany czas takiej pracy nie przekracza 24 miesięcy.

Przepis art. 14 ust. 3 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.U. (...) z 2009 Nr 284, poz. 1 ze zm.) wskazuje, iż do celów stosowania art. 12 ust. 2 rozporządzenia podstawowego określenie „która normalnie wykonuje działalność jako osoba pracująca na własny rachunek” odnosi się do osoby, która zwykle prowadzi znaczną część działalności na terytorium państwa, w którym ma swoją siedzibę. W szczególności osoba tak musi już prowadzić działalność od pewnego czasu przed dniem, od którego zamierza skorzystać z przepisów tego artykułu oraz, w każdym okresie prowadzenia tymczasowej działalności w innym państwie członkowskim, musi nadal spełniać w państwie członkowskim, w którym ma siedzibę, wymogi konieczne do prowadzenia działalności pozwalające na jej ponowne podjęcie po powrocie. W wydanej przez Komisję Administracyjną ds. Koordynacji (...) Zabezpieczenia (...) Decyzji nr (...) z dnia 12 czerwca 2009 r. (Dz.Ur.UE nr C z dnia 24.04.2010 r. s. 5) stwierdzono natomiast, że wymóg, do którego odnoszą się słowa „od pewnego czasu przed dniem, od którego zamierza skorzystać z przepisów tego artykułu” można uważać za spełniony, jeżeli dana osoba prowadzi działalność przez co najmniej dwa miesiące. Decyzja powyższa nie jest jednak wiążąca dla sądów krajowych. Omawiana kwestia była przedmiotem obszernych rozważań Sądu Najwyższego w wyroku z dnia 3 marca 2016 r., w sprawie II UK 84/15, w której Sąd Najwyższy zwrócił m.in. uwagę na to, że nie umniejszając istotnej roli Komisji Administracyjnej w zakresie interpretacji przepisów rozporządzeń, nie było nigdy wątpliwości, że Komisja Administracyjna nie ma uprawnień prawodawczych o charakterze normatywnym. Celem decyzji Komisji Administracyjnej jest udzielanie pomocy instytucjom krajowym, mającym stosować prawo wspólnotowe, jednakże nie ma ona charakteru zobowiązującego te instytucje do przyjmowania wskazanych w decyzji metod lub wykładni (vide: wyrok (...) z dnia 14.05.1981r. w sprawie 98/80 G.R. przeciwko I (...) Zb. Orz. s. 1241). Pomimo podobieństwa nazwy, decyzja Komisji Administracyjnej nie jest decyzją w rozumieniu art. 288, gdyż Komisja Administracyjna nie

została wyszczególniona a art. 13 ust. 1 (...) jako instytucja Unii, a nadto jej decyzje nie są kierowane do wyraźnie określonych adresatów. Przede wszystkim jednak przepis art. 72 lit. a rozporządzenia Nr 833/2004 wskazuje, że rozpatrywanie spraw przez Komisję Administracyjną następuje bez uszczerbku dla uprawnionych władz, instytucji i osób zainteresowanych do korzystania z procedur i sądownictwa przewidzianych przez ustawodawstwa państw członkowskich, przez przedmiotowe rozporządzenie i traktat. Powyższe oznacza, że wszelkie zainteresowane podmioty mogą przedstawiać inną interpretację postanowień koordynacyjnych niż przyjęta przez Komisję Administracyjną, a więc sądy rozstrzygające w tego rodzaju sprawach nie są związane decyzjami Komisji Administracyjnej.

Odnosząc powyższe rozważania do okoliczności faktycznych sprawy Sąd uznał, że skoro od pewnego czasu przed przeniesieniem na okres do 24 miesięcy działalności gospodarczej na teren Belgii, S. J. prowadził w kraju taką samą aktywność zawodową, to winien podlegać polskiemu ustawodawstwu w zakresie zabezpieczenia społecznego. Dotyczy to okresu od dnia 25 sierpnia 2012 r. (czas rozpoczęcia prac w Belgii) do dnia 20 sierpnia 2014 r. (dzień przed zawieszeniem działalności). Ubezpieczenie odwołującego z tytułu prowadzenia pozarolniczej działalności gospodarczej za okres od dnia po ustaniu zatrudnienia, tj. Od 9 sierpnia 2012 r. do dnia 24 sierpnia 2012 r. znajduje zaś swoje uzasadnienie w przepisach krajowych - art. 6 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych.

Mając na uwadze podniesione wyżej okoliczności Sąd Okręgowy zmienił decyzję na podstawie art. 477<sup>14</sup> § 2 k.p.c., zaś o kosztach zastępstwa procesowego Sąd orzekł na podstawie przepisu art. 98 i nast. k.p.c. oraz § 9 ust. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych.

Apelację od tego wyroku w całości wywiódł Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w O.. Zarzucił naruszenie prawa materialnego, tj. art. 83 ust. 1 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych w związku z art. 5 ust. 2 rozporządzenia Parlamentu 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 284/1 z 30 października 2009 r. s. 1 ze zm.) oraz art. 11 ust. 3 lit. a rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz.Urz.UE L 166/1 z 30 kwietnia 2004 r., s. 1, Dz.Urz. UE Polskie wydanie specjalne rozdz. 5, t. 5 s. 72 ze zm.). Apelujący zarzucił także naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 233 § 1 k.p.c.

Wskazując na powyższe organ rentowy wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie odwołania. W uzasadnieniu skarżący podniósł, że nie można się zgodzić ze stanowiskiem Sądu, iż działalność gospodarcza na terenie Polski w okresie od 25 sierpnia 2012 r. do 20 sierpnia 2014 r. była faktycznie prowadzona. Nie doszło do wyczerpania znamion definicji działalności gospodarczej. Trudno mówić o stałości działalności, skoro odwołujący przez półtora miesiąca przebywał na terenie Niemiec wykonując pracę w ramach stosunku pracy. Twierdzenia ubezpieczonego, że zjeżdżał po pracy do kraju już w czwartek i zajmował się prowadzeniem działalności gospodarczej nie znajdują dostatecznego oparcia w materiale dowodowym. Przyjazdy nie mogły być przy tym częste, gdyż koszt przejazdu w obie strony jest kosztowny, a dochód z drobnych usług nie był znaczący. Jedyнным świadkiem, którego zeznania przesądziły o zmianie decyzji, była żona odwołującego oraz dwa rachunki na niewielką kwotę ponad 1.100 zł za trzy miesiące działalności. Nie można zatem przyjąć, że działalność ta była nastawiona na zysk. Nie wykazano żadnych działań zmierzających do ciągłego, systematycznego, stałego prowadzenia działalności gospodarczej na terenie Polski. Odwołujący mając umowę z belgijską firmą podjął jedynie niewielkie działania, mające poświadczyć fakt prowadzenia działalności gospodarczej w Polsce. Nie byłoby w tym nic niedopuszczalnego, gdyby w istocie była to działalność gospodarcza w rozumieniu ustawy. S. J. po powrocie z Belgii zawiesił działalność gospodarczą i nigdy już nie podjął. W kontekście zebranego materiału dowodowego wątpliwości instytucji belgijskiej okazały się uzasadnione.

S. J., zastąpiony profesjonalnie, wniósł o oddalenie apelacji organu rentowego jako bezzasadnej i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

**Sąd Apelacyjny w Łodzi zważył, co następuje:**

Apelacja organu rentowego podlega uwzględnieniu.

Przedmiot sporu w niniejszej sprawie stanowi kwestia ustalenia ustawodawstwu jakiego państwa w zakresie dotyczącym zabezpieczenia społecznego podlegał S. J. w okresie od 9 sierpnia 2012 r. do 8 sierpnia 2014 r., wykonując działalność gospodarczą na terenie Belgii, co warunkuje ocenę prawidłowości decyzji cofającej zaświadczenie A1, potwierdzające zastosowanie wobec odwołującego ustawodawstwa polskiego.

Ustalanie właściwego ustawodawstwa w zakresie zabezpieczenia społecznego dla osób wykonujących pracę najemną na terenie Unii Europejskiej odbywa się na podstawie przepisów rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz.U.UE. (...).166.1, Dz.U.UE-sp.05-5-72 - rozporządzenie podstawowe) oraz 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.U.UE. (...).284.1 - rozporządzenie wykonawcze).

Koordynacja systemów zabezpieczenia społecznego państw członkowskich Unii Europejskiej opiera się na zasadzie, według której osoby przemieszczające się na terytorium Unii podlegają systemowi zabezpieczenia społecznego tylko jednego państwa członkowskiego - art. 11 rozporządzenia podstawowego. Zgodnie z art. 11 ust. 3a, osoba wykonująca w Państwie Członkowskim pracę najemną lub pracę na własny rachunek podlega ustawodawstwu tego Państwa Członkowskiego. Jednak art. 12 ust. 2 rozporządzenia Nr 883/2004 przewiduje, że osoba, która normalnie wykonuje działalność jako osoba pracująca na własny rachunek w Państwie Członkowskim, a która udaje się, by wykonywać podobną działalność w innym Państwie Członkowskim nadal podlega ustawodawstwu pierwszego Państwa Członkowskiego, pod warunkiem że przewidywany czas takiej pracy nie przekracza 24 miesięcy. Z art. 12 ust. 2 rozporządzenia wynika zatem, że możliwość zmiany ustawodawstwa właściwego wymaga spełnienia następujących przesłanek:

- 1) normalne wykonywanie działalności w państwie członkowskim,
- 2) wykonywanie podobnej działalności w innym państwie członkowskim,
- 3) czas wykonywania działalności nieprzekraczający dwudziestu czterech miesięcy.

Pierwszy z tych warunków został skonkretyzowany w art. 14 ust. 3 rozporządzenia wykonawczego PE i Rady (WE) Nr 987/2009. Zgodnie z nim, do celów stosowania art. 12 ust. 2 rozporządzenia podstawowego określenie „która normalnie wykonuje działalność jako osoba pracująca na własny rachunek” odnosi się do osoby, która zwykle prowadzi znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę. W szczególności osoba taka musi już prowadzić działalność od pewnego czasu przed dniem, od którego zamierza skorzystać z przepisów tego artykułu, oraz, w każdym okresie prowadzenia tymczasowej działalności w innym państwie członkowskim, musi nadal spełniać w państwie członkowskim, w którym ma siedzibę, wymogi konieczne do prowadzenia działalności pozwalające na jej ponowne podjęcie po powrocie.

W judykaturze niejednokrotnie wyrażano zapatrywania, że użyte w art. 14 ust. 3 rozporządzenia nr 987/2009 zwroty: „zwykle prowadzi znaczną część działalności” i „prowadzi działalność od pewnego czasu przed dniem (...)” oraz „musi spełniać wymogi konieczne do jej podjęcia po powrocie” powinny być rozumiane wyłącznie jako potwierdzenie rzeczywistego prowadzenia działalności charakteryzującej się stałością i ciągłością. W omawianym przepisie chodzi o to, aby osoba zamierzająca podjąć prowadzenie działalności w innym państwie członkowskim wykazała nie tylko spełnienie formalnych wymogów prowadzenia działalności w państwie, z którego ma zamiar czasowo migrować, ale, że ta działalność jest przez nią faktycznie „od pewnego czasu prowadzona” (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 lipca 2017 r., II UK 302/16, LEX nr 2382425). Chodzi o wyeliminowanie sytuacji, w której ograniczenie się przez osobę prowadzącą działalność do spełnienia jedynie formalnych wymogów prowadzenia takiej działalności byłoby środkiem do osiągnięcia rzeczywistego celu, jakim jest podjęcie działalności w innym państwie członkowskim, z zachowaniem

możliwości dalszego podlegania ustawodawstwu państwa, w którym działalność taka została zarejestrowana. W ocenie Sądu Apelacyjnego, taka właśnie sytuacja zaistniała w sprawie niniejszej.

Zgodnie z wymogami (art. 2) obowiązującej w okresie spornym ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 2168), działalność gospodarcza musi odpowiadać określonym cechom, a nadto sam wpis w ewidencji działalności gospodarczej (zarejestrowanie) oddziałuje tylko w sferze ustaleń faktycznych, gdyż wpis taki ma charakter deklaratoryjny, zaś tytuł do ubezpieczeń wynika z rzeczywistego podjęcia działalności gospodarczej. Na tle tej regulacji w judykaturze i piśmiennictwie niejednokrotnie wyrażano zapatrywania, że działalność gospodarcza charakteryzuje się profesjonalnością, samodzielnością, podporządkowaniem zasadzie racjonalnego gospodarowania, celem zarobkowym, trwałością prowadzenia, wykonywaniem w sposób zorganizowany, a przede wszystkim uczestniczeniem w obrocie gospodarczym. Właściwości cechujące działalność gospodarczą, które powinny występować łącznie to działanie stałe, nieamatorskie, nieokazjonalne, z elementami organizacji, planowania i zawodowości rozumianej jako fachowość, znajomość rzeczy oraz specjalizacja (zob. „Ustawa o systemie ubezpieczeń społecznych. Komentarz” pod r. B.Gudowskiej i J.Strusińskiej-Żukowskiej, C.H.BECK, W-wa 2011, s. 106-107, por. także uchwałę siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 18 czerwca 1991 r., III CZP 40/91, OSNC 1992 nr 2, poz. 17).

Przedsiębiorcą zaś, zgodnie z normą art. 43<sup>1</sup> k.c., jest osoba fizyczna prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową. Kluczowe znaczenie dla zdefiniowania pojęcia przedsiębiorcy ma element funkcjonalny, łączący się z prowadzeniem działalności gospodarczej lub zawodowej. Ustawa wymaga, aby przedsiębiorca „prowadził” działalność gospodarczą lub zawodową. Samo stwierdzenie „prowadzi działalność” zakłada określony ciąg działań, a nie tylko pojedyncze czynności. Przedsiębiorcą jest więc tylko ten, kto wykonuje czynności powtarzalne i to w taki sposób, że tworzą one pewną całość, nie stanowią zaś oderwanego świadczenia czy też świadczeń określonych rzeczy lub usług. Tylko jeżeli takie działania mają charakter gospodarczy lub zawodowy istnieją podstawy do uznania, że podejmujący je podmiot jest przedsiębiorcą (por. postanowienie Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 7 sierpnia 2006 r., I ACz 441/06, LEX nr 279953). W materiale dowodowym brak jest miarodajnych podstaw do przyjęcia, że taką właśnie działalność S. J. prowadził w Polsce od 1 czerwca 2012 r.

Raz jeszcze podkreślić trzeba, że w polskim systemie ubezpieczeń podleganie ubezpieczeniom społecznym wynika nie z samego faktu zgłoszenia działalności gospodarczej. Do powstania obowiązku ubezpieczenia nie wystarczy uzyskanie wpisu do ewidencji działalności gospodarczej lecz wymagane jest faktyczne rozpoczęcie i prowadzenie działalności o wyżej omówionych cechach. Istnienie wpisu do ewidencji działalności gospodarczej prowadzi tylko do domniemania prawnego, według którego osoba wpisana do ewidencji jest traktowana jako prowadząca działalność. Skoro, mimo takiego wpisu, polski organ rentowy stwierdza niepodleganie ubezpieczeniom społecznym, i to właśnie stanowi przedmiot postępowania sądowego, to fakt ten jest między stronami sporny, a ciężar jego udowodnienia (onus probandi), a więc prowadzenia działalności (tu: przed przeniesieniem działalności do Belgii), spoczywa na osobie kwestionującej decyzję, zgodnie z ogólną regułą wyrażoną w art. 6 k.c. Zauważyć też należy, że w treści art. 13 pkt 4 ustawy systemowej ustawodawca jednoznacznie kładzie nacisk na rozpoczęcie wykonywania pozarolniczej działalności i zaprzestanie wykonywania tej działalności, a nie na moment dokonania w ewidencji działalności gospodarczej stosownego wpisu o zarejestrowaniu działalności oraz na chwilę jego wykreślenia. Inne rozumienie art. 13 pkt 4 ustawy systemowej prowadziłoby do przypadków legalizacji fikcyjnego rejestrowania działalności gospodarczej wyłącznie w celu uzyskania ochrony ubezpieczeniowej.

Sąd pierwszej instancji stwierdził, że odwołujący wypełnił wymóg „prowadzenia działalności od pewnego czasu przed dniem” wynikający z art. 14 ust. 3 rozporządzenia Nr 987/2009, gdyż przez około dwa miesiące przed przeniesieniem działalności do Belgii prowadził tożsamą działalność gospodarczą w Polsce. Ustalenia w tym przedmiocie Sąd Okręgowy poczynił na podstawie nader skromnego materiału dowodowego w postaci dwóch rachunków wystawionych na wykonane w Polsce prace: z dnia 13 lipca i 22 sierpnia 2012 r. na kwoty 570 zł i 420 zł. S. J. nie przedstawił przy tym dowodów z zeznań kontrahentów tych usług, jak i żadnych innych obiektywnych dowodów wskazujących na faktyczne wykonywanie usług budowlanych i czas ich wykonywania. Zaoferował zeznania własne oraz żony. Zeznania te Sąd

Okręgowy ocenił jako wiarygodne, choć w świetle posiadanego przez małż. J. interesu procesowego należało je ocenić z należyty krytycyzmem i skonfrontować z pozostałym materiałem dowodowym, w tym faktami nie budzącymi wątpliwości. Ocena dowodów pozbawiona takiego krytycyzmu jest dowolną w aspekcie art. 233 § 1 k.p.c., gdyż przekracza kryteria wymaganego doświadczenia życiowego i powiązania wszystkich faktów w logiczną całość. Fakty są takie, że w okresie od 21 czerwca 2010 r. do dnia 8 sierpnia 2012 r. S. J. był pracownikiem (...) Sp. z o.o. w S. i w tym czasie wykonywał prace na terenie Niemiec. Posiadał wystawione przez (...) Oddział w S. zaświadczenie A1 potwierdzające ubezpieczenie z tytułu oddelegowania do pracy w Niemczech przez tę firmę. Miał tylko 1 dzień urlopu 8 czerwca 2012 r. Twierdził, że działalność w Polsce zarejestrowaną od 1 czerwca 2012 r. wykonywał w końcowej części tygodnia, gdyż w czwartki kończył prace na terenie Niemiec i co dwa - trzy tygodnie wracał do domu. Nie przedstawił żadnego świadka, współpracownika, który by to potwierdził. Nie przedstawił wykazu dniówek z (...) Sp. z o.o. w S., choć firma zatrudniająca pracowników delegowanych z pewnością ewidencjonowała czas pracy. Nie wskazał żadnych dowodów potwierdzających owe podróże, np. jednego choćby zachowanego biletu. Rację ma organ rentowy podnosząc, że tak częste podróże stanowią znaczący koszt i nie jest jasne skąd wnioskodawca czerpałby na to środki, skoro działalność praktycznie nie przynosiła dochodu, a jest przy tym logiczne, że nie po to odwołujący podjął pracę w Niemczech, aby uzyskane wynagrodzenie przeznaczać na podróże, zwłaszcza że obciążały go koszty zaewidencjonowanej działalności, która nie przynosiła dochodów. Zeznania małż. J. nie znalazły więc jakiegokolwiek potwierdzenia w obiektywnym materiale dowodowym, trudno bowiem za taki materiał uznać dwa rachunki na niewielkie kwoty, wystawione dla znajomych odwołującego. Tak znikomy zakres prac podważa także prawdziwość twierdzeń o częstych przyjazdach do domu celem wykonywania działalności gospodarczej. Zakładając zresztą, że odwołujący przyjeżdżałby co trzy tygodnie, to przez dwa miesiące miałby na działalność gospodarczą trzy weekendy. S. J. nie reklamował tej działalności w żaden sposób, nie zabiegał o klientów, a zapotrzebowanie na usługi budowlane w sezonie budowanym jest oczywiste i posiadając faktyczną gotowość świadczenia takich usług nie miałby w 2012 r. żadnych problemów z pozyskaniem kontrahentów, choćby jako podwykonawca. Zdaniem Sądu, takiej gotowości odwołujący w praktyce nie miał, gdyż po pierwsze: nie było go w kraju, po wtóre: skoro by pracował w Niemczech tak intensywnie, żeby „wyrobić” tygodniowy czas pracy do czwartku i przebyć podróż do kraju np. co dwa tygodnie, to trudno dać wiarę na posiadanie fizycznych możliwości do wykonywania prac budowlanych jeszcze w weekendy.

Rację ma apelujący ZUS podnosząc, że S. J. zarejestrował pozarolniczą działalność gospodarczą w Polsce, gdyż miał już ustalenia z firmą belgijską na wykonywanie tam prac od 9 sierpnia 2012 r., zatem zaewidencjonowanie działalności miało charakter stricte instrumentalny, bez faktycznego prowadzenia działalności gospodarczej w znaczeniu ustawowym. Odwołujący przez dwa miesiące wykonał dwie incydentalne usługi za niewielkie kwoty, co nie wyczerpuje celu zarobkowego działalności, trwałości jej prowadzenia, wykonywania działalności w sposób zorganizowany i ciągły oraz uczestniczenia w obrocie gospodarczym na terenie Polski. Zamiarowi trwałości prowadzenia działalności przeczy fakt, że wnioskodawca natychmiast po zakończeniu pracy w Belgii, tj. w dniu 21 sierpnia 2014 r., działalność gospodarczą zawiesił i nigdy jej nie podjął.

Ustalenie prowadzenia pozarolniczej działalności gospodarczej leży w sferze ustaleń faktycznych. Sąd Okręgowy, wskutek oceny materiału dowodowego pozbawionej niezbędnego krytycyzmu, okoliczność tę ustalił błędnie. Skuteczny okazał się zatem apelacyjny zarzut naruszenia procesowego, a w konsekwencji zarzuty materialnoprawne. Stwierdzając powyższe Sąd Apelacyjny, z mocy art. 386 § 1 k.p.c., orzekł reformatorycznie. S. J. w okresie spornym prowadził działalność gospodarczą w Belgii, toteż w nie podlega ubezpieczeniom społecznym według ustawodawstwa polskiego.