



Sygn. akt I UK 359/11

WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 kwietnia 2012 r.

Sąd Najwyższy w składzie :

SSN Małgorzata Gersdorf (przewodniczący)

SSN Bogusław Cudowski

SSN Małgorzata Wrębiakowska-Marzec (sprawozdawca)

w sprawie z odwołania J. Europ Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością
przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych
z udziałem zainteresowanego M. K.
o ubezpieczenie,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń
Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 11 kwietnia 2012 r.,
skargi kasacyjnej J. Europ Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością od wyroku
Sądu Apelacyjnego
z dnia 5 maja 2011 r.,

oddala skargę kasacyjną.

Uzasadnienie

Wyrokiem z dnia 1 grudnia 2010 r. Sąd Okręgowy oddalił odwołanie J. Europ Spółki z o.o. (zwanej dalej wnioskodawcą) od decyzji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (zwanego dalej Zakładem) z dnia 11 lutego 2010 r., którą Zakład stwierdził, że M. K. (zwany dalej zainteresowanym) jako pracownik tej Spółki nie podlega obowiązkowym ubezpieczeniom społecznym emerytalnemu i rentowym, chorobowemu oraz wypadkowemu w okresie od 14 września 2009 r. do 28 listopada 2009 r. Podstawę rozstrzygnięcia stanowiły następujące ustalenia.

Zainteresowany przed zatrudnieniem przez wnioskodawcę pracował na terenie Polski u polskich pracodawców oraz - zgodnie ze świadectwami pracy - w okresie od 10 sierpnia do 17 grudnia 2009 r. u wnioskodawcy w charakterze pracownika tymczasowego, świadcząc pracę w pełnym wymiarze czasu pracy na stanowisku murarza we Francji. Praca tymczasowa była świadczona w oparciu o umowy o pracę tymczasową zawarte przez zainteresowanego z wnioskodawcą oraz umowy wnioskodawcy z pracodawcami zagranicznymi. Wnioskodawca zajmuje się wyłącznie zatrudnianiem pracowników tymczasowych i - mimo wpisu w Krajowym Rejestrze Sądowym - nie świadczy usług w zakresie doradztwa związanego z zarządzaniem. Średnie obroty osiągnęte przez wnioskodawcę w Polsce wynoszą 1,36% całości obrotów. Z przedstawionych na żądanie Sądu wykazów imiennych wynika, że w 2009 r. wnioskodawca zatrudniał 84 pracowników świadczących pracę na terenie Polski w oparciu o umowy zlecenia (79) i umowy o dzieło (5) oraz 109 pracowników świadczących pracę we Francji. Na podstawie umów o pracę na czas nieokreślony Spółka zatrudniała 5 pracowników administracji. Z kolei w formularzu informacji o działalności agencji zatrudnienia za 2009 r., w ramach wypełnienia obowiązku z art. 19 lit. f ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz.U. Nr 69, poz. 415 ze zm.), wnioskodawca wskazał Marszałkowi Województwa, że zatrudniał 250 pracowników, w tym na czas określony 180 osób, a na podstawie umów cywilnoprawnych 70 osób. W 2009 r. Spółka zawarła umowy z 43 pracodawcami użytkownikami, w tym z 40 zagranicznymi pracodawcami użytkownikami, a tylko z 3 pracodawcami użytkownikami polskimi. Do pracy na terenie Polski wnioskodawca zatrudnił ogółem 67 pracowników, w tym 60 osób do roznoszenia ulotek, 6 osób na

stanowisku bufetowej i 1 osobę na stanowisku sekretarki. Pracownicy w ilości 180 zostali skierowani do pracy poza granicami kraju. Łącznie daje to 247 osób. Zatrudnione osoby to w większości pracownicy budowlani. Co prawda dane zawarte w obu wskazanych informacjach różnią się, jednakże generalnie wynika z nich, że po pierwsze - wnioskodawca zawarł umowy z 43 pracodawcami użytkownikami, w tym 40 - zagranicznymi i tylko 3 - polskimi, a po drugie – Spółka generuje podstawowy wysoki zysk dzięki rekrutacji pracowników, głównie budowlanych, do pracy we Francji.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy uznał, że zainteresowany nie podlegał w spornym okresie obowiązkowym ubezpieczeniom społecznym na podstawie przepisów ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (jednolity tekst: Dz.U. z 2009 r. Nr 205, poz. 1585 ze zm.), gdyż nie zostały spełnione przesłanki wskazane w art. 14 ust. 1 lit. a obowiązującego w czasie jego pobytu we Francji rozporządzenia Rady (EWG) Nr 1408/71 w sprawie stosowania systemów zabezpieczenia społecznego do pracowników najemnych, osób prowadzących działalność na własny rachunek i do członków ich rodzin przemieszczających się we Wspólnocie (Dz.U.UE.L.71.149.2 ze zm., powoływanego dalej jako rozporządzenie). Zgodnie z tym przepisem pracownik najemny zatrudniony na terytorium Państwa Członkowskiego przez przedsiębiorstwo, w którym jest zwykle zatrudniony i przez które został skierowany do wykonywania pracy na terytorium innego Państwa Członkowskiego, podlega nadal ustawodawstwu pierwszego Państwa Członkowskiego, pod warunkiem, że przewidywany okres wykonywania tej pracy nie przekracza dwunastu miesięcy i że nie został on skierowany w miejsce innej osoby, której okres skierowania upłynął. Przepis ten zawiera wyjątek od ogólnej zasady sformułowanej w art. 13 ust. 2 lit. a rozporządzenia, w myśl której osoba wykonująca pracę najemną na terytorium Państwa Członkowskiego podlega jego ustawodawstwu, nawet jeżeli mieszka na terytorium innego Państwa Członkowskiego lub jeżeli przedsiębiorstwo lub pracodawca, który ją zatrudnia, ma swoją siedzibę lub miejsce zamieszkania na terytorium innego Państwa Członkowskiego. Artykuł 14 ust. 1 lit. a rozporządzenia, jako wyjątek od zasady ogólnej, znajduje zastosowanie tylko w sytuacji wyraźnie w nim określonej, gdy zachodzą łącznie wszystkie przesłanki jego zastosowania.

Istota pracy tymczasowej polega na tym, że agencja pracy tymczasowej zatrudnia pracownika tymczasowego na podstawie umowy o pracę, a następnie kieruje go do pracy u pracodawcy użytkownika, przy czym przez cały czas to agencja pracy tymczasowej jest pracodawcą zatrudnionego pracownika, a pracodawca użytkownik jedynie korzysta z jego pracy i kontroluje jej wykonywanie. Jak podnosi się w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (powoływanego dalej jako Trybunał) oraz decyzjach Komisji Administracyjnej do Spraw Zabezpieczenia Społecznego Pracowników Migrujących dotyczących wykładni tego przepisu - pracodawca wysyłający pracownika musi zwykle prowadzić swoją działalność na terytorium państwa, z którego wysyłany jest pracownik. Oznacza to, że wyjątek z analizowanego przepisu ma zastosowanie do sytuacji, gdy pracodawca prowadzący normalnie swoją działalność w danym państwie, w którym jego pracownicy podlegają ubezpieczeniu społecznemu, wysyła tymczasowo swych pracowników do pracy w innym kraju. Dzięki takiej regulacji, pracodawca taki zwolniony jest ze spełniania obowiązków płatnika w innych krajach Unii Europejskiej, co ma kluczowe znaczenia dla zapewnienia swobody przepływu usług pomiędzy krajami Unii Europejskiej. Regulacja z art. 14 ust. 1 lit. a nie ma natomiast zastosowania do sytuacji, gdy dany pracodawca posiada w kraju delegującym jedynie siedzibę, natomiast faktycznie działa w innym kraju i tylko z tytułu miejsca swej siedziby uiszcza składki na ubezpieczenie, niższe niż inny przedsiębiorca działający w kraju o wyższym standardzie socjalnym. W takiej sytuacji odpada bowiem *ratio legis* wyjątku ustanowionego w analizowanym artykule, a dodatkowo dochodzi do zakłócenia konkurencji, będącej jedną z podstawowych wartości wspólnego rynku Unii Europejskiej. Sąd Okręgowy wskazał, że oceniając czy pracodawca zwykle prowadzi swą działalność na terytorium kraju pochodzenia pracownika należy brać pod uwagę całokształt działalności tego pracodawcy. W szczególności należy uwzględnić: miejsce siedziby i administracji przedsiębiorstwa; liczbę zatrudnionych w administracji pracowników w Państwie Członkowskim miejsca zakładu lub w innym Państwie Członkowskim; miejsce zatrudnienia wysłanych pracowników; miejsce, w którym zawierana jest większość umów z klientami; prawo, któremu podlegają umowy zawierane między przedsiębiorstwem a pracownikami lub klientami; obrót

osiągnięty w wystarczającym okresie w każdym państwie członkowskim. Użycie przez europejskiego prawodawcę pojęcia „zwykłe prowadzenie działalności w kraju pochodzenia” nie oznacza jednak, że w kraju pochodzenia działalność przedsiębiorstwa musi mieć charakter przeważający. Nie można też uzależniać istnienia tej przesłanki od kryteriów ilościowych, odnoszących się do wysokości obrotu w obydwu krajach. Jednakże wymagane jest faktyczne prowadzenie działalności gospodarczej w kraju pochodzenia, a pracodawca, który wysyła pracowników do innego Państwa Członkowskiego, podczas gdy w państwie pochodzenia prowadzi tylko administrację (kadry, księgowość itp.), nie może powoływać się na art. 14 ust. 1 lit. a rozporządzenia i opłacać składek w kraju pochodzenia.

Dalej Sąd pierwszej instancji podniósł, że odnosząc się do kryteriów branych pod uwagę przy ocenie, czy wnioskodawca zwykle prowadzi działalność na terytorium Polski, stwierdzić trzeba, że co prawda ma on siedzibę w Polsce i na jej terytorium prowadzi rekrutację swych pracowników, tu zawiera wszystkie umowy o pracę tymczasową, jak i koordynuje całe funkcjonowanie i działanie Spółki, jednakże nie pozwala to na uznanie, iż spełnia on przesłankę zwykłego prowadzenia działalności na terytorium Polski. Działalność wnioskodawcy polega bowiem na rekrutacji pracowników zamieszkałych na terytorium Polski, a następnie na ich wysyłaniu do pracy na rzecz pracodawców użytkowników. Wobec tego dla oceny, czy wnioskodawca prowadzi zwykle swą działalność na terenie Polski należy wziąć pod uwagę oba te aspekty jego działalności. Uzyskuje on bowiem przychody nie tylko dlatego, że rekrutuje swoich pracowników w kraju, ale także dlatego, że jego pracownicy wykonują pracę na rzecz pracodawców użytkowników. Wnioskodawca rekrutuje pracowników głównie do pracy we Francji i są to w przeważającej mierze pracownicy budowlani, dzięki którym Spółka generuje podstawowy wysoki zysk. W tym stanie rzeczy, to właśnie ten aspekt działalności wnioskodawcy (oddelegowywanie pracowników do pracy na rzecz pracodawców użytkowników) generuje jego przychody, a podstawowe znaczenie dla tej kwestii ma miejsce pracy pracowników. Ponieważ pracownicy wnioskodawcy wykonują pracę poza granicami kraju, a jego obroty osiągnęte w Polsce są znikomą częścią w stosunku do całości obrotów, nieuprawnione byłoby przyjęcie, że zwykle prowadzi

on swoją działalność na terytorium Polski. W tym zakresie Sąd Okręgowy odwołał się również do wyroku Sądu Najwyższego, II UK 27/10, zgodnie z którym sama rekrutacja pracowników w Polsce do pracy tymczasowej w innym Państwie Członkowskim Wspólnoty nie decyduje o objęciu polskim ubezpieczeniem społecznym.

Wyrokiem z dnia 5 maja 2011 r. Sąd Apelacyjny oddalił apelację wnioskodawcy od powyższego wyroku, podzielając poczynione w sprawie ustalenia oraz argumentację prawną zaprezentowaną przez Sąd pierwszej instancji.

Dodatkowo Sąd drugiej instancji podniósł, w przypadku pracowników najemnych generalną regułą jest podleganie systemowi zabezpieczenia społecznego kraju, w którym jest świadczona praca (*lex loci laboris*), o czym stanowi art. 13 ust. 2 lit. a rozporządzenia. Przepis ten przewiduje liczne wyjątki od zasady terytorialności, określone, między innymi, w art. 14 ust. 1 lit. a wskazanego aktu prawnego. Nie budzi wątpliwości, że sporny okres wykonywania pracy przez zainteresowanego nie przekraczał 12 miesięcy oraz nie został on skierowany w miejsce innej osoby, której upłynął okres skierowania. W tej sytuacji istotne znaczenie ma decyzja Komisji Administracyjnej do Spraw Zabezpieczenia Społecznego Nr 181 z dnia 13 grudnia 2000 r. (L 329/73) wydana w celu wykładni przepisów rozporządzenia (zwana dalej decyzją). Jej pkt 3 dotyczy szczególnej sytuacji, w której pracownik został zatrudniony wyłącznie w celu oddelegowania do innego przedsiębiorstwa w Państwie Członkowskim. Poza istnieniem więzi pracowniczej wymaga się wówczas, by 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. Wobec ustaleń faktycznych sprawy, według których pracownicy wnioskodawcy byli zatrudniani przede wszystkim w celu wykonywania pracy we Francji, a na terenie Polski agencja pracy tymczasowej osiągała bardzo znikome dochody, należało przyjąć, że do zainteresowanego nie mogło być zastosowane wyłączenie zasady terytorialności na podstawie art. 14 ust. 1 lit. a rozporządzenia. Sąd Apelacyjny powołał się w tym zakresie również na orzecznictwo Trybunału (w tym wyrok z dnia 17 grudnia 1970 r. w sprawie Manpower, w którym rozstrzygnięto o możliwości delegowania na podstawie art. 14

ust. 1 lit. a rozporządzenia pracowników agencji pracy tymczasowej i wskazano, że ze względu na różnice w poszczególnych systemach zabezpieczenia społecznego Państw Członkowskich UE - z uwagi na różną wysokość składki i świadczeń - powoływanie się wyłącznie na trudności z krótkotrwałym przemieszczaniem się mogłoby być nadużywane przez przedsiębiorstwa, które zajmują się wyłącznie delegowaniem pracowników do innych państw członkowskich i wykorzystywaniem różnic w systemach ubezpieczenia społecznego i wyrok z dnia 10 lutego 2000 r., w sprawie Fitzwilliam, w którym stwierdzono, że art. 14 ust. 1 rozporządzenia powinien być interpretowany w ten sposób, iż w celu skorzystania z przywileju przyznanego przez ten przepis przedsiębiorstwo pracy tymczasowej, które przekazuje czasowo pracowników z jednego Państwa Członkowskiego do dyspozycji przedsiębiorstwom mającym siedzibę w innym Państwie Członkowskim, musi zwykle wykonywać swą działalność w tym pierwszym Państwie, przy czym warunek ten jest spełniony, jeżeli przedsiębiorstwo stale wykonuje znaczącą działalność w Państwie, w którym ma siedzibę) oraz orzecznictwo Sądu Najwyższego (wyrok z dnia 2 czerwca 2010 r., II UK 387/09, w uzasadnieniu którego stwierdzono, że zastosowanie art. 14 ust. 1 lit. a rozporządzenia nie dotyczy pracowników przedsiębiorstwa z siedzibą w jednym Państwie Członkowskim, wysyłanych do pracy na terytorium innego Państwa Członkowskiego, w którym poza czysto wewnętrznymi działaniami zarządzającymi, to przedsiębiorstwo prowadzi całą swoją działalność; pracownicy takiego przedsiębiorstwa podlegają zatem ustawodawstwu dotyczącemu zabezpieczenia społecznego Państwa Członkowskiego, na którego terytorium rzeczywiście pracują i wyrok z dnia 13 maja 2010 r., II UK 379/09, w którym wyrażony został pogląd, że jeżeli przedsiębiorca oddelegowujący, posiadający w określonym Państwie Członkowskim siedzibę, wykonuje wyłącznie czynności administracyjne [kadry, księgowość], to wówczas pracownik wysłany przez takie przedsiębiorstwo do innego państwa członkowskiego nie może być uznany za pracownika oddelegowanego; warunek ten dotyczy również agencji pracy tymczasowej). W konsekwencji Sąd Apelacyjny stanął na stanowisku, że na podstawie przedstawionych wyżej poglądów oraz niespornego stanu faktycznego można

stwierdzić, że wnioskodawca nie spełnia warunku polegającego na tym, iż zwykle prowadzi swoją znaczną działalność na terytorium Polski.

W skardze kasacyjnej wnioskodawca zarzucił naruszenie prawa materialnego przez błędną wykładnię art. 14 ust 1 lit. a rozporządzenia w związku z decyzją Komisji Administracyjnej nr 181 z dnia 13 grudnia 2000 r., poprzez przyjęcie, że do przesłanek zastosowania wskazanego przepisu należy, między innymi, przesłanka prowadzenia przez przedsiębiorcę delegującego zwykłej (znaczej) działalności na terytorium państwa siedziby, przy czym przesłanka ta powinna być rozumiana w ten sposób, iż o tym czy przedsiębiorstwo delegujące pracowników do pracy za granicą prowadzi zwykłą (znaczną) działalność na terytorium Państwa Członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę rejestrową, decyduje wyłącznie liczba zatrudnionych pracowników i obrót osiągany na terytorium państwa siedziby, a brak któregokolwiek z wymienionych kryteriów, tj. mała liczba pracowników i mały obrót wyklucza możliwość zastosowania art. 14 ust. 1 lit. a rozporządzenia, nawet przy jednoczesnym spełnieniu innych kryteriów uwzględniających specyfikę działalności przedsiębiorstwa delegującego, takich jak: miejsce rekrutacji pracowników; miejsce zawierania umów o pracę; prawo, któremu podlegają umowy o pracę; państwo, w którym znajduje się kierownictwo i administracja przedsiębiorstwa; państwo, w którym pracownicy zaopatrywani są w niezbędne dokumenty umożliwiające im wykonywanie pracy za granicą; państwo, z którego prowadzona jest cała koordynacja i nadzór nad wykonywaniem pracy przez zatrudnionych pracowników, a w konsekwencji przyjęcie, że wnioskodawca w okresie od 14 września do 28 listopada 2009 r. nie prowadził zwykłej (znaczej) działalności na terytorium Polski, a tym samym uznanie, iż zainteresowany nie podlegał obowiązkowym ubezpieczeniom społecznym zgodnie z ustawodawstwem polskim, co stanowi naruszenie art. 67 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, poprzez pozbawienia obywatela polskiego gwarantowanego mu przepisami Konstytucji prawa do zabezpieczenia społecznego.

Wskazując na powyższe zarzuty skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i orzeczenie co do istoty sprawy, poprzez uwzględnienie odwołania w całości, ewentualnie o uchylenie w całości zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi drugiej instancji, a alternatywnie - o

rozważenie zasadności wystąpienia na podstawie art. 267 akapit 3 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej o rozpatrzenie pytania prawnego dotyczącego wykładni art. 14 ust. 1 lit. a rozporządzenia, czy wskazany przepis należy rozumieć w ten sposób, iż do jego zastosowania niezbędne jest osiągnięcie przez przedsiębiorstwo wysyłające w kraju swej siedziby obrotu w wysokości ściśle określonej, a jeśli tak to w jakiej.

W uzasadnieniu skargi kasacyjnej podniesiono, że po pierwsze - w wyroku z dnia 25 listopada 2009 r., I UK 107/09 Sąd Najwyższy stwierdził, że „zasada jednego ustawodawstwa polega nie tylko na wyeliminowaniu takich sytuacji, w których pracownik miałby podlegać równocześnie kilku systemom zabezpieczenia społecznego, ale i na zachowaniu przynależności do jednego z tych systemów i z tego punktu widzenia należy interpretować wyjątki przewidziane w art. 14 rozporządzenia, którego *ratio legis* wyrażałoby się wówczas w umożliwieniu zachowania przez pracownika ciągłości ubezpieczenia” oraz że „kryterium miejsca siedziby (rejestracji) przedsiębiorstwa wyznacza (...) ustawodawstwo właściwe w odniesieniu do pracowników delegowanych - art. 14 ust. 1 lit. a i b” rozporządzenia; po drugie - mając na uwadze treść wyroku w sprawie Fitzwilliam, C-202/97, przy stosowaniu art. 14 rozporządzenia w przypadku agencji pracy tymczasowej w zakresie interpretacji określeń „zwykła działalność” i „prowadzona na znaczną skalę działalność” oraz ustalania miejsca jej prowadzenia przede wszystkim należy brać pod uwagę czynniki, które oddają specyfikę funkcjonowania podmiotu o takim charakterze, z pomniejszeniem znaczenia kryterium obrotu uzyskiwanego w kraju wysyłającym i w kraju wykonywania pracy; po trzecie - dokonując błędnej wykładni art. 14 ust. 1 lit. a rozporządzenia Sąd drugiej instancji naruszył art. 67 Konstytucji RP w związku z art. 48 rozporządzenia, przez co powstaje zagrożenie, iż za okres zatrudnienia od 14 września 2009 r. do 28 listopada 2009 r. zainteresowanemu nie będzie przysługiwało prawo do części emerytury lub renty.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Skarga kasacyjna nie zasługuje na uwzględnienie.

Przepis art. 13 ust. 2 lit. a rozporządzenia ustanawia generalną zasadę, zgodnie z którą pracownik najemny podlega systemowi zabezpieczenia społecznego kraju, na terytorium którego wykonywana jest praca (*lex loci laboris*). Wyjątek od tej zasady został przewidziany, między innymi, w art. 14 ust. 1 lit. a rozporządzenia, zgodnie z którym pracownik najemny zatrudniony na terytorium Państwa Członkowskiego przez przedsiębiorstwo, w którym jest zwykle zatrudniony i przez które został skierowany do wykonywania pracy na terytorium innego Państwa Członkowskiego podlega ustawodawstwu pierwszego Państwa Członkowskiego, pod warunkiem, że przewidywany okres wykonywania tej pracy nie przekracza dwunastu miesięcy i że nie został on skierowany w miejsce innej osoby, której okres skierowania upłynął. W sprawie, w której wniesiona została rozpoznawania skarga kasacyjna, sporna jest kwestia, czy pracownik zatrudniony przez agencję pracy tymczasowej wyłącznie w celu skierowania do pracy na terytorium innego Państwa Członkowskiego spełnia warunek zwykłego zatrudnienia przez przedsiębiorstwo kierujące. Przesłanki do takiego uznania zostały skonkretyzowane w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (powoływanego dalej jako Trybunał) oraz wydanej na podstawie art. 81 lit. a rozporządzenia decyzji Nr 181, która wprowadzie nie ma charakteru aktu normatywnego, jednakże zawarte w niej propozycje wykładni nie są prawnie obojętne i brak jest przeszkód w możliwości zaakceptowania przez sądy krajowe postulowanej interpretacji przepisów rozporządzenia (por. np. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 27 października 2009 r., II UK 63/09, OSNP 2011 nr 11-12, poz. 160; z dnia 5 maja 2010 r., II UK 319/09, LEX nr 604217; z dnia 13 maja 2010 r., II UK 360/09, niepublikowany). Zgodnie z pkt 1 decyzji, o oddelegowaniu w rozumieniu art. 14 ust. 1 lit. a rozporządzenia można mówić wówczas, gdy po pierwsze - praca wykonywana jest na rachunek przedsiębiorstwa oddelegowującego i po drugie - istnieje więź pracownicza. Ta ostatnia nie wystarcza jednak w przypadku zatrudnienia pracownika wyłącznie w celu oddelegowania do innego przedsiębiorstwa. W myśl pkt 3 decyzji, w takim przypadku konieczne jest, aby przedsiębiorstwo delegujące „zwykle” prowadziło działalność na terenie państwa, z którego pracownik został oddelegowany, przy czym chodzi o działalność „godną odnotowania” w kraju delegującym. W wyroku z

dnia 10 lutego 2000 r. w sprawie Fitzwilliam (C-202/97, ECR 2000/2/I-00883, LEX nr 82707) Trybunał stwierdził, iż art. 14 ust. 1 rozporządzenia powinien być interpretowany w ten sposób, że w celu skorzystania z przywileju przyznanego przez ten przepis przedsiębiorstwo pracy tymczasowej, które przekazuje czasowo pracowników z jednego Państwa Członkowskiego do dyspozycji przedsiębiorstwu mającym siedzibę w innym Państwie Członkowskim, musi zwykle wykonywać swą działalność w tym pierwszym Państwie. Warunek ten jest spełniony, jeżeli przedsiębiorstwo stale wykonuje znaczącą działalność w Państwie, w którym ma siedzibę. Również w orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się, że o podleganiu właściwemu systemowi zabezpieczenia społecznego pracowników tymczasowych zatrudnionych wyłącznie w celu oddelegowania do pracy w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej - oprócz formalnych więzi pozostawania w stosunku pracy pomiędzy pracownikiem a przedsiębiorstwem wysyłającym oraz przynależności do porządku prawa pracy państwa delegującego - przesądza prowadzenie przez agencję pracy tymczasowej także zwykłej (znaczej, na znaczną skalę, znaczącej, istotnej, godnej odnotowania, zasadniczej, normalnej) działalności w państwie wysyłającym, w którym ma zarejestrowaną siedzibę (por. np. wyroki z dnia z dnia 5 maja 2010 r., II UK 395/09, OSNP 2011 nr 21-22, poz. 277; z dnia 5 maja 2010 r., II UK 27/10, LEX nr 599779; z dnia 13 maja 2010 r., II UK 379/09, LEX nr 611415; z dnia 2 czerwca 2010 r., II UK 387/09, LEX nr 611417). W orzeczeniach tych podkreśla się, że taka wykładnia art. 14 ust. 1 lit. a rozporządzenia z jednej strony pozwala na usunięcie trudności związanych z krótkotrwałym przemieszczaniem się pracowników delegowanych i zmianą systemu zabezpieczenia społecznego (na co zwraca uwagę skarżący z odwołaniem się do poglądu wyrażonego w wyroku z dnia 25 listopada 2009 r., I UK 107/09), a z drugiej strony zapobiega nadużywaniu przez pracodawców wysyłających pracowników delegowanych do pracy za granicą instrumentalnego wykorzystywania różnic w obciążeniach składkowych oraz świadczeniach z ubezpieczenia społecznego. Na takie niebezpieczeństwo zwrócił już uwagę Trybunał w wyroku z dnia 17 grudnia 1970 r. w sprawie Manpower, (35/70, ECR 1970/1251), w którym przesądzono o możliwości zastosowania art. 14 ust. 1 lit. a rozporządzenia do delegowanych pracowników agencji pracy tymczasowej. Bezzasadny jest zatem zarzut

skarżącego, że do przesłanek zastosowania tego przepisu nie należy wymaganie prowadzenia przez przedsiębiorcę delegującego zwykłej działalności na terytorium państwa siedziby. Przytoczony przez skarżącego w tym zakresie i wyrwany z kontekstu rozważań fragment uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego z dnia 25 listopada 2009 r., I UK 107/09 (OSNP 2011 nr 11-12, poz. 165), w którym stwierdzono, że „kryterium miejsca siedziby (rejestracji) przedsiębiorstwa wyznacza bowiem ustawodawstwo właściwe w odniesieniu do: 1. pracowników delegowanych - art. 14 ust. 1 lit. a i b” oznacza tylko tyle, że określona w art. 13 ust. 2 lit. a rozporządzenia zasada terytorialności doznaje przełamania, między innymi, w odniesieniu do pracowników delegowanych. W żadnym razie nie oznacza to jednak, że wyjątek określony w art. 14 ust. 1 lit. a rozporządzenia znajduje również zastosowanie do pracownika zatrudnionego wyłącznie w celu oddelegowania do innego Państwa Członkowskiego przez agencję pracy tymczasowej, która nie wykonuje zwykłej (znaczącej) działalności w państwie wysyłającym.

W dalszej kolejności skarżący zarzuca Sądowi drugiej instancji, że dokonując oceny spełnienia przez niego przesłanki prowadzenia zwykłej działalności na terytorium państwa wysyłającego zastosował wyłącznie kryteria obrotu oraz liczby pracowników zatrudnionych w państwie wysyłającym i w państwie zatrudnienia z pominięciem innych kryteriów, podczas gdy kryterium obrotu - z uwagi na specyfikę funkcjonowania agencji pracy tymczasowej - nie powinno mieć w jej przypadku istotnego znaczenia.

Z wyroku Trybunału z dnia 10 lutego 2000 r. w sprawie Fitzwilliam, C-202/97 oraz z decyzji Nr 181 wynika, że przy ocenie spełnienia przesłanki prowadzenia przez przedsiębiorstwo delegujące do pracy za granicą zwykłej (godnej odnotowania, znaczącej) działalności na terytorium państwa wysyłającego należy brać pod uwagę, między innymi: miejsce siedziby przedsiębiorstwa delegującego i jego administracji; liczbę personelu administracyjnego zatrudnionego w państwie wysyłającym, w którym przedsiębiorstwo ma zarejestrowaną siedzibę oraz w państwie zatrudnienia; miejsce rekrutacji pracowników oddelegowanych oraz miejsce zawierania większości umów z klientami; prawo właściwe dla umów zawieranych przez przedsiębiorstwo wysyłające z jego pracownikami z jednej strony oraz z jego klientami z drugiej strony oraz wielkość obrotów osiągniętych w

każdym Państwie Członkowskim w odpowiednio wybranym okresie. Wynika z tego, że wskazana lista kryteriów nie jest zamknięta. Również w orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się, że lista kryteriów nie wyczerpuje wszystkich możliwości ustalenia prowadzenia przez agencję pracy tymczasowej znaczącej działalności na terytorium kraju wysyłającego i może być uzupełniana lub dostosowywana do konkretnego przypadku, jednakże pracownik agencji pracy tymczasowej, która w państwie wysyłającym nie osiąga żadnych obrotów, gdyż wykonuje wyłącznie czynności administracyjne związane z zatrudnianiem i wysyłaniem pracowników tymczasowych do pracy w innych państwach członkowskich Unii Europejskiej, podlega obowiązkowi ubezpieczenia społecznego zgodnie z zasadą terytorialności (*lex loci laboris*) w państwie, na którego terytorium wykonuje pracę (tak w powołanych wyżej wyrokach z dnia 5 maja 2010 r., II UK 319/09 i z dnia 5 maja 2010 r., II UK 27/10 z powołaniem się na wyrok Trybunału z dnia 9 listopada 2000 r. w sprawie Plum, C-404/98, ECR 2000/11A/I-09379, LEX nr 83030 oraz decyzję Nr 181). Podkreśla się również, że warunek, według którego przedsiębiorca delegujący „zwykle” prowadzi działalność na terytorium kraju wysyłającego nie oznacza, iż działalność przedsiębiorstwa musi mieć charakter przeważający oraz że przy dokonywaniu takiej oceny nie chodzi wyłącznie o kryterium ilościowe, dotyczące osiąganego obrotu, decydujące znaczenie ma bowiem okoliczność, czy agencja pracy tymczasowej prowadzi swoją zasadniczą działalność w Polsce (tak w przywołanym wyżej wyroku z dnia 13 maja 2010 r., II UK 379/09).

W świetle powołanego wyżej orzecznictwa należy przyjąć, że kryterium wielkości uzyskiwanego obrotu nie jest kryterium wyłącznym ani decydującym. Jednakże w przypadku agencji pracy tymczasowej zajmującej się - jak skarżący - jedynie zatrudnianiem pracowników tymczasowych, wielkość obrotów w państwie wysyłającym i w państwie zatrudnienia może stanowić w konkretnych okolicznościach jedną z istotnych przesłanek oceny, czy takie przedsiębiorstwo prowadzi na terytorium państwa wysyłającego nie jakąkolwiek marginesową działalność, ale działalność znaczącą (istotną, godną odnotowania). Wbrew zawartym w skardze kasacyjnej twierdzeniom, rozważając tę kwestię Sąd Apelacyjny nie oparł się wyłącznie na kryteriach wielkości obrotu i liczby pracowników zatrudnionych w państwie wysyłającym i w państwie zatrudnienia, ale

powiązał je za Sądem pierwszej instancji z kryterium ilości umów zawartych przez skarżącego z pracodawcami użytkownikami w państwie wysyłającym i w państwie oddelegowania. Doprowadziło to Sądy obu instancji do trafnej oceny, że w ustalonym w sprawie stanie faktycznym, w którym na 43 umowy zawarte z pracodawcami użytkownikami tylko 3 umowy zostały zawarte z pracodawcami polskimi (7% ogółu zawartych umów) i z tego tytułu skarżący osiągnął marginalny obrót w wysokości 1,36% całości obrotów i znikome dochody, jego działalność prowadzona w państwie wysyłającym nie może być uznana za działalność znaczącą. Powoływanie się przez skarżącego w tej kwestii na art. 67 Konstytucji RP i art. 48 rozporządzenia jest bezpodstawne już tylko dlatego, że ostatni z przywołanych przepisów, dotyczący okresów ubezpieczenia krótszych niż rok ukończonych w systemie krajowym określonego Państwa Członkowskiego, co prawda stanowi w ust. 1, że - biorąc pod uwagę krótki okres ubezpieczenia - instytucja stosująca to ustawodawstwo jest zwolniona z obowiązku przyznawania świadczeń, jednakże w ust. 2 gwarantuje, iż takie okresy mimo wszystko będą uwzględniane przez instytucję Państwa Członkowskiego właściwą do obliczania uprawnień emerytalnych.

Sąd Najwyższy nie znalazł podstaw do wystąpienia do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej o rozpatrzenie pytania prawnego sformułowanego we wniosku skarżącego, już tylko dlatego, że podnoszona w nim kwestia nie jest niezbędna dla oceny zasadności zarzutów kasacyjnych, a w konsekwencji do wydania wyroku (art. 267 akapit drugi Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej).

Z powyższych względów skarga kasacyjna podlega oddaleniu na podstawie art. 398¹⁴ k.p.c.