

*Sygn. akt III AUa 1159/18*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 5 czerwca 2020 r.*

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

*Przewodniczący: Sędzia SA Magdalena Kostro-Wesołowska (spr.)*

*Sędziowie: Sędzia SA Anna Michalik*

*Sędzia SO del. Marzena Wasilewska*

*Protokolant: protokolant Eryk Nersisyan*

*po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 czerwca 2020 r. w W.*

*sprawy S. S.*

*przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych I Oddział w W.*

*o podleganie ubezpieczeniom społecznym*

*na skutek apelacji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych I Oddział w W.*

*od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie XIV Wydział Ubezpieczeń Społecznych*

*z dnia 25 lipca 2018 r. sygn. akt XIV U 2848/16*

**I. uchyła zaskarżony wyrok oraz poprzedzającą go decyzję Zakładu Ubezpieczeń Społecznych I Oddział w W. z dnia 27 września 2016r. nr (...)i sprawę przekazuje do ponownego rozpoznania temu organowi rentowemu;**

**II. oddala apelację w pozostałej części**

**Anna Michalik Magdalena Kostro-Wesołowska Marzena Wasilewska**

*III AUa 1159/18*

## UZASADNIENIE

S. S. odwołał się od decyzji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych I Oddziału w W. z 27 września 2016 r., nr (...), stwierdzającej na podstawie art. 83 ust. 1 pkt 1, art. 68 ust. 1 pkt 1 lit. a, art. 6 ust. 1 pkt 5, art. 12 ust. 1, art. 13 pkt 4 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych, że jako osoba prowadząca pozarolniczą działalność gospodarczą podlega obowiązkowo ubezpieczeniom emerytalnemu, rentowym i wypadkowemu od 1 stycznia 2016 r. Odwołujący się wniósł o zmianę zaskarżonej decyzji w całości oraz uznanie, że podlega w zakresie ubezpieczeń społecznych prawu i ustawodawstwu (...)lub uchylenie decyzji i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania oraz zasądzenie na jego rzecz od organu rentowego kosztów procesu według norm przewidzianych.

Organ rentowy wnosił o oddalenie odwołania oraz o zasądzenie na jego rzecz od odwołującego się kosztów postępowania, a w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd Okręgowy w Warszawie XIV Wydział Ubezpieczeń Społecznych wyrokiem z 25 lipca 2018 r. zmienił zaskarżoną decyzję w ten sposób, że stwierdził, że odwołujący się S. S. jako osoba prowadząca pozarolniczą działalność gospodarczą nie podlega obowiązkowym ubezpieczeniom emerytalnemu, rentowym, wypadkowemu od 1 stycznia 2016 r. Sąd Okręgowy ustalił jako okoliczność bezsporną, że odwołujący się prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą (...). W dniu 30 grudnia 2015 r. odwołujący się dokonał wyrejestrowania z ubezpieczeń społecznych od 1 stycznia 2016 r. (formularz ZUS ZWUA). W dniu 1 stycznia 2016 r. odwołujący się zawarł umowę o pracę z (...)z siedzibą w L.. Strony ustaliły, że stosunek pracy rozpoczyna się 1 stycznia 2016 r. W ramach umowy odwołujący się miał się zajmować sprzątaniami biur, prywatnych mieszkań i domów (umowa o pracę - tłumaczenie przez tłumacza przysięgłego języka (...))k. 29-32 a. s.). Za wykonywaną pracę u pracodawcy (...) odwołujący się otrzymywał w okresie od stycznia 2016 r. do września 2016 r. wynagrodzenie w wysokości 679,04 (...)netto miesięcznie (wydruki dokumentów elektronicznych - tłumaczenie przez tłumacza przysięgłego języka (...) k. 39-47 a. s.). W dniu 8 marca 2016 r. został mu nadany numer ubezpieczenia społecznego w (...) (zaświadczenie - tłumaczenie przez tłumacza przysięgłego języka (...))k. 36 a. s.). Odwołujący się w każdym miesiącu przebywa od 7 do 10 dni w (...), gdzie pracuje. Dyrektor spółki (...) P. Ż., w zależności od tego, ile jest pracy, informuje odwołującego się, kiedy ma przyjechać do L.. W firmie pracuje ok. 18 osób, wszyscy są Polakami. Firma (...) rozliczana jest w (...) i tam też odprowadzane są podatki. Dyrektor firmy wynajmuje w (...)dwa apartamenty, w jednym z nich zamieszkuje odwołujący się wraz z innymi współpracownikami. Praca polega na sprzątanii posesji oraz biur, porządkowaniu ogrodów – wszystko to jest związane z doprowadzeniem danej nieruchomości do używalności, lepszego stanu. Nie ma ustalonego limitu przepracowanych godzin, odwołujący się pracuje w ciągu dnia tyle czasu, na ile starcza mu sił, im szybciej zostanie wykonana praca, tym szybszy jest powrót do Polski (zeznania odwołującego się k. 106-108 a. s., zeznania świadka P. Ż. k. 142 a. s., umowa najmu – tłumaczenie przez tłumacza przysięgłego języka angielskiego k. 57 a. s.).

W Polsce odwołujący się jako kierowca taksówki zrzeszony jest w korporacji (...), od której dostaje zlecenia. Pracuje w różnych godzinach. Odwołujący się chciał płacić dobrowolną składkę zdrowotną z tytułu prowadzonej działalności, jednak został poinformowany przez pracownika ZUS, że skoro pracuje w (...), nie może opłacać w Polsce składek. Odwołujący się posiada w samochodzie kasę fiskalną, która drukuje raporty, wykazujące miesięczny obrót. Odwołujący się rozlicza się z urzędem skarbowym w formie karty podatkowej. Przedstawił raport dotyczący dochodów osiągniętych z tytułu działalności gospodarczej w oparciu o kasę fiskalną za okres od 9 kwietnia 2017r. do 3 września 2017 r., z którego wynika, że obrót wyniósł 24.817,60 zł. Dochody z jeżdżenia taksówką oraz dochody z pracy w (...)są porównywalne. Jednak, aby osiągnąć taki dochód jak w (...), w Polsce odwołujący się musi pracować 20 dni (zeznania odwołującego się k. 106-108 a. s., raport k. 112 a. s.). Organ rentowy odpowiadając Sądowi Okręgowemu na pytanie, czy pomiędzy ZUS a (...)instytucją ubezpieczeniową toczy się postępowanie mające na celu uzyskanie potwierdzenia, czy odwołujący się podlega (...) systemowi ubezpieczeniowemu, podał, że takie postępowanie nie toczy się. Pismem z 8 września 2016 r. instytucja (...)została powiadomiona o ustalonym ustawodawstwie wobec odwołującego się, jednakże nie wniosła zastrzeżeń (pismo k. 116-117 a. s.). Ustalenia faktyczne zostały poczynione na podstawie niekwestionowanych dokumentów zgromadzonych w aktach rentowych oraz w aktach sprawy, którym Sąd dał wiarę w całej rozciągłości. Sąd dał też wiarę zeznaniom odwołującego się oraz świadka P. Ż., które są spójne i logiczne, znajdują potwierdzenie w zgromadzonych dokumentach, dlatego Sąd nadał im walor wiarygodności w zakresie, w jakim posłużyły do stwierdzenia stanu faktycznego.

Przy takich ustaleniach faktycznych Sąd Okręgowy uznał odwołanie za zasadne. Zważył, że przedmiotem sporu były nie tyle ustalenia odnośnie do zaistniałych faktów, co ich interpretacja i wynikające z niej konsekwencje prawne. Odwołujący się dążył do wykazania, że spełnione zostały przesłanki do uznania, że w spornym okresie podlegał w zakresie zabezpieczenia społecznego ustawodawstwu (...). W związku z powyższym Sąd podniósł, że kwestie związane z ustaleniem i stosowaniem właściwego ustawodawstwa w zakresie ubezpieczenia społecznego w stosunku do osób migrujących w ramach Państw Członkowskich Unii Europejskiej reguluje w sposób zasadniczy rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady Nr 883/04 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz. Urz. UE L 166/1 z dnia 7 czerwca 2004 r., dalej jako: rozporządzenie 883/2004 ewentualnie jako rozporządzenie podstawowe) oraz rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady Nr 987/09 z dnia 16 września 2009 r. dotyczące wykonywania rozporządzenia (WE) Nr 883/04 w sprawie koordynacji

systemów zabezpieczenia społecznego (Dz. Urz. UE L 284/1, dalej jako: rozporządzenie 987/2009 ewentualnie rozporządzenie wykonawcze). W preambule do rozporządzenia podstawowego podkreślono, iż pracownicy najemni i osoby prowadzące działalność na własny rachunek przemieszczające się we Wspólnocie powinny być objęte systemem zabezpieczenia społecznego tylko jednego Państwa Członkowskiego w celu uniknięcia zbiegu właściwych ustawodawstw i wynikających z tego komplikacji. Koordynacja systemów zabezpieczenia społecznego została oparta na czterech ogólnych zasadach: równego traktowania obywateli własnych i obcych, stosowania ustawodawstwa tylko jednego państwa członkowskiego, zachowania praw w trakcie nabywania i zachowania praw nabytych. Najpierw Sąd Okręgowy wyjaśnił, że w art. 11 ust. 1 rozporządzenia podstawowego wyrażono generalną zasadę podlegania ustawodawstwu jednego państwa członkowskiego. Oznacza to z jednej strony, że osoba przemieszczająca się w obrębie Unii nie może być pozbawiona ochrony socjalnej (wyłączona z systemu zabezpieczenia społecznego jakiegokolwiek państwa członkowskiego), z drugiej natomiast strony nie jest dopuszczalne podwójne obciążanie zainteresowanego z racji konieczności podlegania systemowi zabezpieczenia społecznego więcej aniżeli jednego państwa członkowskiego. W myśl art. 13 ust. 3 rozporządzenia podstawowego, osoba, która normalnie wykonuje pracę najemną i pracę na własny rachunek w różnych Państwach Członkowskich podlega ustawodawstwu Państwa Członkowskiego, w którym wykonuje swoją pracę najemną. Zgodnie z przepisem art. 1 lit. a i b tego rozporządzenia określenie „praca najemna” oznacza wszelką pracę lub sytuację równoważną traktowaną jako taką do celów stosowania ustawodawstwa w zakresie zabezpieczenia społecznego Państwa Członkowskiego, w którym taka praca lub sytuacja ma miejsce. Oznacza to, że przyjęcie związania się stosunkiem pracy w (...) przez odwołującego się, prowadzącego równoległe działalność gospodarczą w Polsce, w świetle art. 13 ust. 3 rozporządzenia skutkować winno co do zasady podleganiem przez niego w zakresie ubezpieczeń społecznych ustawodawstwu (...). Jednakże art. 14 ust. 5b rozporządzenia wykonywania wykonawczego stanowi, że praca o charakterze marginalnym nie będzie brana pod uwagę do celów określenia mającego zastosowanie ustawodawstwa na mocy art. 13 rozporządzenia podstawowego. Praca o charakterze marginalnym nie została do tej pory zdefiniowana. Z informacji zamieszczonej w internetowej bazie wiedzy Zakładu Ubezpieczeń Społecznych wynika, że praca o marginalnym charakterze to praca, która jest stała, ale ma niewielkie znaczenie pod względem czasu oraz zysku ekonomicznego. Zaleca się, aby przyjąć wskaźnik, zgodnie z którym za pracę o marginalnym charakterze uznawać będzie się pracę zajmującą mniej niż 5% regularnego czasu pracy pracownika i/ lub przynoszącą mniej niż 5% jego całkowitego wynagrodzenia. Sąd Okręgowy wskazał, że skoro tak, to przyjmując że średnio miesięcznie pracownik winien przepracować 176 godzin, a odwołujący się pracę najemną wykonywał ok. 10. dni w miesiącu, to było to łącznie 28 godzin (zgodnie z umową o pracę wymiar czasu pracy wynosi 20 godzin tygodniowo). Zatem czas pracy stanowił średnio 16% regularnego czasu pracy. Po przeprowadzeniu takiej analizy Sąd doszedł do przekonania, że praca wykonywana przez odwołującego się w (...) nie była pracą marginalną. Dalej Sąd wskazał, że w sprawie polski organ rentowy podjął współpracę z instytucją w (...) w celu ustalenia, czy odwołujący się wnoszący o ustalenie właściwego ustawodawstwa objęty jest systemem zabezpieczenia społecznego z tytułu pracy najemnej na terenie (...), jednakże instytucja (...) nie zajęła żadnego stanowiska. Przy bezspornej okoliczności normalnej pracy na własny rachunek na terenie Polski, odwołujący się w sposób nie budzący wątpliwości udowodnił, że podpisał na terytorium (...) umowę o pracę oraz udowodnił fakt rzeczywistego wykonywania normalnej pracy najemnej. Dokumenty w postaci umowy o pracę, zaświadczenia o nadaniu numeru ubezpieczenia społecznego w (...), wydruki dokumentów elektronicznych dotyczących otrzymywanego wynagrodzenia, potwierdzają fakt normalnego wykonywania pracy za granicą oraz pozwalają na pewne stwierdzenie, że praca wiązała się z realizacją określonego zakresu obowiązków. Zeznania odwołującego się złożone w charakterze strony, jak i zeznania świadka P. Ż., przełożonego odwołującego się w (...), na okoliczność wykonywanej pracy są spójne i tworzą logiczną całość.

Dalej Sąd Okręgowy zważył, że odwołujący się, aby podlegać prawodawstwu unijnemu miał obowiązek wykazać tzw. element transgraniczny, co sprowadzało się do udowodnienia, że zamieszkiwał na terytorium (...) w celu świadczenia pracy na warunkach zapisanych w umowie i rzeczywiście, fizycznie realizował wyznaczony mu przez pracodawcę zakres obowiązków pracowniczych. Na tę okoliczność odwołujący się przedstawił dowód w postaci umowy najmu mieszkania w L. korespondujący z zeznaniami świadka - P. Ż.. Świadek zeznał, że odwołujący się podczas przyjazdów do (...) w celu wykonywania pracy, zamieszkiwał w wynajmowanym przez niego apartamencie wraz z innymi współpracownikami. Wprawdzie wynagrodzenie za pracę najemną jak też dochód z własnej działalności gospodarczej plasowały się na podobnym pułapie, jednakże przy zbiegu dwóch tytułów ubezpieczeń społecznych:

prowadzenia własnej działalności gospodarczej i pracy najemnej, prawo europejskie przypisuje pierwszeństwo pracy najemnej. Zatem odwołujący się nie podlega ustawodawstwu polskiemu.

Powyższe względy skutkowały wnioskiem o zaistnieniu podstaw faktycznych do zastosowania art. 13 ust. 3 rozporządzenia podstawowego. Odwołujący się potwierdził okoliczności świadczenia pracy na terenie (...), wobec czego decyzja organu rentowego była nieprawidłowa. W konsekwencji Sąd Okręgowy na podstawie art. 477<sup>14</sup> § 2 k.p.c. zmienił ją w ten sposób, że stwierdził, iż odwołujący się jako osoba prowadząca pozarolniczą działalność gospodarczą nie podlega obowiązkowym ubezpieczeniom emerytalnemu, rentowym, wypadkowemu od 1 stycznia 2016 r.

**Apelację od wyroku Sądu Okręgowego złożył organ rentowy.** Apelujący zaskarżył wyrok w całości zarzucając Sądowi: - naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dowolną, a nie swobodną ocenę dowodów, a w konsekwencji wyprowadzenie błędnego wniosku, zgodnie z którym odwołujący się w spornym okresie faktycznie realizował umowę o pracę na terenie (...)

Na tej podstawie organ rentowy wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez oddalenie odwołania oraz zasądzenie kosztów postępowania na rzecz Zakładu za obie instancje.

Przedmiot sporu, według apelującego, stanowiła kwestia faktycznego wykonywania pracy najemnej przez odwołującego się na terenie (...), państwa, obok (...), stanowiącego jeden z najczęściej wybieranych kierunków pozornego zatrudnienia podejmowanego w celu uniknięcia obowiązku opłacania składek na ZUS. Zdaniem apelującego, odwołujący się nie przedstawił żadnych dowodów bezpośrednio potwierdzających fakt świadczenia pracy na terenie (...). Brak było dowodów na okoliczność regularnie wykonywanych przejazdów na trasie Polska - (...)dowodów płatności dokonywanych za granicą, zeznań osób, które miały odpłatnie przewozić odwołującego się. Faktu wykonywania pracy nie potwierdziła żadna osoba, która nie byłaby zainteresowana wynikiem postępowania. Jako znamienne apelujący ocenił to, iż prawie wszystkie dokumenty przedstawione w sprawie, których dat można być pewnym, pochodzą z początku 2016 r. (jedyny bilet lotniczy i nadanie tymczasowego numeru NIN). Przy pozornym podjęciu zatrudnienia za granicą regułą jest, iż podróż do pozornego miejsca świadczenia pracy odbywana jest tylko raz, na początku okresu zatrudnienia. W kolejnych miesiącach uiszczana jest jedynie opłata na rzecz podmiotu oferującego optymalizację. Dalej apelujący wskazał na istotne sprzeczności w materiale dowodowym.

W ocenie organu rentowego w niniejszej sprawie ciężar wykazania faktycznego wykonywania pracy za granicą spoczywał na odwołującym się i odwołujący się nie sprostował temu ciężarowi.

Pełnomocnik odwołującego się w odpowiedzi na apelację wniósł o jej oddalenie i zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego za postępowanie apelacyjne.

**Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.** Apelacja organu rentowego podlega uwzględnieniu ze skutkiem uchylenia nie tylko zaskarżonego wyroku ale i poprzedzającej go decyzji, aczkolwiek z przyczyn innych niż zostały w niej podniesione. Sformułowany w niej zarzut naruszenia prawa procesowego w postaci art. 233 § 1 k.p.c. przez dowolną ocenę dowodów, a w konsekwencji wyprowadzenie błędnego wniosku, że odwołujący się w spornym okresie faktycznie realizował umowę o pracę na terenie (...), jest zarzutem o tyle nietrafionym, że nie jest dopuszczalna ocena stosunku prawnego stanowiącego tytuł ubezpieczenia społecznego w innym państwie członkowskim przez instytucję miejsca zamieszkania, jak i później przez organ odwoławczy, osoby, w stosunku do której w gruncie rzeczy chodzi o ustalenie właściwego ustawodawstwa, także gdy kwestia oceny stosunku prawnego stanowiącego tytuł ubezpieczenia społecznego w innym państwie członkowskim miałyby stanowić przesłankę rozstrzygnięcia. Stwierdzenia bowiem spełnienia warunków ubezpieczenia społecznego w systemie prawnym państwa wykonywania pracy podlegającym koordynacji na podstawie rozporządzenia nr 883/2004 dokonują organy właściwe do stosowania tego prawa. W takim aspekcie zgłoszony zarzut procesowy nie mógł w ogóle podlegać badaniu w postępowaniu apelacyjnym, skoro obejmował faktyczne wykonywanie pracy najemnej w innym państwie członkowskim. Podstawę do uwzględnienia apelacji stanowiło naruszenie prawa materialnego, brane pod uwagę jako wyraz realizacji obowiązku zastosowania właściwego prawa materialnego, więc także usunięcia błędów prawnych sądu pierwszej instancji, mimo

braku zarzutu apelacyjnego w tym względzie. Zbieg tytułów do ubezpieczenia społecznego reguluje rozporządzenie nr 883/2004. Zgodnie z jego art. 11 ust. 1 osoby, do których stosuje się to rozporządzenie, podlegają ustawodawstwu tylko jednego państwa członkowskiego. Zadaniem tej reguły jest wyeliminowanie komplikacji mogących wynikać z jednoczesnego zastosowania kilku krajowych ustawodawstw i tym samym ułatwienie realizacji zasady swobodnego przemieszczania się wewnątrz Unii. Osoba, która normalnie wykonuje pracę najemną i pracę na własny rachunek w różnych państwach członkowskich UE, podlega ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym wykonuje pracę najemną (art. 13 ust. 3 rozporządzenia nr 883/2004), z zastrzeżeniem wynikającym z art. 14 rozporządzenia nr 987/2009, a mianowicie, że praca o charakterze marginalnym nie będzie brana pod uwagę do celów określenia mającego zastosowanie ustawodawstwa na mocy art. 13 rozporządzenia nr 883/2004. Wykładni art. 13 ust. 3 rozporządzenia nr 883/2004, jak wyjaśnił Sąd Najwyższy w wyroku z 16 stycznia 2019 r., I UK 392/17, należy dokonywać w ten sposób, że w celu określenia ustawodawstwa krajowego mającego zastosowanie na podstawie tego przepisu do osoby, która zwykle wykonuje pracę najemną i prowadzi działalność na własny rachunek w różnych państwach członkowskich, należy wziąć pod uwagę wymogi ustanowione w art. 14 ust. 5b oraz w art. 16 rozporządzenia nr 987/2009 (por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 lipca 2017 r., C-89/16, curia.eu). Na tle powyższych rozwiązań, jak w powołanym wyżej wyroku wywiódł Sąd Najwyższy, ukształtowała się jednolita praktyka orzecznicza zapoczątkowana wyrokiem Sądu Najwyższego z 6 czerwca 2013 r., II UK 333/12 (OSNP 2014 nr 3, poz. 47), zgodnie z którym nie jest dopuszczalna ocena stosunku prawnego stanowiącego tytuł ubezpieczenia społecznego w innym państwie członkowskim przez instytucję miejsca zamieszkania osoby wnoszącej o ustalenie właściwego ustawodawstwa. Stwierdzenia spełnienia warunków ubezpieczenia społecznego w systemie prawnym państwa wykonywania pracy podlegającym koordynacji na podstawie rozporządzenia nr 883/2004 dokonują organy właściwe do stosowania tego prawa. Przedmiotowy wyrok z 6 czerwca 2013 r. zapadł w stanie faktycznym, który nie dotyczył problematyki pracy marginalnej, bowiem rzecz dotyczyła wątpliwości związanej ze świadczeniem pracy najemnej od 2010 r. Natomiast z dniem 28 czerwca 2012 r. do art. 14 rozporządzenia nr 987/2009 dodano ust. 5b („praca o charakterze marginalnym nie będzie brana pod uwagę do celów określenia mającego zastosowanie ustawodawstwa na mocy art. 13 rozporządzenia podstawowego. Art. 16 rozporządzenia wykonawczego stosuje się we wszystkich przypadkach objętych niniejszym artykułem”). Z tych względów nadal instytucja właściwa według miejsca zamieszkania wnioskodawcy nie ma kompetencji do oceny spełnienia warunków objęcia wnioskodawcy ubezpieczeniem społecznym w innym państwie członkowskim z tytułu wykonywania tam pracy najemnej, przy czym podstawowe zasady ulegają pewnym modyfikacjom w sytuacji, gdy wykonywana praca ma charakter marginalny. Procedura ustalania ustawodawstwa właściwego na potrzeby stosowania art. 13 rozporządzenia nr 883/2004 została uregulowana w art. 16 rozporządzenia 987/2009. Wynika z niego, że: 1) osoba objęta art. 13 informuje o tym fakcie (jednoczesnego wykonywania pracy najemnej oraz prowadzenia działalności) instytucję właściwą miejsca zamieszkania (art. 16 ust. 1 rozporządzenia); 2) instytucja właściwa niezwłocznie ustala ustawodawstwo właściwe, przy czym takie wstępne określenie ma charakter tymczasowy; jednocześnie instytucja ta informuje wyznaczone instytucje każdego państwa członkowskiego, w którym wykonywana jest praca, o swoim tymczasowym określeniu (art. 16 ust. 2 rozporządzenia); 3) tymczasowe określenie ustawodawstwa staje się ostateczne w terminie dwóch miesięcy od momentu poinformowania o tym instytucji wyznaczonych przez właściwe władze zainteresowanych państw członkowskich, jeśli: a) ustawodawstwo nie zostało określone na podstawie art. 16 ust. 4 rozporządzenia albo b) przynajmniej jedna z zainteresowanych instytucji nie poinformuje instytucji miejsca zamieszkania przed upływem terminu dwóch miesięcy o niemożności zaakceptowania ustalonego ustawodawstwa przez instytucję miejsca zamieszkania lub o swojej odmiennej opinii w tej kwestii ( art. 16 ust. 3 rozporządzenia), oraz 4) instytucja właściwa państwa, którego ustawodawstwo zostało tymczasowo lub ostatecznie określone jako mające zastosowanie, niezwłocznie informuje o tym zainteresowanego ( art. 16 ust. 3 rozporządzenia 987/2009). Z kolei art. 16 ust. 4 rozporządzenia 987/2009 dotyczy szczególnej sytuacji, w której instytucja miejsca zamieszkania ma wątpliwości co do ustalenia ustawodawstwa właściwego. Wówczas konieczne jest nawiązanie kontaktów przez instytucje lub władze dwóch lub więcej państw członkowskich, a ustawodawstwo właściwe ustala się na mocy wspólnego porozumienia z uwzględnieniem art. 13 rozporządzenia 883/2004 i art. 14 rozporządzenia 987/2009. W takim przypadku znajduje również zastosowanie 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 Parlamentu Europejskiego i Rady (WE). Sąd Najwyższy we wskazanym wyżej wyroku

z 16 stycznia 2019 r. podniósł, że z przepisu art. 14 ust. 5b rozporządzenia nr 987/2009 wynika jednoznacznie, że wydanie w sprawach koordynacji decyzji tymczasowej nie musi uwzględniać wniosku ubezpieczonego. Korzystne rozstrzygnięcie dla pracownika następuje tylko wtedy, gdy jego praca nie ma charakteru marginalnego i faktycznie jest świadczona. Ostateczną decyzję wydaje instytucja ubezpieczenia społecznego kraju, w którym złożono wniosek o ustalenie właściwego ustawodawstwa, ale w takiej sprawie powinno najpierw dojść do ustalenia właściwego ustawodawstwa w drodze decyzji tymczasowej, doręczonej właściwemu organowi zagranicznemu na podstawie art. 16 ust. 1 rozporządzenia nr 987/2009. Dopiero po zaakceptowaniu (również milczącym) przez zagraniczną instytucję ubezpieczeniową decyzji tymczasowej lub przeprowadzeniu wzajemnych uzgodnień w drodze procedury koncyliacji, możliwe jest wydanie decyzji ostatecznej. W sprawie w odpowiedzi na pismo organu rentowego (z 22 kwietnia 2016r. - brak tego pisma w aktach organu rentowego) odwołujący się pismem z 6 maja 2016 r. poinformował, że od 1 stycznia 2016 r. pomimo nadal prowadzonej działalności gospodarczej w Polsce w związku z zatrudnieniem na podstawie umowy o pracę w spółce mającej siedzibę na terenie (...) właściwym dla niego ustawodawstwem jest ustawodawstwo (...). Do pisma odwołujący się dołączył kopie dokumentów opisanych przez organ rentowy w kolejnych pismach w ramach korespondencji, jaka następnie miała miejsce między stronami głównie w odniesieniu do kwestii faktycznego wykonywania pracy na terytorium (...). W piśmie (kolejnym) z 26 sierpnia 2016 r. organ rentowy podniósł, że w odpowiedzi na pismo odwołującego się z 6 maja 2016 r. w sprawie ustalenia wobec odwołującego się właściwego ustawodawstwa Zakład stwierdza, że począwszy od 1 stycznia 2016r. odwołujący się podlega ustawodawstwu polskiemu w zakresie ubezpieczeń społecznych, a jeśli odwołujący się nie zgadza się z takim określeniem ustawodawstwa właściwego, to może wystąpić o wydanie decyzji administracyjnej. Ostatecznie odwołujący się w piśmie złożonym 30 sierpnia 2016 r. wystąpił o przygotowanie salda jego konta i decyzji, na podstawie których organ rentowy naliczył składki. Organ rentowy w związku z tym, że na dzień 1 stycznia 2016 r. odwołujący się prowadzi w dalszym ciągu działalność gospodarczą w Polsce oraz ustaleniem dla niego ustawodawstwa polskiego jako ustawodawstwa właściwego, stwierdził, że od 1 stycznia 2016 r. jako osoba prowadząca pozarolniczą działalność gospodarczą odwołujący się podlega nadal obowiązkowym ubezpieczeniom emerytalnemu, rentowym, wypadkowemu przy braku innego tytułu rodzącego obowiązek ubezpieczeń społecznych (sporna decyzja z 27 września 2016 r.). W międzyczasie, bo 8 września 2016 r., organ rentowy wystosował do (...) instytucji ubezpieczeniowej pismo informujące, że począwszy od 1 stycznia 2016 r. odwołujący się podlega polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczenia społecznego zgodnie z art. 11 ust. 3 lit. a) rozporządzenia nr 883/2004 (przekazanie informacji w trybie art. 16 ust. 2 rozporządzenia wykonawczego nr 987/2009). Sąd Okręgowy odnotował w pisemnym uzasadnieniu, że zobowiązany do udzielenia informacji organ rentowy wyjaśnił, że pomiędzy nim a (...) instytucją ubezpieczeniową nie toczy się postępowanie mające na celu potwierdzenie, czy odwołujący się podlega (...) systemowi ubezpieczeniowemu, instytucja ta powiadomiona pismem z 8 września 2016 r. (wyżej wzmiankowane) o ustalonym ustawodawstwie polskim nie wniosła zastrzeżeń (pismo organu rentowego z 19 października 2017 r., na które powołał się Sąd Okręgowy k. 116-117 a. s.). Sąd Apelacyjny zważył, że w przedmiotowym piśmie organ rentowy podał, że przedstawił instytucji (...) dowody przedłożone przez skarżącego i wyraził opinię, że nie wystarczają one do przyjęcia, że ma miejsce wykonywanie pracy na terytorium (...) Według organu rentowego, dowody zaferowane w postępowaniu sądowym również są niewystarczające, a warunkiem zastosowania przepisów o koordynacji wspólnotowej jest faktyczne wykonywanie pracy najemnej tu na terytorium (...), wówczas dochodzi do zbiegu ubezpieczeń, brak takiego zbiegu rodzi zaś obowiązek ubezpieczeń społecznych w Polsce z tytułu prowadzenia pozarolniczej działalności gospodarczej. Organ rentowy w piśmie tym z 19 października 2017r. podniósł jeszcze, że odwołujący się mimo pouczenia nie wystąpił o wydanie decyzji o ustalonym ustawodawstwie, dlatego wydano decyzję o podleganiu ubezpieczeniom społecznym w Polsce.

W postępowaniu apelacyjnym organ rentowy na żądanie Sądu Apelacyjnego w piśmie z 2 kwietnia 2020 r. udzielił następującej informacji. Pismo z 8 września 2016 r. skierowane do (...) instytucji ubezpieczeniowej w przedmiocie ustalenia ustawodawstwa właściwego w stosunku do odwołującego się zostało wysłane. Przesyłka ma status wysłanej, nie zwrócono ani zwrotki, ani przesyłki, obecnie nie ma możliwości sprawdzenia, czy przesyłka została wysłana, ponieważ minęło 9 miesięcy od tego zdarzenia, a reklamację można złożyć tylko w okresie 6. miesięcy od daty wysłania przesyłki. Do chwili obecnej (...) instytucja nie wniosła zastrzeżeń w odniesieniu do ustalonego ustawodawstwa polskiego wobec odwołującego się na podstawie art. 11 ust. 3 lit. a) rozporządzenia nr 883/2004 (k - 186-188 a.

s.). W świetle powyższego należy uznać, że: po pierwsze, nie zostało wykazane przez organ rentowy doręczenie (...) instytucji ubezpieczeniowej pisma z 8 września 2016 r., zawierającego informacje w trybie art. 16 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009, a więc mającego charakter wstępnego tymczasowego ustalenia ustawodawstwa właściwego, po drugie nieudowodnienie doręczenia przedmiotowego pisma skutkuje bezskutecznością powoływania się na niezgłoszenie do chwili obecnej zastrzeżeń przez (...) instytucję ubezpieczeniową. W rozpoznawanej sprawie oznacza to, że zaskarżona decyzja - w przedmiocie podlegania obowiązkowo ubezpieczeniom społecznym z tytułu prowadzenia pozarolniczej działalności gospodarczej w Polsce - została wydana przedwcześnie, bo nie dość, że zapadła w tym samym miesiącu, w którym nastąpiło wysłanie wstępnego mającego charakter tymczasowy określenia ustawodawstwa, czyli ewentualnie w trakcie biegu dwumiesięcznego terminu z art. 16 ust. 3 rozporządzenia nr 987/2009, to, co do zasady, nie zostało wykazane, że skutecznie powiadomiono o tymczasowym określeniu mającego zastosowanie ustawodawstwa instytucję (...), zaś w podstawie faktycznej spornej decyzji przyjęto, że nastąpiło ustalenie ustawodawstwa polskiego jako właściwego, co przecież, jak wynika z powyższego, nie miało miejsca. Podstawy do odmiennego zapatrywania w odniesieniu do tej ostatniej kwestii nie stanowi to, że jak twierdzi organ rentowy, „odwołujący się mimo pouczenia nie wystąpił o wydanie decyzji o ustalonym ustawodawstwie” (k- 117 a. s.) i dlatego wydano decyzję o podleganiu ubezpieczeniom społecznym w Polsce. W ocenie Sądu Apelacyjnego, takie przeświadczenie organu rentowego trudno jest odczytać z dokumentów, jakie wpłynęły do organu rentowego w trakcie korespondencji wymienianej na skutek udzielenia odpowiedzi przez odwołującego się w piśmie z 6 maja 2016 r. Już przecież w tym piśmie odwołujący się w sposób wyraźny wskazał, że w związku z zatrudnieniem na terenie (...) właściwym dla niego ustawodawstwem jest ustawodawstwo (...), a w każdym kolejnym piśmie stanowisko swoje utrzymywał. Odwołując się od spornej decyzji S. S. określił, że wnosi „odwołanie od decyzji w sprawie ustalenia, że w stosunku do niego ma zastosowanie polskie ustawodawstwo w zakresie ubezpieczeń społecznych”. W sądowym postępowaniu odwoławczym w piśmie z 16 sierpnia 2017 r. odwołujący się uzasadniając swoje stanowisko podniósł, że poinformował organ rentowy o podjęciu zatrudnienia na terenie (...) a 6 maja 2016 r. złożył wniosek o ustalenie mającego zastosowanie ustawodawstwa w związku z podjętym zatrudnieniem, dołączając dokumentację (k- 98 a. s.). Wobec tego pismo odwołującego się złożone w organie rentowym 30 sierpnia 2016 r., zawierające wniosek o wydanie decyzji, na podstawie której naliczane są składki, które to pismo wpłynęło po uprzedniej wymianie korespondencji, w ramach której organ rentowy informował, że jeśli odwołujący się nie zgadza się z ustaleniem polskiego ustawodawstwa, może wnieść o wydanie decyzji, nie mogło doprowadzić do wydania decyzji o podleganiu ubezpieczeniom społecznym w Polsce z niezachowaniem procedury z art. 16 rozporządzenia nr 987/2009, przewidzianej na potrzeby stosowania art. 13 rozporządzenia nr 883/2004. W ramach rozpoznawania odwołania od spornej decyzji, której treść odwołujący się konsekwentnie opisuje jako ustalenie stosowania do niego polskiego ustawodawstwa, Sąd Okręgowy (tak, jak uprzednio organ rentowy) nie ma kompetencji do badania rzeczywistego charakteru pracy najemnej wykonywanej na terenie innego państwa członkowskiego i jej marginalności, tu w (...), także przesłankowo i w warunkach niedotrzymania przez organ rentowy procedury ustanowionej w rozporządzeniu wykonawczym kwalifikować, czy doszło do faktycznego zbiegu tytułu do ubezpieczeń społecznych, z których jeden jest tytułem w innym państwie członkowskim, do którego to tytułu znajdują przecież zastosowanie przepisy prawa materialnego obowiązujące w danym kraju. Sąd Okręgowy nie był więc władny prowadzić postępowania mającego na celu wykazanie, że spełnione zostały przesłanki podlegania zabezpieczeniu społecznemu z tytułu pracy najemnej w (...) do celów ustalenia niepodlegania ustawodawstwu polskiemu. Czyniąc tak i stawiając wniosek o istnieniu zbiegu dwóch tytułów ubezpieczeń społecznych w różnych państwach członkowskich, do którego zastosowanie znajduje art. 13 ust. 3 rozporządzenia nr 883/2009, Sąd Okręgowy naruszył ten przepis. Procedura dotycząca stosowania art. 13 rozporządzenia podstawowego jest uregulowana w art. 16 rozporządzenia wykonawczego, a ustanowione w tym ostatnim przepisie reguły postępowania nie zostały w postępowaniu przed organem rentowym dochowane, co pominął Sąd Okręgowy, który z kolei samodzielnie ocenił stosunek prawny stanowiący tytuł ubezpieczenia społecznego w innym państwie członkowskim i ocenę tę przybrał jako podstawę rozstrzygnięcia. Powyższe prowadzi do wniosku, że uchyleniu podlega nie tylko zaskarżony wyrok, ale i poprzedzająca go decyzja organu rentowego, ponieważ zaistniała sytuacja tego rodzaju, że oprócz przesłanek z art. 386 § 4 k.p.c., wystąpiły takie wady decyzji organu rentowego, że nie było możliwe ich naprawienie w postępowaniu sądowym (por. postanowienia Sądu Najwyższego z 28 czerwca 2016 r., I UZ 10/16). Sąd Apelacyjny zważył, że w orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, że art. 477<sup>(14a)</sup> k.p.c. służy rozwiązywaniu sytuacji, w których - ze względu na zakres

kompetencji sądu ubezpieczeń społecznych - przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi pierwszej instancji nie może doprowadzić do usunięcia uchybień popełnionych przez organ rentowy. Rozpoznając ponownie sprawę organ rentowy powinien uruchomić procedury określone w art. 16 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009 i w ramach tej procedury zbadać okoliczności sprawy realizując zasadę procedury dialogu i koncyliacji w zakresie określania ustawodawstwa właściwego przewidzianą w art. 16 rozporządzenia nr 987/2009 dotyczącą ustanowienia procedury stosowania art. 13 rozporządzenia nr 883/2004.

Kierując się powyższymi względami Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386 § 4 k.p.c. w związku z art. 477<sup>14a</sup> k.p.c. orzekł, jak w punkcie pierwszym sentencji. Apelacja podlegała oddaleniu w części obejmującej żądanie zasądzenia na rzecz organu rentowego kosztów zastępstwa prawnego za obie instancje, ponieważ uwzględnienie apelacji nastąpiło w taki sposób, że wprawdzie nie ostał się wyrok Sądu Okręgowego, ale nie ostała się i decyzja organu rentowego wobec popełnionych przez organ rentowy uchybień, które winny zostać usunięte przy ponownym rozpoznaniu sprawy. Odwołujący się uzyskał więc w postępowaniu odwoławczym uchylenie spornej decyzji, a zatem nie może być uznany za stronę przegrywającą spór. Uwzględnienie zaś apelacji skutkowało brakiem podstaw do zasądzenia na rzecz odwołującego się kosztów zastępstwa prawnego za postępowanie apelacyjne (art. 98 § 1 k.p.c.).

**Sędziowie: PRZEWODNICZĄCY**

***Anna Michalik Magdalena Kostro-Wesołowska Marzena Wasilewska***