



Sygn. akt II UK 565/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 4 czerwca 2014 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jerzy Kuźniar (przewodniczący)

SSN Beata Gudowska

SSN Zbigniew Korzeniowski (sprawozdawca)

Protokolant Grażyna Grabowska

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

przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych

przy udziale zainteresowanego B. Z.

o wydanie zaświadczenia,

po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 4 czerwca 2014 r.,

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

z dnia 18 lipca 2013 r.,

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

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Apelacyjny uwzględnił apelację wnioskodawcy P. spółki z o.o. i zmienił wyrok Sądu Okręgowego w W. z 8 stycznia 2013 r. oraz

poprzedzającą go decyzję pozwanego organu rentowego z 27 sierpnia 2012 r., w ten sposób, iż nakazał pozwanemu wydanie zaświadczenia potwierdzającego, że zainteresowany B. Z. podlega polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych od 5 marca do 3 czerwca 2012 r., czyli w okresie wykonywania pracy we Francji. Wnioskodawca (spółka) jest agencją pracy tymczasowej. Zatrudniła zainteresowanego na podstawie umowy o pracę na okres od 5 marca do 3 czerwca 2012 r. i wysłała go do Francji do pracy spawacza. We wniosku o poświadczenie polskiego ubezpieczenia społecznego spółka wskazała, że w Polsce ma obroty na poziomie 12 % i zatrudnia 113 pracowników oraz realizuje 12 umów z kontrahentami (stan na koniec listopada 2011 r.). Natomiast do pracy za granicą oddelegowano 160 osób w celu realizacji 31 umów. Pozwany organ rentowy stwierdził, że obroty spółki w kraju spadły z 31 % i 18 % w 2010 r. do 12 % na koniec czerwca 2011 r. Od stycznia do marca 2012 r. obrót osiągniany w kraju utrzymywał się na poziomie 12 %. Spółka zgłosiła 57 osób do ubezpieczenia w kraju oraz realizowała 11 umów z podmiotami polskimi, natomiast we Francji i w Niemczech pracę wykonywało 178 osób przy 39 kontraktach (umowach). Pozwany stwierdził, że wnioskodawca zawyżył dane dotyczące zatrudnienia w kraju, gdyż wliczył również osoby niezgłoszone do ubezpieczeń (studentów, umowy o dzieło). Według deklaracji podatku VAT za 2011 r. w kraju w spółce przypada 8,3% sprzedaży łącznej, a od stycznia do kwietnia 2012 r. było to 11 %. Sąd Okręgowy stwierdził, że negatywna decyzja pozwanego organu rentowego była prawidłowa albowiem nie zostały spełnione warunki do podlegania polskim ubezpieczeniom społecznym. W pierwszej kolejności wskazano na zasadę, że pracownik podlega ubezpieczeniu społecznemu państwa członkowskiego w którym pracuje - art. 11 ust. 3 lit. a rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (niżej jako „rozporządzenie nr 883/2004”) oraz na wyjątek od tej zasady, ujęty w art. 12 ust. 1 tego rozporządzenia, a stanowiący, że *„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 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 wysyłana, by zastąpić inną delegowaną osobę". Przepis ten ma znaczenie łącznie z regulacją art. 14 ust. 1 i 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009 z 16 września 2009 r. dotyczącego wykonania rozporządzenia nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (niżej jako „rozporządzenie nr 987/2009”). W szczególności wyjątek od zasady *lex loci laboris* 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*” (art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009). Szerzej warunki te zostały określone (choć niewyczerpująco) w Decyzji Nr A2 Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego z 12 czerwca 2009 r., dotyczącej wykładni art. 12 rozporządzenia nr 883/2004 (niżej jako „Decyzja Nr A2”). Opracowany przez tę Komisję na podstawie Decyzji nr A2 Praktyczny poradnik: „Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej (UE), Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) i Szwajcarii” wskazuje ponadto, że obroty osiągnęte przez delegujące przedsiębiorstwo w państwie zatrudnienia w odpowiednim okresie powinny wynosić co najmniej 25 %. Przypadki, kiedy obrót firmy jest niższy niż 25 % wymagają pogłębionej analizy w zakresie liczby pracowników zatrudnionych w kraju i za granicą oraz liczby realizowanych umów/kontraktów w kraju i za granicą. Sąd Okręgowy odwołał się do wyroku ETS w sprawie Fitzwilliam C-202/97 a także do wyroku Sądu Najwyższego z 5 maja 2010 r., II UK 395/09. Ustalił, że przychody wnioskodawcy (spółki) spadły z 31 % i 18 % w 2010 r. do 12 % w 2011 r. i nadal utrzymywały się na tym poziomie. W kraju było 57 ubezpieczonych na 11 kontraktach, a we Francji i w Niemczech było 178 osób na 38 kontraktach. Dysproporcje w zakresie obrotów, liczby umów i pracowników zatrudnionych oraz zgłoszonych do ubezpieczeń w Polsce i za granicą świadczą o nieprowadzeniu przez spółkę w kraju działalności w znacznej

części w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004. Obrót nie przekraczał wymaganych 25 %. Z tych przyczyn polskie ubezpieczenie społeczne nie jest właściwe dla pracowników spółki wykonujących pracę za granicą i dlatego pozwany zasadnie odmówił wydania zaświadczenia dla zainteresowanego. W apelacji spółka zarzuciła naruszenie: 1) art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 w związku z art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009 przez błędną wykładnię i przyjęcie rozszerzającej interpretacji przesłanek określonych w art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009, a w efekcie, że wnioskodawczyni nie prowadziła w spornym okresie normalnej działalności w Polsce i zainteresowany nie podlegał polskiemu ustawodawstwu w zakresie zabezpieczenia społecznego; 2) Decyzji Nr A2 przez błędną wykładnię i przyjęcie, że wysokość osiągniętego obrotu stanowi kryterium decydujące do uznania, czy wnioskodawczyni prowadziła w spornym okresie normalną działalność na terenie Polski; 3) art. 233 § 1 k.p.c. przez dowolną ocenę dowodów w odniesieniu do okoliczności, czy wnioskodawczyni prowadziła w spornym okresie normalną działalność na terenie Polski. Sąd Apelacyjny wyrok reformatoryjny (art. 386 § 1 k.p.c.) oparł na zasadniczym stwierdzeniu, że „z decyzji” nie wynika, aby to obrót odgrywał pierwszoplanową rolę „przy ocenie czy przedsiębiorstwo może powołać się na art. 14 ust. 1 lit. a rozporządzenia 1408/71”. „Nie można pominąć, że celem, dla którego stworzono możliwość odstępstw od zasady terytorialności, było maksymalne wspieranie swobodnego przepływu pracowników oraz umożliwienie pracownikom, przedsiębiorstwom i instytucjom uniknięcia niepotrzebnych i kosztownych komplikacji administracyjnych (tak: Praktyczny przewodnik ust. 2). Analizując ponadto wskaźniki takie jak: miejsce siedziby przedsiębiorstwa 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 I instancji”. Jednakże „krótkotrwała zmiana niektórych wskaźników nie powinna ważyć na ocenie wniosku. Funkcjonowanie przedsiębiorstwa uzależnione jest 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 sprawy. Bezsprzeczne jest, że podczas całego okresu oddelegowania pracownika zachowany był bezpośredni związek między przedsiębiorstwem delegującym a pracownikami oddelegowanymi (tu zainteresowanym)". Świadczy to o istnieniu po stronie skarżącej spółki przesłanek warunkujących wydanie zaświadczenia, w którym pozwany potwierdza objęcie pracownika delegowanego krajowym systemem ubezpieczeń społecznych.

W skardze kasacyjnej pozwany zarzucił naruszenie: 1) art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 i art. 14 ust. 1 i 2 rozporządzenia nr 987/2009 przez ich błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że wnioskodawca prowadził działalność na terenie Polski w znacznym zakresie oraz spełnił warunki umożliwiające pozostawienie swoich pracowników w polskim systemie ubezpieczeń społecznych, co miało uzasadniać wydanie zaświadczenia A1, przez które organ rentowy potwierdza objęcie pracownika delegowanego krajowym systemem ubezpieczeń społecznych; 2) art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 w związku z Decyzją nr A2 z 12 czerwca 2009 r., dotyczącej wykładni art. 12 tego rozporządzenia, przez błędną wykładnię i przyjęcie, że z zapisów tej Decyzji nie wynika, aby obrót ogrywał ważną rolę przy ocenie czy przedsiębiorstwo może powoływać się na art. 12 ust. 1 rozporządzenia. We wniosku o przyjęcie skargi do rozpoznania wskazano na „istotne zagadnienie prawne dotyczące wykładni pojęcia pracodawcy, który „znaczną część działalności prowadzi” w kraju wysyłającym” oraz na potrzebę wykładni przepisu art. 14 ust. 1 oraz ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009 „w zakresie znaczenia pojęcia pracodawcy, który „znaczną część działalności prowadzi” w kraju wysyłającym. Pojęcie to wywołuje rozbieżności w orzecznictwie sądów powszechnych”. Organ rentowy wniósł o wystąpienie do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z pytaniem prejudycjalnym dotyczącym wykładni art. 14 ust. 1 i 2 rozporządzenia nr 987/2009 w związku z art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 – czy o „znaczej części działalności” w przypadku agencji pracy tymczasowej, może przesądzić wysokość osiąganego przez przedsiębiorstwo delegujące w państwie członkowskim, gdzie pracownik

wykonuje pracę obrotu, ilość zawartych kontraktów oraz ilość zatrudnionych pracowników.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

1. Nie został uwzględniony wniosek skarżącego o wystąpienie z pytaniem prejudycjalnym do Trybunału Sprawiedliwości UE z tej przyczyny, że na etapie skargi kasacyjnej znaczenie ma ocena zastosowania prawa, którego treść (wykładnia) nie budzi istotnych wątpliwości. Spór koncentruje się na obrocie jako kryterium znacznej części działalności w kraju delegowania w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 w związku z art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009. Strony nie kwestionują, że obrót osiągany przez delegujące przedsiębiorstwo w państwie jego siedziby, wynoszący około 25 % całkowitego obrotu może być wskaźnikiem o określonej wadze (Decyzja nr A2 z 12 czerwca 2009 r. oraz Poradnik Praktyczny – Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej (UE), Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) i Szwajcarii). Nie jest też pomijane dotychczasowe orzecznictwo ETS w sprawach dotyczących koordynacji systemów ubezpieczeń społecznych dla pracowników delegowanych do pracy w innym państwie (sprawa Sarl Manpower przeciwko Caisse Primaire d' Assurance Maladie, wyrok ETS z 17 grudnia 1970, sygn. 35/70, ECR 1970/2/01251; sprawa Fitzwilliam - wyrok ETS z 10 lutego 2000 r., C-202/97, ECR 2000/2/I-00883; sprawa Plum - wyrok ETS z 9 listopada 2000 r., C-404/98, ECR 2000/11A/I-09397). Natomiast na tle orzecznictwa Sądu Najwyższego można jedynie zauważyć, że kwestia obrotu jako kryterium decydującego o znacznej części działalności w kraju delegowania nie ujawniła się wcześniej w takim stopniu jak w tej sprawie.

2. Skarga kasacyjna zasadnie podważa zaskarżony wyrok, co nie oznacza, że można było zakończyć sprawę i orzec reformatoryjnie na podstawie art. 398¹⁶ k.p.c. Sąd drugiej instancji zawęził ocenę zasadniczo do obrotu, choć wnioskodawca w apelacji i w ogóle w sprawie nie zgadzał się, aby tylko obrót był kryterium rozstrzygającym spór i dlatego wskazywał na inne okoliczności. Orzeczenie w trybie art. 398¹⁶ k.p.c. należy do wyjątkowych i przede wszystkim

wymagałoby oceny całości zarzutów apelacji wnioskodawcy, co należy do Sądu powszechnego. Orzeczenie kasacyjne wynika natomiast z tego, że argumentacja podana w zaskarżonym wyroku nie jest przekonująca. O rozstrzygnięciu Sądu drugiej instancji zdecydowała określona ocena odnoszona do kryterium obrotu, która diametralnie różni się od oceny przyjętej w wyroku Sądu pierwszej instancji. Nie byłoby w tym nic niezgodnego z procedurą, gdyby nie to, że Sąd drugiej instancji nie zakwestionował norm prawnych wskazanych przez Sąd pierwszej instancji, przyjął jednak, że nie mają zastosowania w tej sprawie ze względu na wyjątkowość sytuacji. Znaczenie miałyby więc argumentacja, która uzasadniałaby ten wyjątek. W ocenie składu ocena wyrażona przez Sąd drugiej instancji nie może być aprobowana z następujących przyczyn.

3. Sąd Apelacyjny stwierdził, że obrót nie odgrywa pierwszoplanowej roli w ocenie „czy przedsiębiorstwo może powołać się na art. 14 ust. 1 lit. a rozporządzenia 1408/71”. Tu zapewne jedynie omyłkowo odwołał się do poprzedniej regulacji, gdyż od 1 maja 2010 r. znaczenie mają już regulacje aktualnie obowiązujących rozporządzeń nr 883/2004 i nr 987/2009. Jeżeli należycie odczytać podstawową myśl zaskarżonego wyroku, to obrót w kraju delegowania nie przesądzałyby, czy przedsiębiorstwo delegujące (tu agencja pracy tymczasowej) prowadzi znaczną część działalności w kraju delegowania. Z tak ogólną tezą można by się zgodzić, jednak z istotnym zastrzeżeniem, że obrót nie może być pomijany jako kryterium w ogóle bez znaczenia. Zwłaszcza, że obrót ustalony w sprawie jest o ponad połowę niższy niż wymagany (12% i 25%). Obrót na poziomie 25% odnosi się dla wszystkich państw Unii i w tym wyraża się uniwersalny walor tego kryterium, czyli jako jednakowego punktu odniesienia dla wszystkich adresatów (firm, przedsiębiorstw) 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). Ponadto koresponduje z orzecznictwem ETS, które w sumie realizuje. W sprawie Fitzwilliam (wyżej wskazanej) powiedziano wszak jednoznacznie, że warunek ten jest

spełniony, czyli zwykłego wykonywania swej działalności w pierwszym państwie, jeżeli przedsiębiorstwo stale wykonuje znaczącą działalność w państwie, w którym ma siedzibę. Innymi słowy obrót stanowi kryterium odwołujące się do skali działalności przedsiębiorstwa, które wyklarowało się już wcześniej i nadal jest utrzymywane (aktualne). Obrót ze względu na podstawę ustalania jest racjonalnie weryfikowany (sprawdzalny), dlatego skoro wymaga się obrotu na poziomie 25 % w kraju delegowania, czyli $\frac{1}{4}$ całego obrotu, to prowadzi to do wniosku, że chodzi o przedsiębiorstwo już osadzone (działające) w danym państwie, a po wtóre, że jest to wymagana granica obrotu, która zasadniczo nie pozwala na dowolne odejście poniżej tak zakreślonej skali. Wspomniany Poradnik praktyczny stwierdza, że przypadki, w których obrót jest niższy niż 25 % „wymagałyby pogłębionej analizy”. Z tego ostatniego zapisu nie wynika, że znosi on zastrzeżony poziom obrotu, lecz tylko, że odstępstwo powinno stanowić wyjątek oparty na racjonalnej podstawie, a więc na analizie, która musi być tym bardziej wzmocniona. Powstaje więc kwestia czy niższy obrót może być równoważony (kompensowany) wartością innego kryterium. Odpowiedź powinna być w przeważającej mierze negatywna, gdyż pozostałe kryteria są rodzajowo odmienne i dotyczą czego innego. Kryteria te również powinny być spełnione, czyli co do siedziby przedsiębiorstwa i zawierania umów w miejscu delegowania, gdyż to należy do zwykłej istoty rozważanej regulacji. Natomiast ilość umów czy kontraktów nie zastępuje obrotu, który stanowi właśnie pochodną ich realizacji. Inaczej ujmując na obrót może składać się już choćby tylko kilka znaczących umów albo bardzo dużo umów o mniejszej wartości. Reasumując obrót jako kryterium oceny w rozważanym aspekcie legitymuje przedsiębiorcę (agencję) dopiero przy określonej wartości (25%). W tej sprawie można więc stwierdzić, że 12 % nie spełnia kryterium wymaganego obrotu w kraju delegowania. Dysproporcja nie jest mała.

4. Dalej Sąd Apelacyjny uzasadniał, że krótkotrwała zmiana niektórych wskaźników nie powinna ważyć w ocenie wniosku o wydanie zaświadczenia. Argument taki nie jest uprawniony, gdyż ustalono, że niższy obrót nie jest krótkotrwały, lecz utrzymuje się dłużej na poziomie 12 %. Ustalono, że na koniec 2010 r. wynosił 18 %, w 2011 r. wynosił 12 % i w 2012 r., czyli znaczącym dla wydania zaświadczenia również wynosił 12 %. W sprawie nie ustalono, iżby

tendencja spadkowa była krótkotrwała i że temporalnie pewna jest poprawa do wymaganego poziomu. Natomiast dekoniunktura („sytuacja na rynku europejskim”) sama w sobie nie uzasadnia wyjątku, gdyż wykładnia i stosowanie przepisów nie powinny zależeć od koniunktury czy dekoniunktury w danym państwie. Zasadnie można by stwierdzić, że wspólne reguły w sprawie koordynacji zabezpieczeń społecznych powinny być przestrzegane również (a nawet tym bardziej) w okresie dekoniunktury.

5. Ostatnia ocena dotyka sedna problemu, który Sąd Apelacyjny zdaje się rozumieć inaczej, czyli jako argument na rzecz wniosku agencji, tj. że pozytywna dla wnioskodawcy decyzja nie powinna pomijać celu, „dla którego stworzono możliwość odstępstw do zasady terytorialności”, czyli „maksymalne wspieranie swobodnego przepływu pracowników oraz umożliwienie pracownikom, przedsiębiorstwom i instytucjom uniknięcia niepotrzebnych i kosztownych komplikacji administracyjnych”. Taka argumentacja jest uprawniona, lecz tylko w odniesieniu do tych, którzy spełniają warunki i działają wedle reguł dotyczących koordynacji. Chodzi o 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, gdyż wówczas praca byłaby dla tych, którzy taniej ją sprzedają. Zachwiana zostałaby zasada proporcjonalności w relacji do innych obywateli i państw. Może to być oceniane jako tzw. dumping ekonomiczny (socjalny) wynikający z mniejszych kosztów ubezpieczenia społecznego w państwie siedziby pracodawcy, niż w państwie miejsca wykonywania pracy (por. wyrok Sądu Najwyższego z 5 listopada 2009 r., II UK 99/09, OSNP 2011 nr 11-12, poz. 162). Czym innym jest przepływ samego kapitału, który może się lokować i rozwijać działalność w krajach o niższych kosztach pracy. Przepisy koordynacyjne w zakresie mającym znaczenie w sprawie mają więc na uwadze tylko pewien aspekt wspólnego rynku. Dobrodziejstwo regulacji, a ściślej 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. Wówczas regulacja pozwala na korzystanie z macierzystego ubezpieczenia społecznego, co w przypadku Polski i wielu innych krajów łączy się

kosztami pracy, w tym ubezpieczenia społecznego, niższymi niż w państwie do którego pracownicy są delegowani. Dzięki takiemu rozwiązaniu pracodawca (agencja pracy tymczasowej) za granicą nie musi zatrudniać pracowników z innego kraju według kosztów miejsca pracy (wykonywania usługi). 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. Pomijając zachowanie krajowego ubezpieczenia społecznego czy kosztów administracyjnych, chodzi też o koszty pracy lub ubezpieczenia w kraju wykonywania pracy. Tak rozumiana kauza regulacji uzasadnia wyjątek, że pracownik nie podlega (w określonym czasie i przy dalszych warunkach) zabezpieczeniu społecznemu państwa w którym wykonuje pracę.

6. Na tle przedstawionej powyżej kauzy regulacji 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 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. Słowem skoro próg obrotu na poziomie 25 % odnosi się do zwykłych pracodawców, to tym bardziej dotyczy także agencji pracy tymczasowej.

7. Uzasadniona jest zatem konkluzja końcowa, że 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, czyli w rozumieniu

przepisów rozporządzeń Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) z 29 kwietnia 2004 r., nr 883/2004, w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (art. 12 ust. 1) oraz z 16 września 2009 r., nr 987/2009, dotyczącego wykonywania rozporządzenia nr 883/2004 w sprawie koordynacji zabezpieczenia społecznego (art. 14 ust. 2), przy czym ocena w tym zakresie powinna uwzględniać wymagany obrót z prowadzonej działalności, osiągniany w kraju delegowania na poziomie 25 % całego jej obrotu.

Z tych motywów orzeczono jak w sentencji.