



Sygn. akt I UK 196/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 kwietnia 2016 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jolanta Frańczak (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Bogusław Cudowski

SSN Piotr Prusinowski

Protokolant Joanna Porowska

w sprawie z odwołania B. M.

przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych

o ustalenie podlegania ubezpieczeniu,

po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw

Publicznych w dniu 5 kwietnia 2016 r.,

skargi kasacyjnej organu rentowego od wyroku Sądu Apelacyjnego

z dnia 24 września 2014 r.,

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

UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy – Sąd Pracy i Ubezpieczeń Społecznych w Ł. wyrokiem z dnia 21 października 2013 r. oddalił odwołanie ubezpieczonego B. M. od decyzji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych z dnia 4 lipca 2012 r. stwierdzającej, że

ubezpieczony jako osoba prowadząca pozarolniczą działalność gospodarczą, nie mająca ustalonego prawa do renty z tytułu niezdolności do pracy, dla której podstawę wymiaru składek na ubezpieczenia społeczne stanowi zadeklarowana kwota nie niższa niż 60% kwoty przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia nie podlega obowiązkowo ubezpieczeniom: emerytalnemu, rentowym, wypadkowemu i dobrowolnie ubezpieczeniu chorobowemu od dnia 6 października 2009 r.

Sąd Okręgowy ustalił, że ubezpieczony B. M. od dnia 31 grudnia 1989 r. prowadził działalność gospodarczą pod nazwą „M.” Przedmiotem wykonywanej działalności była sprzedaż detaliczna żywności i produktów spożywczych prowadzona na straganach i targowiskach, sprzedaż detaliczna pozostałych towarów prowadzona na straganach i targowiskach, sprzedaż detaliczna bezpośrednia prowadzona poza siecią sklepową, produkcja ubrań roboczych. Ubezpieczony zgłosił się jako płatnik składek oraz do obowiązkowych ubezpieczeń społecznych i ubezpieczenia zdrowotnego od dnia 31 grudnia 1998 r. oraz do dobrowolnego ubezpieczenia chorobowego od dnia 1 stycznia 1999 r. Ubezpieczony uległ wypadkowi komunikacyjnemu w 1999 r., na skutek którego miał problemy zdrowotne. Od około 20 lat ma rozpoznany zespół uzależnienia od alkoholu. Leczy się w związku z chorobą serca oraz zaburzeniami nastroju. Kilkakrotnie był hospitalizowany z przyczyn psychiatrycznych. Miał wystawione zaświadczenia o niezdolności do pracy w następujących okresach: od 18 grudnia 1998 r. do 29 maja 1999 r., od 20 września 1999 r. do 30 listopada 1999 r., od 5 maja 2000 r. do 26 maja 2000 r., od 9 czerwca 2000 r. do 31 lipca 2000 r., od 11 września 2000 r. do 16 grudnia 2000 r., od 28 grudnia 2000 r. do 4 stycznia 2001 r., od 15 stycznia 2001 r. do 23 stycznia 2001 r., od 17 kwietnia 2001 r. do 21 lipca 2001 r., od 26 lipca 2001 r. do 7 września 2001 r., od 11 września 2001 r. do 17 października 2001 r., od 21 grudnia 2001 r. do 17 kwietnia 2002 r., od 17 lipca 2002 r. do 11 września 2002 r., od 18 września 2002 r. do 17 stycznia 2003 r., od 21 stycznia 2003 r. do 9 lipca 2005 r., od 20 lipca 2005 r. do 3 września 2005 r., od 6 września 2005 r. do 4 marca 2006 r., od 15 marca 2006 r. do 12 września 2006 r., od 14 października 2006 r. do 7 kwietnia 2008 r., od 22 kwietnia 2008 r. do 12 września 2009 r., od 3 listopada 2009 r. do 25 listopada 2009 r., od 21 grudnia 2009 r. do 20 czerwca 2010 r., od 7 lipca 2010 r. do 27 sierpnia 2010 r., od 7

września 2010 r do 29 października 2010 r., od 22 listopada 2010 r. do 11 kwietnia 2011 r., od 9 maja 2011 r. do 15 października 2011 r., od 6 grudnia 2011 r. do 6 marca 2012 r., od 26 marca 2012 r. do 23 czerwca 2012 r. W okresach od 18 października 2003 r. do 12 sierpnia 2004 r., od 14 kwietnia 2007 r. do 7 kwietnia 2008 r., od 18 września 2008 r. do 12 września 2009 r. ubezpieczony przebywał na świadczeniach rehabilitacyjnych.

Z ustaleń Sądu Okręgowego wynika, że w dniu 1 lipca 2009 r. ubezpieczony zawarł ze swoją córką M. M. umowę o pracę na czas nieokreślony na stanowisku przedstawiciela handlowego - sprzedawcy w pełnym wymiarze czasu pracy, za wynagrodzeniem miesięcznym w kwocie 1.600 zł. Od dnia 6 października 2009 r. M. M. stała się niezdolna do pracy w związku z ciążą, następnie przebywała na urlopie macierzyńskim, przedłużonym urlopie macierzyńskim, urlopie wychowawczym, po czym wyjechała za granicę. Ubezpieczony z uwagi na swój stan zdrowia w 2009 r. sam już nie handlował towarem na targowiskach i straganach. Jego córka w okresie zatrudnienia wyprzedawała prawie cały towar, jakim jeszcze dysponował. W latach późniejszych ubezpieczony nie miał już żadnych dochodów ze sprzedaży towaru przeznaczonego do prowadzenia pozarolniczej działalności gospodarczej. Z uwagi na chorobę nie potrafił samodzielnie załatwiać swoich spraw i nie był w stanie prowadzić działalności gospodarczej. Pił alkohol w dużych ilościach, wpadał w ciągi alkoholowe, które trwały około miesiąca. Ubezpieczony był w takim stanie, że nie wiedział, czy sprzedał jakiś towar czy też nie. Faktycznie nie prowadził już działalności gospodarczej, nie miał z tego tytułu dochodów, nie dysponował towarem, którym mógłby handlować i nie dokupował nowego towaru, nie dawał ogłoszeń odnośnie prowadzonej działalności, nie szukał klientów, ani pracowników, którzy mogliby zastąpić go w prowadzonej działalności w okresach jego niezdolności do pracy. Zdarzało się sporadycznie, że ubezpieczony sprzedał na targowisku używaną rzecz, bądź rzeczy kolegów, ale nie wykazywał tego jako dochodu z tytułu prowadzonej działalności. Nie wystawiał faktur. Zdarzało się, że sprzedawał na rynku towary Rosjan, ale jak sprzedał ich towary, to oddawał im pieniądze. Po wyprzedaniu towaru przez córkę ubezpieczonego, jedynym towarem, który nie został sprzedany było 85 metrów firanki, która figuruje w księgach przychodów i rozchodów za lata 2009-2012. Orzeczeniem lekarza orzecznika ZUS

z dnia 30 września 2009 r. ubezpieczony został uznany za częściowo niezdolnego do pracy od wyczerpania zasiłku rehabilitacyjnego do dnia 30 września 2011 r. Natomiast komisja lekarska ZUS uznała go za częściowo niezdolnego pracy od wyczerpania zasiłku rehabilitacyjnego do dnia 31 października 2010 r. Ubezpieczony opłacał składki na ubezpieczenia społeczne z pieniędzy uzyskanych ze sprzedaży działki gruntu. Nie ma on przyznanego prawa do renty z tytułu niezdolności do pracy.

Przy takich ustaleniach faktycznych Sąd Okręgowy na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 5, art. 12 ust. 1, art. 13 pkt 4 oraz art. 8 ust. 6 pkt 1 i art. 47 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (obecnie jednolity tekst: Dz.U. z 2015 r. poz. 121 ze zm.) uznał, że ubezpieczony prowadził pozarolniczą działalność gospodarczą do dnia 6 października 2009 r. Od tej daty zaprzestał faktycznego wykonywania działalności gospodarczej, a więc od dnia 6 października 2009 r. nie podlegał ubezpieczeniom społecznym. Opłacanie składek na ubezpieczenia społeczne miało jedynie na celu zapewnienie mu ochrony zdrowotnej.

Od powyższego wyroku apelację wywiódł ubezpieczony zarzucając naruszenie prawa materialnego - art. 6 ust. 1 pkt 5, art. 12 ust. 1, art. 8 ust. 6 pkt 1, art. 13 pkt 4 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych w związku z przepisami ustawy z dnia 1 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (jednolity tekst: Dz.U. z 2015 r. poz. 584 ze zm.) przez przyjęcie, że od dnia 6 października 2009 r. nie podlega obowiązkowym ubezpieczeniom społecznym i dobrowolnemu ubezpieczeniu chorobowemu pomimo poczynionych ustaleń, że od dnia 6 października 2009 r. do chwili obecnej ma zarejestrowaną działalność gospodarczą i w przerwach pomiędzy zwolnieniami lekarskimi lub przyznanymi świadczeniami rehabilitacyjnymi prowadził działalność gospodarczą sprzedając towar w postaci odzieży i firan na różnych rynkach, bazarach.

Sąd Apelacyjny – Sąd Pracy i Ubezpieczeń Społecznych wyrokiem z dnia 24 września 2014 r. zmienił wyrok Sądu pierwszej instancji i poprzedzającą go decyzję organu rentowego i ustalił, że ubezpieczony podlegał obowiązkowym ubezpieczeniom: emerytalnemu, rentowym i wypadkowym oraz dobrowolnemu

ubezpieczeniu chorobowemu w okresie od dnia 6 października 2009 r. do dnia 4 lipca 2012 r.

Sąd Apelacyjny w pierwszej kolejności wskazał, że poza sporem pozostaje, iż ubezpieczony figuruje w rejestrze osób prowadzących pozarolniczą działalność gospodarczą. Z tego tytułu zgłosił się do obowiązkowych ubezpieczeń społecznych i do dobrowolnego ubezpieczenia chorobowego, opłacając wymagane składki. Z powodu wypadku komunikacyjnego ubezpieczony faktycznie ograniczył działalność gospodarczą wyłącznie do sprzedaży detalicznej prowadzonej na rynkach i targowiskach. Od 1999 r. przebywał on na częstych i długotrwałych zwolnieniach lekarskich, otrzymując zasiłki chorobowe oraz świadczenia rehabilitacyjne. Po wyczerpaniu w 2009 r. prawa do świadczenia rehabilitacyjnego został uznany za osobę okresowo częściowo niezdolną do pracy, jednak nie nabył prawa do renty z tytułu niezdolności do pracy. Wobec tego korzystał z częstych zwolnień lekarskich i był wielokrotnie hospitalizowany, w tym w oddziałach chorób wewnętrznych i rehabilitacji kardiologicznej, oddziałach ratunkowych. Z zestawienia okresów niezdolności do pracy wynika, że był on zdolny do pracy, z ograniczeniem wynikającym z orzeczonej częściowej niezdolności do pracy, łącznie przez 54 dni kalendarzowe w 2009 r., 63 dni w 2010 r., 46 dni w 2011 r. oraz w 2012 r. do dnia wydania zaskarżonej decyzji 4 dni kalendarzowe.

W ocenie Sądu Apelacyjnego ubezpieczony w okresie objętym zaskarżoną decyzją z powodu stanu zdrowia doznał przeszkód w prowadzeniu działalności gospodarczej w okresach zwolnień lekarskich, jak również w okresie pobieranego świadczenia rehabilitacyjnego. W krótkich przerwach pomiędzy zwolnieniami lekarskimi nie był w stanie rozwijać prowadzonej działalności gospodarczej, chociaż podejmował próby jej kontynuowania przez wystawianie na rynkach i bazarach towarów nowych i używanych oraz przez nawiązanie współpracy z obcokrajowcami handlującymi na bazarach w Ł., pobierając od nich towary do sprzedaży w ramach umowy komisji. Wystawianie przez ubezpieczonego na rynkach towarów do sprzedaży potwierdzili przesłuchani przed Sądem pierwszej instancji świadkowie. Na tej podstawie Sąd pierwszej instancji ustalił, że ubezpieczony „sporadycznie sprzedawał na targowiskach używane rzeczy, bądź rzeczy kolegów”. Zatem, jeżeli ubezpieczony cokolwiek sprzedawał na targowiskach, to należy uznać, że robił to w

ramach prowadzonej działalności handlowej. Ubezpieczony nigdy nie twierdził, iż w ramach tej działalności codziennie, albo kilka razy każdego miesiąca handlował na targowiskach, w tym w okresach zwolnień lekarskich bądź pobieranego świadczenia rehabilitacyjnego. To, że ubezpieczony nie wykazywał dochodów z prowadzonej działalności gospodarczej w urzędzie skarbowym nie może stanowić podstawy do uznania, że takiej działalności nie prowadził. Samo nieosiągnięcie przez przedsiębiorcę spodziewanych zysków nie uzasadnia wyłączenia go z ubezpieczeń społecznych. W tych okolicznościach sprawy stwierdzenie, że ubezpieczony trwale zaprzestał prowadzenia działalności gospodarczej z dniem zaprzestania świadczenia pracy przez jego córkę i nie miał zamiaru dalszego jej prowadzenia nie znajduje uzasadnienia. Przeciwnie, z zeznań córki ubezpieczonego oraz jego samego wynika, że mimo ograniczonej zdolności do pracy chciał on nadal prowadzić działalność gospodarczą i prowadził ją w zmniejszonym zakresie poprzez sprzedaż artykułów używanych oraz nowych przyjętych od innych osób handlujących na rynkach i bazarach w ramach umowy komisji. Trudno sobie wyobrazić, aby sprzedawał cudze towary bez jakiegokolwiek wynagrodzenia.

Sąd Apelacyjny wskazał, że osoby prowadzące pozarolniczą działalność gospodarczą podlegają ubezpieczeniu chorobowemu dobrowolnie (art. 11 ust. 2 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych), a prawo do tego ubezpieczenia wygasa z chwilą ustania tytułu do podlegania obowiązkowi podlegania ubezpieczeniom emerytalnemu i rentowym (art. 14 ust. 2 pkt 3 ustawy). Domniemywa się, że przedsiębiorca prowadzi działalność gospodarczą do dnia wykreślenia go z odpowiedniej ewidencji (rejestr) osób prowadzących działalność na jego wniosek lub z urzędu w drodze decyzji administracyjnej wydanej w trybie przepisów o swobodzie działalności gospodarczej. Zatem osoba fizyczna, która figuruje w odpowiedniej ewidencji osób prowadzących działalność gospodarczą i nie zaprzestała prowadzenia pozarolniczej działalności gospodarczej nie traci tytułu do obowiązkowego podlegania ubezpieczeniom społecznym. Okoliczność, że w dniu 6 października 2009 r. ubezpieczony był osobą okresowo częściowo niezdolną do pracy bez prawa do renty z tytułu niezdolności do pracy nie daje podstaw do wyłączenia go z ubezpieczeń społecznych bez jednoczesnego ustalenia, że z tym dniem faktycznie i trwale zaprzestał wykonywania pozarolniczej działalności

gospodarczej. Według Sądu Apelacyjnego, nieefektywne prowadzenie jednoosobowej pozarolniczej działalności gospodarczej z powodu długotrwałych zwolnień lekarskich, za które organ rentowy wypłacał zasiłki chorobowe nie może stanowić podstawy do wstecznego wyłączenia z ubezpieczeń społecznych.

Wyrok Sądu Apelacyjnego został w całości zaskarżony skargą kasacyjną Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, w której zarzucono naruszenie prawa materialnego, a mianowicie:

1) art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej przez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że w okresie od dnia 6 października 2009 r. do dnia 4 lipca 2012 r. ubezpieczony prowadził pozarolniczą działalność gospodarczą;

2) art. 6 ust. 1 pkt 5, art. 11 ust. 1, art. 12 ust. 1 i art. 13 pkt 4 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych przez błędne przyjęcie, że w spornym okresie ubezpieczony podlega ubezpieczeniom społecznym z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej.

Zdaniem organu rentowego, nie można uznać, że działania zarobkowe o charakterze incydentalnym, a w rozpoznawanej sprawie „jakakolwiek sprzedaż na rynku”, mogą być uznane za działalność gospodarczą, która według art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej ma być prowadzona w sposób ciągły, zorganizowany i przede wszystkim zarobkowy. Z całą pewnością nie stanowi takiej działalności sprzedaż używanych rzeczy po zmarłym szwagrze. Nie można również podzielić poglądu Sądu drugiej instancji, że niewykazywanie przez kilka lat przychodów z prowadzonej działalności nie ma znaczenia przy ocenie pozorności prowadzenia takiej działalności. Incydentalne uzyskiwanie przychodów z doraźnie podejmowanych zajęć należy kwalifikować jako pracę dorywczą, a nie prowadzenie pozarolniczej działalności gospodarczej.

Skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez oddalenie apelacji ubezpieczonego oraz zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego, w tym o kosztach zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W odpowiedzi na skargę kasacyjną pełnomocnik ubezpieczonego z urzędu wniósł o jej oddalenie i zasądzenie od skarżącego na rzecz ubezpieczonego kosztów postępowania kasacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego radcy ustanowionego z urzędu w wysokości 150% stawki minimalnej, ewentualnie o przyznanie ich od Skarbu Państwa, oświadczając, że koszty te nie zostały pokryte w całości ani w części.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych osoby prowadzące pozarolniczą działalność gospodarczą podlegają obowiązkowi ubezpieczenia emerytalnego i rentowego, zaś z mocy art. 12 tejże ustawy – także obowiązkowi ubezpieczenia wypadkowego. Jednocześnie na podstawie art. 11 ust. 2 ustawy podlegają na swój wniosek dobrowolnie ubezpieczeniu chorobowemu. Pojęcie osoby prowadzącej działalność pozarolniczą zostało zdefiniowane na potrzeby ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych w jej art. 8 ust. 6 i dotyczy osób wykonujących różnego rodzaju działalność na własny rachunek. Za osobę prowadzącą pozarolniczą działalność ustawa uznaje osobę (fizyczną) prowadzącą działalność gospodarczą na podstawie przepisów o działalności gospodarczej lub innych przepisów szczególnych (art. 8 ust. 6 pkt 1 ustawy).

Zgodnie z art. 13 pkt 4 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych obowiązkowo ubezpieczeniom emerytalnemu, rentowym, chorobowym i wypadkowemu podlegają osoby fizyczne prowadzące działalność pozarolniczą - od dnia rozpoczęcia wykonywania działalności do dnia zaprzestania wykonywania tej działalności, z wyłączeniem okresu, na który wykonywanie działalności zostało zawieszona na podstawie przepisów o swobodzie działalności gospodarczej. Chodzi w tym przepisie o faktyczne wykonywanie działalności pozarolniczej, w tym działalności gospodarczej. Pojęcie to należy rozumieć w sposób przyjęty w ustawie z dnia 1 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej. Oznacza to, że wykonywanie pozarolniczej działalności w rozumieniu art. 13 ust. 4 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych to rzeczywista działalność o cechach

określonych w art. 2 ustawy o swobodzie gospodarczej, czyli zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły. W literaturze i orzecznictwie przyjmuje się, że działalnością gospodarczą jest działalność wskazująca zawodowy, czyli stały charakter, w tym powtarzalność podejmowanych działań, podporządkowanie regułom zysku i opłacalności (lub zasadzie racjonalnego gospodarowania) oraz uczestnictwo w działalności gospodarczej (por. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 6 grudnia 1991 r., III CZP 117/91, OSNCP 1992 nr 5, poz. 65 oraz z dnia 23 lutego 2005 r., III CZP 88/04, OSNC nr 1, poz. 5, a także wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 15 września 2005 r., FSK 2643/04, LEX nr 153881).

Wobec tego nie stanowi działalności gospodarczej działalność wykonywana okresowo i sporadycznie (por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 19 marca 1991 r., II SA 898/90, ONSA 1992, nr 3-4, poz. 58 oraz z dnia 17 września 1997 r., II SA/Wa 1089/96, Pr. Gosp. 1998, nr 1, s. 32), a także jeśli nie jest ona prowadzona w celu osiągnięcia dochodu (zarobku) rozumianego jako nadwyżka przychodów nad poniesionymi kosztami. Określenie celu zarobkowego ma wymiar subiektywny i mieści się w sferze zamiaru danego podmiotu. Zatem wykonywanie działalności gospodarczej obejmuje faktyczne wykonywanie w celu zarobkowym czynności określonych we wpisie do ewidencji działalności gospodarczej (CEIDG), a także czynności zmierzających do zaistnienia takich czynności gospodarczych (czynności przygotowawczych), polegających między innymi na załatwianiu spraw urzędowych, poszukiwaniu klientów, posiadaniu lokalu i narzędzi służących do jej prowadzenia, towarów do sprzedaży w ramach działalności handlowej. Nie budzi wątpliwości, że osoba wykonująca działalność gospodarczą musi podjąć szereg czynności o charakterze organizacyjnym, których celem jest umożliwienie wykonywania tej działalności w sposób zorganizowany i ciągły. Innymi słowy prowadzenie działalności gospodarczej to także proces polegający na stworzeniu odpowiednich warunków do jej wykonywania. Przyjmuje się, że decydującego znaczenia dla uznania, czy prowadzona jest pozarolnicza działalność gospodarcza, nie ma wpis w ewidencji działalności gospodarczej, gdyż

ma on jedynie charakter deklaratoryjny. Toteż możliwe jest ustalenie zaprzestania prowadzenia działalności gospodarczej, mimo niewykreślenia jej z ewidencji działalności gospodarczej – i w konsekwencji – uchylenie obowiązku ubezpieczenia (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 stycznia 2014 r., I UK 252/13, M.P.Pr. 2014 nr 5, str. 265-268 oraz z dnia 13 listopada 2008 r., II UK 94/08, LEX nr 960472 i powołane tam orzecznictwo).

Przenosząc powyższe uwagi na grunt rozpoznawanej sprawy stwierdzić należy, iż prawidłowo zarzuca skarżący w uzasadnieniu skargi kasacyjnej, że istotą działalności gospodarczej jest prowadzenie działalności w sposób ciągły i zorganizowany, na własny rachunek i ryzyko przedsiębiorcy. Działalność taka nie może mieć charakteru incydentalnego (przypadkowego), co wprost wynika ze stanowiska Sądu Najwyższego zaprezentowanego w postanowieniu z dnia 17 lipca 2003 r., II UK 111/03 (M.P.Pr. – wkładka 2004 nr 7, poz. 16). W tym kontekście zauważyć należy, że na przestrzeni lat 2009-2012 ubezpieczony sprzedawał jedynie rzeczy używane, „po zmarłym szwagrze” (wyblakłe spodenki) bądź „sporadycznie brane rzeczy w komis od Rosjan”. Ubezpieczony nie posiadał jakichkolwiek towarów, które pozwalałyby mu na prowadzenie sprzedaży detalicznej w sposób ciągły i zorganizowany, mający na celu zamiar osiągnięcia zysku, a jedynym towarem wykazywanym od 2009 r., po wyprzedaniu towarów przez córkę ubezpieczonego, jest 85 metrów firanki. Z ustaleń faktycznych, które legły u podstaw wydania zaskarżonego wyroku wynika ponadto, że w okresie od dnia 6 października 2009 r. do dnia 4 lipca 2012 r., z ograniczeniami wynikającymi z orzeczonej częściowej niezdolności do pracy, ubezpieczony mógł prowadzić działalność gospodarczą jedynie od 4 do 54 dni kalendarzowych w ciągu danego roku. Co prawda Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 20 marca 2009 r., II UK 308/08 (LEX nr 707885) uznał, że przerwa w prowadzeniu działalności gospodarczej spowodowana stanem zdrowia (chorobą) nie może być traktowana na równi z zaprzestaniem wykonywania tej działalności bowiem okres faktycznego przestoju w wykonywaniu pozarolniczej działalności z powodu choroby (z uwagi na stan zdrowia) stanowi element ryzyka, z którym powinien liczyć się każdy podejmujący tego typu działalność, ale powyższy pogląd został zaprezentowany w stanie faktycznym, gdzie ubezpieczony przez cały okres prowadzenia działalności

gospodarczej był gotów do świadczenia usług i miał możliwość ich faktycznej realizacji. Interpretacja ta pozostaje w zgodzie z ukształtowanym w orzecznictwie poglądem, że nie powoduje uchylenia obowiązku ubezpieczenia społecznego czasowe niewykonywanie działalności gospodarczej, gdy ubezpieczony oczekuje na kolejne zamówienia i ma faktyczną możliwość wykonywania działalności zgodnie ze zgłoszonym do ewidencji wpisem (por. między innymi wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2013 r., I UK 12/13, LEX nr 1331260).

W realiach rozpoznawanej sprawy ubezpieczony z uwagi na stan zdrowia, co podnosi Sąd drugiej instancji, nie był w stanie w krótkich przerwach pomiędzy zwolnieniami lekarskimi rozwijać prowadzonej przez siebie pozarolniczej działalności gospodarczej, a zarobkową działalnością handlową nie jest „sporadyczna sprzedaż czegokolwiek na targowisku” niedająca realnie możliwości uzyskania dochodu. W judykaturze przyjmuje się, że dążenie do osiągnięcia zarobku (element subiektywny) nie może mieć decydującego znaczenia, jeśli obiektywnie taka działalność nie może przynosić dochodu (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 maja 2012 r., II UK 259/11, LEX nr 1235838; uchwała Sądu Najwyższego z dnia 30 listopada 1992 r., III CZP 134/92, OSNCP 1993, nr 5 oraz M. Szydło, Pojęcie przedsiębiorcy w prawie polskim, Przegląd Sądowy 2002, nr 7-8, s. 2 i n). Dodatkowo zauważyć trzeba, iż Sąd drugiej instancji nie ustalił, że ubezpieczony uzyskiwał dochody ze sprzedaży rzeczy wziętych w komis. Nie jest wystarczające stwierdzenie, „że trudno sobie wyobrazić, aby sprzedawał cudze towary bez jakiegokolwiek wynagrodzenia” w sytuacji, gdy z ustaleń Sądu pierwszej instancji wynika, że „ubezpieczony, jak sprzedawał towary Rosjan, to oddawał im pieniądze a także, że nie dysponował towarem, ani nie kupował nowych towarów, którymi mógłby handlować, nie wystawiał faktur z tytułu sprzedaży, jak również nie uzyskiwał dochodów z działalności handlowej. Był w takim stanie, że nie wiedział nawet czy sprzedał jakiś towar czy nie”.

W dotychczasowym orzecznictwie Sąd Najwyższy jednolicie przyjmuje, że skoro obowiązek ubezpieczenia osoby prowadzącej pozarolniczą działalność gospodarczą (art. 13 ust. 4 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych) wynika z faktycznego prowadzenia tej działalności, to w konsekwencji o wyłączeniu z tego ubezpieczenia decyduje faktyczne zaprzestanie tej działalności. O istnieniu

obowiązku ubezpieczenia decydują konkretne okoliczności sprawy, w których dokonywana jest ocena, czy w danym okresie działalność rzeczywiście była wykonywana (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 kwietnia 2009 r., I UK 328/08, OSNP 2010 nr 23-24, poz. 297 i powołane tam orzecznictwo).

Takiej kompleksowej oceny nie dokonał Sąd drugiej instancji ograniczając się do stwierdzenia, że jeśli ubezpieczony cokolwiek sprzedawał na targowiskach, to w ramach prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej, zaś nieosiągnięcie przez przedsiębiorcę spodziewanych zysków z działalności gospodarczej nie uzasadnia wyłączenia go z ubezpieczeń społecznych. Jak wynika z rozważań dokonanych powyżej, istotne znaczenie dla oceny, czy dana działalność może być zakwalifikowana jako działalność gospodarcza, ma podporządkowanie się zasadom racjonalnego gospodarowania (regułom opłacalności i zysku). Za takie podporządkowanie się zasadom racjonalnego gospodarowania w prowadzonej działalności gospodarczej nie sposób uznać incydentalnej sprzedaży używanych rzeczy po członkach rodziny za kilkadziesiąt złotych rocznie. Przy wykładni art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej istotne jest, że brak którejkolwiek z cech funkcjonalnych działalności gospodarczej wymienionych w tym przepisie pozbawia daną działalność charakteru gospodarczego (zob. S.Koroluk, Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz, red. A. Pawłowski, Warszawa 2007).

Z tych względów Sąd Najwyższy na zasadzie art. 398¹⁵ k.p.c. w związku z art. 108 § 2 k.p.c. oraz art. 398²¹ k.p.c. orzekł jak w sentencji wyroku.