

**Sygn. akt III AUa 1218/21**

## **WYROK**

### **W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 1 lipca 2022 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku III Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych w składzie:

**Przewodniczący: sędzia Marek Szymanowski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 1 lipca 2022 r. w B.

sprawy **M. J.**

przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddział w B.

o ponowne ustalenie ustawodawstwa właściwego

na skutek apelacji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w B.

od wyroku Sądu Okręgowego w Suwałkach III Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 14 czerwca 2021 r. sygn. akt III U 280/21

**I. uchyla zaskarżony wyrok w punkcie 1. (pierwszym) oraz**

**poprzedzając go decyzję Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w B. z dnia 22 lutego 2021 r. i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania temuż Zakładowi;**

**II. zasądza tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego od**

**Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w B. na rzecz M. J. 240 ( dwieście czterdzieści ) złotych z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia uprawomocnienia się niniejszego punktu wyroku do dnia zapłaty.**

**Sygn. akt III AUa 1218/21**

## **UZASADNIENIE**

**Decyzją z dnia 22.02.2021 r.** Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w B., powołując się na art. 83a ust. 1 i art. 83 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 13.10.1998r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. z 2020 r. poz. 266, z późn. zm.) w zw. z art. 5 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009 z dnia 16.09.2009 r. dotyczącego wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz. Urz. UE serii (...) nr 284 z dnia 30.10.2009r., s.1 ze zm.) oraz art. 11 ust. 3 lit. a) rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29.04.2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz. Urz. UE serii (...) nr 166 z dnia 30.04.2004 r. s. 1 Dz. U UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 5, t. 5, str. 72 ze zm.):

1. wycofał zaświadczenie A1 potwierdzające, że w okresie od 15.01.2020r. do 14.01.2021r. w stosunku do M. J. znajdowało zastosowanie ustawodawstwo polskie,

2. stwierdził, że M. J., jako osoba prowadząca działalność na własny rachunek nie podlega ustawodawstwu polskiemu od 03.02.2020r. do 02.07.2020r.

Organ rentowy wskazał, iż M. J. w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej zgłosił rozpoczęcie wykonywania działalności gospodarczej od 15.01.2020 r. Jako osoba prowadząca działalność gospodarczą zgłosił się do ubezpieczenia zdrowotnego w okresie od 15.01.2020 r. do 31.07.2020 r., natomiast od 01.08.2020 r. do ubezpieczeń społecznych i ubezpieczenia zdrowotnego. W dniu 23.01.2020 r. wnioskodawca otrzymał zaświadczenie A1 potwierdzające jego podleganie polskiemu ustawodawstwu na okres wykonywania pracy na własny rachunek w Polsce i Niemczech tj. od 15.01.2020r. do 14.01.2021r. na podstawie art. 13 ust. 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29.04.2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego. Po upływie okresu obowiązywania tego zaświadczenia A1 wnioskodawca dostarczył faktury za usługi, w celu zbadania, czy informacje podane we wniosku o wydanie zaświadczenia były zgodne z rzeczywistym charakterem pracy na terytorium Polski i Niemiec. W trakcie obowiązywania tego zaświadczenia A1 M. J. wystawił 7 faktur na rzecz niemieckich kontrahentów za usługi budowlane na terytorium Niemiec i 4 faktury na rzecz polskich kontrahentów za prace budowlane.

Powołał oświadczenie M. J. złożone dnia 29.01.2021r., w którym poinformował go, że:

- za wykonane prace od 03.02.2020 r. do 02.07.2020 r. wystawił faktury o nr: (...), z których wynika, że usługi budowlane były wykonywane na rzecz niemieckich kontrahentów na terytorium Niemiec,

- za wykonane usługi budowlane na terenie Polski od 03.07.2020 r. do 19.12.2020 r. wystawił faktury o nr: (...).

Ponadto wyjaśnił, że z uwagi na trwającą od początku roku 2020r. pandemię (...)2 nie miał możliwości wykonywania działalności gospodarczej naprzemiennie, gdyż zamknięte granice państw znacznie utrudniły mu swobodne przemieszczanie się z jednego kraju do drugiego. W I półroczu 2020r. nie miał też pracy w Polsce, ponieważ wszyscy klienci odwołali swoje zlecenia w obawie o własne zdrowie.

Dalej organ rentowy wskazał, iż ze zgromadzonych w trakcie postępowania dokumentów wynika, że po uzyskaniu zaświadczenia A1 od 03.02.2020r. do 02.07.2020r. M. J. wykonywał usługi wyłącznie na terytorium Niemiec, za które wystawił faktury: (...) z dnia 07.02.2020 r., (...) z dnia 14.02.2020 r., (...) z dnia 02.03.2020 r., (...) z dnia 01.04.2020 r., (...) z dnia 02.05.2020 r., (...) z dnia 11.06.2020 r., (...) z dnia 03.07.2020 r. Następnie pracował na terytorium Polski w okresie: od 03.07.2020 r. do 19.12.2020 r., czego potwierdzeniem są wystawione faktury na rzecz polskich kontrahentów tj. (...) z dnia 29.09.2020r., (...) z dnia 28.10.2020 r., (...) z dnia 30.11.2020 r. (...) z dnia 19.12.2020 r.

Obowiązek natomiast ubezpieczenia osoby prowadzącej pozarolniczą działalność gospodarczą wynika z faktycznego prowadzenia tej działalności na terytorium Polski.

Na podstawie art. 13 ust. 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29.04.2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego osoba, która normalnie wykonuje pracę na własny rachunek w dwóch lub w kilku Państwach Członkowskich podlega:

a) ustawodawstwu Państwa Członkowskiego, w którym ma miejsce zamieszkania, jeżeli wykonuje znaczną część pracy w tym Państwie Członkowskim lub

b) ustawodawstwu Państwa Członkowskiego, w którym znajduje się centrum zainteresowania dla jej działalności, jeżeli osoba ta nie zamieszkuje w jednym z Państw Członkowskich, w których wykonuje ona znaczną część swej pracy.

Zgodnie zaś z art. 14 ust. 6 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009 z dnia 16.09.2009 r. dotyczącego wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego do celów stosowania art. 13 ust. 2 rozporządzenia podstawowego osoba, która "normalnie wykonuje pracę na własny rachunek w dwóch lub w więcej państwach członkowskich", oznacza w szczególności osobę, która równocześnie lub na zmianę wykonuje jeden rodzaj lub więcej odrębnych rodzajów pracy na własny rachunek, niezależnie od charakteru tej pracy, w dwóch lub więcej państwach członkowskich.

Na podstawie art. 14 ust. 8 b) rozporządzenia do celów stosowania art. 13 ust. 2 rozporządzenia podstawowego "znaczna część działalności na własny rachunek" wykonywana w państwie członkowskim oznacza znaczną pod względem ilościowym część pracy na własny rachunek wykonywanej w tym państwie członkowskim, przy czym nie musi to być koniecznie największa część tej pracy. W celu określenia, czy znaczna część pracy jest wykonywana w danym państwie członkowskim, należy uwzględnić następujące kryteria orientacyjne: w przypadku pracy na własny rachunek - obrót, czas pracy, liczba świadczonych usług lub dochód. W ramach ogólnej oceny, spełnienie powyższych kryteriów w proporcji mniejszej niż 25 % tych kryteriów wskazuje, że znaczna część pracy nie jest wykonywana w danym państwie członkowskim.

Działalność na własny rachunek jest wykonywana na zmianę, jeżeli w okresie obowiązywania zaświadczenia A1 prace prowadzone są w następujących po sobie okresach na terytorium dwóch lub więcej państw członkowskich. Natomiast działalność wykonywana równolegle to działalność wykonywana równocześnie na terytorium dwóch lub więcej państw. Warunkiem koniecznym jest regularność, cykliczność wykonywania pracy na własny rachunek w różnych państwach członkowskich. Natomiast działalność wykonywana równolegle to działalność wykonywana równocześnie na terytorium dwóch lub więcej państw.

W trakcie tymczasem obowiązywania zaświadczenia A1 M. J. nie prowadził działalności naprzemiennie ani równocześnie na terenie Polski i Niemiec. W okresie od 03.02.2020 r. do 02.07.2020r. świadczył usługi na terenie Niemiec, a następnie wrócił do kraju i wykonywał pracę na terenie Polski.

Z uwagi na powyższe w stosunku do M. J. nie ma zastosowania art. 13 ust. 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29.04.2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego w związku z art. 14 ust. 6 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009.

Zgodnie z treścią art. 83a ust. 1 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, prawo lub zobowiązanie stwierdzone decyzją ostateczną Zakładu ulega ponownemu ustaleniu na wniosek osoby zainteresowanej lub z urzędu, jeżeli po uprawomocnieniu się decyzji zostaną przedłożone nowe dowody lub ujawniono okoliczności istniejące przed wydaniem tej decyzji, które mają wpływ na prawo lub zobowiązanie.

Zgodnie zaś z art. 5 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009 z dnia 16.09.2009 r. dotyczącego wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego, dokumenty wydane przez instytucję państwa członkowskiego do celów stosowania rozporządzenia podstawowego i rozporządzenia wykonawczego, stanowiące poświadczenie sytuacji danej osoby oraz dowody potwierdzające, na podstawie których zostały wydane te dokumenty, są akceptowane przez instytucje pozostałych państw członkowskich tak długo, jak długo nie zostaną wycofane lub uznane za nieważne przez państwo członkowskie, w którym zostały wydane.

Z art. 11 ust. 3 lit. a) rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29.04.2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego wynika natomiast, że osoba wykonująca w Państwie Członkowskim pracę na własny rachunek podlega ustawodawstwu tego Państwa Członkowskiego.

Zważywszy na powyższe organ rentowy uznał, że z tytułu działalności na własny rachunek na terytorium Niemiec będzie miało do M. J. zastosowanie ustawodawstwo niemieckie od 03.02.2020 r. do 02.07.2020r.

**W odwołaniu od tej decyzji M. J.** domagał się jej zmiany poprzez stwierdzenie, że nie podlega wycofaniu zaświadczenie A1 potwierdzające, że w okresie od 15.01.2020 r. do 14.01.2021 r. w stosunku do niego znajdowało zastosowanie ustawodawstwo polskie, oraz poprzez ustalenie, że jako osoba prowadząca działalność na własny rachunek podlega ustawodawstwu polskiemu od 03.02.2020 r. do 02.07.2020 r.

W uzasadnieniu odwołania podniósł, że spełnia warunki do podlegania polskiemu ustawodawstwu w spornym okresie i wbrew ustaleniom organu rentowego brak jest podstaw do ustalenia, że nie prowadził on działalności na terenie Polski i Niemiec naprzemiennie. Dlatego nie zaistniały przesłanki do wycofania zaświadczenia A1 potwierdzającego, że

w okresie od 15.01.2020 r. do 14.01.2021 r. znajduje zastosowanie do niego ustawodawstwo polskie, jak również brak jest podstaw do stwierdzenia, że jako osoba prowadząca działalność na własny rachunek nie podlega ustawodawstwu polskiemu od 3.02.2020 r. do 2.07.2020 r.

Wskazał na treść art. 13 ust. 2 pkt a i b rozporządzenia podstawowego, zgodnie z treścią którego osoba, która normalnie wykonuje pracę na własny rachunek w dwóch lub w kilku Państwach Członkowskich podlega:

a) ustawodawstwu Państwa Członkowskiego, w którym ma miejsce zamieszkania, jeżeli wykonuje znaczną część pracy w tym Państwie Członkowskim lub

b) ustawodawstwu Państwa Członkowskiego, w którym znajduje się centrum zainteresowania dla jej działalności, jeżeli osoba ta nie zamieszkuje w jednym z Państw Członkowskich, w których wykonuje ona znaczną część swej pracy.

Do celów stosowania art. 13 ust. 2 rozporządzenia 883/2004 osoba, która "normalnie wykonuje pracę na własny rachunek w dwóch lub w więcej państwach członkowskich", oznacza w szczególności osobę, która równocześnie lub na zmianę wykonuje jeden rodzaj lub więcej odrębnych rodzajów pracy na własny rachunek, niezależnie od charakteru tej pracy, w dwóch lub więcej państwach członkowskich (art. 14 ust. 6 rozporządzenia 987/2009).

Art. 14 ust. 8 rozporządzenia 987/2009 wskazuje, że pod tym pojęciem należy rozumieć znaczną pod względem ilościowym część pracy na własny rachunek wykonywanej w tym państwie członkowskim UE, przy czym nie musi to być koniecznie największa część tej pracy. W przypadku pracy na własny rachunek ustalając tą okoliczność należy kierować się takimi kryteriami jak: obrót, czas pracy, liczba świadczonych usług lub dochód. W ramach ogólnej oceny, spełnienie powyższych kryteriów w proporcji mniejszej niż 25% tych kryteriów wskazuje, że znaczna część pracy nie jest wykonywana w danym państwie członkowskim.

Z kolei centrum zainteresowania dla działalności osoby wykonującej działalność na własny rachunek, która to okoliczność istotna jest dla celów stosowania art. 13 ust. 2 lit. b rozporządzenia 883/2004, zgodnie z art. 14 ust. 9 rozporządzenia 987/2009 określa się z uwzględnieniem wszystkich aspektów jej działalności zawodowej, a zwłaszcza miejsca, w którym znajduje się jej stałe miejsce prowadzenia działalności, zwyczajowego charakteru lub okresu trwania wykonywanej działalności, liczby świadczonych usług oraz zamiaru tej osoby wynikającego ze wszystkich okoliczności.

Wskazał, iż prowadzi działalność gospodarczą od dnia 15.01.2020 r. w zakresie usług remontowo-budowlanych. Stałe miejsce wykonywania działalności gospodarczej to P. 12A, gmina S.. We wniosku o wydanie zaświadczenia A1 dla osoby wykonującej pracę na własny rachunek w dwóch państwach członkowskich UE w oparciu o art. 13 ust. 2 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004, domagał się potwierdzenia, że ustawodawstwem właściwym z zakresu zabezpieczenia społecznego dla niego jest ustawodawstwo polskie. W informacjach składanych na potrzeby wydania zaświadczeń A1 wskazywał, że będzie wykonywać pracę w Niemczech, oraz że we wnioskowanym okresie czas jego pracy w Polsce i w Niemczech będzie wynosił po 50%, natomiast wynagrodzenie 25% w Polsce, a 75% w Niemczech. Przeprowadzone postępowanie wyjaśniające przez organ rentowy w celu zbadania poprawności wskazywanych danych potwierdziło, że informacje podane we wniosku o wydanie zaświadczenia były zgodne z rzeczywistym charakterem jego pracy na terytorium Polski i Niemiec.

Podkreślił, iż w trakcie obowiązywania zaświadczenia A1 wystawił łącznie 11 faktur, z czego 7 za czas pracy na terenie Niemiec w okresie od 3.02.2020 r. do 2.07.2020 r., a 4 na rzecz polskich kontrahentów za prace wykonane w Polsce w okresie od 3.07.2020 r. do 14.01.2021r.

Z powyższego wynika, że spełniał on kryteria wskazane w art. 13 ust. 2 rozporządzenia nr 883/2004, które pozwalają przyjąć, iż faktycznie prowadził działalność gospodarczą od 15.01.2020 r. do 14.01.2021 r. w 2 krajach UE - w okresie obowiązywania zaświadczenia A1.

Zarzucał organowi rentowemu, że nie wyjaśnił w motywach zaskarżonej decyzji, dlaczego uznał, że nie wykonywał on pracy na terenie dwóch państw UE naprzemiennie, w okolicznościach gdy taka praca właśnie była wykonywana. To znaczy nie można uznać, by praca ta nie była regularna i cykliczna. Prace wykonywane na zmianę odnoszą się do sytuacji, w których prace nie są wykonywane równocześnie na terytorium kilku państw członkowskich, lecz składają się z następujących po sobie prac wykonywanych jedna po drugiej w różnych państwach członkowskich, co właśnie miało miejsce w jego przypadku. Prace na terenie Niemiec i Polski były wykonywane w następujących po sobie okresach, czyli regularnych cyklach. Długość okresów pracy była podobna i obejmowała ten sam charakter usług. Nie ma znaczenia, jak często następują zmiany pracy, natomiast wymagana jest pewna regularność działalności, co w jego przypadku ma miejsce. Dlatego nie ma wątpliwości, że idealnie wpisuje się w przykład wykonywania pracy na zmianę, ponieważ w każdym roku przez około 6 miesięcy wykonuje usługi na terenie Niemiec, a na pozostałe 6 miesięcy wraca do pracy w swoim państwie członkowskim zamieszkania. Jego wyjazdy za granicę nie mają charakteru ciągłego. Co istotne, na okres od 15.01.2021r. do 14.01.2022r. ponownie wystąpił o wydanie zaświadczenia A1 wskazując takie same dane, a ZUS mu takie zaświadczenie wydał.

Odnośnie wniosku o uchylenie zaskarżonej decyzji i przekazanie sprawy organowi rentowemu do ponownego rozpoznania wskazał, iż ani z przebiegu postępowania, ani z treści decyzji nie wynika, aby Zakład prowadził jakąkolwiek korespondencję z organem rentowym czy inną instytucją w Niemczech w kwestii jego podlegania ustawodawstwu tego kraju. W ocenie ostatnich orzeczeń sądów powszechnych, brak współdziałania w celu ustalenia właściwego ustawodawstwa i nie wyczerpania procedury współdziałania sprawia, iż postępowanie od początku dotknięte jest wadliwością, która nie może zostać usunięta przez Sąd.

Wskazał na stanowisko Sądu Najwyższego - Izby Pracy, (...) i Spraw Publicznych z dnia 20.10.2016 r. sygn. I UZ 22/16, zgodnie z którym wydanie decyzji o ustaleniu ustawodawstwa właściwego musi poprzedzać wymagana przez art. 16 ust. 4 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009 z dnia 16.09.2009r. dotyczącego wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz.Urz.U.E.L Nr 284, str. 1) procedura, a jej brak (niemożliwy do „naprawienia” w postępowaniu sądowym) oznacza, że organ rentowy, nie uzyskując stanowiska instytucji właściwej państwa świadczenia pracy na własny rachunek, dokonał samodzielnej oceny stosunku prawnego stanowiącego tytuł ubezpieczenia społecznego w innym państwie członkowskim wobec osoby wnoszącej o ustalenie właściwego ustawodawstwa. Tego rodzaju rozstrzygnięcie nie tylko leży poza kompetencją organu rentowego, ale także nie stanowi decyzji co do istoty sprawy, którą wywołał wniosek o ustalenie ustawodawstwa mającego zastosowanie do zainteresowanego, obligujący do wspólnego porozumienia z instytucją właściwą państwa wykonywania pracy.

Z istoty zaś przepisu art. 16 rozporządzenia nr 987/2009 wynika, że wskazanie ustawodawstwa przez organ jednego państwa członkowskiego ma mieć charakter wstępny, tymczasowy i nie jest wykluczony spór co do tego ustawodawstwa między instytucjami państw członkowskich. W świetle art. 16 ust. 1 rozporządzenia osoba, która wykonuje pracę w dwóch lub więcej państwach członkowskich ma obowiązek poinformowania o tym wyznaczoną instytucję swego miejsca zamieszkania, a zawiadomiony organ samodzielnie kwalifikuje wykonywanie pracy w różnych państwach, w szczególności pod kątem przesłanek art. 13 rozporządzenia podstawowego. W doktrynie wyrażany jest pogląd, że instytucja właściwa, w razie przyjęcia, że zainteresowany jej nie podlega, powinna zwrócić się do instytucji innego państwa członkowskiego (którą uważa za właściwą) w celu ustalenia ustawodawstwa, a obowiązek ten wynika wprost z art. 6 rozporządzenia wykonawczego. Tymczasem organ rentowy po ustaleniu, że w sprawie ma zastosowanie art. 13 ust. 2 rozporządzenia z 2004r. nie wszczął procedury określonej w art. 16 ust. 2 i nast. rozporządzenia wykonawczego z 2009r. i nie określił ustawodawstwa tymczasowego, do czego był zobowiązany rozporządzeniem wykonawczym.

**W odpowiedzi na odwołanie organ rentowy** wniósł o jego oddalenie i zasądzenie od odwołującego się na rzecz organu rentowego zwrotu kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Podtrzymał podstawy skarżonej decyzji. Organ rentowy dodatkowo wskazał, iż spór w niniejszej sprawie dotyczy tego, czy odwołujący się wykonywał działalność na własny rachunek na terenie 2 państw członkowskich UE naprzemiennie i czy w związku z

tym będzie miał do niego zastosowanie przepis art. 13 ust. 2 lit. b rozporządzenia nr 883/2004, a w konsekwencji, czy organ rentowy był uprawniony do wycofania zaświadczenia A1 oraz ustalenia, iż odwołujący się nie podlegał ustawodawstwu polskiemu w okresie od 03.02.2020 r. do 02.07.2020 r. Sporne jest też to, czy organ rentowy miał obowiązek wszcząć procedurę wspólnego porozumienia z niemiecką instytucją zabezpieczenia społecznego.

Zarzutu naruszenia przez organ rentowy przepisu art. 16 ust. 4 rozporządzenia nr 987/2009 uznał za niezasadny, gdyż zacytowany pogląd Sądu Najwyższego został wyrażony w sprawie o odmiennym stanie faktycznym, a mianowicie sytuacji ubezpieczonego, który wykonywać miał na terenie Słowacji pracę najemną oraz działalność na własny rachunek na terenie Polski. W sprawie, w której zapadło postanowienie Sądu Najwyższego ubezpieczony wnosił o ustalenie, że podlega ustawodawstwu słowackiemu w zakresie zabezpieczenia społecznego, a w związku z tym nie podlega ustawodawstwu polskiemu. W związku z tym, że polska instytucja zabezpieczenia społecznego nie może samodzielnie ustalać podlegania ustawodawstwu innego państwa członkowskiego, konieczne było wdrożenie procedury wspólnego porozumienia. Natomiast niniejsza sprawa została zainicjowana wnioskiem odwołującego się o wydanie zaświadczenia A1 potwierdzającego podlegania ustawodawstwu polskiemu.

Wskazał, iż procedura wydawania zaświadczeń A1 w początkowej fazie opiera się wyłącznie na oświadczeniu płatnika składek, a stanowisko organu rentowego może podlegać modyfikacji, jeśli okaże się, że nie zostały spełnione warunki do wydania zaświadczenia A1, co miało miejsce w tej sprawie. Sprawa odwołującego się dotyczyła bowiem wyłącznie ustalenia czy podlegał on ustawodawstwu polskiemu z tytułu działalności wykonywanej na własny rachunek i czy istniały warunki do wydania zaświadczenia A1. Wniosek nie dotyczył ustalania przez niego podlegania ustawodawstwu innego państwa członkowskiego w zakresie zabezpieczenia społecznego, ale ustawodawstwu polskiemu, co do którego organ rentowy był władny orzekać samodzielnie. W związku z tym, brak było podstaw do wdrażania procedury wspólnego porozumienia przez organ rentowy z niemiecką instytucją zabezpieczenia społecznego.

Odnośnie rzekomego braku wyjaśnienia przyczyn, dla których organ rentowy nie uznał działalności wykonywanej przez odwołującego się na własny rachunek za wykonywaną naprzemiennie na terenie Niemiec i Polski wskazał, iż opierał się w tym zakresie na zgromadzonym materiale dowodowym, w tym oświadczeniach odwołującego się o okresie wykonywania usług udokumentowanych złożonymi do akt fakturami. Odwołujący się rozpoczął wykonywanie działalności na własny rachunek w dniu 15.01.2020r., zatem organ rentowy nie dysponował żadnym materiałem dowodowym z wcześniejszego okresu mogącym uzasadniać stanowisko o praktyce naprzemiennego wykonywania działalności na własny rachunek naprzemiennie na terytorium dwóch państw członkowskich UE. Z dokumentacji i oświadczeń złożonych przez odwołującego się za 2020 r. wynika, że przez pierwszą część roku wykonywał wyłącznie na terenie Niemiec, a przez drugą część roku - wyłącznie na terenie Polski. O naprzemiennym wykonywaniu działalności na własny rachunek na terenie Niemiec i Polski można byłoby mówić, gdyby odwołujący się po kilku miesiącach działalności na terenie Niemiec, wykonywał działalność na terenie Polski przez kilka miesięcy, a następnie przez kilka miesięcy lub kilka dni wykonywał działalność na terenie Niemiec. Brak jest jakichkolwiek dowodów, że po okresie wykonywania działalności na własny rachunek w Polsce odwołujący się wykonywał działalność na własny rachunek na terenie Niemiec.

Wskazał, iż samo wystąpienie o wydanie zaświadczenia A1 i jego ewentualne wydanie może uzasadniać stanowisko o naprzemiennym wykonywaniu działalności na własny rachunek przez odwołującego się na terenie dwóch państw członkowski UE. Zaświadczenie A1 wydawane jest na podstawie deklaracji odwołującego się, której zgodność z rzeczywistością może zostać ustalona dopiero po zakończeniu roku podatkowego i dostarczeniu dokumentów księgowych obrazujących to, jak wykonywana była faktycznie działalność na własny rachunek. Odwołujący się nie dostarczył żadnych dowodów potwierdzających, że on lub osoby działające na jego rzecz wykonywały usługi w ramach prowadzonej przez niego działalności gospodarczej w Polsce w okresach, gdy wykonywał on działalność na własny rachunek w Polsce lub na terenie Niemiec w okresach, gdy wykonywał działalność gospodarczą w Polsce.

**Wyrokiem z dnia 14 czerwca 2021r. Sąd Okręgowy** w Suwałkach zmienił zaskarżoną decyzję w ten sposób, że stwierdził, iż M. J. jako osoba prowadząca działalność na własny rachunek podlega ustawodawstwu polskiemu za okres od 3 lutego 2020 r. do 2 lipca 2020 r. i nie ma podstaw do wycofania mu zaświadczenia A1 potwierdzającego,

że w okresie od 15 stycznia 2020 r. do 14 stycznia 2021 r. znajdowało do niego zastosowanie ustawodawstwo polskie. Orzekając o kosztach procesu Sąd Okręgowy zasądził od Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w B. na rzecz M. J. 180 złotych z ustawowymi odsetkami za opóźnienie w spełnieniu świadczenia pieniężnego od dnia uprawomocnienia się wyroku do dnia zapłaty tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego. Sąd Okręgowy w pierwszej kolejności wskazał, iż Sąd miał na uwadze zasadność wniosku odwołującego w zakresie uchylenia zaskarżonej decyzji. Zdaniem Sądu Okręgowego nie ulega wątpliwości, iż organ rentowy poprzez wydanie zaskarżonej decyzji naruszył wobec M. J. podstawowe zasady koordynacji ubezpieczeń społecznych, gdyż miał obowiązek podjęcia czynności zmierzających do ustalenia, któremu systemowi ubezpieczeń (którego kraju) on podlega. Nie ma przy tym istotnego znaczenia działanie płatnika, czyli odwołującego się, a w zasadzie brak działania i nieprzedłożenie organowi rentowemu wymaganych dokumentów. Powołanie się w tym względzie przez odwołującego się na stanowisko Sądu Najwyższego w sprawie I UZ 22/16 ma pełne potwierdzenie w najnowszym wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10.09.2020r. III UK 296/19 co do osób prowadzących działalność gospodarczą na własny rachunek. Sąd Najwyższy wskazał mianowicie na art. 5 ust. 4 rozporządzenia 987/2009. Treść bowiem tego przepisu sugeruje, że w przypadku rozpatrywania podstaw do cofnięcia zaświadczenia A1 instytucja, która wydała to zaświadczenie powinna współpracować z instytucją właściwą miejsca wykonywania pracy, co zakłada nie tylko bieżącą wymianę informacji między tymi instytucjami na temat istnienia albo nieistnienia podstaw do cofnięcia zaświadczenia A1, ale także uzgodnienie stanowiska w przedmiocie tego, któremu ustawodawstwu dana osoba będzie podlegała (z mocą wsteczną) w przypadku cofnięcia zaświadczenia A1.

Stanowisko to należy uznać za jak najbardziej słuszne, gdyż nie może być tak, że osoba, która prowadzi działalność gospodarczą, może nie podlegać ubezpieczeniu społecznemu w żadnym kraju.

Należy jednak mieć na uwadze zdaniem Sądu Okręgowego, że obowiązujące zasady postępowania cywilnego pozbawiają Sąd I instancji możliwości uchylenia zaskarżonej decyzji organu rentowego. Zgodnie mianowicie z art. 477<sup>14</sup> § 2 k.p.c., w przypadku uwzględnienia odwołania sąd zmienia w całości lub w części zaskarżoną decyzję organu rentowego lub zaskarżone orzeczenie wojewódzkiego zespołu do spraw orzekania o niepełnosprawności i orzeka co do istoty sprawy. Tylko stosownie do art. 477<sup>14</sup> § 2<sup>1</sup>, jeżeli decyzja nakładająca na ubezpieczonego zobowiązanie, ustalająca wymiar tego zobowiązania lub obniżająca świadczenie została wydana z rażącym naruszeniem przepisów o postępowaniu przed organem rentowym, sąd uchyla tę decyzję i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania organowi rentowemu. Jednak przeprowadzone przez Sąd I instancji postępowanie dowodowe na okoliczności, które organ rentowy kwestionował i przyjmował za podstawę skarżonej decyzji, ostatecznie dało podstawę do zmiany zaskarżonej decyzji na etapie postępowania przed Sądem Okręgowym, jako sądem pierwszej instancji.

Zaskarżona decyzja nie nakłada natomiast zobowiązania na odwołującego się.

Jednak przeprowadzenie przez Sąd I instancji postępowanie dowodowe na okoliczności, które organ rentowy kwestionował i przyjmował za podstawę skarżonej decyzji, ostatecznie dało podstawę do zmiany zaskarżonej decyzji na etapie postępowania przed Sądem Okręgowym, jako sądem pierwszej instancji.

Organ rentowy cofając zaświadczenie A1 za okres od 15.01.2020r. do 14.01.2021r. uznał, iż odwołujący się w tym okresie nie powadził naprzemiennie działalności gospodarczej na terenie dwóch Państw członkowskich tj. Polski i Niemiec. Przedłożone przez odwołującego się faktury, jego wyjaśnienia t.j. w formie pisemnej złożone oświadczenie, a także zeznania odwołującego się w charakterze strony nie potwierdzają jednak stanowiska organu rentowego w tym zakresie.

Reguła ustalania ustawodawstwa właściwego wynika z art. 11 ust. 3 lit. a rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29.04.2004r. 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), albo ustalenie

ustawodawstwa na podstawie art. 11 jest niemożliwe bądź znacznie utrudnione (jednoczesne wykonywanie pracy na terytorium przynajmniej dwóch państw członkowskich - art. 13 rozporządzenia).

Odwołujący się przez wiele lat pracował wyłącznie w Niemczech. W dniu 15.01.2020r. zarejestrował w Polsce działalność gospodarczą pod szyldem Usługi (...), wskazując jako działalność przeważającą – posadzkarstwo, tapetowanie i oblicowywanie ścian. Siedziba firmy została umiejscowiona w Polsce, w miejscu zamieszkania odwołującego się – wieś P..

Decyzję o rozpoczęciu działalności w Polsce odwołujący się – jak wyjaśnił -- podjął z uwagi na wiek (ur. (...)). Planuje bowiem na stałe pozostać w kraju, stopniowo rezygnując z pracy za granicą. Stwierdzić też należy, że ma do tego pełne prawo. Swoboda prowadzenia i przepływu działalności gospodarczej powoduje, że każdy może zarejestrować prowadzenie działalności gospodarczej w którym kraju chce.

Składając wniosek o wydanie zaświadczenia A1 odwołujący się wskazał, iż zakres jego działalności obejmuje po połowie czasu pracy w Niemczech i w Polsce. Procentowo uzyskiwany przychód w Niemczech miał wynieść 75%, zaś w Polsce 25%. Na podstawie tych informacji organ rentowy wydał w dniu 23.01.2020r. zaświadczenie o ustawodawstwie dotyczącym zabezpieczenia społecznego mającym zastosowanie do osoby uprawnionej – A1, wskazując ustawodawstwo polskie, jako mające zastosowanie w stosunku do odwołującego się. M. J. został również poinformowany o konieczności złożenia informacji (faktur, ewidencji przysiadów i rozchodów) na okoliczność potwierdzenia, czy dane podane we wniosku były zgodne ze stanem faktycznym. Jak wynika z analizy akt organu rentowego, biuro rachunkowe, które zajmuje się obsługą działalności gospodarczej odwołującego się, takie informacje przesłało w dniu 26.01.2021r. Informacje te zawierały ewidencję dochodów w 2020r. oraz faktury za usługi remontowo- budowlane. Z analizy tych dowodów wynika, iż odwołujący się rzeczywiście, przez połowę roku wykonywał prace na terenie Niemiec, a przez następny okres na terenie Polski. Dowody potwierdzają wykonanie konkretnych prac zgodnie z profilem jego działalności gospodarczej, uzyskany dochód oraz czas, który musiał poświęcić na wykonanie tych robót.

Odwołujący się zeznał, iż działalność gospodarczą wykonuje jednoosobowo. Zdarzają się zlecenia, które wymagają wykonania innych prac, niż ma on w profilu swojej działalności i wówczas korzysta z pomocy podwykonawców. Takie zlecenia zdarzają się w Niemczech, natomiast w Polsce przyjmuje zlecenia, które wykonuje samodzielnie.

Zgodnie z treścią przytaczanego już wcześniej art. 13 ust. 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 osoba, która normalnie wykonuje pracę na własny rachunek w dwóch lub w kilku Państwach Członkowskich podlega:

a) ustawodawstwu Państwa Członkowskiego, w którym ma miejsce zamieszkania, jeżeli wykonuje znaczną część pracy w tym Państwie Członkowskim lub

b) ustawodawstwu Państwa Członkowskiego, w którym znajduje się centrum zainteresowania dla jej działalności, jeżeli osoba ta nie zamieszkuje w jednym z Państw Członkowskich, w których wykonuje ona znaczną część swej pracy.

Stan faktyczny w niniejszej sprawie potwierdza, iż w odniesieniu do odwołującego się mamy do czynienia z wykonywaniem przez niego od momentu zarejestrowania w Polsce działalności gospodarczej tj. od 15.01.2020 r., z prowadzeniem działalności gospodarczej w przynajmniej dwóch państwach członkowskich w rozumieniu powyższego przepisu. Przedłożone bowiem już na etapie postępowania przed organem rentowym dowody potwierdzają, że w spornym okresie tj. w roku objętym przedmiotowym zaświadczeniem A1, odwołujący się prowadził działalność gospodarczą w dwóch Państwach Członkowskich. Na marginesie należy wskazać, iż na etapie postępowania sądowego odwołujący się przedłożył kilka faktur, które potwierdzały wykonanie przez niego konkretnych prac remontowo – budowlanych na terenie Niemiec w okresie od lutego do końca maja 2021r. Dowody te oczywiście nie mają związku z okresem, który był przedmiotem niniejszego sporu, niemniej należy zauważyć, że dowody te potwierdzają metodę, jaką



przyjął odwołujący się w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej tj. około pół roku w Niemczech i pozostały czas w Polsce.

W świetle powyższego należy mieć na uwadze, iż art. 14 ust. 6 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009 z dnia 16.09.2009r. dotyczącego wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego konkretyzuje, że osoba, która "normalnie wykonuje pracę na własny rachunek w dwóch lub w więcej państwach członkowskich", oznacza w szczególności osobę, która równocześnie lub na zmianę wykonuje jeden rodzaj lub więcej odrębnych rodzajów pracy na własny rachunek, niezależnie od charakteru tej pracy, w dwóch lub więcej państwach członkowskich. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 02.03.2010r. sygn. II UK 233/09 stwierdził, że chodzi o osobę, która w tym samym czasie w kilku państwach członkowskich świadczy w ramach prowadzonej działalności gospodarczej wiele niezależnych od siebie usług dla różnych klientów, a nie o osobę wykonującą działalność w wielu państwach członkowskich w następujących po sobie okresach (por. też wyrok Sądu Najwyższego z dnia 06.09.2011r., sygn. I UK 84/11).

Natomiast "wykonywanie działalności na zmianę", tak jak ma to miejsce w niniejszej sprawie, musi być rozumiane wąsko. Jeżeli te zmiany będą trwały dłuższy czas, to wówczas będzie można mówić o przejściowym wykonywaniu działalności w rozumieniu art. 12 ust. 2 rozporządzenia nr 883/2004 zgodnie, z którym osoba, która normalnie wykonuje działalność jako osoba pracująca na własny rachunek w państwie członkowskim, a która udaje się, by wykonać podobną działalność w innym państwie członkowskim, nadal podlega ustawodawstwu pierwszego państwa członkowskiego, pod warunkiem, że przewidywany czas takiej pracy nie przekracza 24 miesięcy (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 12.12.2014r.

sygn. III AUa 388/14). Prace wykonywane na zmianę odnoszą się do sytuacji, w których prace nie są wykonywane równocześnie na terytorium kilku państw członkowskich, lecz składają się z następujących po sobie prac wykonywanych jedna po drugiej w różnych państwach członkowskich. Aby ustalić, czy prace są wykonywane w następujących po sobie okresach, należy uwzględnić nie tylko przewidywaną długość okresów pracy, ale także charakter zatrudnienia. Nie ma znaczenia, jak często następują zmiany pracy, natomiast wymagana jest pewna regularność działalności („Praktyczny poradnik. Ustawodawstwo mające zastanawianie w Unii Europejskiej (UE), Europejskim Obszarze Gospodarczym (...) i Szwajcarii” s. 27).

W sprawie nie ma wątpliwości, iż odwołujący się nie tylko zarejestrował działalność gospodarczą w Polsce z zamiarem jej prowadzenia na terenie dwóch Państw Członkowskich, ale rzeczywiście ją prowadzi w takim systemie. Przyjęty przez odwołującego się sposób prowadzenia działalności na zmianę, tj. w regularności po pół roku w Niemczech i Polsce, została przez niego wykazana w wystarczającym stopniu. Żaden przepis nie nakazuje, aby zmiany te następowały w systemie tylko kilku miesięcznym, ani tygodniowym czy dziennym, albo zaczynały się od konkretnego kraju. Istotne jest, aby były one regularne, a tak w przypadku odwołującego się nastąpiło. Metoda przyjęta przez odwołującego się jest nie tylko objęta swobodą działalności gospodarczej, ale również logicznie i wiarygodnie wykazana przez niego. Rodzaj prowadzonej przez odwołującego się działalności gospodarczej daje możliwość takiego planowania zleceń, aby mógł je wykonać w określonych umowami terminach na terenie Niemiec, a następnie Polski. Należy też zwrócić uwagę, że potwierdza to wiarygodność stanowiska odwołującego się, który wskazał, że działalność założył z zamiarem pozostania już na stałe w Polsce, dlatego zrezygnował z połowy czasu pracy na terenie Niemiec, na rzecz zleceń w kraju.

Z powyższych względów zdaniem Sądu pierwszej instancji należało skarżoną decyzję uznać za nieprawidłową. Ocena przez organ rentowy przedłożonych przez odwołującego się dowodów potwierdzających prowadzenie przez niego działalności na terenie dwóch Państw Członkowskich była błędna i w efekcie w sposób nieuprawniony wycofano mu zaświadczenie A1 i nieprawidłowo stwierdzono, że jako osoba prowadząca działalność na własny rachunek nie podlega ustawodawstwu polskiemu od 03.02.2020r. do 02.07.2020r.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Okręgowy na podstawie art. 477<sup>14</sup> §2 k.p.c. zmienił zaskarżoną decyzję w ten sposób, że stwierdził, iż M. J. jako osoba prowadząca działalność na własny rachunek podlega ustawodawstwu polskiemu za

okres od 03.02.2020 r. do 02.07.2020 r. i nie ma podstaw do wycofania mu zaświadczenia A1 potwierdzającego, że w okresie od 15.01.2020r. do 14.01.2021r. znajdowało do niego zastosowanie ustawodawstwo polskie (pkt 1).

O kosztach zastępstwa procesowego rozstrzygnięto na podstawie art. 98 §1, §1<sup>1</sup> i 99 k.p.c. w zw. z §9 ust. 2 rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 22.10.2015r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (t.j. Dz. U. z 2018r. poz. 265 ze zm.).

**W apelacji od tego wyroku wywiezionej** organ rentowy zaskarżył przedstawiony wyrok w całości i zarzucił:

1. naruszenie przepisów prawa materialnego art. 13 ust. 2 rozporządzenia

podstawowego w zw. z art. 14 ust. 6 rozporządzenia wykonawczego poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, iż odwołujący w okresie 15.01.2020 r. - 14.01.2021 r. normalnie wykonywał pracę na własny rachunek w dwóch państwach członkowskich na zmianę;

2. naruszenie przepisów prawa procesowego - poprzez brak wszechstronnego

i należytego rozważenia materiału dowodowego

Wskazując na powyższe apelacja wносиła o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie odwołania, ewentualnie uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania do Sądu Okręgowego, oraz zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych za obie instancje.

**Sąd Apelacyjny zważył co następuje:**

Apelacja ostatecznie okazała się być zasadna ale z innych przyczyn niż w nie podniesiono. Jej uwzględnienie jest bowiem skutkiem nowych okoliczności podniesionych w postępowaniu apelacyjnym, co nie podważa tego, że istotnej części wywodów Sądu Okręgowego nie można odmówić racji.

W orzecznictwie gruntuje się pogląd, że ostateczne ustalenie ustawodawstwa właściwego przez państwo miejsca zamieszkania (co miało miejsce w rozpoznawanej sprawie) jest wiążące dla wszystkich zainteresowanych państw członkowskich. Takie poświadczenie ustawodawstwa ma istotne znaczenie prawne i dowodowe, wedle bowiem art. 5 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r. dotyczącego wykonywania rozporządzenia nr 883/2004 (Dz.U.U.E.L.284.l), dokumenty wydane przez instytucję państwa członkowskiego do celów stosowania rozporządzenia podstawowego i rozporządzenia wykonawczego, stanowiące poświadczenie sytuacji danej osoby oraz dowody to potwierdzające, na podstawie których zostały wydane te dokumenty, są akceptowane przez instytucje pozostałych państw członkowskich tak długo, jak długo nie zostaną wycofane lub uznane za nieważne przez państwo członkowskie, w którym zostały wydane. Pozbawienie zatem mocy i skutków związania takim zaświadczeniem musi być pewnym wyjątkiem i wymaga poprzedzenia decyzji w tym przedmiocie **kolejnym porozumieniem** instytucji państw członkowskich co do tego, że sytuacja danej osoby do celów stosowania rozporządzenia podstawowego i rozporządzenia wykonawczego jest inna niż wynikałoby to z wydanego dokumentu (por. w tym zakresie np.: postanowienie SN z 12.05.2021 r., I (...) 154/21, LEX nr 3171930; wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 10.09.2020r., III UK 296/19; z dnia 10 września 2020 r., III UK 61/19, B. - (...)2020/11-12/23-24; z dnia 10 września 2020 r., III UK 121/19, LEX nr 3080606; z dnia 10 września 2020 r. III UK 123/19 LEX nr 3077430 ). Polski organ rentowy stwierdzający zatem dysharmonię między stanem rzeczywistym a wydanym prawomocnie poświadczeniem właściwego ustawodawstwa powinien zapoczątkować ponowną współpracę (koordynację) z właściwym organem państwa członkowskiego, którego ustawodawstwo wchodziłoby w danych okolicznościach w rachubę – w trybie art. 16 ust. 2 wspomnianego rozporządzenia. Współpraca taka jest konieczna i z tej przyczyny, że wykluczenie własnego ustawodawstwa nie powinno być możliwe bez wstępnego przesądzenia tego, że ubezpieczony znajdzie się w orbicie innego ustawodawstwa. Celem bowiem obu rozporządzeń koordynacyjnych jest to, że ubezpieczony - w związku z realizacją wolności przemieszczania się po wspólnocie i wykonywania aktywności zawodowej – nie zostanie pozbawiony prawa do podlegania ubezpieczeniom społecznym w ogóle. Artykuł 11 ust.

1 rozporządzenia podstawowego stanowi bowiem gwarancje, że niezależnie od rodzaju aktywności zawodowej, z wykonywaniem której łączy się obowiązek ubezpieczenia i liczby krajów członkowskich, w których ją wykonuje, normy kolizyjne rozporządzeń doprowadzą do wyklarowania w danym okresie jednego ustawodawstwa właściwego. W utrwalonym orzecznictwie przyjęto też, że wydawanie poświadczenia ustawodawstwa w polskim systemie następuje w formie decyzji (por. w tym zakresie np. Uchwała SN z 18.03.2010 r., II UZP 2/10, OSNP 2010, nr 17-18, poz. 216.), co nie jest bez znaczenia, bo poza obowiązkiem ponownej koordynacji (porozumienia) co do takiego wycofania z instytucją zagraniczną, koniecznym jest uwzględnienie regulacji dotyczących możliwości wzruszenia prawomocnych decyzji w przedmiocie ubezpieczenia (por. art. 83a ustawa z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1009).

W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10 września 2020 r. ( III UK 123/19 LEX nr 3077430) Sąd Najwyższy wyjaśnił, że przypadku rozpatrywania podstaw do cofnięcia zaświadczenia A1 instytucja, która wydała to zaświadczenie, powinna współpracować z instytucją właściwą miejsca wykonywania pracy, co zakłada nie tylko bieżącą wymianę informacji między tymi instytucjami na temat istnienia albo nieistnienia podstaw do cofnięcia zaświadczenia A1 ale także uzgodnienie stanowiska w **przedmiocie tego, któremu ustawodawstwu dana osoba będzie podlegała (z mocą wsteczną)** w przypadku cofnięcia zaświadczenia A1. Wyrok ten zmierzał zatem do istotnego zabezpieczenia interesu ubezpieczonego aby wskutek uchylem nie mu dotychczasowego ustawodawstwa w zakresie ubezpieczenia społecznego, nie przestał on podlegać jakimkolwiek ustawodawstwom. Z kolei w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10 września 2020 r., III UK 121/19 ,LEX nr 3080606 Sąd Najwyższy wyjaśnił w aspekcie procesowym, że w przypadku konieczności uprzedniego wyczerpania procedury współpracy przez polski organ rentowy z organem rentowym innego państwa członkowskiego przed wydaniem decyzji unieważniających wydanie zaświadczenia A1, decyzje powinny zostać uchylone a sprawa ponownie rozpoznana przez organ rentowy we współpracy z instytucją właściwą innego Państwa Członkowskiego. Organ rentowy wydając zaskarżoną decyzję w dniu 22 lutego 2021 r. nie podjął współpracy z niemieckim odpowiednikiem, zmierzającej do uzyskania stanowiska organu niemieckiego czy utrata podlegania polskiemu systemowi ubezpieczeń skutkować będzie objęciem go ustawodawstwem niemieckim. Dopiero na rozprawie apelacyjnej organ rentowy poinformował o wystąpieniu do instytucji niemieckiej pismem z dnia 14 lipca 2021r. (k.69 -72). Przy czym wysłane pismo do niemieckiej instytucji ubezpieczeniowej w drodze elektronicznej zawierało nieprawidłowo dołączony załącznik i w istocie nie doprowadziło do podjęcia współpracy między organami, bowiem organ niemiecki w świetle udzielonej na formularza A0006 odpowiedzi nie uwzględnił złożonego wniosku z uwagi właśnie na wady załącznika (k. 73-77). Polski organ ponownie wystąpił do niemieckiej instytucji ubezpieczeniowej w dniu 22.04.2022 r. (k.78 in.) , co może rodzić wrażenie podejmowania czynności nie tyle zmierzających do wyjaśniania sytuacji odwołującego, co przewlekania postępowania apelacyjnego.

Jak wiadomo w sprawach z ubezpieczeń społecznych miarodajny jest stan rzeczy z chwili wydania decyzji, (por. wyroki z dnia 10 marca 1998 r., II UKN 555/97 - OSNAPiUS 1999 nr 5, poz. 181 oraz z dnia 20 maja 2004 r., II UK 395/03 - OSNP 2005 nr 3, poz. 43). ) stąd działania organu rentowego podjęte po wydaniu decyzji, zmierzające do usunięcia wcześniejszych własnych zaniedbań w zakresie podjęcia współpracy z instytucją niemiecką nie uzasadniają zawieszania postępowania do czasu uzasadnienia stanowisk, co zresztą może nie nastąpić, zważywszy na pierwszą reakcję strony niemieckiej. Uchylenie zaskarżonego wyroku i decyzji umożliwi natomiast organowi rentowemu dokonanie ponownej analizy sytuacji ubezpieczonego i ewentualne wydanie w razie potrzeby nowej decyzji w przedmiocie spornego okresu, po uwzględnieniu wszystkich nowych okoliczności, a przede wszystkim po zajęciu stanowisku przez organ niemiecki, co jest kluczowe w przypadku cofnięcia poświadczenia A1. Trzeba jednak zastrzec, że dokonywanie oceny właściwego ustawodawstwa ex post poprzez odwoływanie się do późniejszych zdarzeń dot. aktywności odwołującego się nie może być dominującym powodem zmiany decyzji. W tym zakresie organ rentowy powinien wziąć również pod uwagę i to, że nieprzewidywalny rozwój pandemii miał istotny wpływ na prowadzenie prawie wszystkich rodzajów działalności gospodarczej, stąd plany przedsiębiorców w zakresie miejsca i rozmiaru prowadzenia działalności ulegały zmianie nawet bez ich woli. W konsekwencji czego retroaktywne zmienianie prawomocnych decyzji wedle stanu wiedzy nabytej przez organ po pandemii musi być bardzo ostrożne.

Analizując kwestię pracy w dwóch państwach naprzemiennie, zdaniem Sądu A. – nie przesądzając tej kwestii – trzeba zauważyć, że rozważania Sądu Okręgowego co do tego, że w spornym okresie odwołujący wykonywał działalność kolejno w dwóch państwach w rozumieniu art. 13 ust. 2 rozporządzenia podstawowego, z uwzględnieniem wykładni tej normy dokonanej w art. 14 ust. 5-8 - nie są pozbawione argumentów. W świetle bowiem art. 14 ust. 6 do celów stosowania art. 13 ust. 2 rozporządzenia podstawowego osoba, która „normalnie wykonuje pracę na własny rachunek w dwóch lub w więcej państwach członkowskich”, oznacza w szczególności osobę, która równocześnie lub na zmianę wykonuje jeden rodzaj lub więcej odrębnych rodzajów pracy na własny rachunek, niezależnie od charakteru tej pracy, w dwóch lub więcej państwach członkowskich. Zgodnie z ust. 7 art. 14 rozporządzenia wykonawczego w rozróżnianiu pracy wykonywanej zgodnie z ust. 5 i 6 od sytuacji opisanych w art. 12 ust. 1 i 2 rozporządzenia podstawowego, rozstrzygające znaczenie ma czas trwania pracy w jednym lub więcej państwach członkowskich (bez względu na to, czy ma ona charakter stały, incydentalny czy tymczasowy). W tym celu przeprowadza się ogólną ocenę wszystkich istotnych okoliczności obejmujących w szczególności, w przypadku osoby wykonującej pracę najemną, miejsce pracy określone w umowie o pracę. Istotna jest dla stosowania art. 13 ust. 2 rozporządzenia podstawowego definicja pojęcia „znacznej części pracy najemnej lub działalności na własny rachunek”, co oznacza wykonywanie w państwie członkowskim znacznej pod względem ilościowym części pracy najemnej lub pracy na własny rachunek wykonywanej w tym państwie członkowskim, przy czym nie musi to być koniecznie największa część tej pracy. W celu określenia (art. 14 ust. 8 rozporządzenia wykonawczego), czy znaczna część pracy jest wykonywana w danym państwie członkowskim, należy uwzględnić w przypadku pracy na własny rachunek – obrót, czas pracy, liczba świadczonych usług lub dochód. W ramach ogólnej oceny, spełnienie powyższych kryteriów w proporcji mniejszej niż 25 % tych kryteriów wskazuje, że znaczna część pracy nie jest wykonywana w danym państwie członkowskim.

Z zaskarżonej decyzji nie wynika w istocie sposób porównywania kryteriów (taką próbę organ podjął po rozprawie apelacyjnej), który uzasadniałby przyjęcie, że odwołujący nie spełnił przesłanki wykonywania znacznej części pracy w Polsce w całym okresie na który uprzednio uzyskał A1. Trzeba zauważyć, iż redakcja art. 14 ust. 8 odwołuje się wprawdzie do kwantytatywnego kryterium 25 %, ale nie wprowadza ściśle mechanicznego mechanizmu, ocena tych kryteriów ma być dokonywana ogólnie, a zatem do wszystkich wspomnianych kryteriów łącznie, a nie każdego z nich osobno. Zgodzić się zatem należy z Sądem Okręgowym, że okoliczności niniejszej sprawy nie wykluczały uznania, że odwołujący wykonywał pracę w dwóch państwach naprzemiennie, zwłaszcza w nietypowym okresie pandemii, która miała istotny wpływ na działalność gospodarczą prawie wszystkich przedsiębiorców, zgodnie z treścią poświadczenia A1 jakie uprzednio uzyskał.

W tym stanie rzeczy Sąd Apelacyjny na podstawie art. 447<sup>14a</sup> k.p.c. w zw. z 386 § 4 k.p.c. orzekł jak na wstępie

Jak wiadomo sąd rozstrzyga o kosztach procesu w każdym orzeczeniu kończącym sprawę w instancji (art. 108 § 1 k.p.c.), przy czym zgodnie z art. 108 §2 k.p.c. w przypadku uchylenia wyroku i przekazania sprawy do rozpoznania sądowi pierwszej instancji pozostawia się temu sądowi rozstrzygnięcie o kosztach instancji odwoławczej. Przepis ten nie ma zastosowania w przypadku wydania wyroku sądu drugiej instancji uchylającego zarówno wyrok sądu pierwszej instancji jak i poprzedzającą go decyzję organu rentowego i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania bezpośrednio organowi rentowemu (art. 477<sup>14a</sup> k.p.c.) – tak jak ma to miejsce w niniejszej sprawie. W orzecznictwie utrwała się pogląd, że w takim przypadku sąd drugiej instancji orzeka o kosztach procesu (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 11 maja 2011 r. I UZ 3/11; LEX nr 1402599).

Uchylenie decyzji organu rentowego należało potraktować - w sytuacji gdy przyczyną tego było wydanie jej przedwcześnie, bez podjęcia współpracy z odpowiednim niemieckim organem rentowym - za stronę przegrywającą niniejsze postępowanie w rozumieniu art. 98 § 1 k.p.c. co uzasadnia zasądzenie kosztów procesu za obie instancje na rzecz odwołującego. Z tej przyczyny pozostawiono w mocy punkt 2 wyroku Sądu Okręgowego (Sąd Apelacyjny nie uchylił tego punktu wyroku) oraz orzekł o kosztach procesu za drugą instancją na podstawie art. 98 § 1 i 1<sup>1</sup> i 3 k.p.c. w zw. art. 99 k.p.c. uwzględniając stawki wynagrodzenia radcy prawnego, o których mowa w § 9 ust. 2 i § 10 ust. 1

pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U z 2018 r. poz. 265 j.t.).