



Sygn. akt II UK 46/14

## **WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 18 listopada 2014 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Małgorzata Wrębiakowska-Marzec (przewodniczący)

SSN Maciej Pacuda (sprawozdawca)

SSA Piotr Prusinowski

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

przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych

z udziałem zainteresowanego M. J.

o wydanie zaświadczenia w sprawie z zakresu ubezpieczeń społecznych,

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń

Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 18 listopada 2014 r.,

skargi kasacyjnej organu rentowego od wyroku Sądu Apelacyjnego [...]

z dnia 10 października 2013 r.,

**uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę Sądowi  
Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o  
kosztach postępowania kasacyjnego.**

### **UZASADNIENIE**

Sąd Okręgowy – Sąd Pracy i Ubezpieczeń Społecznych wyrokiem z dnia 8 stycznia 2013 r. oddalił odwołanie wniesione przez P. Sp. z o.o. od decyzji Zakładu

Ubezpieczenia Społecznych z dnia 27 sierpnia 2012 r., którą odmówiono wydania odwołującej się zaświadczenia dotyczącego ustawodawstwa właściwego potwierdzającego, że zainteresowany M. J. w okresie wykonywania pracy na terytorium Francji od dnia 4 stycznia 2012 r. do dnia 31 marca 2012 r. podlegał polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych i zasądził od wnioskodawcy na rzecz organu rentowego kwotę 60 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd Okręgowy ustalił, że odwołująca się P. Sp. z o.o. w dniu 23 stycznia 2012 r. złożyła wniosek o poświadczenie dokumentów o ustawodawstwie właściwym dla pracownika firmy w związku z czasowym delegowaniem go do pracy na terytorium Francji we wskazanym okresie.

P. jest agencją pracy tymczasowej. Zajmuje się m.in. działalnością związaną z wyszukiwaniem miejsc pracy, pozyskiwaniem pracowników i udostępnianiem wykwalifikowanych pracowników przedsiębiorstwom z krajów Unii Europejskiej w branżach: budowlanej, konstrukcyjnej oraz turystycznej. Prowadzi w tym celu działalność rekrutacyjną, logistyczną i administracyjną.

Zainteresowany M. J. został zatrudniony u w/w pracodawcy na podstawie umowy o pracę zawartej na okres od dnia 4 stycznia 2012 r. do dnia 31 marca 2012 r. i został zgłoszony do ubezpieczeń jako pracownik. Zgodnie z umową o pracę zainteresowany został wysłany na terytorium Francji do pracy na stanowisku hydraulika.

W przedmiocie określenia danych dotyczących działalności prowadzonej w Polsce i za granicą, Zakład Ubezpieczeń Społecznych przeprowadził postępowanie, a zebrany w sprawie materiał dowodowy pozwolił na przyjęcie, że odwołująca się na dzień delegowania zainteresowanego osiągnęła w kraju średnie obroty z okresu 12 miesięcy prowadzenia pozarolniczej działalności gospodarczej na poziomie 12%. Wykazane przez odwołującą się dane we wniosku o poświadczenie formularzy A1, złożonych od 2010 r., wskazują z kolei, że przychody z działalności w kraju spadły, bowiem na dzień 30 sierpnia 2010 r. wynosiły 31%, na dzień 31 grudnia 2010 r. - 18%, zaś na dzień 30 czerwca 2011 r. - 12%. W okresie od stycznia 2012 r. do marca 2012 r. obrót osiągniany przez firmę z działalności w Polsce utrzymywał się na poziomie 12%.

Odwołująca się w okresie od stycznia 2012 r. do kwietnia 2012 r. zatrudniała (na podstawie umów o pracę i umów zlecenia) i zgłaszała do ubezpieczeń społecznych w kraju średnio - łącznie w miesiącu - 57 osób oraz realizowała 11 umów/kontraktów z podmiotami gospodarczymi w Polsce, natomiast we Francji i w Niemczech pracę wykonywało łącznie średnio 178 osób w ramach realizowanych ok. 38 umów/kontraktów.

Wobec tak poczynionych ustaleń Sąd pierwszej instancji uznał, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Sąd ten stwierdził, że zasadniczym problemem w rozpoznawanej sprawie było ustalenie właściwego ustawodawstwa, jakiemu powinien podlegać pracownik (zainteresowany) wnioskodawcy w zakresie obowiązkowego ubezpieczenia społecznego. Przypomniwał w związku z tym, iż obowiązek ubezpieczeń społecznych pracownika w ustawodawstwie polskim określają przepisy ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz.U. z 2009 r. Nr 205, poz. 1585). Osoby fizyczne, które na terytorium RP są pracownikami podlegają obowiązkowym ubezpieczeniom emerytalnemu, rentowym, chorobowemu i wypadkowemu od dnia nawiązania stosunku pracy do dnia ustania tego stosunku. Zgodnie zaś z art. 11 ust. 2 lit. „a” rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego, osoba wykonująca w Państwie Członkowskim pracę najemną, pracę na własny rachunek, podlega ustawodawstwu tego państwa członkowskiego. Od tej zasady wyjątek stanowi art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004, zgodnie z którym osoba, która wykonuje działalność jako pracownik najemny w Państwie Członkowskim w imieniu pracodawcy, który normalnie tam prowadzi swoją działalność, a która jest delegowana przez tego pracodawcę do innego Państwa Członkowskiego 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 ta osoba nie jest wysłana w celu zastąpienia innej osoby.

Sąd pierwszej instancji dodał, że na podstawie art. 14 ust. 1 rozporządzenia Nr 987/2009 co do celów stosowania art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004 „osoba, która wykonuje działalność jako pracownik najemny w państwie

członkowskim w imieniu pracodawcy, który normalnie tam prowadzi swoją działalność, a która jest delegowana przez tego pracodawcę do innego państwa członkowskiego”, oznacza także osobę zatrudnioną w celu oddelegowania jej do innego państwa członkowskiego, pod warunkiem, że osoba ta bezpośrednio przed rozpoczęciem zatrudnienia podlega już ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym siedzibę ma jej pracodawca. Zastosowanie powołanego przepisu wymaga spełnienia warunków, które zostały wskazane w rozporządzeniu nr 987/2009 i omówione szerzej w Decyzji nr A2 Komisji Administracyjnej d/s Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego. Odpowiednie warunki muszą zostać spełnione zarówno po stronie pracodawcy, jak i pracownika. Po stronie pracodawcy został określony wymóg, by wysyłające przedsiębiorstwo zazwyczaj prowadziło na terenie kraju delegującego znaczną część działalności w rozumieniu art. 14 ust. 2 powyższego rozporządzenia. O tym, czy pracodawca spełnia to kryterium decydują między innymi: wielkość obrotów osiągniętych w kraju i za granicą, a także liczba pracowników wykonujących pracę w państwie wysłania, z wyjątkiem pracowników administracyjnych i zarządzających oraz ilość umów zawartych w ramach działalności prowadzonej na obszarze tego państwa. Przy czym, zdaniem Komisji Administracyjnej, powyższy wykaz nie jest wyczerpujący, ponieważ kryteria powinny być dostosowane do konkretnego przypadku i uwzględniać charakter działalności prowadzonej przez przedsiębiorstwo w państwie, w którym ma ono siedzibę.

Sąd Okręgowy podkreślił, że powyższe przepisy jednoznacznie stanowią, iż zasadą jest podleganie ustawodawstwu tego państwa, w którym praca jest wykonywana. Wyjątkiem od tej zasady jest natomiast podleganie ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym pracodawca ma siedzibę, w sytuacji delegowania pracownika przez pracodawcę do innego państwa członkowskiego, pod warunkiem, iż czas takiej pracy nie przekracza 24 miesięcy i osoba ta nie jest wysłana, by zastąpić inną osobę. Wyjątek ten znajdzie również zastosowanie do osoby, która została zatrudniona właśnie w celu delegowania jej do innego państwa członkowskiego. Aby jednak, mimo wykonywania pracy na terenie innego państwa członkowskiego, utrzymać ustawodawstwo państwa, w którym pracodawca normalnie prowadzi swoją działalność, musi zostać spełniony warunek

legitymowania się pracownika, co najmniej miesięcznym stażem podlegania ubezpieczeniom społecznym w tym państwie bezpośrednio przed rozpoczęciem zatrudnienia.

Sąd pierwszej instancji stwierdził, że umowa zawarta pomiędzy odwołującą się a zainteresowanym została zawarta w celu oddelegowania go do pracy w innym państwie członkowskim - we Francji. Sąd Okręgowy zaznaczył też, że nawet gdyby zainteresowany takiemu ubezpieczeniu podlegał, to nie pozwoliłoby to jednak na utrzymanie względem niego ustawodawstwa polskiego jako właściwego, z uwagi na to, iż przepisy mówią o utrzymaniu ustawodawstwa kraju, w którym pracodawca normalnie prowadzi swoją działalność. Tymczasem w sprawie nie można było stwierdzić, aby normalna działalność wnioskodawcy prowadzona była w Polsce. Przedłożone przez odwołującą się dokumenty świadczą, iż w spornym okresie Spółka prowadziła swoją działalność przede wszystkim na terenie Francji, a w niewielkim jedynie stopniu na terenie Polski.

W świetle powyższych okoliczności Sąd pierwszej instancji uznał, że nie zostały spełnione przesłanki do ustalenia ustawodawstwa polskiego jako ustawodawstwa właściwego dla okresu pracy zainteresowanego we Francji, a tym samym do wystawienia stosownego zaświadczenia A1 w tym zakresie.

Sąd Apelacyjny – Sąd Pracy i Ubezpieczeń Społecznych wyrokiem z dnia 10 października 2013 r., wydanym na skutek apelacji wniesionej przez odwołującą się od wyroku Sadu pierwszej instancji, zmienił zaskarżony wyrok i poprzedzającą go decyzję Zakładu Ubezpieczeń Społecznych z dnia 27 kwietnia 2012 r. oraz zobowiązał stronę pozwaną do wydania odwołującej się zaświadczenia potwierdzającego, że zainteresowany M. J. podlegał polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych od dnia 4 stycznia 2012 r. do dnia 31 marca 2012 r.

Sąd Apelacyjny podkreślił, że spór w sprawie wymagał ustalenia, czy organ rentowy zasadnie stwierdził, że zainteresowany podlegał francuskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych oraz, czy zasadnie odmówił wydania odwołującej się zaświadczenia, że w wyżej wymienionym okresie zainteresowany podlega polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych.

Sąd Apelacyjny potwierdził, że w sprawie znajdują zastosowanie przepisy rozporządzenia Parlamentu i Rady (WE) nr 883/2004 oraz rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady nr 987/2009. Dodał też, że 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 bowiem 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.

Sąd drugiej instancji zaznaczył jednak, że rozporządzeniu nr 883/2004 przewidziane są liczne wyjątki od powyższej 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 dotyczącego wykonywania rozporządzenia nr 883/2004, w art. 14 ust. 1 i 2 wskazano z kolei, 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 wyjaśniono natomiast, 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.

Uwzględniając te uwagi, Sąd Apelacyjny stwierdził, iż rozpoznawanej sprawie nie było sporne, że przewidywany okres wykonywania pracy we Francji przez zainteresowanego nie przekraczał 24 miesięcy oraz że pracownik nie został skierowany w miejsce innej osoby, której upłynął okres skierowania, nie było również sporne, że przed oddelegowaniem do Francji, ubezpieczony podlegał ubezpieczeniu społecznemu w Polsce. Spór wymagał więc rozstrzygnięcia, czy odwołująca się prowadzi na terenie Polski „znaczną działalność”, o której mowa w art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004, inną niż działalność związaną z samym zarządzaniem wewnętrznym, oraz na jakich zasadach zainteresowany został oddelegowany do pracy we Francji i czy Sąd Apelacyjny wskazał w tym zakresie na treść decyzji nr A2 z dnia 6 sierpnia 2012 r. 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. Dodał, że Komisja Administracyjna d/s Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego wyjaśniła, że pierwszym decydującym warunkiem dla zastosowania art. 12 ust. 1 jest istnienie bezpośredniego związku pomiędzy pracodawcą a zatrudnionym przez niego pracownikiem. Drugim decydującym warunkiem jest istnienie więzi pomiędzy 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. Przy czym 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 pomiędzy pracownikiem a pracodawcą, który go oddelegował. W celu ustalenia, czy taki bezpośredni związek wciąż istnieje, a zatem dla przyjęcia, że pracownik nadal podlega zwierzchnictwu pracodawcy, który go oddelegował, należy uwzględnić szereg elementów, w tym odpowiedzialność za rekrutację, umowę o pracę, wynagrodzenie, niezależnie od ewentualnych umów między pracodawcą w państwie wysyłającym a przedsiębiorstwem w państwie zatrudnienia, dotyczących wynagradzania pracowników i zwalniania oraz prawo do określenia charakteru pracy.

Z powyższego wynika, zdaniem Sądu drugiej instancji, że poza istnieniem więzi pracowniczej wymaga się, aby przedsiębiorstwo delegujące „zwykle” prowadziło działalność na terenie państwa, z którego pracownik został oddelegowany. Ponadto chodzi o działalność „godną odnotowania” w kraju delegującym. Z decyzji nie wynika przy tym, aby to właśnie obrót odgrywał pierwszoplanową rolę przy ocenie, czy przedsiębiorstwo może powołać się na art. 14 ust. 1 lit. „a” rozporządzenia 1408/71.

Sąd Apelacyjny stwierdził, że analizując 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, należy uznać prawidłowość ustaleń Sądu pierwszej instancji. Jednakże Sąd drugiej instancji podniósł, 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 dostarczona przez Spółkę wskazuje na zmienne wartości zarówno obrotów, jak i liczby zatrudnionych pracowników. W 2011 r. i 2012 r. odnotowano spadek osiąganego obrotu na terenie Polski, jednakże tendencja ta związana jest z obecną sytuacją na rynku europejskim. Z tego też względu wartość osiągniętych przez stronę odwołującą się obrotów nie może stanowić podstawowego determinantu w rozstrzygnięciu niniejszej sprawy.

Wszystkie te okoliczności zdaniem Sądu Apelacyjnego, świadczą o istnieniu po stronie wnioskodawcy przesłanek warunkujących wydanie zaświadczenia A1 potwierdzającego objęcie pracownika delegowanego krajowym systemem ubezpieczeń społecznych.

Zakład Ubezpieczeń Społecznych wniósł do Sądu najwyższego skargę kasacyjną od wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia 10 października 2013 r., zaskarżając ten wyrok w całości i zarzucając mu naruszenie przepisów postępowania, mogące mieć istotny wpływ na wynik sprawy przez:

(-) niewłaściwe zastosowanie art. 382 k.p.c. przez pominięcie znacznej części zebranego materiału dotyczącego prowadzenia przez wnioskodawcę działalności na terenie Polski i nieodniesienie się do całości materiału zebranego w sprawie przez Sądem pierwszej instancji i Sądem drugiej instancji i w konsekwencji uznanie, że odwołująca się prowadziła normalną działalność na terenie Polski oraz przez brak odniesienia się do przesłanek warunkujących przyjęcie istnienia znaczącej działalności w państwie wysyłającym przez wnioskodawcę;

(-) niewłaściwe zastosowanie art. 328 § 2 k.p.c., z związku z art. 391 k.p.c. przez nieodniesienie się w uzasadnieniu wyroku do wszystkich przeprowadzonych w sprawie dowodów i w konsekwencji uznanie, że odwołująca się prowadziła w spornym okresie normalną działalność na terenie Polski;

(-) zastosowanie art. 386 § 1 k.p.c. i uwzględnienie w części apelacji odwołującej się, pomimo jej bezzasadności;

(-) niezastosowanie art. 385 k.p.c., mimo że apelacja odwołującej się jest w całości bezzasadna.

W skardze zarzucono również naruszenie prawa materialnego przez błędną wykładnię 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 normalnego prowadzenia przez pracodawcę kierującego pracownika do wykonywania pracy w innym państwie członkowskim w państwie, w którym ma siedzibę, przez co zostało przyjęte, że strona przeciwna w spornym okresie nie prowadziła normalnej działalności na terenie Polski.

Wskazując na powyższe zarzuty, skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie w całości odwołania, ewentualnie o uchylenie w całości zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu, a także o zasądzenie od odwołującej się na rzecz organu rentowego kosztów postępowania, w tym kosztów postępowania kasacyjnego, według norm prawem przepisanych.

Skarżący podniósł, że jak wykazuje zebrana w sprawie dokumentacja, odwołująca się od lat nie potrafiła wykazać znaczącej wysokości obrotów osiąganych na terytorium Polski w stosunku do tych osiąganych we Francji.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Skarga kasacyjna jest uzasadniona.

Trafne okazały się zarówno zarzuty odnoszące się do naruszenia prawa procesowego, jak i materialnego.

Nie są uzasadnione jedynie sformułowane w skardze zarzuty naruszenia art. 386 § 1 k.p.c. i art. 385 k.p.c. w tym zakresie Sąd Najwyższy uważa bowiem za niezbędne podnieść, iż oba te przepisy są adresowane do sądu drugiej instancji i przesądzają o tym, w jaki sposób ma on rozstrzygnąć sprawę, jeżeli stwierdzi, że apelacja jest bezzasadna, bądź że powinna być uwzględniona. O ich naruszeniu

mogłaby być zatem mowa jedynie wtedy, gdyby Sąd drugiej instancji stwierdził, że apelacja jest niezasadna, a ją uwzględnił, czego skarżący przecież nie zarzuca. Natomiast sąd drugiej instancji nie narusza art. 386 § 1 k.p.c., a także art. 385 k.p.c., jeżeli uwzględni apelację na podstawie oceny, że jest ona zasadna, niezależnie od twierdzenia strony, iż była bezzasadna (por. np. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 2 grudnia 1997 r., I PKN 403/97, OSNP 1998 nr 20, poz. 602, czy wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 2000 r., I PKN 711/99, OSNP 2002 nr 1, poz. 13).

W przytoczonych wyżej okolicznościach sprawy, w szczególności za usprawiedliwiony należy uznać natomiast zarzut naruszenia art. 382 k.p.c. W myśl tego przepisu sąd drugiej instancji orzeka na podstawie materiału zebranego w postępowaniu w pierwszej instancji oraz w postępowaniu apelacyjnym. Materiałem zebrany w rozumieniu tego przepisu są twierdzenia, wnioski i zarzuty stron oraz przeprowadzone dowody. W przedmiotowej sprawie Sąd Apelacyjny zdaje się pomijać precyzyjne ustalenia Sądu pierwszej instancji dotyczące działalności prowadzonej przez wnioskodawcę w kraju i za granicą w odniesieniu do liczby pracowników zatrudnionych i zgłoszonych do ubezpieczenia w Polsce, liczby umów realizowanych w kraju, osiągnięcia odpowiedniej wysokości obrotów krajowych. Zamiast tego powołuje jedynie treść rozporządzeń nr 883/2004 i nr 987/2009, a także treść decyzji A2 Komisji Administracyjnej d/s Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego z dnia 12 czerwca 2009 r. i obszernie cytuje przyjęte przez tę Komisję kryteria. I o ile Sąd drugiej instancji przyznaje, że istota przedmiotowej sprawy wymagała rozstrzygnięcia, czy odwołująca się prowadzi na terenie Polski znaczną działalność, to swoje rozważania na ten temat w zasadzie ogranicza do konkluzji, że „krótkotrwała zmiana niektórych wskaźników nie powinna ważyć na ocenie wniosku,(...) a wartość osiągniętych przez stronę odwołującą się obrotów nie może stanowić podstawowego determinantu”. W tym miejscu należy też zauważyć, że Sąd Apelacyjny nie precyzuje już, jakie kryteria uznaje za „determinant podstawowy”, gdyż wcześniej powołanych przez siebie czynników wyszczególnionych decyzją Komisji nie odnosi w żaden sposób do ustaleń przedmiotowej sprawy.

Tego rodzaju stwierdzenie przesądza również o słuszności kasacyjnego zarzutu naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. Naruszenie art. 328 § 2 k.p.c. z reguły nie ma wprawdzie wpływu na treść wyroku, gdyż uzasadnienie sporządzane jest po jego wydaniu (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 1 lipca 1998 r., I PKN 220/98, OSNAPiUS 1999 nr 15, poz. 482; z dnia 9 lipca 1998 r., I PKN 234/98, OSNAPiUS 1999 nr 15, poz. 487; z dnia 7 kwietnia 1999 r., I PKN 653/98, OSNAPiUS 2000 nr 11, poz. 427 oraz z dnia 5 września 2001 r., I PKN 615/00, OSNP 2003 nr 15, poz. 352). Wyjątkowo jednak, niezgodne z art. 328 § 2 k.p.c. sporządzenie uzasadnienia wyroku sądu drugiej instancji, może stanowić usprawiedliwioną podstawę skargi kasacyjnej, gdy niezachowanie jego wymagań konstrukcyjnych może czynić zasadnym kasacyjny zarzut naruszenia prawa materialnego przez jego zastosowanie do niedostatecznie jasno ustalonego stanu faktycznego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2001 r., I PKN 615/00, OSNP 2003 nr 15, poz. 352), gdy uniemożliwia całkowicie dokonanie oceny toku wywodu, który doprowadził do wydania orzeczenia (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 marca 2003 r., IV CKN 1862/00, LEX nr 109420) lub nie pozwala na jego kontrolę kasacyjną (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 lutego 2003 r., I CKN 65/01, LEX nr 78271). Tak sytuacja wystąpiła w rozpoznawanej sprawie, co trafnie zarzuca skarga.

Uzasadniona jest także zarzucana podstawa naruszenia prawa materialnego.

Sąd Najwyższy w składzie orzekającym w niniejszej sprawie w pełni aprobejuje stanowisko wyrażone w analogicznej sprawie w wyroku z dnia 4 czerwca 2014 r., II UK 550/13, i argumenty podniesione w uzasadnieniu tego orzeczenia. Przede wszystkim nie można podzielić stanowiska Sądu Apelacyjnego, że obrót nie odgrywa pierwszoplanowej roli w ocenie „czy przedsiębiorstwo może powołać się na art. 14 ust. 1 lit. a rozporządzenia 1408/71”, a więc przyjęcie, że obrót w kraju delegowania nie przesądza, czy przedsiębiorstwo delegujące (w sprawie agencja pracy tymczasowej) prowadzi znaczną część działalności w kraju delegowania. Jak się wydaje, Sąd na skutek pomyłki odwołał się zresztą do poprzedniej regulacji, gdyż od dnia 1 maja 2010 r. znaczenie mają już regulacje aktualnie obowiązujących rozporządzeń nr 883/2004 i nr 987/2009. Nawet dzieląc tak ogólnie

sformułowaną tezę, należy ją uzupełnić o istotne zastrzeżenie, że obrót nie może być pomijany jako kryterium bez znaczenia. Opracowany przez Komisję Administracyjną na podstawie Decyzji „Praktyczny Poradnik: Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej (UE), Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) i Szwajcarii” wyraźnie wskazuje, że obroty osiągnięte przez delegujące przedsiębiorstwo w państwie zatrudnienia w odpowiednim okresie powinny wynosić co najmniej 25%, zaś przypadki, kiedy obrót jest niższy wymagają pogłębionej analizy. Obrót ustalony w sprawie jest o ponad połowę niższy niż wymagany, wynosi bowiem zaledwie 12%. Obrót na poziomie 25% odnosi się zaś dla wszystkich państw Unii i w tym wyraża się jego uniwersalny walor jako jednakowego punktu odniesienia dla wszystkich adresatów (firm, przedsiębiorstwa) z wielu różnych państw. Taki poziom wymaganego obrotu odpowiada regulacji prawnej, adresowanej do „pracodawcy zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności, innej niż działalność związana z samym zarządzaniem wewnętrznym na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma siedzibę, (...)” - art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 987/2009 w związku z art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009). Potwierdza to także orzecznictwo ETS (por. sprawa *Sarl Manpower przeciwko Caisse Primaire d' Assurance Maladie* - wyrok ETS z dnia 17 grudnia 1970, sygn. 35/70, ECR 1970/2/01251; sprawa *Fitzwilliam* - wyrok ETS z dnia 10 lutego 2000 r., C-202/97, ECR 2000/2/I-00883; sprawa *Plum* - wyrok ETS z dnia 9 listopada 2000 r., C-404/98, ECR 2000/11A/I-09397). Szczególne znaczenie w tej kwestii należy przypisać stanowisku wyrażonemu w sprawie *Fitzwilliam*, w którym przyjęto, że warunek zwykłego wykonywania swej działalności w pierwszym państwie jest spełniony, jeżeli przedsiębiorstwo stale wykonuje znaczącą działalność w państwie, w którym ma siedzibę. Tak więc stanowisko, że obrót stanowi istotne kryterium odwołujące się do skali działalności przedsiębiorstwa, można uznać za utrwalone i aktualne jako kryterium racjonalnie sprawdzalne. Przekładając to na okoliczności niniejszej sprawy należy uznać, że skoro wymagany jest obrót na poziomie 25% w kraju delegowania, a więc jednej czwartej całego obrotu, to po pierwsze, dotyczyć to może jedynie przedsiębiorstwa działającego w danym państwie, a po drugie, przedsiębiorstwa z wymaganą granicą obrotu, który co do zasady nie pozwala na dowolne odejście poniżej tak

zakreślonej skali. Wspomniany wyżej Poradnik praktyczny stwierdza, że przypadki, w których obrót jest niższy niż 25% „wymagałyby pogłębionej analizy”. Z tego ostatniego zapisu nie wynika, że znosi zastrzeżony poziom obrotu, lecz tylko, że odstępstwo powinno stanowić wyjątek oparty na racjonalnej podstawie, a więc na analizie, która musi być tym bardziej wzmocniona. Nie oznacza to jednak, że niższy obrót może być równoważony (kompensowany) wartością innych kryteriów, gdyż są one rodzajowo odmienne i dotyczą czego innego. Kryteria te, dotyczące siedziby przedsiębiorstwa i zawierania umów w miejscu delegowania, również powinny być spełnione, gdyż należy to do zwykłej istoty rozważanej regulacji. Natomiast ilość umów czy kontraktów nie zastępuje obrotu, który stanowi właśnie pochodną ich realizacji. Reasumując, obrót jako kryterium oceny w rozważanym aspekcie legitymuje przedsiębiorcę (agencję) dopiero przy określonej wartości (25%), co oznacza, że 12% obrót nie spełnia kryterium wymaganego obrotu w kraju delegowania, gdy się dodatkowo uwzględni, że jak wynika z jednoznacznych ustaleń Sądu pierwszej instancji, zaaprobowanych przez Sąd Apelacyjny, niższy obrót nie był krótkotrwały, lecz utrzymywał się dłużej na poziomie 12% - ustalono wszak, że na koniec 2010 r. wynosił 18%, w 2011 r. 12% i podobnie w 2012 r., znaczącym dla wydania zaświadczenia.

W sprawie nie ustalono natomiast, aby tendencja spadkowa była krótkotrwała i że pewna jest poprawa do wymaganego poziomu, gdyż „sytuacja na rynku europejskim” (dekoniunktura) sama w sobie nie uzasadnia wyjątku, od przedstawionej wyżej zasady - wykładnia i stosowanie przepisów nie może zależeć od koniunktury czy dekonunktury w danym państwie.

Stwierdzenie więc, że „wartość osiągniętych przez stronę odwołującą się obrotów (...) nie może stanowić podstawowego determinantu w rozstrzygnięciu niniejszej sprawy”, nie zasługuje na podzielenie, gdy się uwzględni, że w omawianej regulacji chodzi o wyjątek od zasady *lex loci laboris*, a więc ułatwienia, a nie o system, w którym pracownik z kraju o niższych kosztach pracy (ubezpieczenia społecznego) jest wysyłany (delegowany) do pracy w kraju o wyższych kosztach (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 listopada 2009 r., II UK 99/09, OSNP 2011 nr 11-12, poz. 162). Dobrodziejstwo wyjątku od zasady *lex loci laboris* odnosi się do pracodawcy osadzonego w jednym państwie i wykonującego roboty lub usługi w

innym państwie, zatrudniając do tej pracy swoich dotychczasowych pracowników albo osoby dopiero zatrudniane z kraju delegowania. Dzięki takiemu rozwiązaniu pracodawca (agencja pracy tymczasowej) za granicą nie musi zatrudniać pracowników z innego kraju według kosztów miejsca pracy (wykonywania usługi, działania firmy). Jednak taki wyjątek ma swe racjonalne granice, które wyznacza warunek prowadzenia znaczącej części działalności, innej niż działalność związana z samym zarządzaniem wewnętrznym, na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę. Na tle przedstawionego stanu faktycznego sprawy nie można nie dostrzegać różnicy między pracodawcą, który za granicą wykonuje roboty lub usługi a agencją pracy tymczasowej, gdyż w przypadku zatrudnienia przez agencję pracodawcą faktycznym jest tzw. pracodawca użytkownik, gdyż to on określa reżim pracy i sprawuje kierownictwo w zatrudnieniu. Pracownik delegowany jest więc do zagranicznego pracodawcy użytkownika, czyli nie jest to sytuacja typowa, w której pracownik delegowany jest do wykonywania pracy (robót, usług) na rzecz delegującego pracodawcy. Innymi słowy, agencja pracy tymczasowej pośredniczy w zatrudnieniu, co uzasadnia jej określony profit, czyli zapłatę za usługę (marżę) po zwrocie kosztów. Te czynniki determinują też zasadniczy cel jej działalności, dlatego agencja pracy tymczasowej nie powinna być zwolniona z wymaganego poziomu obrotu jako kryterium oceny w podstawowej kwestii, czy prowadzi znaczącą część działalności na terytorium państwa członkowskiego, z którego wysyła zatrudnionych do pracy za granicę. Innymi słowy skoro próg obrotu na poziomie 25% odnosi się do zwykłych pracodawców, to tym bardziej dotyczy także agencji pracy tymczasowej.

Uzasadnia to konkluzję, według której agencja pracy tymczasowej, delegująca zatrudnianych pracowników do pracy za granicą, może być uznana za pracodawcę zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności, innej niż działalność związana z samym zarządzaniem wewnętrznym na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, w rozumieniu przepisów rozporządzeń Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 (art. 12 ust. 1) oraz nr 987/2009 (art. 14 ust. 2), jeżeli osiąga w kraju delegowania wymagany obrót z prowadzonej działalności, na poziomie 25% całego jej obrotu.

Uwzględniając przedstawioną wyżej argumentację, Sąd Najwyższy uznał zatem, że sformułowane w skardze kasacyjnej zarzuty są uzasadnione. Dlatego też, opierając się na treści art. 398<sup>15</sup> § 1 k.p.c., a w odniesieniu do kosztów postępowania kasacyjnego na podstawie art. 108 § 2 k.p.c. w związku z art. 398<sup>21</sup> k.p.c., orzekł jak w sentencji swego wyroku.