



Sygn. akt II UK 176/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 kwietnia 2016 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Beata Gudowska (przewodniczący)
SSN Halina Kiriło (sprawozdawca)
SSN Zbigniew Korzeniowski

w sprawie z wniosku P. Sp. z o.o. z siedzibą we W.
przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych
przy udziale zainteresowanego M. M.
o wydanie zaświadczenia,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń
Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 5 kwietnia 2016 r.,
skargi kasacyjnej organu rentowego od wyroku Sądu Apelacyjnego
z dnia 26 listopada 2013 r.,

- 1. oddała skargę kasacyjną;**
- 2. zasądza od Zakładu Ubezpieczeń Społecznych na rzecz wnioskodawcy P. Spółki z o.o. z siedzibą we W. kwotę 120 (sto dwadzieścia) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu kasacyjnym.**

UZASADNIENIE

Decyzją z 10 sierpnia 2012 r. Zakład Ubezpieczeń Społecznych (dalej „ZUS”) odmówił Spółce P. (dalej „Spółka”) wydania zaświadczenia A1, potwierdzającego, że zainteresowany M. M. w okresie wykonywania pracy we Francji od 1 stycznia do 4 marca oraz od 5 marca do 29 kwietnia 2012 r. podlegał polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych. Spółka wniosła odwołanie od tej decyzji.

Sąd Okręgowy we W. wyrokiem z dnia 5 kwietnia 2013 r. zmienił zaskarżoną decyzję i nakazał organowi rentowemu poświadczenie formularza A1 potwierdzającego, że zainteresowany w wyżej wymienionych okresach podlegał polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych oraz zasądził od organu rentowego na rzecz wnioskodawcy 120 zł tytułem kosztów zastępstwa prawnego. Natomiast Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 26 listopada 2013 r. oddalił apelację organu rentowego od powyższego orzeczenia i zasądził od strony pozwanej na rzecz wnioskodawcy kwotę 120 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

W sprawie ustalono, że Spółka jest agencją pracy tymczasowej i zajmuje się, między innymi, działalnością związaną z wyszukiwaniem miejsc pracy i pozyskiwaniem pracowników, udostępnianiem wykwalifikowanych pracowników przedsiębiorstwom z Unii Europejskiej w branżach: budowlanej, konstrukcyjnej oraz turystycznej. Prowadzi w tym celu działalność rekrutacyjną, logistyczną i administracyjną. Spółka - od początku swojej działalności - większość pracowników rekrutuje do prac w zagranicznych firmach, w państwach członkowskich Unii Europejskiej. W Polsce posiada biura, kadry, w kraju odbywa się również rekrutacja pracowników i załatwianie wszelkich formalności związanych z ich zatrudnieniem. Spółka odprowadza do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych składki na ubezpieczenie społeczne, odprowadza do Urzędu Skarbowego zaliczkę na podatek dochodowy oraz płaci składki na PFRON tak za pracowników oddelegowanych do pracy w państwach członkowskich, jak i za pracowników zatrudnionych w Polsce. W 2005 r. i 2006 r. Spółka otrzymywała od organu rentowego zaświadczenia dla pracowników delegowanych do pracy w państwach członkowskich Unii Europejskiej o podleganiu polskiemu ubezpieczeniu społecznemu o symbolu E 101 (dziś jest to zaświadczenie A1), pomimo tego, że od początku działalności większość

pracowników była delegowana do pracy w państwach członkowskich Unii Europejskiej. Obroty Spółki kształtowały się następująco: w 2006 r. obroty w Polsce wynosiły ogółem 7,45%, a w innych państwach członkowskich 92,55%, natomiast w 2007 r. od kwietnia do sierpnia obroty w Polsce wynosiły ogółem 6,44%, w 2008 r. wystąpiła tendencja wzrostowa na rynku krajowym i przekroczyła próg 20% w drugiej połowie 2008 r.

W dniu 14 lutego 2012 r. i 19 marca 2012 r. Spółka złożyła wnioski o poświadczenie dokumentów o ustawodawstwie właściwym dla pracownika M. M., w związku z jego czasowym delegowaniem do pracy na terytorium Francji w okresach od 1 stycznia 2012 r. do 4 marca 2012 r. i od 5 marca 2012 r. do 29 kwietnia 2012 r.

M. M. był zatrudniony u wyżej wymienionego pracodawcy na podstawie umów o pracę na czas określony od 12 września 2011 r. do 31 grudnia 2011 r., a następnie od 1 stycznia 2012 r. do 4 marca 2012 r. oraz od 5 marca 2012 r. do 29 kwietnia 2012 r. W ramach tych umów był delegowany do pracy we Francji. Nigdy nie pracował w kraju. Od wynagrodzenia za sporny okres Spółka opłaciła w Polsce składki na ubezpieczenie społeczne i zaliczkę na podatek dochodowy. Zainteresowany nie został zatrudniony w celu zastępstwa za innego pracownika.

W 2012 r. Spółka zatrudniała: w styczniu - 155 osób za granicą i 115 osób w Polsce, w lutym - 171 osób za granicą i 122 osób w Polsce, w marcu - 179 osób za granicą i 127 osób w Polsce, w kwietniu - 207 osób za granicą i 131 osób w Polsce, w maju - 229 osób za granicą i 154 osób w Polsce, w czerwcu - 254 osób za granicą i 143 osób w Polsce, w lipcu - 224 osób za granicą i 117 osób w Polsce. Spółka w okresie od stycznia 2012 r. do lipca 2012 r. zrealizowała następującą ilość kontraktów: w styczniu - 32 w UE i 11 w Polsce, w lutym - 34 w UE i 11 w Polsce, w marcu - 40 kontraktów w UE i 11 w Polsce, w kwietniu - 46 w UE i 11 w Polsce, w maju - 48 w UE i 11 w Polsce, w czerwcu - 51 w UE i 12 w Polsce, w lipcu - 41 kontraktów w UE i 12 w Polsce. Średnie obroty Spółki w 2012 r. wynosiły: w styczniu - 83% w UE, a w Polsce 17%, w lutym - 83% w UE i 17% w Polsce, w marcu - 53% w UE i 47% w Polsce, w - 82% w UE i 18% w Polsce, od maja do lipca - 82% w UE, a w Polsce 18%.

Sąd drugiej instancji podkreślił, że spór w sprawie wymagał ustalenia, czy organ rentowy zasadnie stwierdził, iż zainteresowany M. M. w spornym okresie podlegał francuskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych i odmówił wydania wnioskodawcy zaświadczenia o podleganiu zainteresowanego w wyżej wymienionym okresie polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych.

Sąd Apelacyjny zaznaczył, 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 z dyspozycji art. 11 ust. 2 lit. a (obecnie art. 11 ust. 3 lit. a) rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz.Urz. UE L 166 z 30 kwietnia 2004 r.; dalej jako rozporządzenie nr 883/2004), który stanowi, że osoba wykonująca w państwie członkowskim pracę najemną lub pracę na własny rachunek, podlega ustawodawstwu tego państwa członkowskiego. W rozporządzeniu przewidziane są jednakże 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 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.Urz. UE L 284 z 30 października 2009 r.; dalej jako rozporządzenie nr 987/2009), w art. 14 ust. 1 i 2 wskazano, 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 natomiast wyjaśniono, 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.

W rozpoznawanej sprawie nie było spornym, że przewidywany okres wykonywania przez zainteresowanego pracy we Francji nie przekraczał 24 miesięcy, oraz że pracownik nie został skierowany w miejsce innej osoby, której upłynął okres skierowania. Rozstrzygnięcia wymagało zatem to, czy wnioskodawca prowadzi na terenie Polski „znaczną działalność”, o której mowa w art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004, inną niż działalność związana z samym zarządzaniem wewnętrznym, oraz na jakich zasadach zainteresowany został oddelegowany do pracy we Francji. Sąd Apelacyjny przywołał zatem 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. Komisja Administracyjna Ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego wskazała, że pierwszym decydującym warunkiem dla zastosowania art. 12 ust. 1 jest istnienie bezpośredniego związku między pracodawcą a zatrudnionym przez niego pracownikiem. Drugim decydującym warunkiem jest istnienie więzi między pracodawcą a państwem członkowskim, w którym ma on swoją siedzibę. Możliwość delegowania pracowników 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. 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 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 przedsiębiorstwem w państwie zatrudnienia, dotyczących wynagradzania pracowników i zwalniania) oraz prawo do określenia charakteru pracy. Przepisy art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 nie mają zastosowania lub przestają mieć zastosowanie, w szczególności, gdy przedsiębiorstwo, do którego pracownik został oddelegowany, pozostawia go w dyspozycji innego przedsiębiorstwa w państwie członkowskim, w którym się znajduje, gdy pracownik delegowany do danego państwa członkowskiego zostaje pozostawiony do dyspozycji przedsiębiorstwa znajdującego się w innym państwie członkowskim, gdy pracownik jest rekrutowany w danym państwie członkowskim w celu wysłania

go przez przedsiębiorstwo znajdujące się w drugim państwie członkowskim do przedsiębiorstwa w trzecim państwie członkowskim. Z powyższego wynika, że poza istnieniem więzi pracowniczej wymaga się, aby 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 987/2009. Nie można też pominąć, że celem dla którego stworzono możliwość odstępstw od zasady terytorialności było maksymalne wspieranie swobodnego przepływu pracowników oraz umożliwienie pracownikom, przedsiębiorcom i instytucjom uniknięcie niepotrzebnych i kosztownych komplikacji administracyjnych.

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 Sąd Apelacyjny uznał, że Spółka prowadzi na terenie Polski znaczną część działalności. Krótkotrwała zmiana niektórych wskaźników nie powinna ważyć na tej ocenie. 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. Co prawda 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. Bezspornym przy tym jest, że podczas całego okresu oddelegowania zainteresowanego zachowany był bezpośredni związek między przedsiębiorstwem delegującym a pracownikiem oddelegowanym, tu M. M. Wszystkie te okoliczności świadczą o istnieniu po stronie wnioskodawcy przesłanek warunkujących wydanie zaświadczenia A1, przez które organ rentowy potwierdza objęcie pracownika delegowanego krajowym systemem ubezpieczeń społecznych.

Powyższy wyrok został zaskarżony skargą kasacyjną organu rentowego. Skargę oparto na podstawie naruszenia przepisów prawa materialnego: art. 83b ust. 1 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (jednolity tekst: Dz.U. z 2015 r., poz. 121 ze zm., dalej jako ustawa systemowa) oraz art. 11 ust. 2 lit. a i 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 (Dz.Urz. UE nr L 166 z 30.04.2004 r.), art. 14 ust. 1 i 2, art. 19 ust. 2 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.Urz. UE nr L 284 z 30 października 2009 r.), przez ich błędną wykładnię, w wyniku której niezasadnie przyjęto, że płatnik składek w spornym okresie prowadził normalną działalność na terenie Polski, a zatem zainteresowany pracownik delegowany powinien podlegać polskiemu ustawodawstwu ubezpieczeń społecznych. Tymczasem doszło do naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 11 ust. 1 i art. 12 ust. 1 oraz art. 13 pkt 1 ustawy systemowej, przez ich niezastosowanie i niezasadne objęcie zainteresowanego ubezpieczeniami społecznymi „jako pracownika na terenie Polski”. W oparciu o te zarzuty skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i orzeczenie co do istoty sprawy, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi drugiej instancji do ponownego rozpoznania a ponadto o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu kasacyjnym.

Zdaniem skarżącego, Sąd drugiej instancji stosując powołane przepisy prawa materialnego nie wziął pod uwagę faktu, że Spółka zatrudnia w Polsce głównie osoby zajmujące się obsługą biur i rekrutacją pracowników, a zatem brak jest podstaw do uznania, iż osoby te zajmują się innymi czynnościami, jak tylko i wyłącznie obsługa administracyjną pracowników delegowanych, którzy w większości generują zysk spółki. Płatnik będący Agencją Pracy Tymczasowej, we wniosku o poświadczenie formularza A1 dla ubezpieczonego M. M. wskazał, iż Spółka 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.). Natomiast 160 osób oddelegowanych do pracy za granicę jest zatrudnionych w celu realizacji 31 umów.

Wykazane przez płatnika dane we wniosku o poświadczenie formularzy A1 złożonych od roku 2010 r. wskazują, że przychody z działalności spadły i na dzień 30 sierpnia 2010 r. wyniosły 31%, na dzień 31 grudnia 2010 r. - 18%, na dzień 30 czerwca 2011 r. - 12%. W okresie od stycznia 2012 r. do marca 2012 r. obrót osiągany przez spółkę z działalności w Polsce utrzymywał się na poziomie 12%. Płatnik w okresie od stycznia 2012 r. do kwietnia 2012 r. zatrudniał na podstawie umowy o pracę i umów zlecenia i zgłaszał do ubezpieczeń społecznych 57 osób w miesiącu i realizował 11 umów i kontraktów z podmiotami gospodarczymi w Polsce, natomiast we Francji i Niemczech pracę wykonywało średnio 178 osób w ramach realizowanych 38 umów kontraktów.

Płatnik w okresie od maja 2012 r. do czerwca 2012 r. zatrudniał na podstawie umowy o pracę i umów zlecenia i zgłaszał do ubezpieczeń społecznych 97 osób w miesiącu i realizował 9 umów i kontraktów z podmiotami gospodarczymi w Polsce. Natomiast we Francji pracę wykonywało średnio 214 osób w ramach realizowanych 38 umów kontraktów. Podczas postępowania płatnik przedłożył skorygowany nowy wykaz obrotów firmy z działalności w Polsce i za granicą za okres od grudnia 2010 r. do kwietnia 2012 r., w którym przedstawił wyższe przychody osiągnięte w Polsce. Tę zmianę płatnik uzasadniał błędnym rozliczeniem obrotów wygenerowanych w kraju i za granicą. Zgodnie ze złożonymi oświadczeniami, płatnik do obrotów formy w kraju zalicza 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. Zdaniem Zakładu, wyżej wymienione czynności, choć są wykonywane przez firmę P. w kraju, powinny zostać zaliczone do przychodów osiągniętych za granicą w ramach świadczenia usług na rzecz zagranicznego kontrahenta, gdyż są to czynności z zakresu obsługi kontraktów zagranicznych i dotyczą pracowników oddelegowanych do pracy za granicę.

Organ rentowy kilkakrotnie wezwał płatnika do przedłożenia stosownych dokumentów (tj. faktur VAT z tytułu sprzedaży usług klientom zagranicznym i

krajowym, umów realizowanych z klientami w kraju i za granicą) potwierdzających faktycznie osiągnięte przychody z działalności w kraju i za granicą z okresu od stycznia 2011 r. do kwietnia 2012 r. W odpowiedziach na wezwania Oddziału - płatnik przedstawił jedynie częściowe dokumenty w tym rozliczenia kont księgowych na podstawie, których Oddział nie może zweryfikować obrotów firmy, deklarację VAT-7 za styczeń 2012 r. i przykładowe faktury VAT ze stycznia 2012 r. oraz oświadczył, że nie przedstawi wszystkich dokumentów, które potwierdzą osiągnięte w kraju obroty ze względu na ich dużą ilość. Wobec powyższego Zakład Ubezpieczeń Społecznych obliczając obrót płatnika osiągnięty w kraju i za granicą oparł się na danych wskazanych w złożonych wnioskach i uzyskanych z Urzędu Skarbowego, zgodnie, z którymi P. Sp. z o.o. 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 lipca 2012 r. na poziomie 9,6%.

Organ rentowy, na podstawie informacji z Urzędu Skarbowego, ustalił także, że spółka w deklaracjach VAT-7 za okres od stycznia 2011 r. do kwietnia 2012 r. wykazywała: w 2011 r. - sprzedaż w kraju 2.047.585,00 zł, sprzedaż poza terenem kraju 22.604,601,00 zł. w 2012 r. sprzedaż w kraju 832.589,00 zł, sprzedaż poza terenem kraju 6.712.375,00 zł.

W ocenie organu rentowego, Sądowi umknęły istotne okoliczności wskazujące, iż w okresie od stycznia 2011 r. do kwietnia 2012 r. Spółka wygenerowała obroty w kraju na poziomie ok. 11%, a zatem znacznie poniżej wymiaru 25%, który powszechnie uznawany jest za cenzurę pozwalającą na zastosowanie określonych przepisów dotyczących podlegania ubezpieczeniom bądź to w kraju wysyłającym bądź w przyjmującym. Ponadto do obrotu w kraju nie należy zaliczać czynności z tytułu działalności rekrutacyjnej, logistycznej i administracyjnej wykonywanej przez pracowników w kraju w ramach umów na udostępnianie personelu za granicę, zawartych z pracodawcami użytkownikami we Francji i w Niemczech. Sąd nie odniósł się również do tego, że wnioskodawca przedkładał korygowany wykaz obrotów, w którym zaliczał wyżej wymienione czynności do obrotu krajowego, przez co podwyższył wysokość obrotu firmy w Polsce (średnio w roku 2011 obrót wzrósł z 12% do 16%). Wyżej wymienione

czynności, choć są wykonywane przez firmę w kraju, powinny zostać zaliczone do przychodów osiągniętych za granicą w ramach świadczenia usług na rzecz zagranicznego kontrahenta, gdyż są to czynności z zakresu obsługi kontraktów zagranicznych i dotyczą pracowników oddelegowanych do pracy za granicę.

Z ustalonego przez Sądy stanu faktycznego w sposób oczywisty wynika znaczna dysproporcja pomiędzy umowami realizowanymi w Polsce i za granicą, a także pomiędzy pracownikami zatrudnionymi w kraju a pracownikami delegowanymi do krajów UE. Również dane dotyczące obrotu spółki jednoznacznie wskazują, że spółka prowadzi swą znaczną działalność nie na terenie Polski, ale za granicą. Sąd Apelacyjny w skarżonym orzeczeniu skupił się na istnieniu tzw. „więzi pracowniczej”, zainteresowanego ze Spółką, a istotę sprawy, to jest okoliczność prowadzenia przez płatnika składek działalność w znacznej części na terenie kraju, potraktował marginalnie i lakonicznie, nie czyniąc praktycznie żadnych rozważań odnośnie prawidłowego zastosowania i wykładni przepisów unijnych w tym zakresie.

W odpowiedzi na skargę Spółka wniosła o jej oddalenie i zasądzenie od organu rentowego kosztów postępowania kasacyjnego według norm przepisanych.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna nie zasługuje na uwzględnienie.

Przepisy będące materialnoprawną postawą zaskarżonej decyzji i orzeczeń sądowych zapadłych w wyniku rozpoznania odwołania od niej były przedmiotem analizy Sądu Najwyższego w wyroku składu siedmiu sędziów z dnia 18 listopada 2015 r., sygn. akt II UK 100/14.

Wyjaśniono w nim, że zgodnie z art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004, 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. Przepis ten wprowadza wyjątek od zasady, że pracownik podlega ustawodawstwu państwa, w którym wykonuje pracę (*lex loci laboris*), przyjętej w art. 11 ust. 3a rozporządzenia nr 883/2004. Przepisem wykonawczym do art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 jest między innymi art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009, który stanowi, że za pracodawcę, który normalnie prowadzi swą działalność należy rozumieć pracodawcę „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”.

Zasadnicze znaczenie ma więc wyjaśnienie pojęcia „normalne prowadzenie działalności” (art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004) i wyjaśniającego je określenia „prowadzenie przez pracodawcę zazwyczaj znacznej części działalności, innej niż działalność związana z samym zarządzaniem wewnętrznym, na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma on swoją siedzibę” (art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009).

Treść powyższych przepisów nie pozostawia wątpliwości, że przy ocenie, czy pracodawca prowadzi normalną działalność, a zatem znaczną część działalności innej niż działalność związana z samym zarządzaniem wewnętrznym na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, należy uwzględniać wszystkie kryteria charakteryzujące jego działalność. Już odwołanie się do zaimka „wszystkie” w odniesieniu do kryteriów, które należy uwzględniać przy omawianej ocenie, wskazuje, że niedopuszczalne jest uznanie jednego kryterium za decydujące w tym sensie, że jego niespełnienie zwalnia instytucję właściwą, bądź sąd, z badania pozostałych cech charakteryzujących działalność prowadzoną przez dane przedsiębiorstwo.

Podobnie kwestię tę ujmuje decyzja A2 Komisji Administracyjnej Ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego. Akt ten nie ma charakteru źródła prawa Unii Europejskiej w rozumieniu traktatowym, lecz jest aktem informacyjno-pomocniczym, wydanym przez Komisję Administracyjną na

podstawie art. 72 lit. a i b rozporządzenia nr 883/2004 w ramach jej zadań dotyczących wykładni i usprawniania jednolitego stosowania prawa Unii Europejskiej. W decyzji wskazuje się, że decydującym warunkiem dla zastosowania art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 jest istnienie więzi między pracodawcą a państwem członkowskim, w którym ma on swoją siedzibę. Możliwość delegowania pracowników powinna zatem ograniczać się wyłącznie do przedsiębiorstw, które normalnie prowadzą swą działalność na terytorium państwa członkowskiego, którego ustawodawstwu nadal podlega pracownik delegowany. Z tego względu przyjmuje się, że powyższe przepisy mają zastosowanie jedynie do przedsiębiorstw, które zazwyczaj prowadzą znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego, w którym mają siedzibę. Dlatego, 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. W przedmiotowej decyzji podkreśla się też, że „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” (pkt 1 decyzji A2).

Podobnie zagadnienie to wyjaśnione zostało w publikacji Komisji Europejskiej pt. „Praktyczny poradnik: Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej (UE), w Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) i w Szwajcarii” (s. 8). Stwierdza się w nim, że fakt prowadzenia znacznej

części działalności w państwie delegującym można sprawdzić poprzez szereg obiektywnych czynników, przy czym następujące czynniki są szczególnie istotne: (-) miejsce, w którym delegujące przedsiębiorstwo ma swą zarejestrowaną siedzibę i administrację; (-) liczebność personelu administracyjnego delegującego przedsiębiorstwa pracującego w państwie delegującym i w państwie zatrudnienia, przy czym obecność wyłącznie personelu administracyjnego w państwie delegującym wyklucza możliwość zastosowania do tego przedsiębiorstwa przepisów dotyczących delegowania; (-) miejsce, w którym rekrutowani są pracownicy delegowani; (-) miejsce, w którym zawierana jest większość umów z klientami; (-) prawo mające zastosowanie do umów zawartych przez delegujące przedsiębiorstwo z pracownikami i z klientami; (-) liczba umów wykonanych w państwie delegującym i w państwie zatrudnienia; (-) obroty osiągnięte przez delegujące przedsiębiorstwo w państwie delegującym i w państwie zatrudnienia w odpowiednio typowym okresie (np. obrót wynoszący około 25% całkowitego obrotu w państwie delegującym może być wystarczającym wskaźnikiem, ale przypadki, w których obrót jest niższy niż 25% wymagałyby pogłębionej analizy); (-) okres, przez jaki przedsiębiorstwo posiada siedzibę w delegującym państwie członkowskim. Przy ocenie znacznej części działalności prowadzonej w państwie delegującym instytucje muszą również sprawdzić, czy pracodawca wnioskujący o delegowanie jest faktycznym pracodawcą danego pracownika. Jest to szczególnie ważne w sytuacji, gdy pracodawca korzysta zarówno z personelu stałego, jak i personelu agencji pracy tymczasowej. W poradniku podkreślono, że powyższy wykaz 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. Konieczne może również być uwzględnienie innych kryteriów odpowiednich do określonych cech przedsiębiorstwa i rzeczywistego charakteru działalności przedsiębiorstwa w państwie, w którym ma ono siedzibę.

Praktyczny poradnik nie ma waloru wiążącego, niemniej wskazuje na pewną unijną praktykę wykładni art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009 i z tego względu nie może być pomijany w procesie stosowania prawa, choćby ze względu na zasadę solidarności państw członkowskich. Uzyskiwanie 25% obrotu w państwie

siedziby przedsiębiorstwa delegującego stanowi wyłącznie sugestią interpretacyjną, że osiągnięcie tego poziomu może uzasadniać przyjęcie faktycznego domniemania, że przedsiębiorstwo prowadzi normalną działalność, z jednoczesną sugestią, że jego nieosiągnięcie wymaga bardziej pogłębionej analizy pozostałych kryteriów.

Z przedstawionych regulacji wynika zatem, że tylko w Praktycznym poradniku pojawia się kryterium 25% całkowitego obrotu w państwie delegującym. Sformułowanie wskaźnika uzyskiwania w państwie członkowskim miejsca rejestracji co najmniej 25% obrotu nie znajduje zatem oparcia ani w treści rozporządzenia 883/2004, ani rozporządzenia 987/2009, ani decyzji A2. Na gruncie rozporządzenia nr 987/2009 próg 25% odnosi się jedynie do kryteriów ilościowych branż pod uwagę przy ocenie, czy w danym państwie wykonywana jest znaczna część pracy najemnej lub działalności na własny rachunek, o której mowa w art. 13 ust. 1 i 2 (zob. art. 14 ust. 8 rozporządzenia nr 987/2009). Stąd też odnoszenie tego progu do kryterium wielkości obrotu, uwzględnianego przy ocenie, czy dane przedsiębiorstwo prowadzi znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego w kontekście możliwości delegowania pracowników nie ma uzasadnienia. Na marginesie warto dodać, że także dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/67/UE z dnia 15 maja 2014 r. w sprawie egzekwowania dyrektywy 96/71/WE dotyczącej delegowania pracowników w ramach świadczenia usług, zmieniająca rozporządzenie (UE) nr 1024/2012 w sprawie współpracy administracyjnej za pośrednictwem systemu wymiany informacji na rynku wewnętrznym (dalej „dyrektywa 2014/67/UE”), której jednym z celów jest wskazanie metody oceny, czy przedsiębiorstwo delegujące za granicę pracowników rzeczywiście prowadzi w państwie członkowskim, z którego delegowani są pracownicy znaczącą działalność inną niż działalność zarządcza lub administracyjna o charakterze wyłącznie wewnętrznym, nie wprowadza kryterium poziomu 25% obrotu.

Kryterium 25% nie znajduje również oparcia w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości (por. wyrok z dnia 10 lutego 2000 r. w sprawie C-202/97 Fitzwilliam Executive Search Ltd v Bestuur van het Landelijk instituut sociale verzekeringen, (European Court Reports 2000 I-00883; z dnia 17 grudnia 1970 r. w sprawie 35/70 (Sarl Manpower przeciwko Caisse Primaire d' Assurance Maladie, ECR 1970,

s. 01251; dalej jako Manpower oraz z dnia 9 listopada 2000 r. w sprawie C-404/98 (Josef Plum przeciwko Allgemeine Ortskrankenkasse Rheinland, Regionaldirektion Köln, ECR 2000, s. I 09397, dalej jako Plum).

Konkludując Sąd Najwyższy stwierdził, że w celu ustalenia, że przedsiębiorstwo prowadzi normalną działalność (w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004), czy też znaczną część działalności innej niż zarządzanie wewnętrzną (według art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009), należy uwzględnić wszystkie kryteria charakteryzujące jego działalność oraz charakter przedsiębiorstwa delegującego. Wybór kryteriów powinien być dostosowany do konkretnego wypadku. Ocena ta powinna mieć charakter całościowy, a zatem stanowić ogólny wniosek wynikający z rozważenia wszystkich przyjętych kryteriów. Kryterium obrotu nie ma decydującego lub szczególnego znaczenia, jednakże osiągnięcie obrotu w państwie siedziby przedsiębiorstwa delegującego w wysokości ok. 25% całych obrotów może prowadzić do wniosku, że prowadzi ono w tym państwie znaczną część działalności, a więc normalnie prowadzi działalność. Ponadto, lista kryteriów, które zostały wymienione jedynie w aktach o charakterze interpretacyjnym (wyroku Fitzwilliam, decyzji A2 i Praktycznym poradniku), nie ma charakteru wyczerpującego, lecz przykładowy. Oznacza to, że organ rentowy (jako instytucja właściwa), a następnie sąd kontrolujący w postępowaniu cywilnym jej prawidłowość, mogą i powinny w razie potrzeby wziąć pod uwagę także inne kryteria i okoliczności. Między innymi, w razie występowania liczących się różnic w sile nabywczej walut państwa – siedziby pracodawcy delegującego i państwa – miejsca delegowania, prawidłowe stosowanie kryterium obrotu, jako miernika znaczącej działalności w państwie siedziby pracodawcy, bez uwzględnienia tej różnicy może prowadzić do zafałszowania oceny.

Podstawowym celem wyżej wskazanej oceny jest ustalenie, czy przedsiębiorstwo delegujące prowadzi w Polsce normalnie swoją działalność (art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004, co oznacza prowadzenie w Polsce znacznej części działalności (art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009). Określenie „znaczna część działalności” należy przy tym, jak wynika z innych wersji językowych rozporządzenia nr 987/2009, a także z wyroku Fitzwilliam rozumieć

jako „znacząca działalność”. Jest ono bowiem równoznaczne z użytymi w innych wersjach językowych art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009 i orzeczenia Fitzwilliam określeniami: ang. „substantial activities”, franc. „activités substantielles”, niem. „nennenswerte Tätigkeiten”, wł. „attività sostanziali”, czesk. „podstatné činnosti”. Należy dodać, że także w polskiej wersji językowej wyżej już wymienionej dyrektywy 2014/67/UE używa się określenia „znacząca działalność inna niż działalność zarządcza lub administracyjna o charakterze wyłącznie wewnętrznym” (np. art. 4. ust. 2). Wynika stąd, że pierwszoplanowe znaczenie ma obiektywne ustalenie, czy przedsiębiorstwo rzeczywiście prowadzi w państwie swojej siedziby normalną, rzeczywistą działalność, zaś porównanie skali tej działalności w państwie siedziby i państwie miejsca wykonywania pracy przez pracownika delegowanego ma jedynie znaczenie pomocnicze. Jednocześnie, dla stwierdzenia, czy działalność ta jest znacząca we wskazanym sensie, instytucja właściwa, i ewentualnie sąd, powinny, jak wynika z literalnego brzmienia orzeczenia w sprawie Fitzwilliam (pkt 43), decyzji nr A2 (pkt 1 akapit 5) i Praktycznego poradnika, porównać liczebność personelu administracyjnego pracującego w państwie członkowskim, w którym pracodawca ma siedzibę, oraz w drugim państwie członkowskim, obroty w odpowiednio typowym okresie w każdym z państw członkowskich, których rzecz dotyczy (czy też jak to określa Praktyczny poradnik „w państwie delegującym i w państwie zatrudnienia”) oraz liczbę umów wykonanych w państwie delegującym i w państwie zatrudnienia delegowanego pracownika.

Należy też stwierdzić, że przedmiotowa ocena ma charakter ustalenia faktycznego i jeśli sąd rozważy, zachowując zasady postępowania cywilnego, wszystkie istotne w okolicznościach sprawy kryteria, to kasacyjny zarzut naruszenia przepisów prawa przez wydany w rezultacie takiej oceny wyrok nie będzie mógł być skutecznie postawiony.

Odnosząc powyższe uwagi do oceny zasadności rozpoznawanej skargi kasacyjnej należy stwierdzić, że Sąd Apelacyjny trafnie przyjął, że nie można poprzestać na stwierdzeniu, że uzyskiwanie w kraju obrotu poniżej 25% całkowitego obrotu prowadzi do wniosku o nieprowadzeniu normalnej działalności w państwie siedziby przedsiębiorstwa delegującego i słusznie uznał, że w takim wypadku konieczna jest całościowa ocena, czy przedsiębiorstwo prowadzi

faktyczną działalność w państwie wysyłającym. Stosując się do tej tezy Sąd drugiej instancji ustalił zatem, że Spółka będąca wnioskodawcą, jest agencją pracy tymczasowej; ma siedzibę w Polsce; prowadzi działalność w Polsce i za granicą; zajmuje się wyszukiwaniem miejsc pracy i pozyskiwaniem pracowników; współpracuje z przedsiębiorcami w państwach Unii Europejskiej, delegując do nich pracowników branży budowlanej, konstrukcyjnej i turystycznej; jego administracja, a także kadry i marketing, prowadzone są w Polsce; tutaj zawierane są umowy z delegowanymi pracownikami i tutaj od uzyskiwanych przez pracowników przychodów odprowadzane są zaliczki na podatek dochodowy oraz składki na ubezpieczenia społeczne. Dokonano też szczegółowych porównań w zakresie wielkości obrotów osiągniętych przez Spółkę w kraju i za granicą, ilości kontraktów realizowanych w Polsce i krajach unii Europejskiej oraz liczby pracowników zatrudnionych na miejscu i oddelegowanych do innych państw. Rozważenie wszystkich powyższych kryteriów doprowadziło do sformułowania przez Sąd Apelacyjny ostatecznej konkluzji na temat prowadzenia przez Spółkę znacznej części działalności na terytorium państwa, w którym ma swoją siedzibę, czyli w Polsce.

Podzielając tę ocenę nie można tracić z pola widzenia specyfiki działania agencji pracy tymczasowej, którą – stosownie do art. 3 dyrektywy nr 96/71/WE – jest każda osoba fizyczna lub prawna, zawierająca zgodnie z prawem krajowym umowy o pracę lub nawiązująca stosunek pracy z pracownikami tymczasowymi w celu skierowania ich do przedsiębiorstw użytkowników, aby tam wykonywali tymczasowo pracę pod nadzorem i kierownictwem tych przedsiębiorstw. Na podstawie art. 18 ust. 1 pkt 4 i pkt 2 ustawy o promocji zatrudnienia działalność agencji pracy tymczasowej jest działalnością regulowaną w rozumieniu ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. z 2013 r., poz. 672 ze zm.) i wymaga wpisu do rejestru podmiotów prowadzących agencje zatrudnienia.

Charakter działalności przedsiębiorcy prowadzącego agencję pracy tymczasowej polega na pośredniczeniu między poszukującymi pracowników i pracownikami poszukującymi pracy (por. art. 1 ustawy z dnia 9 lipca 2003 r. o zatrudnianiu pracowników tymczasowych, jednolity tekst: Dz.U. z 2016 r., poz. 360

oraz art. 18 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, jednolity tekst: Dz.U. 2015 r., poz. 149; dalej „ustawa o promocji zatrudnienia”). Jeżeli agencja pracy tymczasowej zarejestrowana w Polsce prowadzi taką działalność przez wysyłanie pracowników zatrudnionych w Polsce do innego kraju Unii, w którym ich praca jest wykorzystywana tam przez pracodawców użytkowników, to obowiązuje ją także art. 67¹ § 2, pkt 3 k.p. (por. dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 96/71/WE z dnia 16 grudnia 1996 r. w sprawie delegowania pracowników w ramach świadczenia usług (Dz.Urz. WE L 18 z 21 marca 1997 r., s. 1 w związku z art. 3 pkt 19 stawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o zmianie i uchyleniu niektórych ustaw w związku z uzyskaniem przez Rzeczpospolitą członkostwa w Unii Europejskiej, Dz.U. Nr 96, poz. 959).

Działanie przedsiębiorcy, polegające na wyszukaniu siły roboczej w jednym państwie, a następnie „sprzedaży” tej pracy podmiotowi w innym państwie, jest w swej istocie działaniem transgranicznym; rozkłada się na co najmniej dwa państwa, w których zwykle agencja pracy tymczasowej prawie równolegle wykonuje przypisane jej czynności w celu realizacji trójstronnego stosunku prawnego powstającego w związku z zawieraniem umów o pracę tymczasową. Mówiąc inaczej, zarówno w państwie, w którym agencja pracy tymczasowej pozyskuje i zatrudnia pracowników, jak i w państwie, w którym zawiera umowy z pracodawcami użytkownikami oraz przekazuje swych pracowników, by wykonywali pracę na ich rzecz, wykonuje normalnie przypisane jej czynności. Ze względu na współzależność końcowego sukcesu od aktywności w każdym z państw, nie można scharakteryzować działania związanego z realizacją takiego przedsięwzięcia w żadnym z nich jako „nieznacznego”. Względem przedsiębiorcy, którego działalność składa się w istotnej mierze z tego typu działań, nieznacznosc aktywności w danym państwie można stwierdzić, jeżeli poszukiwanie w tym państwie pracowników lub współpraca z partnerami, którzy takiej pracy poszukują, ma charakter incydentalny w skali całości realizowanych kontraktów tego typu. Poszukując adekwatnych kryteriów do badania zakresu działalności firmy oferującej scharakteryzowane powyżej usługi, należy stwierdzić, że porównywanie przychodu firmy w państwie delegującym oraz w państwie delegowania nie jest właściwe, gdyż istota wskazanego stosunku powoduje, iż przedsiębiorstwo w państwie, z którego

deleguje pracownika, ponosi przede wszystkim koszty związane z zatrudnieniem, natomiast zyski z tego zatrudnienia czerpie od kontrahenta w państwie oddelegowania. Wskazany model prowadzenia przedsiębiorstwa bazuje na różnicy cenowej pracy w państwach członkowskich, co sprawia, że równoległe oferowanie wskazanej usługi na rynku krajowym i zagranicznym, przy zastosowaniu kryterium przychodowego, nie przedstawia działań przedsiębiorstwa w rzeczywistej skali. Obrót agencji pracy tymczasowej, której przedmiot działania polega na wysyłaniu swych pracowników za granicę, w postaci globalnego przychodu ze sprzedaży dóbr i usług w określonym czasie, rozumiany jako wyznacznik skali działalności tego przedsiębiorstwa, wypracowywany jest w dwu państwach, w państwie siedziby i w państwie wysłania, z tym tylko, że w państwie swej siedziby agencja pracy tymczasowej zasadniczo nie osiąga zysku, głównie z przyczyny bezpłatności usługi pośrednictwa. Przepis art. 19d i at. 85 ust. 2 pkt 7 ustawy o promocji zatrudnienia stanowi, że nie może pobierać kwot innych niż kwoty należne agencji zatrudnienia z tytułu faktycznie poniesionych kosztów związanych ze skierowaniem do pracy za granicę. W państwie, w którym zatrudnia pracowników ma znaczne koszty administracyjne w związku z zawieraniem umów o pracę, prowadzeniem dokumentacji i wypełnianiem innych obowiązków pracodawcy, a przede wszystkim wypłacaniem wynagrodzeń pracownikom tymczasowym. Zysk osiągany jest w innym państwie, tak że fundusze na działalność w jednym państwie pochodzą z wykonania umów zawieranych z pracodawcami użytkownikami w drugim państwie, co potwierdza nieprzydatność sugerowanego przez skarżącego kryterium oceny prowadzenia przez agencję pracy tymczasowej normalnej działalności w państwie, w którym obrót nie jest niższy od 25% obrotu ogółem. Co więcej, restrykcyjne przyjęcie kryterium osiągania co najmniej dwudziestopięcioprocentowego przychodu względem przedsiębiorstwa oferującego siłę roboczą z jednego państwa, w pięciu innych państwach w równej skali przychodu (po 20%), oznaczałoby konieczność stwierdzenia, że przedsiębiorstwo nie prowadzi „znaczej działalności” w żadnym państwie. W tym świetle nie ma wątpliwości, że przy ocenie, czy dane przedsiębiorstwo prowadzi znaczącą część działalności w państwie członkowskim swej siedziby, konieczne jest badanie wszystkich kryteriów charakterystycznych dla działalności prowadzonej przez przedsiębiorstwo.

W rozpoznawanej sprawie sama nazwa wnioskodawcy, tj. „P.” sugeruje, gdzie świadczona jest znacząca część jej działalności i na czym ona polega. Nawet gdyby działalność spółki polegała wyłącznie na delegowaniu pracowników rekrutowanych w Polsce do innych państw członkowskich, wobec odniesienia się do specyfiki takiej działalności i kryterium miejsca rekrutacji, należy stwierdzić, że co najmniej znaczna część działalności jest wykonywana w Polsce, ponieważ istota działalności polegająca na kojarzeniu popytu na pracę (w tej sprawie występującego we Francji) z podażą pracy (oferowanego przez polskich pracowników) jest wykonywana w tym państwie i jest to normalna działalność tego przedsiębiorcy. Nietrafne okazały się więc zarzuty skarżącego co do nieprawidłowego ustalenia, że P. znaczną część działalności prowadzi na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, oraz że działalność ta nie ogranicza się do wykonywania wewnętrznych czynności administracyjnych związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa. Sąd drugiej instancji właściwie rozumiał pojęcie prowadzenia działalności traktując je szeroko, nie ograniczając się do uwzględnianego przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych wskaźnika osiągniętego obrotu, lecz biorąc pod uwagę wszystkie wymienione wyżej kryteria. Uzasadnienie skargi kasacyjnej w dużej mierze nawiązuje do okoliczności wykraczających poza faktyczną podstawę zaskarżonego wyroku, prezentując własne szczegółowe ustalenia i analizy organu rentowego. Tymczasem w świetle art. 398¹³ § 2 k.p.c. w postępowaniu kasacyjnym nie jest dopuszczalne powołanie nowych faktów i dowodów, a Sąd Najwyższy jest związany ustaleniami faktycznymi stanowiącymi podstawę zaskarżonego orzeczenia.

Uwzględniając powyższe, z mocy art. 398¹⁴ k.p.c. orzeczono o oddaleniu skargi kasacyjnej.