

Sygn. akt III AUa 650/18

## WYROK

**W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 17 stycznia 2019 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku - III Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Michał Bober
Sędziowie:	SA Iwona Krzeczowska - Lasoń (spr.) SO del. Tomasz Koronowski
Protokolant:	sekr. sądowy Katarzyna Kręska

po rozpoznaniu w dniu 17 stycznia 2019 r. w Gdańsku

sprawy T. K.

z udziałem O. S. i M. G.

przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddział w G.

o wydanie zaświadczenia o podleganiu ustawodawstwu polskiemu w zakresie ubezpieczeń społecznych

na skutek apelacji T. K.

od wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku VII Wydziału Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 2 lutego 2018 r., sygn. akt VII U 1981/17

- 1) uchyla zaskarżony wyrok oraz poprzedzające go decyzje i sprawę przekazuje do ponownego rozpoznania bezpośrednio organowi rentowemu;
- 2) zasądza od Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w G. na rzecz T. K. kwotę 60,00 (sześćdziesiąt 00/100) złotych tytułem zwrotu kosztów procesu za drugą instancję.

SSO del. Tomasz Koronowski SSA Michał Bober SSA Iwona Krzeczowska – Lasoń

**Sygn. akt III AUa 650/18**

## UZASADNIENIE

Decyzją nr (...) z dnia 17 sierpnia 2016 r. Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w G. odmówił wydania zaświadczenia o ustawodawstwie dotyczącym zabezpieczenia społecznego mającym zastosowanie do osoby uprawnionej na formularzu A1 dla M. G. na okres od dnia 14 maja 2016 r. do dnia 30 czerwca 2016 r. i od dnia 1 lipca 2016 r. do dnia 31 grudnia 2016 r.

Decyzją nr (...) z dnia 17 sierpnia 2016 r. Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w G. odmówił wydania zaświadczenia o ustawodawstwie dotyczącym zabezpieczenia społecznego mającym zastosowanie do osoby uprawnionej na formularzu A1 dla O. S. na okres od dnia 1 lipca 2016 r. do dnia 31 grudnia 2016 r.

Odwołania od powyższych decyzji wniósł T. K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą (...), domagając się ich uchylecia oraz obciążenia pozwanego kosztami procesu.

W odpowiedzi na odwołania pozwany wniósł o ich oddalenie, podtrzymując stanowisko i argumentację zawarte w zaskarżonych decyzjach.

Żadna ze stron w pierwszym piśmie procesowym nie wniosła o przeprowadzenie rozprawy. Postanowieniem z dnia 23 lutego 2017 r. sprawy z odwołań od obydwu decyzji zostały połączone celem wspólnego rozpoznania i rozstrzygnięcia.

Sąd Okręgowy w Gdańsku VII Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych wyrokiem z dnia 2 lutego 2018 r. w sprawie VII 1981/17 oddalił odwołania.

Podstawę tego rozstrzygnięcia stanowiły następujące ustalenia i rozważania Sądu pierwszej instancji.

Płatnik składek T. K. od dnia 1 lipca 2008 r. prowadzi pozarolniczą działalność gospodarczą pod firmą (...). Przedmiotem tej działalności

są usługi podwykonawcze dla firm w zakresie wykonawstwa konstrukcji stalowych

i budownictwa. Od dnia 1 stycznia 2015 r. płatnik wystąpił do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w G. z wnioskami o wydanie zaświadczenia o ustawodawstwie właściwym dla pracowników delegowanych na terytorium innego państwa członkowskiego Unii Europejskich na podstawie art. 12 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu i Rady (WE) Nr 883/2004. Pozwany w kwietniu 2016 r. przeprowadził u płatnika składek kontrolę, którą objął ubezpieczonych, w stosunku do których płatnik złożył powyższe wnioski. Pozwany ustalił, iż płatnik zawiera umowy zlecenia w celu realizacji umów kooperacyjnych poza granicami Polski, nie ma personelu administracyjnego w państwach, do których zamierzał delegować pracowników, w Polsce sam zajmuje się rekrutowaniem pracowników i zawiera umowy, sprawami finansowo – księgowymi i sprawozdawczymi zajmuje się biuro rachunkowe, pracownicy w stosunku do których składał wnioski o zaświadczenie

A1 wykonywali pracę w Polsce, ale przed 2014 r., z uwagi na brak zaświadczeń A1 nie deleguje zleceniobiorców do pracy za granicą mając na uwadze, że jego kontrahent zagraniczny uzależnia rozpoczęcie pracy od posiadania zaświadczenia A1. Nadto pozwany ustalił, że w 2015 r. płatnik nie osiągnął żadnego obrotu rozumianego jako kwota uzyskana lub należna za wykonanie usług w Polsce oraz żaden z delegowanych pracowników nie wykonywał pracy w Polsce. W dniu 14 maja 2016 r. płatnik T. K., w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, zawarł z M. G. umowę zlecenia, na podstawie której M. G. zobowiązał się do wykonania prac monterskich konstrukcji metalowo – budowlanych o charakterze pomocniczym, w ramach umów krajowych oraz w ramach zleceń produkcyjnych otrzymywanych przez płatnika od firmy

w Niemczech. Strony w umowie ustaliły początek prac na dzień 16 maja 2016 r. Płatnik zgłosił M. G. do ubezpieczeń społecznych i ubezpieczenia zdrowotnego z tytułu wykonywania umowy zlecenia, począwszy od dnia 14 maja 2016 r. W dniu 16 maja 2016 r. płatnik wystąpił do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w G. o wydanie zaświadczenia dotyczącego ustawodawstwa właściwego dla M. G. na okres

od dnia 14 maja 2016 r. do dnia 30 czerwca 2016 r., do kraju delegowania Austrii wskazując, iż nie był on dotychczas delegowany na terytorium tego państwa członkowskiego. Nadto wskazał, iż M. G. nie jest delegowany, by zastąpić inną osobę. W pkt 5 wniosku, tj. Dane dotyczące charakteru i zakresu prowadzonej działalności, płatnik wskazał następujące dane z 12 miesięcy poprzedzających złożenie wniosku: średnie obroty (w %) osiągnięte

w Polsce – 100, średnie obroty (w %) osiągnięte w innych państwach – 0, liczba pracowników wykonujących pracę w Polsce (za wyjątkiem pracowników administracyjnych) – 12, liczba pracowników delegowanych – 0, liczba umów/kontraktów realizowanych w Polsce – 2, liczba umów/kontraktów realizowanych za granicą – 1. Kolejną umowę zlecenia, na podstawie której M. G. zobowiązał się do wykonania prac monterskich konstrukcji metalowo – budowlanych o charakterze pomocniczym, w ramach umów krajowych oraz w ramach zleceń produkcyjnych

otrzymywanych przez płatnika od firmy w Niemczech strony zawarły w dniu 30 czerwca 2016 r., przy czym początek prac ustaliły na dzień 1 lipca 2016 r. W dniu

30 czerwca 2016 r. płatnik ponownie wystąpił do pozwanego o wydanie zaświadczenia dotyczącego ustawodawstwa właściwego dla M. G. na okres od dnia 1 lipca 2016 r. do dnia 31 grudnia 2016 r., do kraju delegowania Austrii, wskazując, iż M. G. nie jest delegowany, by zastąpić inną osobę oraz wypełniając pkt 5 wniosku, tj. Dane dotyczące charakteru i zakresu prowadzonej działalności, w ten sam sposób, jak we wniosku wcześniejszym. W dniu 30 czerwca 2016 r. płatnik składek, w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, zawarł z O. S. umowę zlecenia, na podstawie której O. S. zobowiązał się do wykonania prac monterskich konstrukcji metalowo – budowlanych o charakterze pomocniczym, w ramach umów krajowych oraz w ramach zleceń produkcyjnych otrzymywanych przez płatnika od firmy w Niemczech. Strony w umowie ustaliły początek prac na dzień 1 lipca 2016 r. Z tytułu wykonywania umowy zlecenia płatnik zgłosił O. S. do ubezpieczeń społecznych i ubezpieczenia zdrowotnego. W dniu

30 czerwca 2016 r. płatnik wystąpił do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział

w G. o wydanie zaświadczenia dotyczącego ustawodawstwa właściwego dla O. S. na okres od dnia 1 lipca 2016 r. do dnia 31 grudnia 2016 r. do kraju delegowania Austrii wskazując, iż nie był on dotychczas delegowany na terytorium tego państwa członkowskiego. Nadto wskazał, iż O. S. nie jest delegowany, by zastąpić inną osobę. W pkt 5 wniosku, tj. Dane dotyczące charakteru i zakresu prowadzonej działalności, płatnik wskazał następujące dane z 12 miesięcy poprzedzających złożenie wniosku: średnie obroty (w %) osiągnię w Polsce – 100, średnie obroty (w %) osiągnię w innych państwach –

0, liczba pracowników wykonujących pracę w Polsce (za wyjątkiem pracowników administracyjnych) – 19, liczba pracowników delegowanych – 0, liczba umów/kontraktów realizowanych w Polsce – 2, liczba umów/kontraktów realizowanych za granicą – 1. Pismem z dnia 18 lipca 2016 r. płatnik został zobowiązany przez pozwanego do przedłożenia faktur za usługi wykonane w ramach prowadzonej przez niego działalności w Polsce w okresie

od stycznia 2016 r. do czerwca 2016 r., umów/kontraktów podpisanych przez niego w celu świadczenia usług w Polsce oraz umów/kontraktów podpisanych przez niego w celu świadczenia usług na terenie Austrii. W piśmie z dnia 4 sierpnia 2016 r. płatnik wskazał,

iż w okresie od stycznia 2016 r. do czerwca 2016 r. nie wykonywał usług w Polsce. Pozwany w dniu 17 sierpnia 2016 r. wydał zaskarżone decyzje.

Sąd Okręgowy w pierwszej kolejności wskazał, że wystąpiły przesłanki określone

w art. 148<sup>(1)</sup>k.p.c., uzasadniające wydanie wyroku na posiedzeniu niejawnym, ponieważ

po złożeniu przez strony pism procesowych i dokumentów Sąd uznał, że przeprowadzenie rozprawy nie jest konieczne. W szczególności, żadna ze stron w pierwszym piśmie procesowym nie wniosła o przeprowadzenie rozprawy, stan faktyczny w sprawie był bezsporny, a strony zajęły stanowiska w sprawie na piśmie. Przedmiotem sporu w niniejszej sprawie była zasadność decyzji odmawiających płatnikowi składek wydania zaświadczeń

o ustawodawstwie właściwym dotyczącym ubezpieczenia społecznego mającym zastosowanie do osoby uprawnionej na formularzu A1 za osoby i okresy wskazane

w zaskarżonych decyzjach. Kwestie związane z ustaleniem i zastosowaniem właściwego ustawodawstwa w zakresie zabezpieczenia społecznego w stosunku do osób migrujących od maja 2010 r. reguluje w sposób zasadniczy w stosunku do Państw Członkowskich Unii Europejskiej rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz.U. UE. L 2004, Nr 166, poz. 1; dalej rozporządzenie nr 883/2004) oraz rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r. dotyczące wykonywania rozporządzenia nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz. U. UE. L 2009, Nr 284, poz. 1; dalej rozporządzenie nr 987/2009). Przepisy powyższe – zawierające reguły kolizyjne w zakresie zasad podlegania systemom ubezpieczeń społecznych - stały się integralną częścią polskiego porządku prawnego bez konieczności ich implementacji. Zgodnie z art. 12 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 (ust. 1). 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. Normatywne znaczenie wyrażenia „normalnego prowadzenia działalności” wymaga dalszej analizy przepisów prawa unijnego. I tak, art. 14 rozporządzenia nr 987/2009 uszczegółowia, do celów stosowania art. 12 ust. 1 rozporządzenia podstawowego „osoba, która wykonuje działalność jako pracownik najemny w państwie członkowskim w imieniu pracodawcy, który normalnie tam prowadzi swoją działalność, a która jest delegowana przez tego pracodawcę do innego państwa członkowskiego”, oznacza także osobę zatrudnioną w celu oddelegowania jej do innego państwa członkowskiego pod warunkiem, że osoba ta bezpośrednio przed rozpoczęciem zatrudnienia podlega już ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym siedzibę ma jej pracodawca (ust. 1). Do celów stosowania art. 12 ust. 1 rozporządzenia podstawowego sformułowanie „który normalnie tam prowadzi swą działalność” odnosi się do pracodawcy zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności, innej niż działalność związana

z samym zarządzaniem wewnętrznym, na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, z uwzględnieniem wszystkich kryteriów charakteryzujących działalność prowadzoną przez dane przedsiębiorstwo. Odnośne kryteria muszą zostać dopasowane do specyficznych cech każdego pracodawcy i do rzeczywistego charakteru prowadzonej działalności (ust. 2). Zwrócić także należy uwagę na postanowienia Decyzji A2 Komisji Administracyjnej d/s Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego z dnia 12 czerwca 2009 r. dotyczącej wykładni art. 12 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 w sprawie ustawodawstwa mającego zastosowanie do pracowników delegowanych i osób wykonujących pracę na własny rachunek tymczasowo pracujących poza państwem właściwym (Dz. Urz. UE nr C 106/2 z 24 kwietnia 2010 r.). 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. Już w pkt 3 - 7 preambuły wskazano, że (...) pierwszym decydującym warunkiem dla zastosowania art. 12 ust.

1 wspomnianego rozporządzenia jest istnienie bezpośredniego związku między pracodawcą a zatrudnionym przez niego pracownikiem. Ochrona pracownika i bezpieczeństwo prawne, do którego on sam i instytucja, w której jest ubezpieczony mają prawo, wymagają pełnych gwarancji utrzymania bezpośredniego związku przez cały okres delegowania. Drugim decydującym warunkiem dla zastosowania art. 12 ust. 1 rozporządzenia 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; dlatego przyjmuje się, że powyższe przepisy mają zastosowanie jedynie do przedsiębiorstw, które zazwyczaj prowadzą znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego, w którym mają siedzibę. Bez uszczerbku dla indywidualnej oceny w konkretnych przypadkach powinno się określić orientacyjne okresy dla pracowników najemnych i osób wykonujących pracę na własny rachunek. Gwarancja utrzymania bezpośredniego związku przestaje istnieć, jeżeli pracownik delegowany zostaje oddany do dyspozycji trzeciego przedsiębiorstwa. Decyzja A2 stanowi w pkt 1, iż przepisy art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 stosuje się do pracownika podlegającego ustawodawstwu państwa członkowskiego (państwa wysyłającego) z tytułu wykonywania pracy na rzecz pracodawcy, który zostaje wysłany przez tego pracodawcę

do innego państwa członkowskiego (państwa zatrudnienia) w celu wykonywania tam pracy na rzecz tego pracodawcy. Pracę uważa się za wykonywaną na rzecz pracodawcy państwa wysyłającego jeżeli ustalono, że praca ta jest wykonywana dla tego pracodawcy oraz

że wciąż istnieje bezpośredni związek między pracownikiem a pracodawcą, który go oddelegował. W celu ustalenia, czy taki bezpośredni związek wciąż istnieje, a zatem dla przyjęcia, że pracownik nadal podlega zwierzchnictwu pracodawcy, który go oddelegował, należy uwzględnić szereg elementów, w tym odpowiedzialność za rekrutację, umowę o pracę, wynagrodzenie (niezależnie od ewentualnych umów między pracodawcą

w państwie wysyłającym a przedsiębiorstwem w państwie zatrudnienia, dotyczących wynagradzania pracowników) i zwalniania oraz prawo do określania charakteru pracy. Dla celów stosowania art. 14 ust. 1 rozporządzenia nr 987/2009, tytułem wskazówki, wymóg,

do którego odnoszą się słowa „bezpośrednio przed rozpoczęciem zatrudnienia”, można uważać za spełniony, jeśli dana osoba podlega przez co najmniej miesiąc ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym pracodawca ma swoją siedzibę. Krótsze okresy wymagać będą indywidualnej oceny w konkretnych przypadkach, z uwzględnieniem wszelkich innych występujących czynników. 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. 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. Z kolei stosownie do pkt 4 decyzji A2 przepisy art. 12 ust.

1 rozporządzenia nr 883/2004 nie mają zastosowania lub przestają mieć zastosowanie,

w szczególności: a) gdy przedsiębiorstwo, do którego pracownik został oddelegowany, pozostawia go do dyspozycji innego przedsiębiorstwa w państwie członkowskim, w którym się znajduje; b) gdy pracownik delegowany do danego państwa członkowskiego zostaje pozostawiony do dyspozycji przedsiębiorstwa znajdującego się w innym państwie członkowskim; c) gdy pracownik jest rekrutowany w danym państwie członkowskim w celu wysłania go przez przedsiębiorstwo znajdujące się w drugim państwie członkowskim

do przedsiębiorstwa w trzecim państwie członkowskim. Publikacją odnoszącą się

do analizowanego zagadnienia jest „Praktyczny poradnik: Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej (UE), w Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) i w Szwajcarii”. Przedmiotowa publikacja Komisji Europejskiej nie

ma waloru wiążącego, niemniej wskazuje na pewną unijną praktykę wykładni art. 14 ust.

2 rozporządzenia 987/2009 i z tego względu nie może być pomijany w procesie stosowania prawa, choćby ze względu na zasadę solidarności państw członkowskich. W Praktycznym poradniku stwierdza się mianowicie, 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. Jak trafnie zauważył Sąd Najwyższy w wyroku z dnia

18 listopada 2015 r. (II UK 100/14, OSNP 2016/7/88) z przedstawionych powyżej regulacji wynika zatem, 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 987/2009 próg 25 % odnosi się jedynie do kryteriów ilościowych branż 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. Sąd Najwyższy w ww. wyroku z dnia

18 listopada 2015 r. zwrócił uwagę, 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.

W świetle powyższego należy dojść do wniosku, że 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. Kryterium 25 % - jak dalej wywodził Sąd Najwyższy w cytowanym wyroku - nie znajduje również oparcia

w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości. W pierwszej kolejności trzeba przypomnieć,

że część przepisów dotyczących koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego oraz treść decyzji A2 Komisji Administracyjnej jest wyrazem uwzględnienia orzecznictwa Trybunału. Decyzja A2 potwierdza przede wszystkim ustalenia Trybunału zawarte w wyroku z dnia 10 lutego 2000 r. w sprawie C-202/97, w którym Trybunał stwierdził, że przy ocenie, czy dane przedsiębiorstwo prowadzi znaczącą działalność w państwie członkowskim, instytucja właściwa musi zbadać wszystkie kryteria charakterystyczne dla działalności prowadzonej przez przedsiębiorstwo. Następnie stwierdził, że kryteria te obejmują 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. Trybunał podkreślił, że lista ta nie jest wyczerpująca, a wybór kryteriów powinien być dostosowany do każdego konkretnego przypadku. Sąd rozpoznający sprawę niniejszą w pełni podziela stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w uzasadnieniu wyroku II UK 100/14, zgodnie z którym 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 uwzględniać wszystkie kryteria charakteryzujące jego działalność oraz charakter przedsiębiorstwa delegującego. Wybór kryteriów powinien być dostosowany do konkretnego wypadku. Ocena ta powinna mieć charakter całościowy, a zatem stanowić ogólny wniosek wynikający z rozważenia wszystkich przyjętych kryteriów. Kryterium obrotu nie ma decydującego lub szczególnego znaczenia, jednakże osiągnięcie obrotu w państwie siedziby przedsiębiorstwa delegującego w wysokości około 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 (decyzji A2 i Praktycznym poradniku), nie ma charakteru wyczerpującego, lecz przykładowy. Oznacza to, że organ rentowy (jako instytucja właściwa), a następnie sąd kontrolujący w postępowaniu cywilnym jej prawidłowość, mogą i powinny w razie potrzeby wziąć pod uwagę także inne kryteria i okoliczności. Jednocześnie dla stwierdzenia, czy działalność ta jest znacząca we wskazanym sensie, instytucja właściwa, i ewentualnie sąd, powinny, jak wynika z literalnego brzmienia orzeczenia Trybunału, decyzji nr A2 i Praktycznego poradnika, 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. Mając na względzie powyższe, należy zwrócić uwagę, że w zaskarżonych decyzjach pozwany prawidłowo wziął pod uwagę, zgodnie z przytoczonymi powyżej regulacjami, czynniki, jakie powinny być brane pod uwagę przy badaniu kryterium normalnej działalności (art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004), czy też znacznej części działalności innej niż zarządzanie wewnętrzne (art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009), nie ograniczając się wyłącznie do kryterium 25 % całkowitego obrotu w państwie delegującym – wbrew wywodom płatnika składek T. K. w odwołaniu. Pozwany ustalił, iż w 2015 r. płatnik nie osiągnął żadnego obrotu rozumianego jako kwota uzyskana lub należna za wykonanie usług w Polsce. W protokole kontroli stwierdził jednoznacznie, iż w 2015 r. nie wystąpiły u płatnika żadne kwoty stanowiące podstawę opodatkowania podatkiem od towarów i usług. Podstawą ustaleń pozwanego były kserokopie deklaracji Vat za okres od stycznia 2014 r. do grudnia 2015 r. Odnośnie 2016 r. wskazał należy, iż płatnik w piśmie z 4 sierpnia 2016 r. przyznał, iż nie posiada faktur za realizację prac krajowych, bowiem w tym okresie prace takie nie były wykonywane. Ustaleń powyższych pozwanego płatnik nie zdołał podważyć. W toku postępowania sądowego został zobowiązany do podania następujących informacji za rok 2016: liczby personelu administracyjnego z Polsce i za granicą (z rozbiem na poszczególne miesiące), ilości umów zawartych z klientami polskimi i zagranicznymi (z rozbiem na poszczególne miesiące), liczby umów wykonanych w Polsce i za granicą (z rozbiem na poszczególne miesiące), przychodu osiąganego z działalności na terenie Polski i za granicą (z rozbiem na poszczególne miesiące), obrotu generowanego w Polsce i za granicą (z rozbiem na poszczególne miesiące). W odpowiedzi płatnik podał, iż zatrudnił 2 osoby jako personel administracyjny na terenie kraju i za granicą, zadania tych pracowników dotyczyły nadzoru nad realizacją prac, rozliczania prac i rozliczania zleceniobiorców z wykonanych zadań, działalności w zakresie finansowo – księgowym i kadrowo – płacowym oraz sprawozdawczości. Informacja powyższa jako sprzeczna z zeznaniem płatnika, złożonym do protokołu przesłuchania w toku kontroli ZUS, jest niewiarygodna. W toku kontroli płatnik wskazał bowiem, iż nie ma żadnego personelu administracyjnego w państwach, do których zamierzał delegować pracowników, w Polsce sam zajmuje się rekrutowaniem pracowników i zawiera umowy, sprawami finansowo – księgowymi i sprawozdawczymi zajmuje się biuro rachunkowe. Niewiarygodna jest również podana przez płatnika ilość umów zawartych, realizowanych z klientami polskimi i zagranicznymi – jako sprzeczna z podanymi przez niego danymi w pkt 5 wniosków

o wydanie zaświadczenia dotyczącego ustawodawstwa właściwego dla M. G. oraz dla O. S.. We wnioskach tych płatnik podał (z 12 miesięcy wstecz), że liczba umów/kontraktów realizowanych w Polsce wynosi 2 oraz liczba umów/kontraktów realizowanych za granicą wynosi 1. Będąc zobowiązanym do podania przychodu osiąganego z działalności na terenie Polski i za granicą (z rozbiciem na poszczególne miesiące) oraz obrotu generowanego w Polsce i za granicą (z rozbiciem na poszczególne miesiące) płatnik stwierdził, iż w jego opinii „zgodnej ze stanem faktycznym, przychód z działalności na terenie kraju i za granicą jest tożsamy ze zrealizowanym obrotem przez powoda w ujęciu krajowym i zagranicznym”. Na potwierdzenie powyższego załączył tabelę – „Zapisy w księdze i buforze za rok: 2016 (zestawienie narastająco). Tabela ta przedstawia zapisy (z rozbiciem na poszczególne miesiące 2016 r.) jedynie kwot przychodu, nie zawiera rozróżnienia na przychód osiągnięty w Polsce oraz za granicą. Jako taka nie stanowi dowodu na potwierdzenie przychodu osiąganego z działalności na terenie Polski

i za granicą. Płatnik nie wykazał, iż pkt 5 wniosku o wydanie zaświadczenia A1, tj. Dane dotyczące charakteru i zakresu prowadzonej działalności (z 12 miesięcy poprzedzających złożenie wniosku), tj. średnie obroty (w %) osiągnane w Polsce – 100, ma odzwierciedlenie

w rzeczywistości. Co więcej, sam przyznał w piśmie z dnia 4 sierpnia 2016 r., iż nie posiada faktur za realizację prac krajowych, bowiem w tym okresie prace takie nie były wykonywane. A zatem stwierdzić należy, iż płatnik składek nie prowadził w Polsce znacznej części działalności w rozumieniu art. 14 rozporządzenia (WE) nr 987/2009. Tym samym nie spełnia warunków do delegowania pracowników w trybie art. 12 rozporządzenia (WE) nr 883/2004 – M. G. i O. S.. Działalność płatnika w Polsce ogranicza się jedynie

do zarządzania wewnętrznego. W tym zakresie Sąd Okręgowy podzielił stanowisko Sądu Najwyższego, iż obecność wyłącznie personelu administracyjnego w państwie delegującym wyłącza możliwość zastosowania do tego przedsiębiorstwa przepisów dotyczących delegowania (tak: postanowienie składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia

17 czerwca 2015 r., III UZP 5/15, niepubl.). Biorąc powyższe pod uwagę Sąd I Instancji,

na podstawie powyższych przepisów i na zasadzie art. 477<sup>(14)</sup> § 1 k.p.c., oddalił odwołania.

Apelację od wyroku wywiódł T. K. zaskarżając go w całości i zarzucając Sądowi I Instancji błędną ocenę stanu faktycznego związanego z wnioskiem o wydanie zaświadczenia o ustawodawstwie dotyczącym zabezpieczenia społecznego mającym, zastosowanie do osoby uprawnionej na formularzu A1 oraz pominięcie w postępowaniu dowodowym wielu istotnych faktów, które w konsekwencji doprowadziło do złamania kardynalnej zasady prawdy materialnej w postępowaniu sądowym.

Wskazując na powyższe podstawy wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez wydanie wyroku zgodnego w jego wnioskami lub uchylenie zaskarżonego wyroku

w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I Instancji oraz zasądzenie kosztów postępowania sądowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu apelacji skarżący wskazał, że analizując uzasadnienie wyroku Sądu

I instancji należy stwierdzić, że Sąd zakwestionował możliwość wydania zaświadczeń

A1 z dwóch powodów: stwierdzono, że nie prowadzi w Polsce znacznej części działalności, stwierdzono, że w ramach prowadzonej działalności na terenie kraju ogranicza się wyłącznie do zarządzania wewnętrznego. W każdej z wydawanych przez pozwanego odmownych decyzji w sprawie zaświadczenia A1 przewija się zasadniczo tylko ta przyczyna. Sąd

I instancji oceniając spełnienie kryteriów do wydania zaświadczeń A1 dla delegowanych pracowników apelującego oparł się na jednym kryterium: stwierdził, że organ rentowy zasadnie odmówił wydania przywołanych zaświadczeń bo powód nie wykazał osiągnięcia wskaźnika przynajmniej 25 % obrotów w państwie delegującym, w okresie na który wnioskował o wydanie zaświadczeń. Stwierdził natomiast, że wnioskodawca nie realizował jakichkolwiek umów na terenie Polski w okresie styczeń – sierpień 2016 r. Zdaniem skarżącego ustawodawca wspólnotowy w żadnym z aktów prawnych, w szczególności rozporządzeniach (WE) nr 1408/71, 883/2004 i 987/2009, nie wymienia kryterium wielkości obrotów realizowanych w państwie delegującym jako kryterium wyrażone wskaźnikiem koniecznym na poziomie co najmniej 25 %. Kryterium to występuje wyłącznie



w przywołanym dokumencie, który ma charakter instruktażowy i nie stanowi powszechnie obowiązującego źródła prawa.

Organ rentowy w odpowiedzi na apelację wniósł o jej oddalenie i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego za drugą instancję.

### **Sąd Apelacyjny zważył co następuje:**

Apelacja płatnika składek skutkuje uchynieniem zaskarżonego wyroku i poprzedzających go decyzji organu rentowego i przekazaniem sprawy do ponownego rozpoznania bezpośrednio organowi rentowemu.

Sąd Apelacyjny w niniejszym składzie podzielił pogląd prawny wyrażony w wyrokach Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia: 25 lipca 2018 r. w sprawie III AUa 1957/17,

14 listopada 2018 r. w sprawie III AUa 370/18 oraz 28 listopada 2018 r. w sprawie III AUa 456/18 wskazując, że wydanie decyzji o ustaleniu ustawodawstwa właściwego musi poprzedzać procedura wymagana przez art. 16 ust. 4 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/09 z dnia 16 września 2009 r. dotyczącego wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/04 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz.U.UE.L Nr 284, s. 1 z późn. zm.; dalej rozporządzenie nr 987/09),

a w każdym innym przypadku aniżeli ze spektrum przypadków, do których może znaleźć art. 13 rozporządzenia Parlamentu 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; Dz.U.UE-sp.05-5-72, dalej rozporządzenie nr 883/2004) (tj. wykonywania pracy najmuje

w dwóch lub więcej państwach członkowskich) procedura przewidziana w art.

6 rozporządzenia nr 987/2009.

Stosownie do tej procedury osoba zainteresowana objęciem art. 13 rozporządzenia nr 883/2004 (osobą tą może być pracodawca) informuje o tym fakcie instytucję właściwą według miejsca zamieszkania ubezpieczonego – art. 16 ust. 1 rozporządzenia nr 987/2009 (zatem w niniejszej sprawie – ZUS). Informację taką stanowi w szczególności wniosek o wydanie zaświadczenia na formularzu A1. Organ rentowy po przeprowadzeniu stosownego postępowania wyjaśniającego winien ustalić ustawodawstwo właściwe, a takie wstępne ustalenie ma charakter tymczasowy. Organ rentowy winien poinformować przy tym instytucje wszystkich Państw Członkowskich, w których praca jest wykonywana o swoim tymczasowym określeniu ustawodawstwa (art. 16 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009). Powyższe ustalenie może polegać na poświadczeniu stosowania ustawodawstwa państwa zamieszkania osoby zainteresowanej lub na wydaniu decyzji tymczasowo stwierdzającej brak podstaw

do stosowania tego ustawodawstwa (z uwagi na zasadę terytorialności instytucja miejsca zamieszkania ubezpieczonego nie jest uprawniona do określenia jako właściwego ustawodawstwa innego państwa członkowskiego – por. K. Ślebzak, Ustalenie ustawodawstwa tymczasowego na podstawie rozporządzeń nr 883/2004 oraz 987/2009, PiZS 7/2014 str. 4). Jednocześnie ZUS oraz sąd ubezpieczeń społecznych są pozbawieni kompetencji do samodzielnej oceny stosunku prawnego stanowiącego tytuł ubezpieczenia społecznego w innym państwie członkowskim wobec osoby wnoszącej o ustalenie właściwego ustawodawstwa (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2016 r., I UZ 22/16, LEX nr 2159129). Nie ulega więc wątpliwości, że organ rentowy nie może dokonywać oceny czy dany tytuł do ubezpieczenia może powodować objęcie ubezpieczeniem społecznym w innym kraju.

Powyższe oznacza, że pozwany organ rentowy w decyzji tymczasowej mógł zarówno ustalić, że ubezpieczony podlega ustawodawstwu polskiemu lub stwierdzić brak podstaw dla podlegania temu ustawodawstwu. Tymczasowe ustalenie ustawodawstwa miejsca zamieszkania osoby zainteresowanej staje się ostateczne w terminie dwóch miesięcy od momentu poinformowania o nim instytucji państw członkowskich, o ile ustawodawstwo nie zostało określone na podstawie art. 16 ust. 4 rozporządzenia nr 987/2009 albo gdy przynajmniej jedna z zainteresowanych instytucji państw członkowskich poinformuje instytucję właściwą według miejsca zamieszkania przed upływem tego terminu o niemożności zaakceptowania ustalonego ustawodawstwa lub o swojej odmiennej opinii

w tej kwestii (art. 16 ust. 3 rozporządzenia nr 987/2009). Z kolei w przypadku bezskutecznego upływu terminu dwóch miesięcy, gdy tymczasowo określone zostało jako właściwe ustawodawstwo miejsca zamieszkania zainteresowanego, instytucja miejsca zamieszkania winna wydać decyzję ostateczną stwierdzającą podleganie ustawodawstwu państwa zamieszkania. W sytuacji zaś, gdy określenie tymczasowe wyłączało stosowanie ustawodawstwa miejsca zamieszkania zainteresowanego, a właściwe instytucje po ich poinformowaniu wydały decyzję o ustaleniu jako właściwego ustawodawstwa miejsca wykonywania pracy przez zainteresowanego, to instytucja państwa zamieszkania winna wydać decyzję ostateczną stwierdzającą brak podstaw do stosowania ustawodawstwa państwa zamieszkania zainteresowanego.

Inaczej przebiega to postępowanie w sytuacji, gdy jedna z zainteresowanych instytucji zgłosiła zastrzeżenie do tymczasowego określenia jako właściwego ustawodawstwa państwa zamieszkania zainteresowanego oraz wówczas, gdy tymczasowe określenie wyłączało stosowanie ustawodawstwa miejsca zamieszkania zainteresowanego, a właściwe instytucje miejsca wykonywania pracy po ich poinformowaniu nie podjęły kontaktu z instytucją miejsca zamieszkania (takie milczenie należy traktować jako spór między instytucjami). W takim przypadku zastosowanie winna znaleźć regulacja przewidziana w art. 16 ust. 4 rozporządzenia nr 987/2009. Konieczne jest wówczas nawiązanie kontaktu przez instytucje lub władze dwóch lub więcej zainteresowanych Państw Członkowskich, a ustawodawstwo właściwe ustala się na podstawie wspólnego porozumienia z uwzględnieniem przepisów art. 13 i 14 rozporządzenia nr 883/2004. Zastosowanie winna mieć w tej sytuacji również decyzja nr A1 Komisji Administracyjnej w sprawie ustanowienia procedury dialogu i koncyliacji w zakresie ważności dokumentów, określenia ustawodawstwa właściwego oraz udzielania świadczeń na mocy rozporządzenia nr 883/2004. W przypadku wszczęcia opisanej powyżej procedury uzgodnieniowej, aby zapobiec niedopuszczalnemu z punktu widzenia zasad koordynacji skutkowi w postaci wyłączenia pracownika zarówno z systemu ubezpieczenia miejsca zamieszkania, jak i z systemu ubezpieczenia miejsca wykonywania pracy - w trybie art. 6 rozporządzenia wykonawczego i decyzji nr A1 jest wydawana decyzja o tymczasowym stosowaniu ustawodawstwa. Ostateczny etap sporu między instytucjami może zostać rozstrzygnięty przez Komisję Administracyjną.

Abstrahując więc od tego, czy wydanie przez pozwanego decyzji odmawiającej wydania wnioskodawcy zaświadczenia o podleganiu ustawodawstwu polskiemu było trafne, pozwany był zobligowany do powiadomienia austriackiej instytucji ubezpieczeniowej

o odmowie wydania zaświadczeń A1 o podleganiu ustawodawstwu polskiemu. Instytucja austriacka nie została zawiadomiona ani o treści wydanej przez pozwanego decyzji, ani motywach, które legły u podstaw jej wydania, co ostatecznie doprowadziło do sytuacji,

że M. G. i O. S. nie podlega w okresach określonych w zaskarżonych decyzjach ubezpieczeniu społecznemu ani w Polsce, ani w innym państwie członkowskim. Austriacka instytucja ubezpieczeniowa nie wie bowiem, jakie były ustalenia ZUS i nie wie,

że M. G. i O. S. zostali wyłączeni z polskiego systemu ubezpieczeń społecznych. Wobec powyższego nie miała możliwości zająć stanowiska w sprawie. Pozwany nie wydał także decyzji tymczasowej przez co również nie uruchomił procedury zmierzającej do ostatecznego określenia ustawodawstwa w przypadku M. G.

i O. S.. Nie ulega więc wątpliwości, że ZUS poprzez wydanie zaskarżonych decyzji naruszył podstawowe zasady koordynacji ubezpieczeń społecznych.

Z tych względów, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386 § 4 k.p.c. w zw. z art. 477<sup>14a</sup> k.p.c. uchylił zaskarżony wyrok oraz poprzedzające go decyzje i sprawę przekazał bezpośrednio organowi rentowemu do ponownego rozpoznania.

O kosztach Sąd II instancji orzekł na zasadzie art. 98 § 1 k.p.c. w zw. z art.

108 § 1 k.p.c. i art. 36 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 300) zasądzać od pozwanego na rzecz T. K. kwotę 60 zł tytułem zwrotu opłaty od apelacji (2x30 zł) kierując się stanowiskiem -

w zakresie ustalenia strony zobligowanej do zwrotu kosztów procesu w sytuacji zastosowania przez Sąd art. 386 § 4 k.p.c. w zw. z art. 477<sup>14a</sup> k.p.c. – zaprezentowanym przez Sąd Najwyższy w uzasadnieniu postanowienia z dnia 17 października 2011 r.,

I UZ 33/11, LEX nr 1227573.

SSO del. Tomasz Koronowski SSA Michał Bober SSA Iwona Krzeczowska - Lason