



Sygn. akt II UK 550/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 4 czerwca 2014 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jerzy Kuźniar (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Beata Gudowska

SSN Zbigniew Korzeniowski

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

przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych

z udziałem zainteresowanego Z. G.

o wydawanie zaświadczenia dotyczącego właściwego ustawodawstwa,

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń

Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 4 czerwca 2014 r.,

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

z dnia 27 czerwca 2013 r.,

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

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 27 czerwca 2013 r., Sąd Apelacyjny zmienił, na skutek apelacji wnioskodawcy – P. Spółki z o.o. (dalej także płatnik) wyrok Sądu

Okręgowego – Sądu Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 8 stycznia 2013 r. w sprawie przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych o wydanie zaświadczenia dotyczącego właściwego ustawodawstwa, przy udziale zainteresowanego Z. G. i nakazał organowi rentowemu wydanie zaświadczeń potwierdzających, że zainteresowany w okresie od dnia 4 stycznia 2012 r. do dnia 22 lipca 2012 r. podlegał polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych.

W stanie faktycznym sprawy, płatnik w dniach 12 stycznia, 8 marca i 30 marca 2012 r. złożył wnioski o poświadczenie dokumentów o ustawodawstwie właściwym dla pracownika firmy w związku z czasowym delegowaniem go do pracy na terytorium Francji, w okresie od dnia 4 stycznia 2012 r. do dnia 22 lipca 2012 r. Decyzją z dnia 28 sierpnia 2012 r. organ rentowy odmówił wydania na rzecz wnioskodawcy zaświadczenia A1 potwierdzającego, że zainteresowany w okresie wykonywania pracy na terytorium Francji podlegał polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych. Wnioskodawca jest agencją pracy tymczasowej. Zajmuje się m.in. działalnością związaną z wyszukiwaniem miejsc pracy i pozyskiwaniem pracowników, udostępnianiem wykwalifikowanych pracowników przedsiębiorstwom z krajów Unii Europejskiej w branżach: budowlanej, konstrukcyjnej oraz turystycznej. Prowadzi w tym celu działalność rekrutacyjną, logistyczną i administracyjną. Zainteresowany został zatrudniony na podstawie umowy o pracę zawartej na okres od dnia 4 stycznia 2012 r. do dnia 22 lipca 2012 r. i zgłoszony do ubezpieczeń jako pracownik. Zgodnie z umową o pracę, zainteresowany został wysłany na terytorium Francji do pracy na stanowisku spawacza. Płatnik jako agencja pracy tymczasowej, we wniosku o poświadczenie formularza A1 dla zainteresowanego wskazał, że firma z tytułu działalności prowadzonej w Polsce uzyskała obroty na poziomie 12%, zatrudnia na terenie Polski 113 pracowników oraz realizuje w kraju 12 umów z kontrahentami (stan na dzień 30 listopada 2011 r.). Ponadto 160 osób oddelegowanych do pracy za granicą jest zatrudnionych w celu realizacji 31 umów. W przedmiocie określenia danych dotyczących działalności prowadzonej w Polsce i za granicą organ rentowy przeprowadził postępowanie i ustalił, że płatnik na dzień delegowania zainteresowanego osiągnął średnie obroty z okresu 12 miesięcy prowadzenia pozarolniczej działalności gospodarczej na poziomie 12%. Wykazane przez

płatnika dane we wniosku o poświadczenie formularzy A 1 złożonych od 2010 r., wskazują, że przychody z działalności w kraju spadły, bowiem na dzień 30 sierpnia 2010 r. wynosiły 31%, na dzień 31 grudnia 2010 r. - 18%, a na dzień 30 czerwca 2011 r. - 12%. W okresie od stycznia do marca 2012 r. obrót osiągniany przez firmę z działalności w Polsce utrzymywał się na poziomie 12%. Płatnik w okresie od stycznia do kwietnia 2012 r. zatrudniał (na podstawie umowy o pracę i umów zlecenia) i zgłaszał do ubezpieczeń społecznych w kraju średnio - łącznie w miesiącu - 57 osób oraz realizował 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. U wnioskodawcy zatrudnione były również osoby w oparciu o umowy zlecenia i umowy o dzieło, za które płatnik nie odprowadzał składek na ubezpieczenie emerytalne i rentowe i nie podlegały one ubezpieczeniu społecznemu. Liczba osób wykonujących pracę w kraju i zgłoszonych do ubezpieczenia społecznego była niższa od danych wykazanych przez płatnika we wniosku o świadczeniach, gdzie do liczby pracowników w kraju wliczano również osoby niezgłoszone do ubezpieczeń (w tym studentów w wieku do 26 lat oraz osoby wykonujące umowy o dzieło). Płatnik przedstawił nowy wykaz obrotów osiągniętych w Polsce i za granicą za okres od grudnia 2010 r. do lipca 2012 r., w którym przedstawił ilość pracowników zatrudnionych w Polsce i w krajach Unii Europejskiej oraz wykazał wyższe dochody osiągnięte w Polsce. Z przedłożonych przez wnioskodawcę dokumentów wynika, że w okresie od stycznia 2011 r. do lipca 2012 r. w krajach Unii Europejskiej płatnik realizował średnio od 25 do 48 kontraktów w stosunku miesięcznym, gdy w tym samym czasie w kraju dochodziło do realizowania od 2 do 12 kontraktów. Z zeznań świadków L. S. i A. G. jak i z zeznań słuchanego w charakterze strony Prezesa R. G., wynika, że średnie obroty w okresie ostatnich 12 miesięcy wynosiły od 82% do 85% w krajach Unii Europejskiej i od 12% do 18% w kraju, a zatem obrót w kraju nie osiągnął wartości minimalnej 25%. Spółka we wskazanym okresie zatrudniała w Polsce w oparciu o umowy o pracę i o umowy cywilnoprawne od 115 do 154 pracowników. Zmianę płatnik uzasadnił błędnym rozliczeniem obrotów wygenerowanych w kraju i za granicą. Zgodnie ze złożonymi oświadczeniami płatnik do obrotów formy w kraju zaliczył część przychodu z faktur

za granicą, motywując to tym, że są to czynności z tytułu działalności rekrutacyjnej, logistycznej i administracyjnej pracowników wykonywane w kraju w ramach umów na udostępnienie personelu za granicę zawartych z pracodawcami użytkownikami we Francji i w Niemczech. Ponadto Sąd pierwszej instancji ustalił, że spółka w deklaracjach dla podatku od towarów i usług VAT-7 wskazała za rok 2011 sprzedaż na terenie kraju, która stanowi 8,3% sprzedaży łącznej (tj. w kraju i poza granicami kraju) oraz za okres od stycznia do kwietnia 2012 r. na poziomie 11%. W roku 2011 r. sprzedaż w kraju opiewała na kwotę 2.047.585,00 zł, sprzedaż poza krajem opiewała na kwotę 22.604.601,00 zł, w roku 2012 r. sprzedaż na terenie kraju wyniosła 832.589,00 zł, zaś poza terenem kraju 6.712.375,00 zł.

Wyrokiem z dnia 8 stycznia 2013 r., Sąd Okręgowy oddalił odwołanie wnioskodawcy od decyzji organu rentowego z dnia 28 sierpnia 2012 r. W uzasadnieniu wyroku Sąd wskazał, że zgodnie 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 (Dz.U. UE L 2004.166.1 ze zm.) osoba wykonująca w Państwie Członkowskim pracę najemną, pracę na własny rachunek, podlega ustawodawstwu tego państwa członkowskiego. Wyjątek zawarty jest w art. 12 ust. 1 rozporządzenia, 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 osoba ta nie jest wysłana, by zastąpić inną osobę. Na podstawie art. 14 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r. dotyczącego wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz.U. UE L 2009.284.1 ze zm.) 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. Opracowany przez Komisję Administracyjną na podstawie Decyzji „Praktyczny Poradnik: Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej (UE), Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) i Szwajcarii” wskazuje nadto, 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. Odpowiednie warunki muszą zostać spełnione po stronie pracodawcy oraz pracownika. Jak wskazał Sąd pierwszej instancji, z ustaleń stanu faktycznego wynika, że zainteresowany umowę o pracę realizował wyłącznie na terenie Francji. Zawierając umowę o pracę strony były w pełni świadome, że na terenie Polski nie będą realizowane żadne czynności związane z jej wykonaniem. Wnioskodawca zatrudnił zainteresowanego jedynie w celu wykonania pracy tymczasowej pod kierownictwem i na rzecz francuskiego pracodawcy użytkownika. W ocenie Sądu płatnik na dzień delegowania zainteresowanego osiągnął średnie obroty w spornym okresie z okresu 12 miesięcy prowadzenia pozarolniczej działalności gospodarczej na poziomie od 12% do 18% - nie przekraczając tym samym wymaganych 25%. Dysproporcja w zakresie obrotów, liczby umów i pracowników zatrudnionych i zgłoszonych do ubezpieczeń w Polsce i za granicą świadczą o nie prowadzeniu przez płatnika w kraju działalności w znacznej części w rozumieniu przepisu art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004. Wobec powyższego Sąd uznał, że w zakresie ubezpieczeń społecznych dla pracowników płatnika, wykonujących pracę na terytorium Francji i Niemiec, nie jest właściwe ustawodawstwo polskie, w związku z czym zasadnie organ rentowy odmówił wydania zaświadczenia A1 za okres pracy zainteresowanego.

Wyrokiem z dnia 27 czerwca 2013 r., Sąd Apelacyjny zmienił, na skutek apelacji wnioskodawcy, wyrok Sądu pierwszej instancji oraz poprzedzającą go

decyzję i nakazał organowi rentowemu wydanie zaświadczeń potwierdzających, że zainteresowany w okresie od dnia 4 stycznia 2012 r. do dnia 22 lipca 2012 r. podlegał polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych. Sąd wskazał, że w sprawie zastosowanie znajdują przepisy rozporządzenia nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego oraz przepisy rozporządzenia nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r. dotyczącego wykonywania rozporządzenia nr 883/2004. W szczegółowych uregulowaniach dotyczących art. 12 i 13 rozporządzenia podstawowego nr 883/2004, zawartych w rozporządzeniu nr 987/2009 dotyczącego wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego, w art. 14 ust. 1 i 2 wskazano, że sformułowanie zawarte w art. 12 ust. 1 rozporządzenia podstawowego 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 ustępie 2 natomiast wyjaśniono, że sformułowanie zawarte w art. 12 ust. 1 rozporządzenia podstawowego odnosi się do pracodawcy zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności, innej niż działalność związana z samym zarządzeniem wewnętrznym, na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, z uwzględnieniem wszystkich kryteriów charakteryzujących działalność prowadzoną przez dane przedsiębiorstwo. W rozpoznawanej sprawie wymagało rozstrzygnięcia, czy płatnik prowadził na terenie Polski „znaczną działalność”, o której mowa w art. 12 ust. 1 rozporządzenia podstawowego nr 883/2004, inną niż działalność związaną z samym zarządzeniem wewnętrznym, oraz na jakich zasadach zainteresowany został oddelegowany do pracy we Francji. Sąd przywołał treść decyzji nr A2 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. Komisja Administracyjna d/s Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego wskazała, że pierwszym decydującym warunkiem dla zastosowania art. 12 ust. 1 rozporządzenia jest istnienie bezpośredniego związku między pracodawcą a

zatrudnionym przez niego pracownikiem. Drugim decydującym warunkiem dla zastosowania art. 12 ust. 1 wspomnianego rozporządzenia jest istnienie więzi między pracodawcą a państwem członkowskim, w którym ma on swoją siedzibę. Możliwość delegowania pracowników, według Komisji, powinna zatem ograniczać się wyłącznie do przedsiębiorstw, które normalnie prowadzą swą działalność na terytorium 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. Podkreślenia wymaga stwierdzenie Komisji, że gwarancja utrzymania bezpośredniego związku przestaje istnieć, jeżeli pracownik delegowany zostaje oddany do dyspozycji trzeciego przedsiębiorstwa. Z powyższego wynika, że poza istnieniem więzi pracowniczej wymaga się, 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. 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 Rady (EWG) Nr 1408/71 z dnia 14 czerwca 1971 r. 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.E.L. 1971 Nr 149, poz. 2 ze zm.). Nie można też 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 (Praktyczny przewodnik ust. 2). Sąd drugiej instancji wskazał także, że w przypadku, gdy organ rentowy wydawał zaświadczenia E 101 w okresie poprzedzającym okres sporny oraz w okresie następnym, krótkotrwała zmiana niektórych wskaźników nie powinna ważyć na ocenie wniosku. Z tego też względu wartość osiągniętych przez wnioskodawcę obrotów, w ocenie Sądu, nie może stanowić podstawowego determinantu w rozstrzygnięciu niniejszej sprawy.

W skardze kasacyjnej od powyższego wyroku, zaskarżając go w całości, pełnomocnik organu rentowego, zarzucił naruszenie przepisów prawa materialnego – art. 83b ust. 1 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (jednolity tekst: Dz.U. z 2013 r., poz. 1442 ze zm.), oraz art. 11 ust. 2 lit. a i art. 12 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004, art. 14 ust. 1 i 2 i art. 19 ust. 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009, poprzez ich błędną wykładnię w wyniku której przyjęto, że wnioskodawca w spornym okresie prowadził normalną działalność na terenie Polski w związku, z czym zainteresowany w okresie tym winien podlegać ustawodawstwu polskiemu w zakresie ubezpieczeń społecznych, co spowodowało z kolei naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 1 w zw. z 11 ust. 1 i art. 12 ust. 1 oraz art. 13 pkt 1 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych poprzez niezasadne objęcie zainteresowanego ubezpieczeniami społecznymi, jako pracownika na terenie Polski. Wskazał także na naruszenie przepisów postępowania - art. 328 § 2 k.p.c. w związku z art. 391 k.p.c., polegające na niedostatecznym i błędnym wskazaniu w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku faktycznych i prawnych podstaw rozstrzygnięcia, co uniemożliwia dokonanie oceny toku wyводу i tym samym weryfikację wydanego wyroku, a nadto wewnętrzną sprzeczność uzasadnienia wyroku i oparcie wyvodu prawnego na nieaktualnym stanie prawnym, wniósł o uchylenie w całości zaskarżonego wyroku Sądu Apelacyjnego i przekazanie sprawy sądowi drugiej instancji do ponownego rozpoznania wraz z orzeczeniem o kosztach postępowania w tym kosztach zastępstwa procesowego.

W odpowiedzi na skargę kasacyjną pełnomocnik wnioskodawcy wniósł o odmowę przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania, ewentualnie oddalenie skargi kasacyjnej, wraz z orzeczeniem o kosztach postępowania.

Sąd Najwyższy wziął pod uwagę, co następuje:

Skarga kasacyjna jest uzasadniona.

Stosownie do art. 398¹³ § 1 i 2 k.p.c., Sąd Najwyższy rozpoznaje sprawę w granicach skargi kasacyjnej (jej podstaw) i jest związany ustaleniami faktycznymi stanowiącymi podstawę zaskarżonego orzeczenia, jeżeli skarga nie zawiera

zarzutu naruszenia przepisów postępowania (bądź jeżeli taki zarzut okaże się niezasadny).

W przytoczonych wyżej okolicznościach sprawy, należy uznać za usprawiedliwiony kasacyjny zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. w związku z art. 391 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 wyводу, 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). Taka sytuacja wystąpiła w rozpoznawanej sprawie, co trafnie zarzuca skarga, odwołując się do uzasadnienia Sądu Apelacyjnego, który podkreślając „słuszność stanowiska Sądu I instancji”, zmienił jego wyrok.

Uzasadniona jest także zarzucana podstawa naruszenia prawa materialnego.

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 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. 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 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 utwalone i aktualne, jako kryterium racjonalnie sprawdzalne. Przekładając to na okoliczności 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 określonej 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 również powinny być spełnione, a więc 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. 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 niższy obrót nie był krótkotrwały, lecz utrzymywał się dłużej na poziomie 12% - ustalono, że na koniec 2010 r. wynosił 18%, w 2011 r. 12% i podobnie w 2012 r., znaczącym dla wydania zaświadczenia.

W sprawie nie ustalono, 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.

Tym się kierując, uwzględniając wniosek skargi, orzeczono jak w sentencji, po myśli art. 398¹⁵ § 1 k.p.c.

O kosztach orzeczono na podstawie art. 108 § 2 w związku z art. 398²¹ k.p.c.