

Sygn. akt III AUa 1839/16

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 stycznia 2017 r.

**Sąd Apelacyjny we Wrocławiu III Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych**

w składzie:

Przewodniczący: SSA Robert Kuczyński

Sędziowie: SSO del. Izabela Głowacka-Damaszko

SSA Irena Różańska-Dorosz (spr.)

Protokolant: Karolina Sycz

po rozpoznaniu w dniu 10 stycznia 2017 r. we Wrocławiu

na rozprawie

sprawy z wniosku (...) **Spółka z o.o. z siedzibą w W.**

przeciwko **Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddział we W.**

przy udziale zainteresowanych **Ł. Z., R. P., M. B., A. G.**

o wydanie zaświadczenia w sprawie z zakresu ubezpieczeń społecznych

na skutek apelacji (...) Spółka z o.o. z siedzibą w W.

od wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu Sądu Pracy i Ubezpieczeń Społecznych

z dnia 18 września 2013 r. sygn. akt VIII U 3710/12

**I. zmienia zaskarżony wyrok i poprzedzające go decyzje Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział we W.:**

- **z dnia 7 sierpnia 2012 roku w ten sposób, że nakazuje stronie pozwanej wydanie zaświadczenia potwierdzającego, iż Ł. Z. podlegał polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych w okresie od 19 marca 2012 roku do 29 kwietnia 2012 roku w czasie wykonywania pracy na terytorium Francji,**
- **z dnia 31 lipca 2012 roku w ten sposób, że nakazuje stronie pozwanej wydanie zaświadczenia potwierdzającego, iż R. P. podlegał polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych w okresie od 3 stycznia 2012 roku do 19 lutego 2012 roku w czasie wykonywania pracy na terytorium Francji,**
- **z dnia 30 lipca 2012 roku w ten sposób, że nakazuje stronie pozwanej wydanie zaświadczenia potwierdzającego, iż M. B. podlegał polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych w okresach od 9 stycznia 2012 roku do 26 lutego 2012 i od 27 lutego 2012 roku do 1 kwietnia 2012 roku w czasie wykonywania pracy na terytorium Francji,**

- ***z dnia 31 lipca 2012 roku w ten sposób, że nakazuje stronie pozwanej wydanie zaświadczenia potwierdzającego, iż A. G. podlegał polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych w okresie od 4 stycznia 2012 roku do 4 marca 2012 roku w czasie wykonywania pracy na terytorium Francji,***

**II. zasądza od strony pozwanej na rzecz wnioskodawcy kwotę 1200 złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania.**

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 18 września 2013 r. Sąd Okręgowy we Wrocławiu oddalił odwołanie (...) Spółka z o.o. we W. od decyzji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział we W. dwóch z dnia 30.07.2012 r. oraz z 31.07.2012 r. i 07.08.2012 r., którymi organ rentowy odmówił wydania wnioskodawcy zaświadczenia dotyczącego właściwego ustawodawstwa potwierdzającego, że zainteresowani wymienieni w wyroku, w okresach pracy na terytorium Francji wskazanych w decyzjach podlegali polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych.

Sąd ustalił, że płatnik (...) sp. z o.o. we W. jest agencją pracy tymczasowej. Zajmuje się, m. in. działalnością związaną z wyszukiwaniem miejsc pracy i pozyskiwaniem pracowników, udostępnianiem wykwalifikowanych pracowników przedsiębiorstwom z krajów Unii Europejskiej w branżach: budowlanej, konstrukcyjnej oraz turystycznej. Prowadzi w tym celu działalność rekrutacyjną, logistyczną i administracyjną.

W dniu 04 stycznia 2012 r. zainteresowany M. B. zawarł z wnioskodawcą umowę o pracę na czas określony od dnia 09.01.2012 r. do 26.02.2012 r. W ramach umowy o pracę zainteresowany wykonywał w pełnym wymiarze czasu pracy obowiązki stolarza aluminium na rzecz i pod kierownictwem firmy: (...) pracodawcy użytkownika na terenie Francji. Powyższa umowa była przedłużona aneksem do dnia 1 kwietnia 2012 r. Decyzją z dnia 30 lipca 2012 r. organ rentowy odmówił wydania wnioskodawcy zaświadczenia dotyczącego ustawodawstwa właściwego potwierdzającego, że zainteresowany M. B. w okresie wykonywania pracy na terytorium Francji od 09.01.2012 r. do 26.02.2012 r. oraz od 27.02.2012 r. do 01.04.2012 r. podlega polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych.

W dniu 31 grudnia 2011 r. zainteresowany R. P. zawarł z wnioskodawcą umowę o pracę na czas określony od dnia 03.01.2012 r. do 22.01.2012 r. W ramach umowy o pracę zainteresowany wykonywał w pełnym wymiarze czasu pracy obowiązki stolarza aluminium na rzecz i pod kierownictwem firmy: (...) - pracodawcy użytkownika na terenie Francji. Decyzją z dnia 31 lipca 2012 r. organ rentowy odmówił wydania wnioskodawcy zaświadczenia dotyczącego ustawodawstwa właściwego potwierdzającego, że zainteresowany R. P. w okresie wykonywania pracy na terytorium Francji od 03.01.2012 r. do 19.02.2012 r. podlega polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych.

W dniu 13 marca 2012 r. zainteresowany Ł. Z. zawarł z wnioskodawcą umowę o pracę na czas określony od dnia 19.03.2012 r. do 29.04.2012 r. W ramach umowy o pracę zainteresowany wykonywał w pełnym wymiarze czasu pracy obowiązki montera płyt G-K na rzecz i pod kierownictwem firmy: (...), pracodawcy użytkownika na terenie Francji. Decyzją z dnia 7 sierpnia 2012 r. organ rentowy odmówił wydania wnioskodawcy zaświadczenia dotyczącego ustawodawstwa właściwego potwierdzającego, że zainteresowany Ł. Z. w okresie wykonywania pracy na terytorium Francji od 19.03.2012 r. do 29.04.2012 r. podlega polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych.

W dniu 20 grudnia 2011 r. zainteresowany A. G. zawarł z wnioskodawcą umowę o pracę na czas określony od dnia 04.01.2012 r. do 04.03.2012 r. W ramach umowy o pracę zainteresowany wykonywał w pełnym wymiarze czasu pracy obowiązki montera płyt G-K na rzecz i pod kierownictwem firmy: (...), pracodawcy użytkownika na terenie Francji. Decyzją z dnia 31 lipca 2012 r. organ rentowy odmówił wydania wnioskodawcy zaświadczenia dotyczącego ustawodawstwa właściwego potwierdzającego, że zainteresowany A. G. w okresie wykonywania pracy na terytorium Francji od 04.01.2012 r. do 04.03.2012 r. podlega polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych. Następnie, decyzją z dnia 30 listopada 2012 r. organ rentowy zmienił decyzję z dnia 31 lipca 2012 r. w zakresie jednej z podstaw prawnych jej wydania i usunął zapis odnoszący się do niespełnienia przez zainteresowanego

A. G. warunków z art. 14 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r., wskazując, iż zmiana ta nie wpływa na rozstrzygnięcie zawarte w pierwotnej decyzji. W decyzji tej organ rentowy wskazał, iż w dalszym ciągu brak jest podstaw do wydania żądanego zaświadczenia dotyczącego ustawodawstwa właściwego, potwierdzającego, że zainteresowany w okresie wykonywania pracy na terenie Francji podlega ustawodawstwu polskiemu w zakresie zabezpieczenia społecznego na okres od 04.01.2012 r. do 04.03.2012 r.

Wobec tak poczynionych ustaleń Sąd Okręgowy orzekł, że odwołania od decyzji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych nie zasługują na uwzględnienie. Sąd oparł się na przepisach art. 11 ust. 2 lit a, art. 12 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 oraz art. 14 ust. 1 i 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009, na wytycznych zawartych w Decyzji nr A2 oraz opracowanym na jej podstawie przez Komisję Administracyjną praktycznym poradniku, które to przepisy przedstawił i przeanalizował. Sąd wskazał, że obroty osiągnięte przez delegujące przedsiębiorstwo w państwie zatrudnienia w odpowiednim okresie powinny wynosić co najmniej 25%. Przypadki, kiedy obrót firmy jest niższy niż 25% wymagają pogłębionej analizy w zakresie liczby pracowników zatrudnionych w kraju i za granicą oraz liczby realizowanych umów/ kontraktów w kraju i za granicą. Przy czym, jeśli w danym przedsiębiorstwie zatrudnione są osoby na podstawie umów zlecenia (np. studenci) lub umów o dzieło, które nie podlegają ubezpieczeniom emerytalnemu i rentowym, a więc nie są za te osoby odprowadzane składki na ubezpieczenia społeczne, to osoby te nie mogą zostać uwzględnione przy obliczaniu łącznej liczby pracowników wykonujących pracę w państwie, w którym znajduje się siedziba przedsiębiorstwa. Osoby te nie będą zatem uwzględniane przy dokonywaniu oceny czy przedsiębiorstwo prowadzi znaczną część działalności w państwie, z którego pracownicy są delegowani. Sąd wskazał, że praktyczny poradnik nie ma charakteru normatywnego, ale może być traktowany jako źródło wykładni autentycznej.

W okolicznościach sprawy oraz w świetle powołanych przepisów sąd I instancji uznał, że płatnik na dzień delegowania zainteresowanych osiągnął średnie obroty w spornym okresie z okresu 12 miesięcy prowadzenia pozarolniczej działalności gospodarczej na poziomie od 4% do 18% nie przekraczając tym samym wymaganych 25%. W ocenie sądu I instancji dysproporcja w zakresie obrotów, liczby umów i pracowników zatrudnionych i zgłoszonych do ubezpieczeń w Polsce i za granicą świadczą o nieprowadzeniu przez płatnika w kraju działalności w znacznej części w rozumieniu przepisu art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004. Dlatego sąd uznał, że ustawodawstwo polskie w zakresie ubezpieczeń społecznych dla pracowników firmy (...) sp. z o.o., wykonujących pracę na terytorium Francji, nie jest właściwe, w związku z tym zasadnie strona pozwana odmówiła wydania zaświadczenia A 1 za okres pracy zainteresowanych we Francji w oparciu o ww. przepisy prawne.

Z wyrokiem nie zgodził się wnioskodawca zaskarżając wyrok w całości i zarzucając mu:

- naruszenie prawa materialnego, tj.: art. 12 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego w związku z art. 14 ust. 2 rozporządzenia Parlamentu i Rady (WE) nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r. dotyczącego wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego, poprzez ich błędną wykładnię, w wyniku której Sąd I instancji dokonał rozszerzającej interpretacji przesłanek określonych w art. 14 ust. 2 rozporządzenia 987/2009, czego konsekwencją było przyjęcie przez Sąd I instancji, iż Wnioskodawca nie prowadził w spornym okresie normalnej działalności na terenie Polski a Zainteresowani - A. G., Ł. Z., R. P., M. B. nie podlegali polskiemu ustawodawstwu w zakresie zabezpieczenia społecznego oraz decyzji nr A2 Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego z dnia 12 czerwca 2009 r. dotyczącej interpretacji art. 12 rozporządzenia 883/2004 (dalej: decyzja nr A2) poprzez jej błędną wykładnię w wyniku przyjęcia, iż wysokość osiągniętego obrotu stanowi kryterium decydujące do uznania, czy wnioskodawca prowadził w spornym okresie normalną działalność na terenie Polski;
- naruszenie przepisów postępowania, tj.: art. 233 § 1 k.p.c. przez dokonanie dowolnej a nie swobodnej oceny dowodów w sposób pozbawiony wszechstronności w odniesieniu do okoliczności, czy wnioskodawca prowadził w spornym okresie normalną działalność na terenie Polski.

Wobec tak przedstawionych zarzutów apelujący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uwzględnienie w całości roszczeń Wnioskodawcy zawartych w odwołaniu, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania oraz zwrot kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Wyrokiem z dnia 4 września 2014 r. Sąd Apelacyjny we Wrocławiu oddalił apelację wnioskodawcy i zasądził na rzecz strony pozwanej kwotę 480,- zł tytułem zwrotu kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym.

Sąd Apelacyjny wskazał, że spór w sprawie wymagał ustalenia, czy organ rentowy zasadnie odmówił wydania spółce (...) zaświadczenia A1 potwierdzającego, że zainteresowani Ł. Z., R. P., M. B. i A. G. w okresach wskazanych w zaskarżonych decyzjach podlegają polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych.

Organ rentowy argumentował swoje stanowisko przede wszystkim faktem, że Spółka nie prowadzi w Polsce normalnej działalności, w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego, co uniemożliwia utrzymanie wobec zainteresowanych ustawodawstwa polskiego w okresie oddelegowania ich do pracy na terytorium Francji.

Wnioskodawca - (...)z o.o. we W., szczegółowo powołując mające zastosowanie w sprawie przepisy rozporządzenia Parlamentu i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego oraz rozporządzenia Parlamentu i Rady (WE) z dnia 16 września 2009 r. nr 987/2009 dotyczącego wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/2004 wyszedł z założenia, że obrót z prowadzonej działalności przedsiębiorstwa nie stanowi pierwszoplanowego kryterium decydującego o miejscu wykonywania tej działalności, dlatego fakt, że w spornych okresach Spółka generowała na terenie Polski obrót w wysokości zaledwie 12%-18% nie uzasadnia odmowy wydania zaświadczeń A1, potwierdzających, że zainteresowani podlegali w tym czasie ustawodawstwu polskiemu. Uzasadniając swoje stanowisko wnioskodawca - (...) zinterpretował także w tym kierunku treść decyzji nr A2 Komisji Administracyjnej ds. 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. Wnioskodawca podnosił, że w tym przypadku trzeba wziąć przede wszystkim pod uwagę bezpośredni związek, jaki istniał pomiędzy wnioskodawcą, a pracownikami podczas całego okresu oddelegowania, okoliczności związane z procesem rekrutacyjnym i administracją, które miały miejsce w Polsce, a także ogólną sytuację w tym czasie na rynku europejskim.

Sąd Apelacyjny po dokonaniu szczegółowej analizy stanu faktycznego sprawy, jak również treści powołanych wyżej aktów prawnych stwierdza, że zarzuty podniesione w apelacji, jak również przedstawiona w niej argumentacja nie zasługują na uwzględnienie. Nie można zgodzić się bowiem, z twierdzeniem wnioskodawcy, że powołane wyżej przepisy prawa nie precyzują, jakie kryteria winien spełniać pracodawca aby móc skutecznie zgłosić pracowników delegowanych do pracy poza granicami w kraju, do polskiego systemu zabezpieczenia społecznego. Przepisy te bowiem wyraźnie wskazują, że płatnik składek winien osiągnąć obroty na poziomie co najmniej 25% by zostać uznanym za pracodawcę zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę z działalności krajowej, a w konsekwencji móc zgłosić pracowników do ubezpieczenia w polskim systemie.

Z ustaleń faktycznych dokonanych przez Sąd pierwszej instancji wynika, że zainteresowani byli zatrudnieni wyłącznie w celu wykonywania pracy we Francji, a spółka (...) w spornych okresach na terenie Polski osiągała zaledwie 14-18% swoich dochodów. Dodatkowo istniała także znaczna dysproporcja w zakresie dotyczącym osób zatrudnionych w kraju do tych pracujących za granicą oraz w realizowaniu kontraktów, znaczna ich część była zatrudniona za granicą. Co więcej, z ustaleń Sądu pierwszej instancji wynika też, że wnioskodawca prowadzi działalność gospodarczą w zakresie pośrednictwa pracy i zajmuje się głównie delegacją pracowników do pracy za granicą, bo współpracuje z przedsiębiorstwami we Francji, w Niemczech i w Polsce. Działalność Spółki na terenie Polski ogranicza się w zasadzie tylko do zarządzania wewnętrznego i prowadzenia czynności administracyjnych. Zainteresowani byli

de facto pracownikami pracodawców francuskich na ich rzecz świadczyli pracę. Zainteresowani nie wykonywali bezpośrednio pracy na rzecz Spółki (...). Nie można w tym wypadku stwierdzić, aby pomiędzy stroną odwołującą się a zainteresowanymi w sprawie istniała bezpośrednia więź, albowiem (...) przez okres delegowania tych pracowników do Francji nie miała wpływu ani na przebieg, ani na warunki ich zatrudnienia.

Fakt, że administracja Spółki, kadry, księgowość i marketing prowadzone są w Polsce, gdzie odbywa się również cały proces rekrutacyjny i wydawane są dokumenty związane z pracą, nie upoważnia do przyjęcia, że (...) Sp. z o.o. prowadzi w kraju znaczną część działalności. Jak to zostało wyżej wskazane decydujące znaczenie ma bowiem generowanie co najmniej 25% obrotu w miejscu, gdzie znajduje się siedziba przedsiębiorstwa delegującego. Jakkolwiek taki próg nie wynika z aktów prawa powszechnie obowiązującego, tak ma on racjonalne uzasadnienie w kontekście szczegółowo powołanych przez Sąd Okręgowy regulacji dotyczących zasad ustalania właściwego ustawodawstwa zakresie ubezpieczeń społecznych.

Wobec powyższego stwierdzić należy, że Spółka nie osiągnęła w spornych okresach w Polsce minimum 25% obrotu z całej prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej co uniemożliwia uznanie, że oddelegowani do pracy we Francji zainteresowani podlegają z tego tytułu w okresach wymienionych w decyzjach, ustawodawstwu polskiemu.

Mając to na uwadze Sąd Apelacyjny, nie znalazł podstaw do uwzględnienia zarzutów apelacji i na mocy art. 385 k.p.c., orzekł o jej oddaleniu.

W skardze kasacyjnej od powyższego wyroku, zaskarżając go w całości, pełnomocnik wnioskodawcy, zarzucił naruszenie przepisów prawa materialnego - art. 11 ust. 2 lit. a i art. 12 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz.Urz. UE L 166 z dnia 30 kwietnia 2004 r.) oraz art. 14 ust. 1 i 2 i art. 19 ust. 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r. dotyczącego wykonywania rozporządzenia z dnia 29 kwietnia 2004 r. poprzez ich błędną wykładnię i zastosowanie, w wyniku czego przyjęto, iż wnioskodawca w spornym okresie, od 3 stycznia 2012 r. do 29 kwietnia 2012 r. nie prowadził normalnej działalności na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, czego następstwem było przyjęcie, że zainteresowani nie podlegali ustawodawstwu polskiemu w zakresie ubezpieczeń społecznych.

Wnioskodawca wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu we Wrocławiu oraz o zasądzenie od organu rentowego na rzecz wnioskodawcy kosztów postępowania, w tym zwrotu kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd Najwyższy wyrokiem z dnia 14 września 2016 r. uchylił zaskarżony wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu i przekazał sprawę temu sądowi do ponownego rozpoznania. Sąd Najwyższy stwierdził, że w zaskarżonym wyroku przyjęto, iż decydującym kryterium, implikującym odmowę wydania decyzji A1, było ustalenie osiągnięcia w Polsce przez (...) spółkę z o.o. obrotów poniżej 25%.

O nieadekwatności tego kryterium przychodu orzekł Sąd Najwyższy w składzie siedmiu sędziów w wyroku z dnia 18 listopada 2015 r., II UK 100/14 (OSNP 2016/7/88) - uznając, że w celu ustalenia, że przedsiębiorstwo prowadzi normalną działalność w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego, czy też znaczną część działalności innej niż zarządzanie wewnętrzną w rozumieniu art. 14 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r. dotyczącego wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/04, należy uwzględnić wszystkie kryteria charakteryzujące jego działalność oraz charakter przedsiębiorstwa delegującego.

Sąd Najwyższy uznał, że w celu ustalenia, czy przedsiębiorstwo prowadzi normalną działalność (w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004), czy też znaczną część działalności innej niż zarządzanie wewnętrzną (wg art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009), należy uwzględnić wszystkie kryteria charakteryzujące jego działalność oraz charakter przedsiębiorstwa delegującego.

Ocena ta powinna mieć charakter całościowy, a zatem stanowić ogólny wniosek wynikający z rozważenia wszystkich przyjętych kryteriów. Kryterium obrotu nie ma decydującego lub szczególnego znaczenia, jednakże osiągnięcie obrotu w państwie siedziby przedsiębiorstwa delegującego w wysokości ok. 25% całych obrotów może prowadzić do wniosku, że prowadzi ono w tym państwie znaczną część działalności, a więc normalnie prowadzi działalność. Ponadto, lista kryteriów, które zostały wymienione jedynie w aktach o charakterze interpretacyjnym, nie ma charakteru wyczerpującego, lecz przykładowy. Oznacza to, że organ rentowy (jako instytucja właściwa), a następnie sąd kontrolujący w postępowaniu cywilnym jej prawidłowość, mogą i powinny w razie potrzeby wziąć pod uwagę także inne kryteria i okoliczności. Między innymi, w razie występowania liczących się różnic w sile nabywczej walut państwa - siedziby pracodawcy delegującego i państwa - miejsca delegowania, prawidłowe stosowanie kryterium obrotu, jako miernika znaczącej działalności w państwie siedziby pracodawcy, bez uwzględnienia tej różnicy może prowadzić do zafalszowania oceny.

Odnosząc powyższe uwagi do oceny zasadności rozpoznawanej skargi kasacyjnej należy stwierdzić, że Sąd Apelacyjny nietrafnie przyjął, że można poprzestać na stwierdzeniu, że uzyskiwanie w kraju obrotu poniżej 25% całkowitego obrotu prowadzi do wniosku o nieprowadzeniu normalnej działalności w państwie siedziby przedsiębiorstwa delegującego. Nie przeprowadzono całościowej oceny, nie dokonano szczegółowych porównań w zakresie wielkości obrotów osiąganych przez Spółkę w kraju i za granicą, ilości kontraktów realizowanych w Polsce i krajach Unii Europejskiej oraz liczby pracowników zatrudnionych na miejscu i oddelegowanych do innych państw. Rozważenie wszystkich powyższych kryteriów może doprowadzić do sformułowania przez Sąd Apelacyjny ostatecznej konkluzji na temat prowadzenia przez Spółkę znacznej części działalności na terytorium państwa, w którym ma swoją siedzibę, czyli w Polsce.

W ocenie Sądu Najwyższego należy mieć na uwadze pogląd wyrażony w wyroku tego Sądu z dnia 5 kwietnia 2016 r., II UK 176/14, Lex 2038974, zgodnie z którym, gdyby nawet działalność spółki polegała wyłącznie na delegowaniu pracowników rekrutowanych w Polsce do innych państw członkowskich, wobec odniesienia do specyfiki takiej działalności i kryterium miejsca rekrutacji, należy stwierdzić, że co najmniej znaczna część działalności jest wykonywana w Polsce, ponieważ istota działalności polegająca na kojarzeniu popytu na pracę (w tej sprawie występującego we Francji) z podażą pracy (oferowanego przez polskich pracowników) jest wykonywana w tym państwie i jest to normalna działalność przedsiębiorcy.

W konkluzji Sąd Najwyższy stwierdził, że prowadzenie normalnej działalności przez agencję pracy tymczasowej, w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 883/04 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego, czy też znacznej części działalności w rozumieniu art. 14 ust. 1 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, nie musi oznaczać osiągnięcia co najmniej 25% obrotów w Polsce; działalność takiej agencji nie może jednak sprowadzać się do dysponowania jedynie adresem oraz prowadzenia działalności wyłącznie administracyjnej.

Po ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd Apelacyjny dodatkowo ustalił:

W okresie od stycznia 2011 r. do lutego 2012 r., tj. miesiącach poprzedzających oddelegowanie zainteresowanych do pracy we Francji, miesięczny, procentowy udział obrotów Spółki w rozbiciu na Francję i Polskę wynosił: w styczniu 2011 r. - 85,53% do 14,47%, w lutym 2011 r. - 85,75% do 14,25%, w marcu 2011 r. - 86,52% do 13,43%, kwietniu 2011 r. - 87,87% do 12,13%, w maju 2011 r. - 88,28% do 11,72%, w czerwcu 2011 r. - 88,42% do 11,58%, w lipcu 2011 r. - 87,77% do 12,23%, w sierpniu 2011 r. - 88,17% do 11,83%, we wrześniu 2011 r. - 88,14% do 11,86%, w październiku 2011 r. - 89,04% do 10,96%, w listopadzie 2011 r. - 88,59% do 11,41%, w grudniu 2011 r. - 89,80% do 10,20%, w styczniu 2012 r. - 88,51% do 11,49%, w lutym 2012 r. - 88,48% do 11,52%.

Liczba pracowników oddelegowanych do pracy we Francji i w Polsce wynosiła odpowiednio: styczniu 2011 r. - 115 do 15, w lutym 2011 r. - 143 do 19, w marcu 2011 r. - 176 do 33, w kwietniu 2011 r. - 213 do 70, w maju 2011 r. - 247 do 93, w czerwcu 2011 r. - 264 do 100, w lipcu 2011 r. - 288 do 69, w sierpniu 2011 r. - 220 do 114, we wrześniu w 2011

r. - 235 do 98, w październiku 2011 r. - 222 do 112, w listopadzie 2011 r. - 181 do 120, w grudniu 2011 r. - 148 do 122, w styczniu 2012 r. - 144 do 96, w lutym 2012 r. - 160 do 95.

Proporcja liczby kontraktów realizowanych we Francji i w Polsce kształtowała się odpowiednio: w styczniu 2011 r. - 25 do 4, w lutym 2011 r. - 30 do 4, w marcu 2011 r. - 29 do 7, w kwietniu 2011 r. - 29 do 8, w maju 2011 r. - 29 do 9, w czerwcu 2011 r. - 31 do 10, w lipcu 2011 r. - 30 do 10, w sierpniu 2011 r. - 30 do 12, we wrześniu w 2011 r. - 29 do 9, w październiku 2011 r. - 28 do 10, w listopadzie 2011 r. - 27 do 12, w grudniu 2011 r. - 27 do 12, w styczniu 2012 r. - 29 do 12, w lutym 2012 r. - 32 do 11.

W okresie od stycznia 2011 r. do lutego 2012 r., tj. miesiącach poprzedzających oddelegowanie zainteresowanych do pracy we Francji, miesięczny, procentowy udział kontraktów spółki w rozbiciu na Francję i Polskę wynosił: w styczniu 2011 r. - 86,21% do 13,79%, w lutym 2011 r. - 88,24% do 11,76%, w marcu 2011 r. - 80,56% do 19,44%, kwietniu 2011 r. - 78,38% do 21,62%, w maju 2011 r. - 76,32% do 23,68%, w czerwcu 2011 r. - 75,61% do 24,39%, w lipcu 2011 r. - 71,43% do 28,57%, w sierpniu 2011 r. - 76,32% do 23,68%, we wrześniu 2011 r. - 73,68% do 26,32%, w październiku 2011 r. - 73,68% do 26,32%, w listopadzie 2011 r. - 69,23% do 30,77%, w grudniu 2011 r. - 69,23% do 30,77%, w styczniu 2012 r. - 70,73% do 29,27%, w lutym 2012 r. - 74,42% do 25,58%.

W tym czasie średni wskaźnik siły nabywczej wynagrodzeń w tych krajach wynosił 2,60.

(dowód: tabela informacyjna – k. 736-737)

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

Apelacja wnioskodawcy zasługuje na uwzględnienie.

Spór w sprawie wymagał ustalenia, czy organ rentowy zasadnie stwierdził, że zainteresowani Ł. Z., R. P., M. B. i A. G. podlegali francuskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych oraz czy zasadnie odmówił wydania wnioskodawczyni - spółce (...) - zaświadczenia, że w spornych okresach zainteresowani podlegali polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że w sprawie zastosowanie znajdują przepisy rozporządzenia Parlamentu i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego oraz rozporządzenia Parlamentu i Rady (WE) z dnia 16 września 2009 r. nr 987/2009 dotyczące wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/2004.

W przypadku pracowników najemnych generalną regułą jest podleganie systemowi zabezpieczenia społecznego tylko jednego kraju, w którym jest świadczona praca (lex loci laboris). Taka konkluzja wypływa z dyspozycji art. 11 ust. 2a rozporządzenia nr 883/2004, który stanowi, że osoba wykonująca w państwie członkowskim pracę najemną lub pracę na własny rachunek, podlega ustawodawstwu tego państwa członkowskiego.

W rozporządzeniu przewidziane są jednakże wyjątki od zasady terytorialności. Takie odstępstwo od reguły przewiduje art. 12 ust. 1 powyższego rozporządzenia, który stanowi, że osoba wykonująca działalność jako pracownik najemny w państwie członkowskim w imieniu pracodawcy, który tam normalnie prowadzi działalność, a która jest delegowana przez tego pracodawcę do innego państwa członkowskiego do wykonywania pracy w imieniu 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 osobę.

W szczegółowych uregulowaniach dotyczących art. 12 i art. 13 rozporządzenia nr 883/2004, zawartych w rozporządzeniu nr 987/2009 w art. 14 ust. 1 i 2 wskazano, że sformułowanie zawarte w art. 12 ust. 1 rozporządzenia podstawowego: „osoba, która wykonuje działalność jako pracownik najemny w państwie członkowskim w imieniu pracodawcy, który normalnie prowadzi tam 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. W ust. 2 natomiast wyjaśniono, że sformułowanie z art. 12 ust. 1 rozporządzenia podstawowego: „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. Kryteria te muszą zostać dopasowane do specyficznych cech każdego pracodawcy i do rzeczywistego charakteru prowadzonej działalności.

W rozpoznawanej sprawie, na etapie apelacji, nie było spornym, że przewidywany okres wykonywania pracy we Francji przez zainteresowanych nie przekraczał 24 miesięcy oraz że pracownicy nie zostali skierowani w miejsce innych osób, którym upłynął okres skierowania. Zainteresowani spełnili także warunek podlegania ustawodawstwu polskiemu bezpośrednio przed rozpoczęciem zatrudnienia w Spółce.

Ostatecznie spór wymagał więc rozstrzygnięcia, czy (...) sp. z o.o., prowadzi na terenie Polski „znaczną część działalności”, o której mowa w art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004, inną niż działalność związaną z samym zarządzaniem wewnętrznym.

Sąd Apelacyjny, będąc związany stanowiskiem Sądu Najwyższego wyrażonym w wyroku z dnia 14 września 2016 r., II UK 190/15, uzupełnił postępowanie dowodowe przez dopuszczenie dowodu z informacji zawartych w piśmie procesowym wnioskodawcy z dnia 22 grudnia 2016 r. (k. 733-737) na okoliczność miesięcznych obrotów, ilości realizowanych kontraktów, liczby pracowników, w tym delegowanych, w odniesieniu do danych we Francji i w Polsce za sporny okres.

Porównanie wskazanych wyżej obiektywnych czynników, takich jak: liczba umów wykonywanych przez spółkę (...) we Francji i w Polsce, liczba pracowników zatrudnionych w kraju i delegowanych do pracy za granicę oraz średnie obroty uzyskiwane przez to przedsiębiorstwo w Polsce oraz we Francji (przy uwzględnieniu, jak wyżej wskazano, niższej siły nabywczej złotego w tych krajach UE) w okresie 12 miesięcy poprzedzających okres delegowania zainteresowanych pracowników do pracy za granicę pozwala wywieść wniosek, że wbrew pogładowi Sądu pierwszej instancji (...) spełniła kryterium prowadzenia znacznej części działalności w Polsce.

Przechodząc do kolejnych kryteriów mających wpływ na ustalenie właściwego ustawodawstwa w zakresie zabezpieczenia społecznego, jakiemu winni podlegać delegowani pracownicy spółki, wskazać należy na treść decyzji nr A2 dotyczącej wykładni art. 12 powyższego rozporządzenia w sprawie ustawodawstwa mającego zastosowanie do pracowników delegowanych i osób wykonujących pracę na własny rachunek, tymczasowo pracujących poza państwem właściwym. Akt w postaci decyzji A2 Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Zabezpieczenia Społecznego nie jest wprawdzie źródłem prawa, niemniej ma charakter informacyjno-pomocniczy, jako wydany na podstawie art. 72 lit. a i b rozporządzenia nr 883/2004. Komisja Administracyjna ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego wskazała, że pierwszym decydującym warunkiem dla zastosowanie art. 12 ust. 1 jest istnienie bezpośredniego związku między pracodawcą a zatrudnionym przez niego pracownikiem. Drugim decydującym warunkiem jest istnienie więzi między pracodawcą a państwem członkowskim, w którym ma on swoją siedzibę. Możliwość delegowania pracowników według Komisji powinna zatem ograniczać się wyłącznie do przedsiębiorstw, które normalnie prowadzą swą działalność na terenie 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. Przez cały okres delegowania powinna istnieć możliwość przeprowadzania wszelkich kontroli, dotyczących w szczególności opłacania składek i utrzymywania bezpośredniego związku, wymaganych dla zapobieżenia niezgodnemu z prawem wykorzystaniu wyżej wymienionych przepisów oraz dla zapewnienia odpowiednich informacji organom administracyjnym, pracodawcom i pracownikom. Pracownik i pracodawca muszą być należycie poinformowani o warunkach, pod którymi zezwala się na to, by pracownik delegowany nadal podlegał ustawodawstwu państwa, z którego został oddelegowany.



Reasumując, Komisja stwierdziła, że przepis 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 przedsiębiorstwem w państwie zatrudnienia, dotyczących wynagradzania pracowników i zwalniania oraz prawo do określenia charakteru pracy.

Przepisy art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 nie mają zastosowania lub przestają mieć zastosowanie, w szczególności, gdy przedsiębiorstwo, do którego pracownik został oddelegowany, pozostawia go w dyspozycji innego przedsiębiorstwa w państwie członkowskim, w którym się znajduje, gdy pracownik delegowany do danego państwa członkowskiego zostaje pozostawiony do dyspozycji przedsiębiorstwa znajdującego się w innym państwie członkowskim, 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.

Sąd Apelacyjny ustalił, że wprawdzie zainteresowani pracownicy w okresie oddelegowania ich do pracy za granicą nie wykonywali pracy na rzecz pracodawcy delegującego, nie mniej jednak ten pracodawca po pierwsze zatrudniał pracowników, prowadząc ich rekrutację i zawierając z nimi umowy o pracę na czas określony, podlegające polskiemu reżimowi prawa pracy, a po drugie, przez cały czas świadczenia pracy za granicą istniał bezpośredni związek pracodawcy z delegowanymi pracownikami. Jak już wspomniano wyżej, administracja i kadry spółki (...)która powstała w 2005 r. i która od początku ma siedzibę w Polsce, prowadzone są w kraju. Spółka korzysta zarówno z personelu pracowników agencji tymczasowej, jak ze stałego personelu pracowników zatrudnionych w kraju. Tu zawiera także i wykonuje pewną liczbę kontraktów, których stosunek do umów realizowanych za granicą nie jest minimalny a porównywalny.

Nie ma jednak wątpliwości, że poza istnieniem więzi pracowniczej wymaga się, aby przedsiębiorstwo delegujące „zwykle” prowadziło działalność na terenie państwa, z którego pracownik został oddelegowany. Ponadto stwierdza się, że chodzi o działalność „godną odnotowania” w kraju delegującym. Z decyzji nie wynika przy tym, aby to właśnie sprzedaż czy obrót odgrywały pierwszoplanową rolę przy ocenie, czy przedsiębiorstwo może powołać się na art. 14 ust. 1 lit. „a” rozporządzenia 1408/71. Nie można też pominąć, że celem dla którego stworzono możliwość odstępstw od zasady terytorialności było maksymalne wspieranie swobodnego przepływu pracowników oraz umożliwienie pracownikom, przedsiębiorcom i instytucjom uniknięcie niepotrzebnych i kosztownych komplikacji administracyjnych.

Sąd Apelacyjny podziela stanowisko zawarte w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 14 września 2016 r. II UK 190/15 oraz w cytowanych w nim innych orzeczeniach Sądu Najwyższego w tym m.in. wyroku z 18 listopada 2015 r., sygn. akt II UK 100/14, że uzyskiwanie 25% obrotu w państwie siedziby przedsiębiorstwa delegującego (Publikacja Komisji Europejskiej - „Praktyczny poradnik: Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników Unii Europejskiej, w Europejskim Obszarze Gospodarczym i w Szwajcarii”) stanowi jedynie sugestię 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.

Analizując więc wskaźniki takie jak: miejsce siedziby pracodawcy delegującego i jego administracji, liczbę personelu administracyjnego obecnego w państwie członkowskim wysyłającym, miejsce rekrutacji pracowników delegowanych, miejsce zawierania umów, prawo któremu podlegają umowy zawarte z pracownikami, wielkość

obrotów, liczbę kontraktów w Polsce i we Francji, liczbę pracowników delegowanych, należy uznać zasadność stanowiska wnioskodawczyni w odniesieniu do zainteresowanych pracowników. Podnieść też należy, że krótkotrwała zmiana niektórych wskaźników nie powinna ważyć na ocenie wniosku. Funkcjonowanie przedsiębiorstwa uzależnione jest bowiem od szeregu czynników, w tym od niego niezależnych. Dokumentacja oferowana przez spółkę wskazuje na zmienne wartości zarówno obrotów, jak i liczby zatrudnionych pracowników, co jest zjawiskiem typowym dla każdej działalności gospodarczej. Nie można przy tym twierdzić, że zarówno liczba zatrudnionych w Polsce, liczba realizowanych w kraju czy wreszcie wykazywane obroty mają charakter symboliczny - są one bowiem dla firmy znaczące. Bezsprzecznym przy tym jest, że podczas całego okresu oddelegowania zainteresowanych zachowany był bezpośredni związek między przedsiębiorstwem delegującym a pracownikami oddelegowanymi.

Wszystkie te okoliczności świadczą o istnieniu po stronie spółki (...) przesłanek warunkujących wydanie zaświadczenia A1 dla zainteresowanych pracowników, przez który organ rentowy potwierdza objęcie pracownika delegowanego krajowym systemem ubezpieczeń społecznych. Zaświadczenie to musi obejmować cały okres umowy.

Z powyższych względów, wobec uznania, że apelacja Spółki (...) jest zasadna Sąd Apelacyjny, na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. zmienił zaskarżony wyrok w sposób wskazany w punkcie I.

O kosztach postępowania apelacyjnego rozstrzygnięto na podstawie art. 98 k.p.c. skoro organ rentowy przegrał sprawę w trzech instancjach należało zasądzić koszty zastępstwa procesowego na rzecz spółki (...) w wysokości 240 zł, tj. za pierwszą instancję w wysokości po 60 zł wg stawki z § 11 ust. 2, za postępowanie apelacyjne kwoty po 120 zł w łącznej wysokości 480 zł na podstawie § 12 ust. 1 pkt 2 i za postępowanie kasacyjne kwoty po 120 zł w łącznej kwocie 480 zł na podstawie § 12 ust. 4 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28 września 2002 r. w/s opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (t.j.:Dz.U.2013.490 ze zm.).

SSA Irena Różańska-Dorosz SSA Robert Kuczyński SSO del. Izabela Głowacka-Damaszko

R.S.