



Sygn. akt II UK 170/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 2 października 2013 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jerzy Kuźniar (przewodniczący)

SSN Jolanta Strusińska-Żukowska (sprawozdawca)

SSA Magdalena Kostro - Wesołowska

Protokolant Małgorzata Beczek

w sprawie z wniosku P. W. Sp. z o.o.

przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych

z udziałem zainteresowanej E. B.

o wydanie zaświadczenia o ustawodawstwie dotyczącym zabezpieczenia społecznego,

po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 2 października 2013 r.,

skargi kasacyjnej wnioskodawcy od wyroku Sądu Apelacyjnego [...]

z dnia 29 listopada 2012 r.,

oddala skargę kasacyjną.

UZASADNIENIE

Sąd Apelacyjny – Sąd Pracy i Ubezpieczeń Społecznych wyrokiem z dnia 29 listopada 2012 r. oddalił apelację P.W. Spółki z o.o. od wyroku Sądu Okręgowego – Sądu Pracy i Ubezpieczeń Społecznych w W. z dnia 25 czerwca 2012 r., którym

oddalono odwołanie tej spółki od decyzji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych z dnia 26 kwietnia 2011 r., odmawiającej wydania zaświadczenia dotyczącego ustawodawstwa właściwego, potwierdzającego, że zainteresowana E. B. w okresie wykonywania pracy na terytorium Francji od 1 lipca 2010 r. do 5 września 2010 r. podlegała polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych.

Według ustaleń faktycznych poczynionych w tej sprawie przez Sąd pierwszej instancji, odwołująca się ma siedzibę i prowadzi w Polsce działalność agencji pracy tymczasowej, polegającą na wyszukiwaniu miejsc pracy i pozyskiwaniu pracowników oraz ich udostępnianiu. Spółka działa w branży budowlanej i turystyczno – hotelarskiej, współpracując z przedsiębiorcami we Francji i w Polsce. Administracja, a także kadry, księgowość i marketing prowadzone są w Polsce. Znaczna część dochodów spółki w 2010 r. uzyskana została za granicą, tam też była zatrudniona większość pracowników. Zainteresowana E. B. zawarła z odwołującą się w dniu 25 czerwca 2010 r. umowę o pracę na czas określony od 1 lipca do 5 września 2010 r., w ramach której wykonywała pracę kelnerki w pełnym wymiarze czasu pracy na rzecz i pod kierownictwem francuskiego pracodawcy użytkownika „G.” Zainteresowana od 1 października 2009 r. była uczestniczką studiów doktoranckich w zakresie literaturoznawstwa na Wydziale Filologicznym Uniwersytetu Pedagogicznego [...], natomiast od 23 lutego 2011 r. zgłoszona była z tego tytułu do ubezpieczenia zdrowotnego. Wcześniej, tj. od 1 sierpnia 2004 r., zainteresowana była zgłoszona do ubezpieczenia zdrowotnego jako członkini rodziny I. B. Ubezpieczenie to zostało przerwane okresem ubezpieczenia z tytułu zatrudnienia od 4 maja do 30 czerwca 2005 r., a po tym okresie zainteresowanej nie zgłoszono ponownie do rodzinnego ubezpieczenia zdrowotnego.

Oceniając ten stan faktyczny, Sąd pierwszej instancji wskazał, że zgodnie z art. 11 ust. 2 lit. a rozporządzenia Parlamentu i Rady (WE) nr 883/2004 z 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz.U.UE.L.2004.166.1; Dz.U.UE-sp.05-5-72), osoba wykonująca w państwie członkowskim pracę najemną lub pracę na własny rachunek podlega ustawodawstwu tego państwa członkowskiego. Natomiast, według art. 12 ust. 1 tego rozporządzenia, osoba wykonująca działalność jako pracownik najemny w państwie członkowskim w imieniu pracodawcy, który normalnie prowadzi tam

działalność, a która jest delegowana przez tego pracodawcę do wykonywania pracy w innym państwie członkowskim w imieniu tego pracodawcy nadal podlega ustawodawstwu pierwszego państwa członkowskiego, pod warunkiem, że przewidywany czas takiej pracy nie przekracza 24 miesięcy i że osoba ta nie jest wysyłana po to, żeby zastąpić inną osobę. W myśl natomiast art. 14 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r. dotyczącego wykonywania rozporządzenia nr 883/2004 (Dz.U.U.E.L.2009.284.1), przez osobę, 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, rozumieć należy 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. Zgodnie zaś z postanowieniami Decyzji 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 (Dz. Urz. UE nr C 106/2 z dnia 24 kwietnia 2010 r.), wymóg, do którego odnoszą się słowa „bezpośrednio przed rozpoczęciem zatrudnienia”, można uznać za spełniony, jeżeli dana osoba podlega co najmniej miesiąc ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym pracodawca ma swoją siedzibę.

Z ustaleń faktycznych poczynionych w sprawie wynika, że zainteresowana w dacie rozpoczęcia zatrudnienia u odwołującej się spółki nie podlegała ubezpieczeniom społecznym w Polsce co najmniej przez miesiąc, a wobec tego nie mógł być wobec niej zastosowany wyjątek przewidziany w art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004. Niezależnie od tego, powyżej przytoczony przepis stanowi o utrzymaniu ustawodawstwa kraju, w którym pracodawca normalnie prowadzi swoją działalność, a ten warunek, w ocenie Sądu pierwszej instancji, nie został spełniony przez odwołującą się spółkę. W latach 2010 – 2011 prowadziła

ona bowiem działalność przede wszystkim na terenie Francji, zatrudniając za granicą większość pracowników i tam osiągając ok. 85% dochodów. W takiej sytuacji ZUS prawidłowo odmówił wydania żądanego zaświadczenia o podleganiu przez zainteresowaną w spornym okresie polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych.

Sąd odwoławczy zaaprobował zaprezentowaną przez Sąd Okręgowy ocenę prawną ustalonego w sprawie stanu faktycznego, podnosząc dodatkowo, że zgodnie z treścią decyzji A2 z dnia 12 czerwca 2009 r., 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 zaś za wykonywaną na rzecz pracodawcy państwa wysyłającego, jeżeli ustalono, że praca ta jest wykonywana dla tego pracodawcy oraz że wciąż istnieje bezpośredni związek między pracownikiem a pracodawcą, który go oddelegował. W celu ustalenia, czy taki bezpośredni związek wciąż istnieje, a zatem dla przyjęcia, że pracownik nadal podlega zwierzchnictwu pracodawcy, który go oddelegował, należy uwzględnić szereg elementów, w tym odpowiedzialność za rekrutację, umowę o pracę, wynagrodzenie (niezależnie od ewentualnych umów między pracodawcą w państwie wysyłającym a przedsiębiorstwem w państwie zatrudnienia, dotyczących wynagradzania pracowników) i zwalnianie oraz prawo do określania charakteru pracy.

Według Sądu drugiej instancji, nie można stwierdzić, że pomiędzy odwołującą się a zainteresowaną w spornym okresie istniała taka bezpośrednia więź, albowiem spółka przez czas delegowania pracownicy do Francji nie miała wpływu ani na przebieg, ani na warunki jej zatrudnienia, jak również nie miała możliwości przeprowadzania kontroli w zakresie prawidłowości odprowadzania składek. Sąd odwoławczy wskazał, że bezpośredni związek między pracodawcą a pracownikiem przestaje istnieć, jeżeli ten pracownik zostaje oddany do dyspozycji trzeciego przedsiębiorstwa, a taka sytuacja zaistniała w sprawie, bowiem zainteresowana została oddana do pełnej dyspozycji pracodawcy francuskiemu.

Również zatem i z tej przyczyny nie było możliwe stwierdzenie, że w okresie wykonywania pracy za granicą podlegać powinna polskiemu ustawodawstwu w dziedzinie ubezpieczeń społecznych.

W skardze kasacyjnej od wyroku Sądu Apelacyjnego odwołująca się spółka zarzuciła naruszenie:

1. 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. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) z dnia 16 września 2009 r. dotyczącego wykonywania rozporządzenia nr 883/2004, przez ich niezastosowanie wskutek nieprawidłowej wykładni przesłanki bezpośredniego podlegania przez pracownika przed oddelegowaniem ustawodawstwu państwa, w którym pracodawca ma siedzibę, czego następstwem było przyjęcie, że zainteresowana nie podlegała bezpośrednio przed oddelegowaniem polskiemu ustawodawstwu w zakresie systemu zabezpieczeń społecznych, jak również przesłanki prowadzenia przez pracodawcę kierującego pracownika do wykonywania pracy w innym państwie członkowskim normalnej działalności w państwie, w którym ma siedzibę, czego następstwem było przyjęcie, że odwołująca się w spornym okresie nie prowadziła normalnej działalności na terenie Polski;
2. art. 382 k.p.c. oraz art. 328 § 2 w związku z art. 391 k.p.c., przez pominięcie znacznej części zebranego materiału odnoszącego się do prowadzenia przez spółkę normalnej działalności na terenie Polski oraz niewskazanie w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku faktycznych podstaw rozstrzygnięcia odnośnie do ustalenia braku bezpośredniej więzi między odwołującą się a zainteresowaną w okresie oddelegowania do pracy we Francji, a także brak odniesienia się do przesłanek warunkujących przyjęcie istnienia znaczącej działalności w państwie wysyłającym.

Opierając skargę na takich podstawach, odwołująca się wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu do ponownego

rozpoznania oraz o zasądzenie od organu ubezpieczeń społecznych kosztów postępowania.

W uzasadnieniu skargi kasacyjnej podniesiono, między innymi, że nietrafne jest stanowisko Sądu odwoławczego, iż przez pojęcie „podleganie ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym pracodawca ma siedzibę” należy rozumieć uprzednie podleganie ubezpieczeniu społecznemu. Brak jest bowiem podstaw do przyjęcia tożsamości pomiędzy faktem „podlegania ustawodawstwu” a faktem „podlegania ubezpieczeniu”. Oba rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady konsekwentnie odróżniają te dwa pojęcia. Rozporządzenie nr 883/2004 wyraźnie wskazuje, że określenie „ustawodawstwo” oznacza w odniesieniu do każdego państwa członkowskiego: przepisy ustawowe, wykonawcze i inne oraz obowiązujące środki wykonawcze odnoszące się do działów zabezpieczenia społecznego, objętych art. 3 ust. 1; tj. świadczeń: z tytułu choroby, z tytułu macierzyństwa i równoważnych świadczeń dla ojca, z tytułu inwalidztwa, z tytułu starości, z tytułu wypadków przy pracy i choroby zawodowej, dla bezrobotnych, przedemerytalnych, a także rent rodzinnych i zasiłków na wypadek śmierci. To samo rozporządzenie zawiera również definicje ubezpieczonego, którym jest osoba spełniająca warunki wymagane na podstawie ustawodawstwa państwa członkowskiego do posiadania prawa do świadczeń oraz okresu ubezpieczenia oznaczającego okresy składkowe, okresy zatrudnienia lub pracy na własny rachunek oraz wszelkie okresy równorzędne z okresami ubezpieczenia. Wynika z tego, że ustawodawca unijny nie utożsamia przesłanki podlegania ustawodawstwu z podleganiem ubezpieczeniu. Według skarżącego, przez podleganie ustawodawstwu państwa członkowskiego w myśl przepisów rozporządzenia nr 883/2004 należy zatem rozumieć to, że w stosunku do danej osoby znajdują zastosowanie wszelkie normy, uregulowania oraz ogół przepisów dotyczących zabezpieczenia społecznego, nie zaś, że legitymuje się ona statusem ubezpieczonego. Jeżeli zatem do danej osoby stosuje się polskie przepisy w dziedzinie zabezpieczenia społecznego i na podstawie tych przepisów z uwagi na brak świadczenia pracy nie podlega ona w określonym czasie ubezpieczeniu społecznemu, to uznać ją należy za podlegającą polskiemu ustawodawstwu w

zakresie zabezpieczenia społecznego. Do osoby takiej nie stosuje się bowiem przepisów prawa innego państwa członkowskiego.

Niezależnie od tego, zdaniem skarżącej, nie ma też podstaw do zaakceptowania poglądu Sądu drugiej instancji, że warunek podlegania ustawodawstwu państwa członkowskiego jest spełniony, jeżeli pracownik posiadał status ubezpieczonego bezpośrednio przez co najmniej miesiąc przed oddelegowaniem. Stanowisko to jest bowiem wywodzone nie z bezwzględnie obowiązujących przepisów rozporządzeń nr 883/2004 i nr 987/2009, ale „z kryteriów o charakterze pozanormatywnym, wyrażonych w decyzji nr A2 Komisji Administracyjnej ds. Zabezpieczenia Społecznego”.

W ocenie odwołującej się, Sąd Apelacyjny dokonał też nieprawidłowej wykładni pojęcia prowadzenia przez pracodawcę delegującego normalnej działalności w państwie, w którym ma siedzibę, przyjmując że o spełnieniu tej przesłanki decyduje wyłącznie kryterium ilościowe w zakresie osiągniętych obrotów w Polsce i za granicą oraz liczba pracowników delegowanych do pracy w Polsce i za granicą. Tymczasem stosownie do art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009, do celów stosowania art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 sformułowanie „który normalnie tam prowadzi swą działalność” odnosi się do pracodawcy zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności, innej niż działalność związana z samym zarządzaniem wewnętrznym, na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, z uwzględnieniem wszystkich kryteriów charakteryzujących działalność prowadzoną przez dane przedsiębiorstwo. Odnośne kryteria muszą zostać dopasowane do specyficznych cech każdego pracodawcy i do rzeczywistego charakteru prowadzonej działalności. Zgodnie zaś z decyzją nr A2, w celu ustalenia, w razie potrzeby i w razie wątpliwości, czy pracodawca zazwyczaj prowadzi znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, instytucja właściwa w tym państwie zobowiązana jest zbadać wszystkie kryteria charakteryzujące działalność prowadzoną przez tego pracodawcę, w tym miejsce, w którym przedsiębiorstwo ma swą zarejestrowaną siedzibę i administrację, liczebność personelu administracyjnego pracującego w państwie członkowskim, w którym pracodawca ma siedzibę, oraz w drugim państwie członkowskim, miejsce, w którym rekrutowani są pracownicy delegowani, i

miejsce, w którym zawierana jest większość umów z klientami, prawo mające zastosowanie do umów zawartych przez przedsiębiorstwo z jednej strony z pracownikami i z drugiej strony z klientami, obroty w odpowiednio typowym okresie w każdym z państw członkowskich, których rzecz dotyczy, oraz liczbę umów wykonanych w państwie wysyłającym. Wykaz ten nie jest wyczerpujący, ponieważ kryteria powinny być dostosowane do każdego konkretnego przypadku i powinny uwzględniać charakter działalności prowadzonej przez przedsiębiorstwo w państwie, w którym ma ono siedzibę.

Skarżąca podniosła również, że Sąd odwoławczy nie wskazał żadnej podstawy faktycznej, w oparciu o którą przyjął, iż zainteresowana została oddana do dyspozycji trzeciego przedsiębiorstwa. E.B. była bowiem zatrudniona przez odwołującą się w celu delegowania jej do pracy u francuskiego przedsiębiorcy i miał do niej zastosowanie art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004, skoro zgodnie z art. 14 ust. 1 rozporządzenia nr 987/2009, przez osobę delegowaną rozumie się także osobę zatrudnioną w celu oddelegowania jej do innego państwa członkowskiego.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

W myśl art. 11 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004, osoby, do których stosuje się to rozporządzenie, podlegają ustawodawstwu tylko jednego państwa członkowskiego. Przepis ten wyraża 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. Chodzi więc o to, by w okresie zatrudnienia była ubezpieczona, ale co do zasady, nie więcej niż w jednym państwie członkowskim. Już tylko z tego wynika, że podleganie ustawodawstwu oznacza objęcie danej osoby systemem zabezpieczenia społecznego według zasad obowiązujących w danym państwie członkowskim. Do żadnego innego wniosku nie prowadzi stwierdzenie, że pod

pojęciem ustawodawstwa (art. 1 lit. I rozporządzenia) należy rozumieć, w odniesieniu do każdego państwa członkowskiego, przepisy ustawowe, wykonawcze i inne oraz obowiązujące środki wykonawcze odnoszące się do działów systemu zabezpieczenia społecznego, objętych art. 3 ust. 1 rozporządzenia, tj. świadczeń z tytułu choroby; świadczeń z tytułu macierzyństwa i równoważnych świadczeń dla ojca; świadczeń z tytułu inwalidztwa; świadczeń z tytułu starości; rent rodzinnych; świadczeń z tytułu wypadków przy pracy i choroby zawodowej; zasiłków na wypadek śmierci; świadczeń dla bezrobotnych; świadczeń przedemerytalnych; świadczeń rodzinnych. W świetle powyższej definicji uznać bowiem należy, że są to przepisy danego państwa członkowskiego, które tworzą system zabezpieczenia społecznego w danym państwie, przy czym muszą one mieć charakter prawa powszechnie obowiązującego (być uznawane za źródło prawa). Podlegać ustawodawstwu nie oznacza zatem, by być ubezpieczonym, czy posiadać okres ubezpieczenia w rozumieniu przepisów rozporządzenia, lecz by być objętym określonym systemem zabezpieczenia społecznego, czyli inaczej, być ubezpieczonym zgodnie z przepisami obowiązującymi w danym państwie członkowskim. W Polsce jest to przede wszystkim ustawa z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (jednolity tekst: Dz. U. z 2009 r. Nr 205, poz. 1585 ze zm.) regulująca zasady podlegania ubezpieczeniom społecznym i wiążąca to podleganie z posiadaniem określonego tytułu, którym nie jest samo miejsce zamieszkania. Bezsporne jest, że zainteresowana przed delegowaniem jej do pracy do Francji od dnia 1 lipca 2010 r. podlegała w tym rozumieniu polskiemu systemowi zabezpieczenia społecznego w okresie od 4 maja do 30 czerwca 2005 r. z tytułu zatrudnienia na podstawie stosunku pracy.

Z art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 wynika, że osoba, która wykonuje działalność jako pracownik najemny w państwie członkowskim w imieniu pracodawcy, który normalnie prowadzi tam swą działalność, a która jest delegowana przez tego pracodawcę do innego państwa członkowskiego do wykonywania pracy w imieniu tego pracodawcy, nadal podlega ustawodawstwu pierwszego państwa członkowskiego, pod warunkiem że przewidywany czas takiej pracy nie przekracza 24 miesięcy i że osoba ta nie jest wysłana, by zastąpić inną delegowaną osobę. Przepisy dotyczące delegowania znajdują zastosowanie

również w przypadkach zatrudniania pracownika w celu delegowania, jeśli bezpośrednio przed delegowaniem pracownik taki podlega ustawodawstwu państwa, z terytorium którego został delegowany (art. 14 ust. 1 rozporządzenia nr 987/2009). W świetle tego, co wyżej powiedziano, podleganie ustawodawstwu to posiadanie tytułu do ubezpieczenia w tym państwie członkowskim. W decyzji A2 (pkt 1) mowa jest natomiast o tym, że dla celów stosowania art. 14 ust. 1 rozporządzenia nr 987/2009, tytułem wskazówki, wymóg, do którego odnoszą się słowa „bezpośrednio przed rozpoczęciem zatrudnienia”, można uważać za spełniony, jeśli dana osoba podlega przez co najmniej miesiąc ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym pracodawca ma swoją siedzibę. Krótsze okresy wymagać będą indywidualnej oceny w konkretnych przypadkach, z uwzględnieniem wszelkich innych występujących czynników. Wprawdzie Decyzja nie jest aktem normatywnym, ale jest traktowana jako źródło wykładni autentycznej przepisów rozporządzenia. I chociaż z jednej strony stwierdza się, że zaprezentowana w takich decyzjach wykładnia nie jest wiążąca (por. wyroki ETS: z dnia 5 grudnia 1967 r. Nr 19/67 w sprawie Bestuur der sociale Verzekeringsbank c. Van der Vecht i z dnia 14 maja 1981 r. Nr 98/80 w sprawie Giuseppe Romano c. Institut national d'assurance maladie - invalidite), to z drugiej strony interpretacja rozporządzenia przez Komisję jest akceptowana w praktyce, czego przykładem jest orzecznictwo ETS (por. wyroki z dnia 26 stycznia 2006 r., C-2/05 w sprawie Rijksdienst voor Sociale Zekerheid c. Herbosch Kiere i z dnia 10 lutego 2000 r., C-202/97 w sprawie Fitzwilliam; także T. Bińczycka - Majewska, Koordynacja systemów zabezpieczenia społecznego w Unii Europejskiej, Zakamycze 1999 r., s. 487 i następne). Chociaż bowiem uprawnienia w zakresie wykładni są wykonywane bez uszczerbku dla władz, instytucji i osób zainteresowanych do korzystania z procedur i sądownictwa przewidzianych przez ustawodawstwo Państw Członkowskich, to nie stoi jednak na przeszkodzie możliwości przyjęcia przez sąd krajowy interpretacji przepisów rozporządzenia zaprezentowanej w Decyzji i powołania jej w uzasadnieniu swego orzeczenia. Stąd zarzuty skarżącej odnoszące się do nieprawidłowej wykładni art. 14 ust. 1 rozporządzenia nr 987/2009, przez przyjęcie, że podleganie ustawodawstwu bezpośrednio przed delegowaniem oznacza objęcie systemem zabezpieczenia społecznego państwa wysyłającego przez co najmniej miesiąc

poprzedzający to delegowanie, uwzględnione być nie mogą. Dodać do tego jednak należy, że bez względu na to, jak rozumieć zwrot „bezpośrednio przed delegowaniem”, czy tak, jak to wyjaśniono w decyzji A2, czy też jako dłuższy okres czasu, z pewnością okresu pięcioletniego, dzielącego ostatni okres podlegania przez zainteresowaną polskim ubezpieczeniom społecznym od dnia jej delegowania do Francji nie można uznać za bezpośrednio poprzedzający to delegowanie już z uwagi na samo językowe znaczenie słowa „bezpośrednio” („tuż obok czego”).

Z tych względów brak było podstaw do uwzględnienia tych zarzutów odwołującej się, które dotyczyły naruszenia art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 w związku z art. 14 ust. 1 rozporządzenia nr 987/2009, przez nieprawidłową wykładnię przesłanki podlegania przez pracownika zatrudnionego w celu oddelegowania do wykonywania pracy w innym państwie członkowskim bezpośrednio przed delegowaniem polskiemu ustawodawstwu, czego konsekwencją jest niemożliwość stwierdzenia, że zainteresowana w spornym okresie podlegała polskiemu systemowi ubezpieczeń społecznych.

Czyni to bezprzedmiotowymi pozostałe zarzuty skarżącej, choć mają one uzasadnione podstawy. Wskazać bowiem należy, że kolejną przesłanką uznania, że pracownik zatrudniony w celu delegowania go do pracy w innym państwie członkowskim podlega nadal ustawodawstwu państwa wysyłającego jest to, aby pracodawca delegujący normalnie wykonywał pracę na terytorium wysyłającego państwa członkowskiego. Kwestia ta została skonkretyzowana zarówno w art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/09, jak i w pkt 1 decyzji A2. Z regulacji tych wynika, że pod pojęciem normalnego wykonywania działalności na terytorium państwa członkowskiego należy rozumieć, iż „pracodawca zazwyczaj prowadzi znaczną część działalności” w tym państwie. Wprowadzenie terminu „znaczną działalność” czy „znaczną część pracy” (por. art. 13 rozporządzenia nr 883/2004) do treści rozporządzeń usuwa dotychczasowe wątpliwości związane z potwierdzeniem delegowania oraz odwoływaniem się wyłącznie do dotychczasowej decyzji Komisji Administracyjnej odnoszącej się do tej kwestii. W pkt 1 decyzji A2 wskazuje się natomiast, że w celu ustalenia, w razie potrzeby i w razie wątpliwości, czy pracodawca zazwyczaj prowadzi znaczną część działalności na terytorium państwa

członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, instytucja właściwa w tym państwie zobowiązana jest zbadać wszystkie kryteria charakteryzujące działalność prowadzoną przez tego pracodawcę, w tym miejsce, w którym przedsiębiorstwo ma swą zarejestrowaną siedzibę i administrację, liczebność personelu administracyjnego pracującego w państwie członkowskim, w którym pracodawca ma siedzibę, oraz w drugim państwie członkowskim, miejsce, w którym rekrutowani są pracownicy delegowani, i miejsce, w którym zawierana jest większość umów z klientami, prawo mające zastosowanie do umów zawartych przez przedsiębiorstwo z jednej strony z pracownikami i z drugiej strony z klientami, obroty w odpowiednio typowym okresie w każdym z państw członkowskich, których rzecz dotyczy, oraz liczbę umów wykonanych w państwie wysyłającym. Wykaz ten nie jest wyczerpujący, ponieważ kryteria powinny być dostosowane do każdego konkretnego przypadku i uwzględniać charakter działalności prowadzonej przez przedsiębiorstwo w państwie, w którym ma ono siedzibę. Tym samym kwestię tę ocenia instytucja właściwa, a w razie sporu – właściwe sądy, dokonując określonych ustaleń faktycznych.

Problematyka prowadzenia znacznej części działalności była również przedmiotem rozstrzygnięć ETS. Chodzi tutaj o sprawy *Fitzwilliam* (z dnia 10 lutego 2000 r., C-202/97) oraz *Plum* (z dnia 9 listopada 2000 r., C-404/98). W pierwszej Trybunał uznał, że przepisy dotyczące delegowania dotyczą również agencji pracy tymczasowej, jeśli prowadzi ona swoją działalność w większości na terytorium państwa, w którym ma siedzibę. W drugiej natomiast stwierdził, że nie ma takiej możliwości, jeśli przedsiębiorstwo (pracodawca) w państwie wysyłającym dysponuje jedynie adresem oraz prowadzi działalność wyłącznie administracyjną. Wskazane orzecznictwo zostało uwzględnione w treści aktów prawnych. Z orzeczeń tych wynika zatem jednoznacznie, że nie jest dopuszczalne przyjęcie istnienia oddelegowania, gdy korzysta się z tej konstrukcji prawnej wyłącznie w celu wykorzystania różnic w obciążeniach składkowych pomiędzy poszczególnymi państwami członkowskimi. Stąd też nie jest wystarczający fakt samego zarejestrowania działalności w innym państwie członkowskim i prowadzenia tam tylko czynności administracyjnych. Takie stanowisko znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie Sądu Najwyższego. Pracownik przedsiębiorstwa,

które zajmuje się wyłącznie działalnością polegającą na wysyłaniu pracowników do innych państw i które w państwie wysyłającym wykonuje wyłącznie czynności administracyjne, podlega ubezpieczeniu społecznemu państwa, w którym pracuje (por. wyrok z dnia 25 maja 2010 r., I UK 1/10, LEX nr 602670). Możliwość zastosowania wyjątku od zasady terytorialności (*lex loci laboris*) jest zatem uzależniona od wykonywania przez pracodawcę delegującego pracownika znaczącej działalności w państwie, w którym ma siedzibę (por. na gruncie art. 14 ust. 1 lit. a rozporządzenia nr 1408/71 – wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 maja 2010 r., II UK 360/09, LEX nr 863995). Podobne poglądy wyrażał Sąd Najwyższy również w kontekście działalności agencji pracy tymczasowej. 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 i przedsiębiorstwem wysyłającym oraz przynależności do porządku prawa pracy państwa delegującego w zakresie zawierania umów o pracę, podejmowania decyzji w przedmiocie rodzaju pracy, wynagradzania za jej wykonywanie i zwalniania pracowników, przesądza prowadzenie przez agencję pracy tymczasowej także zwykłej (normalnej) działalności godnej odnotowania w państwie wysyłającym, w którym ma zarejestrowaną siedzibę, a która nie może ograniczać się wyłącznie do wykonywania wewnętrznych czynności administracyjnych związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 5 maja 2010 r., II UK 319/09, LEX nr 604217; z dnia 5 maja 2010 r., II UK 395/09, OSNP 2011 nr 21-22, poz. 277; z dnia 11 maja 2010 r., II UK 389/09, LEX nr 863996). Rację ma więc odwołująca się, że o tym, czy prowadzi normalną działalność w Polsce nie decydują wyłącznie kryteria osiągniętych tu obrotów, czy też liczba zatrudnianych pracowników, które to przesłanki jedynie oceniał Sąd Apelacyjny.

Trafnie skarżąca podniosła również, że zgodnie z pkt 1 decyzji A2, 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. Z kolei w celu ustalenia, czy taki bezpośredni związek wciąż istnieje, a zatem dla

przyjęcia, że pracownik nadal podlega pracodawcy, który go oddelegował, należy uwzględnić szereg elementów, w tym odpowiedzialność za rekrutację, umowę o pracę, wynagrodzenie (niezależnie od ewentualnych umów między pracodawcą w państwie wysyłającym a przedsiębiorstwem w państwie zatrudnienia, dotyczących wynagradzania pracowników) i zwalnianie oraz prawo do określania charakteru pracy. Z powyższej decyzji wynika zatem, że istotne są dwa podstawowe elementy: wykonywanie pracy na rzecz pracodawcy wysyłającego oraz podporządkowanie pracownika. Warto jednak zauważyć, że rolą agencji pracy tymczasowej jest udostępnienie pracownika pracodawcy użytkownikowi, stąd samo podporządkowanie pracownika w procesie wykonywania pracy temu pracodawcy nie może przesądzać o utracie bezpośredniego związku między agencją pracy tymczasowej a jej pracownikiem i „oddaniu pracownika do dyspozycji trzeciego przedsiębiorstwa”, jak bez głębszej refleksji stwierdził Sąd drugiej instancji.

Jak już powiedziano, nie ma to jednak znaczenia dla możliwości uwzględnienia skargi kasacyjnej, albowiem w zaskarżonym wyroku trafnie przyjęto, że nie został spełniony jeden z podstawowych warunków podlegania przez zainteresowaną polskim ubezpieczeniom społecznym w spornym okresie, tj. podlegania tym ubezpieczeniom bezpośrednio przed delegowaniem do pracy za granicą, który wynika z art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 w związku z art. 14 ust. 1 rozporządzenia nr 987/2009.

Mając to na uwadze, Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji (art. 398¹⁴ k.p.c.).