

Sygn. akt III AUa 967/16

## WYROK

**W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 22 lutego 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku - III Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Daria Stanek (spr.)
Sędziowie:	SSA Małgorzata Gerszewska SSA Grażyna Czyżak
Protokolant:	sekr.sądowy Agnieszka Makowska

po rozpoznaniu w dniu 8 lutego 2017 r. w Gdańsku

sprawy (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w E.,

P. K. (1), M. G. (1), R. W. (1)

przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddział w E.

o wydanie zaświadczenia

na skutek apelacji (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w E.

od wyroku Sądu Okręgowego w Elblągu- IV Wydziału Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 29 lutego 2016 r., sygn. akt IV U 1318/15 oraz

na skutek apelacji (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w E.

od wyroku Sądu Okręgowego w Elblągu- IV Wydziału Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 4 maja 2016 r. sygn. akt IV U 1242/15

uchyla zaskarżone wyroki i poprzedzające je decyzje Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w E. i sprawę przekazuje do ponownego rozpoznania bezpośrednio organowi rentowemu.

SSA Grażyna Czyżak SSA Daria Stanek SSA Małgorzata Gerszewska

Sygn. akt III AUa 967/16

## UZASADNIENIE

Decyzją z 06 sierpnia 2015 r., nr (...), znak (...) - (...) Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w E. odmówił wydania zaświadczenia

o ustawodawstwie dotyczącym zabezpieczenia społecznego mającym zastosowanie do osoby uprawnionej na formularzu A1 dla M. G. (1) na okres od 01.07.2011 r.

do 31.10.2011 r., od 01.11.2011 r. do 31.12.2011 r. i od 09.01.2012 r. do 31.12.2012 r.

Decyzją z 06 sierpnia 2015 r., nr (...), znak (...)- (...) Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w E. odmówił wydania zaświadczenia

o ustawodawstwie dotyczącym zabezpieczenia społecznego mającym zastosowanie do osoby uprawnionej na formularzu A1 dla R. W. (1) na okres od 01.07.2011 r.

do 31.12.2011 r. i od 09.01.2012 r. do 31.12.2012 r.

Płatnik składek (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w E. wniosła odwołanie od powyższych decyzji pozwanego Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w E..

W odpowiedziach na odwołania pozwany Zakład Ubezpieczeń Społecznych wniósł

o oddalenie odwołań, przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach organu rentowego, przedłożonych wraz z odpowiedzią na odwołanie w sprawie wskazanej

w pkt. 2 pisma. a w szczególności z nw. dokumentów urzędowych ( protokołu kontroli

k. 157-158 akt, protokołów przesłuchania wiceprezesa zarządu Spółki (...)

(k. 108-111 akt), jak również pisma F. (...) z dnia 09.09.2014 r. znak SI/(...)/AZ/ (...)/577/14/ (...) (k. 88-95 akt).

Postanowieniem z dnia 27 listopada 2015 r. Sąd Okręgowy zarządził połączenie spraw z odwołań od w/w decyzji do wspólnego rozpoznania.

Sąd Okręgowy w Elblągu Wydział IV Pracy i Ubezpieczeń Społecznych wyrokiem

z dnia 4 maja 2016 r., sygn. akt IV U 1242/15:

I. oddalił odwołanie od decyzji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w E.

z dnia 6 sierpnia 2015 r., nr (...), (...),

II. zasądził od wnioskodawcy (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością

w E. na rzecz pozwanego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w E. kwotę 180 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego,

III. oddalił odwołanie od decyzji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w E.

z dnia 6 sierpnia 2015 r., nr (...), (...),

IV. zasądził od wnioskodawcy (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością

w E. na rzecz pozwanego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w E. kwotę 180 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny.

Spółka (...) od 2011 r. jest częścią Grupy V. przetwarzającą stal ze zwoi blachy stalowej na taśmy i stalowe płyty. (...)

Belgia jest dostawcą do Europy Zachodniej, UK oraz Irlandii. Na rynku europejskim jest wiodącym producentem systemów regałów metalowych. (...) Spółka z o.o. z siedzibą w E. przy ulicy (...) produkuje obecnie zbiorniki na wodę, regały oraz wsporniki do paneli słonecznych

z przeznaczeniem na rynek Polski, jak również Europy Wschodniej i Skandynawii. Jedynym właścicielem (...) spółki z o.o. z siedzibą w E. oraz (...) Spółki z o.o.

w E. jest (...) z siedzibą w Belgii.

(...) spółka z o.o. z siedzibą w E. w dniu 20 kwietnia 2011r. została wpisana do Krajowego Rejestru Sądowego. Spółka rozpoczęła faktyczne prowadzenie działalności gospodarczej od maja 2011r. Zgłoszenie spółki jako płatnika składek w prowadzonym przez pozwanego Centralnym Rejestrze Płatników Składek widnieje

od 01 lipca 2011r. Z tym dniem spółka rozpoczęła zgłaszanie pracowników do ubezpieczeń społecznych.

Rekrutacja pracowników odbywała się w Polsce. Również w Polsce podpisywano umowy o pracę z pracownikami. Z zeznań wiceprezesa spółki wynikało, że część pracowników zostało przejętych z firmy (...), należącej do tej samej grupy kapitałowej, na zasadzie art. 23<sup>k.p.</sup>, a część pracowników pochodziła z nowego naboru.

W okresie poprzedzającym zgłoszenie wniosku o wydanie zaświadczenia A1 dotyczącego M. G. (1) i R. W. (1), tj. w maju i czerwcu 2011r. spółka nie uzyskiwała żadnych obrotów na terenie Polski. Całkowity obrót osiągnięty w tym okresie pochodził z działalności wykonywanej za granicą. W miesiącu lipcu 2011r., w którym płatnik rozpoczął delegowanie pracowników na teren Belgii, obrót z tytułu prowadzenia działalności w kraju wynosił 10,89 %, zaś pozostałe 89 % obrotów pozyskiwanych było z działalności z za granicą.

Obroty w okresie pierwszych miesięcy oddelegowania ubezpieczonych do pracy- lipiec –wrzesień 2011r.-wyniosły w Polsce 215.319,89 zł, zaś za granicą 592.735,53 zł (dane przedstawione przez płatnika k.74-75 a.s. ). Łącznie obroty firmy w tym okresie wyniosły 808.055,42 zł, obroty w Polsce wyniosły 26,65 %, obroty za granicą 73,35%. W październiku 2011r. spółka nie wystawiła żadnych faktur sprzedażowych na podmioty zagraniczne.

Na dzień 31 grudnia 2011r. przychód ze sprzedaży w kraju wyniósł 499.643, 66 zł, a ze sprzedaży poza krajem to kwota 1.067.118,25 zł. Na dzień 31 grudnia 2012r. z tytułu sprzedaży w kraju spółka osiągnęła kwotę w wysokości 4.642.822,07 zł, a z tytułu sprzedaży poza krajem kwotę w wysokości 2.843.99,09 zł, z kolei w 20013r. z tytułu sprzedaży w kraju, to kwota 3.890.649,53 zł, a poza krajem to kwota 5.004675,58zł / dane przedstawione przez płatnika k-21-23/

Spółka już w grudniu 2011 r. osiągnęła obroty w Polsce w wysokości ok. 32 % podczas gdy obroty osiągnięte za granicą wynosiły ok. 68 %. W 2012 r. stosunek wysokości obrotów w Polsce do obrotów za granicą kształtował się w ten sposób, że w Polsce osiągnięto ok. 62 % dochodów zaś za granicą - ok. 38 % obrotów. Dodać należy, że w 2013r. znaczna wysokość obrotów krajowych w stosunku do uzyskiwanych za granicą utrzymywała się nadal - przychody ze sprzedaży w Polsce stanowiły bowiem ok. 43 % całości przychodów powódki.

W miesiącu lipcu 2011r. spółka zatrudniała 1-ego pracownika administracyjnego w Polsce i 1 pracownika fizycznego pracującego w Polsce oraz 11 pracowników fizycznych oddelegowanych, zaś w miesiącach sierpień i wrzesień 2011r. w Polsce pracował tylko 1 pracownik administracyjny, zaś wszyscy pracownicy fizyczni w liczbie 12 byli oddelegowani za granicę. W miesiącach październik – listopad – grudzień 2011r. w Polsce pracowało po 4 pracowników, oddelegowanych było 6-7 w poszczególnych miesiącach.

W 2012r. spółka zatrudniała 1 pracownika administracyjnego (od października 2-óch), w Polsce zatrudnionych było w zależności od miesiąca od 1 do 4, za granicą pracowników fizycznych było zatrudnionych od 8-10 w poszczególnych miesiącach. W 2013r. spółka zatrudniała 2-óch, a od lipca 2013r. 3-ech pracowników administracyjnych. W Polsce pracowników fizycznych spółka zatrudniała w ilości od 1-3 , wyjątkowo w czerwcu 5-ciu, za granicą oddelegowanych było od 9 do 12.

M. G. (1) w dniu 29 marca 2011r. zawarł ze (...) spółką z o.o. w E. umowę o pracę na okres próbny od 01.04.2011r. do 30.06.2011r. Zgodnie umową miał wykonywać pracę na stanowisku operatora maszyn sterowanych numerycznie (...) w pełnym wymiarze czasu pracy. Pracę miał wykonywać w E. przy ul. (...) /k-239/ W dniu 23 maja 2011r. strony zawarły umowę na czas określony od dnia 01.07.2011r. do dnia 30.06.2012r. / k-234/ Aneksem do umowy z dnia 01 lipca 2011r. strony zmieniły warunki pracy i płacy w związku z oddelegowaniem pracownika do pracy w Belgii, przy czym

w aneksie, jako pracodawca została już wskazana spółka (...). Kolejne aneksy zostały zawarte 02.11.2011r. i 05.01.2012r. i zmieniały czas obowiązywania umów ostatecznie

do 31.12.2012r.

R. W. (1) zawarł ze (...) spółką z o.o. w E. umowę o pracę na okres próbny od 01.03.2011r. do 31.05.2011r. Zgodnie umową miał wykonywać pracę na stanowisku operatora maszyn sterowanych numerycznie (...) w pełnym wymiarze czasu pracy. Pracę miał wykonywać w E. przy ul. (...) /k-237/. W dniu 01 czerwca 2011r. strony zawarły umowę na czas określony od dnia 01.06.2011r. do dnia 31.12.2012r. / k-236/ Aneksem do umowy z dnia 01.07.2011r. strony zmieniły warunki pracy i płacy w związku z oddelegowaniem pracownika do pracy w Belgii, przy czym w aneksie jako pracodawca została już wskazana spółka (...).

Z aneksu do umów o pracę R. W. i M. G. wynikało, że strony zmieniły warunki pracy i płacy określone w umowie o pracę z tego dnia, co do miejsca wykonywania pracy i wynagrodzenia. Delegowanie powodowało podwyższenie stawki wynagrodzenia (po okresie delegowania powracał do dotychczasowych warunków wynagrodzenia). Wynagrodzenie za pracę było wypłacane przez (...) sp. z o.o. w E. na konto pracownika, również urlopy były udzielane przez tę spółkę. Pracownik został przeszkolony w zakresie BHP na terenie Polski i otrzymał w Polsce odzież ochronną. Przejazd i zakwaterowanie organizowała spółka delegująca.

Wszystkie umowy o pracę oraz wszystkie niezbędne dokumenty związane z zatrudnieniem podpisywane były w Polsce - zarówno jeśli chodzi o pracowników delegowanych do pracy w Belgii jak i pracowników pracujących w kraju, dotyczy to również ubezpieczonych.

W 2011 r. powódka zawarła cztery umowy w tym jedną na sprzedaż regałów i trzy na budowę i montaż zbiorników, wszystkie były zawarte w Polsce, w języku polskim. W 2012 r. zawartych zostało siedem umów, w tym trzy na sprzedaż regałów i cztery umowy na budowę i montaż zbiorników przeciwpożarowych. Z siedmiu umów zawartych w 2012 r. tylko jedna sporządzona została w języku angielskim i była to umowa z firmą (...) z Litwy, podpisana dnia 26 czerwca 2012 r., na sprzedaż regałów. W 2013 r. zawarto dwie umowy, obydwie na montaż zbiorników przeciwpożarowych. Jedna z tych umów został podpisana w języku polskim, natomiast druga w języku angielskim kontrahentem była firma (...) z Czech). W 2013 r. i w 2014 r. część usług związanych z budową i montażem zbiorników przeciwpożarowych wykonywana była na rzecz (...), w ramach współpracy obu firm, na zamówienia.

(...) Spółka z o.o. z siedzibą w E. w dniu 01 lipca 2015r. wystąpiła do pozwanego z wnioskami o wydanie zaświadczenia o właściwym ustawodawstwie na formularzu A1 w trybie art. 1 Rozporządzenia WE 883/2004 dla delegowanego pracownika R. W. (1) i M. G. (1). We wnioskach płatnik wskazał, że w okresie od 01 lipca 2011r. do 31 grudnia 2012r. pracownicy byli oddelegowani do pracy na terytorium Belgii. Pracownicy zostali zgłoszeni do ubezpieczeń społecznych przez spółkę od dnia 1 lipca 2011r.

Z wniosków płatnika o wydanie zaświadczenia A1 wynikało, że delegowany pracownik nie jest delegowany na miejsce innej osoby, której okres delegowania upłynął.

Decyzją z 06 sierpnia 2015r. nr (...), znak (...)- (...) Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w E. odmówił wydania zaświadczenia o ustawodawstwie dotyczącym zabezpieczenia społecznego mającym zastosowanie do osoby uprawnionej na formularzu A1 dla M. G. (1) na okres od 01.07.2011r. do 31.10.2011r., od 01.11.2011r. do 31.12.2011r. i od 09.01.2012r. do 31.12.2012r.

Decyzją z 06 sierpnia 2015r. nr (...) znak (...) - (...) Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w E. odmówił wydania zaświadczenia

o ustawodawstwie dotyczącym zabezpieczenia społecznego mającym zastosowanie do osoby uprawnionej na formularzu A1 dla R. W. (1) na okres od 01.07.2011r.

do 31.12.2011r. i od 09.01.2012r. do 31.12.2012r.

Z powyższymi decyzjami nie zgodził się płatnik składek (...) spółka z o.o. w E., podnosząc argumentację wskazaną wyżej.

Przechodząc do rozważań prawnych Sąd Okręgowy wskazał, że dla oceny, jakiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych podlegał pracownik wskazany

przez płatnika składek we wnioskach o wydanie zaświadczeń A1, należało zastosować obowiązujące od 1 maja 2010 r. przepisy 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.04.166.1), zwanego dalej „rozporządzeniem podstawowym” oraz Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r. dotyczącego wykonywania rozporządzenia Nr 883/2004 (Dz. U. UE L. 284.1), zwanego dalej „rozporządzeniem wykonawczym”.

Zgodnie z art. 11 ust. 2a rozporządzenia Parlamentu 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 kwietnia 2004 r.), osoba wykonująca w państwie członkowskim pracę najemną lub pracę na własny rachunek podlega ustawodawstwu tego państwa członkowskiego. W myśl jednak art. 12 ust. 1 cytowanego rozporządzenia 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 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 osobę.

Stosownie do art. 14 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady

nr 987/2009 z dnia 16.09. 2009 r. dotyczącego wykonywania rozporządzenia nr 883/2004 (Dz.Urz.UE nr L 284 z 30 kwietnia 2009 r.) 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.

Zgodnie z postanowieniami Decyzji A2 Komisji Administracyjnej d/s Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego 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 (Dz.Urz.UE nr C 106/2 z 24 kwietnia 2010 r.) wymóg, do którego odnoszą się słowa "bezpośrednio

przed rozpoczęciem zatrudnienia", można uważać za spełniony, jeśli dana osoba podlega przez co najmniej miesiąc ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym pracodawca ma swoją siedzibę.

Sąd I instancji zwrócił uwagę, że przepisy powyższe jednoznacznie stanowią,

iż zasadą jest podleganie ustawodawstwu tego państwa, w którym praca jest wykonywana. Wyjątkiem zaś od powyższej zasady jest podleganie ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym pracodawca ma siedzibę, w sytuacji delegowania pracownika przez pracodawcę do innego państwa członkowskiego, pod warunkiem, że czas takiej pracy nie przekracza 24 miesięcy i osoba ta nie jest wysłana, by zastąpić inną osobę. Wyjątek ten znajdzie również

zastosowania do osoby, która została zatrudniona właśnie w celu delegowania jej do innego państwa członkowskiego. Aby jednak, mimo wykonywania pracy na terenie innego państwa członkowskiego, utrzymać ustawodawstwo państwa, w którym pracodawca normalnie prowadzi swoją działalność, musi zostać spełniony warunek legitymowania się pracownika co najmniej miesięcznym stażem podlegania ubezpieczeniom społecznym w tym państwie bezpośrednio przez rozpoczęciem zatrudnienia jak również musi być spełniona przesłanka normalnego prowadzenia działalności przez delegującego pracodawcę na terenie państwa wysyłającego oraz znaczącego rozmiaru tej działalności.

Zdaniem Sądu Okręgowego nie ulega w niniejszej sprawie wątpliwości, że umowy o pracę pomiędzy wnioskodawcą, posiadającym siedzibę w Polsce, a prowadzącym działalność zarówno w Polsce jak i za granicą (głównie w Belgii) a ubezpieczonymi, zostały zawarte w celu oddelegowania zainteresowanych do pracy w innym państwie członkowskim - w Belgii. Istotą niniejszej sprawy było zatem ustalenie, czy został spełniony wymóg podlegania zainteresowanego przez co najmniej miesiąc bezpośrednio przed rozpoczęciem zatrudnienia ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym pracodawca normalnie prowadzi swoją działalność.

Sąd wskazał, że ciężar dowodu w niniejszej sprawie spoczywał na skarżącym zgodnie z ogólną zasadą wynikającą z treści art. 6 k.c. w zw. z art. 232 k.p.c. To spółka (...) wystąpiła z wnioskiem o wydanie zaświadczenia o podleganiu właściwemu ustawodawstwu, wskazując jednocześnie przesłanki do objęcia polskim ustawodawstwem, dlatego też w ocenie Sądu Okręgowego to skarżąca winna wykazać zasadność swojego roszczenia.

W ocenie Sądu spółka nie wykazała skutecznie uprzedniego podlegania przez pracowników R. W. i M. G. krajowemu systemowi zabezpieczenia społecznego przez okres co najmniej miesiąc przed dniem delegowania. Skarżąca wprawdzie przedstawiła umowy o pracę, z których wynikało, że obaj pracownicy przed dniem 01 lipca 2011r. byli pracownikami (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w E..

Z umów tych wynikało, że R. W. (1) był pracownikiem (...) spółki z o.o.

w E. od 01.03.2011r., a M. G. (1) od 01.04.2011r., niemniej jednak zaznaczenia wymaga, że pracownicy ci w ramach zatrudnienia w (...) sp. z o.o. byli już delegowani do Belgii. Z wyjaśnień prezesa Zarządu T. M. wynikało, że w Belgii pracowali oni już od kwietnia 2011r. i mogli mieć wystawione A1, niemniej jednak strona skarżąca nie wykazała powyższego żadnymi dowodami. Nie wykazała czy rzeczywiście było wystawiane zaświadczenia A1 dla tych pracowników za okres poprzedzający ich zatrudnienie w (...) tj. w realiach sprawy za okres czerwca 2011r.

Przechodząc do rozważań w kwestii prowadzenia normalnej działalności,

Sąd Okręgowy podkreślił, że zagadnienie to zostało skonkretyzowana zarówno w art. 14

ust. 2 rozporządzenia nr 987/09, jak i w pkt 1 decyzji A2. Z regulacji tych wynika,

że pod pojęciem normalnego wykonywania działalności na terytorium państwa członkowskiego należy rozumieć, iż „pracodawca zazwyczaj prowadzi znaczną część działalności” w tym państwie. Wprowadzenie terminu „znaczną działalność” czy „znaczną część pracy” (por. art. 13 rozporządzenia nr 883/2004) do treści rozporządzeń usuwa dotychczasowe wątpliwości związane z potwierdzeniem delegowania oraz odwoływaniem się wyłącznie do dotychczasowej decyzji Komisji Administracyjnej odnoszącej się do tej kwestii. W pkt 1 decyzji A2 wskazuje się natomiast, że 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. Wykaz ten nie jest wyczerpujący, ponieważ kryteria powinny być dostosowane do każdego konkretnego przypadku

i uwzględniać charakter działalności prowadzonej przez przedsiębiorstwo w państwie,

w którym ma ono siedzibę. Tym samym kwestię tę ocenia instytucja właściwa, a w razie sporu – właściwe sądy, dokonując określonych ustaleń faktycznych.

Sąd w pełni podzielił stanowisko Sądu Najwyższego, zaprezentowane w wyroku z 04 czerwca 2014r. (sygn. II UK 550/13), w którym SN wskazał, że obrót nie może być pomijany jako kryterium bez znaczenia i aby działalność mogłaby być uznana jako znaczna, to obrót w kraju musi wynosić 25 % całego obrotu. 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, Tak więc stanowisko, że obrót stanowi istotne kryterium odwołujące się do skali działalności przedsiębiorstwa, można uznać za utrwalone i aktualne, jako kryterium racjonalnie sprawdzalne.

Przekładając powyższe na okoliczności sprawy, Sąd uznał, że skoro wymagany jest obrót na poziomie 25% w kraju delegowania, a więc jednej czwartej całego obrotu, to po pierwsze dotyczyć to może jedynie przedsiębiorstwa działającego w danym państwie, a po drugie, przedsiębiorstwa z wymaganą granicą obrotu, który co do zasady nie pozwala na dowolne odejście poniżej tak zakreślonej skali. Wspomniany wyżej Poradnik praktyczny stwierdza, że przypadki, w których obrót jest niższy niż 25% "wymagałyby pogłębionej analizy". Z tego ostatniego zapisu nie wynika, że znosi zastrzeżony poziom obrotu, lecz tylko, że odstępstwo powinno stanowić wyjątek oparty na racjonalnej podstawie, a więc na analizie, która musi być tym bardziej wzmocniona. Nie oznacza to jednak, że niższy obrót może być równoważony (kompensowany) wartością innych kryteriów, gdyż są one rodzajowo odmienne i dotyczą czego innego. Kryteria te 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.

Sąd Okręgowy stwierdził, że nie było kwestionowanym, że w maju i czerwcu 2011r. spółka nie uzyskiwała żadnych obrotów na terenie Polski, a całkowity obrót osiągnięty w tym okresie pochodził z działalności wykonywanej za granicą. W miesiącu lipcu 2011r., w którym płatnik rozpoczął delegowanie pracowników na teren Belgii, obrót z tytułu prowadzenia działalności w kraju wynosił 10,89 %, zaś pozostałe 89 % obrotów pozyskiwanych było z działalności za granicą. W ocenie Sądu okoliczność, że spółka w kwietniu 2011r. została wpisana do KRS i de facto swoją działalność rozpoczęła dopiero w maju 2011r. nie powoduje, że w realiach sprawy tej konkretnej spółki nie można dokonać oszacowania obrotu

na podstawie danych za poprzednie miesiące tj. przed datą delegowania. W ocenie Sądu nawet w przypadku nowo utworzonego przedsiębiorstwa nie można dokonywać swobodnie wyboru okresu odpowiedniego do oszacowania obrotu. Spółka wywodziła wprawdzie, że oszacowanie obrotu winno nastąpić za okres późniejszy niż data delegowania, co w ocenie Sądu należało uznać za nietrafne albowiem już w dacie delegowania spółka winna spełniać wszystkie przesłanki do objęcia pracowników ubezpieczeniem kraju delegowania, o ile o takie wniosła. Okoliczność, że spółka wystąpiła z wnioskiem dopiero w 2015r. nie może powodować „przesunięcia okresu”, który ma zostać poddany analizie pod kątem wysokości obrotów na okres późniejszy. Zdaniem Sądu za trafny należało uznać więc argument organu rentowego w przedmiocie braku spełnienia przesłanki osiągniętych obrotów w wysokości

co najmniej 25% w kraju delegowania. Zaznaczenia wymaga, że spółka nie kwestionowała, iż za okres od daty powstania spółki do lipca 2011r. spółka nie osiągała obrotu wymaganej wysokości 25%. Sąd nie negował, że w późniejszych okresach spółka osiągała już wymaganą wysokość obrotów niemniej jednak nie miało to znaczenia przy ocenie zasadności wniosku

w wydanie zaświadczenia A1 dla tych konkretnych pracowników objętych zaskarżonymi decyzjami albowiem okres delegacji objęty wnioskiem o wydanie zaświadczenia A1 rozpoczynał się z dniem 01 lipca 2011r.

Nadto Sąd I instancji zwrócił uwagę, że spółka nie zatrudniała do 01 lipca 2011r. żadnych pracowników produkcyjnych, a swoją działalność produkcyjną opierała na pracownikach spółki (...). W przypadku ubezpieczonych nie odbyła się typowa ich rekrutacja. Zostali oni prawdopodobnie przejęci w trybie art. 23<sup>1</sup> k.p. (spółka tego nie wykazała, można jedynie domniemywać na podstawie aneksów do umów o pracę). Natomiast schemat zatrudnienia wykazany przez spółkę wskazuje na znaczne dysproporcje w ilości osób pracujących w kraju do ilości pracowników delegowanych na korzyść tych ostatnich. Schemat zatrudnienia pracowników również potwierdza, że znaczna część działalności firmy była prowadzona poza granicami kraju.

Za niewiarygodne Sąd Okręgowy uznał również zeznania świadka W. P., który twierdził, że na bieżąco nadzorował pracę ubezpieczonych i nikt inny go nie kontrolował. Doświadczenie życiowe uczy, że kontrola, która miała polegać na codziennym kontakcie telefonicznym i internetowym, możliwa byłaby w ograniczonym zakresie wobec pracowników wykonujących zbiorniki metalowe, którzy pracowali z polskim mistrzem czy też brygadzystą, natomiast z pewnością nie na linii pakowania regałów, gdzie taki nadzór i kontrola jakości produkcji jest niezbędna na bieżąco. Dlatego też, w ocenie Sądu został zerwany bezpośredni związek pracodawcy z pracownikami w trakcie delegowania z uwagi na brak elementu podporządkowania charakterystycznego dla stosunku pracy. Nadto podkreślenia wymaga, że z wyjaśnień M. G. wynikało, że jego bezpośrednim przełożonym był Belg.

Na marginesie Sąd wskazał, że nie opierał się w swoich ustaleniach faktycznych na zawiadomieniu instytucji belgijskiej - prośbie o wycofanie zaświadczenia A1 (tłumaczenie w aktach D. J.), albowiem powyższe zawiadomienie dotyczyło kontroli przeprowadzonej w 2014r., a więc okresu nie objętego zaskarżoną decyzją.

W ocenie Sądu Okręgowego materiał dowodowy zebrany przez pozwanego w trakcie postępowania administracyjnego oraz dowody przeprowadzone w trakcie postępowania sądowego dały podstaw do przyjęcia, że działalność spółki w Polsce na datę delegowania ubezpieczonych nie była znacząca. Wnioskodawca nie wykazał, że ubezpieczeni podlegali przynajmniej 1 miesiąc przed delegowaniem ubezpieczeniom społecznym w Polsce, jak też zachowanie związku między pracownikiem a pracodawcą w okresie delegowania. Nadto zwraca uwagę, że ilość pracowników fizycznych delegowanych do pracy za granicą była znacznie wyższa niż pracujących w Polsce w tym okresie, co wyklucza zdaniem Sądu zastosowanie ustawodawstwa polskiego do pracownika delegowanego.

Biorąc powyższe rozważania pod uwagę na zasadzie art. 477<sup>14</sup>§ k.p.c. Sąd Okręgowy oddalił odwołania.

O kosztach procesu orzeczono na podstawie art. 98 §1 k.p.c., to jest w oparciu o zasadę odpowiedzialności za wynik procesu. Zasądzona z tego tytułu od skarżącej kwota 180 zł, to stawka minimalna wynagrodzenia pełnomocnika organu rentowego, wynikająca z §11 ust. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. z 2013 r. poz. 490 ze zmianami, w brzmieniu obowiązującym od 1 sierpnia do 31 grudnia 2015r.).

Apelację od wyroku wywiódł płatnik składek - (...) Sp. z o.o., zaskarżając go w całości i zarzucając:

- naruszenie przepisów postępowania mające wpływ na wynik sprawy, a mianowicie: sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału polegającą



na przyjęciu, iż zainteresowany Ad. 1 oraz zainteresowany Ad. 2 nie podlegali w Polsce ubezpieczeniu społecznemu bezpośrednio przed dniem 1 lipca 2011 r., w którym to rozpoczął bieg okres delegowania zainteresowanego Ad. 1 i zainteresowanego Ad. 2, podczas gdy

z zebranego w sprawie materiału, w tym w szczególności umów o pracę, wynika, iż obydwaj zainteresowani byli zatrudnieni na podstawie umów o pracę w (...) Sp. z o.o. a pracę wykonywali w siedzibie spółki w E., przy ul. (...), a tym samym zarówno zainteresowany Ad. 1 jak i zainteresowany Ad. 2 podlegali w okresie bezpośrednio poprzedzającym delegowanie ubezpieczeniu społecznemu w Polsce;

- naruszenie przepisów prawa materialnego, t.j.:

1) 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.U. UE L 200 z 7 czerwca 2004 r.) w zw. z 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 z dnia 16 września 2009 r. (DZ. Urz. UR.L Nr 284, str. 1) poprzez jego niewłaściwe niezastosowanie wyrażające się w uznaniu, iż zainteresowany Ad. 1 oraz zainteresowany Ad. 2 nie byli w okresie delegowania objęci polskim ubezpieczeniem społecznym pomimo tego, że obaj zainteresowani podlegali polskiemu systemowi ubezpieczeń bezpośrednio przez okresem delegowana do pracy w Belgii przez powoda;

2) 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. U. UE L 200 z 7 czerwca 2004 r.) w zw. z art. 14 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 z dnia 16 września 2009 r. (DZ. Urz. UR.L Nr 284, str. 1) poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, iż oceny normalnego prowadzenia działalności w Polsce podmiotu dopiero rozpoczynającego działalność gospodarczą w Polsce należy dokonywać tylko i wyłącznie w stosunku do okresu poprzedzające delegowanie z całkowitym pominięciem samego okresu delegowania podczas gdy z w/w przepis wyraźnie nakazuje dokonanie oceny kryteriów charakteryzujących działalność prowadzoną przez przedsiębiorstwo w okresie typowym a w konsekwencji konieczność dokonywania oceny prowadzonej działalności w szerszym zakresie czasowym, a w szczególności w samym okresie delegowania.

Wskazując na powyższe apelujący wniósł o:

1) zmianę zaskarżonego wyroku w całości i

- zmianę zaskarżonej decyzji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych z dnia 6 sierpnia 2015 r. nr (...) znak (...) poprzez stwierdzenie braku podstaw do odmowy wydania „Zaświadczenia o ustawodawstwie dotyczącym zabezpieczenia społecznego mającym zastosowanie do osoby uprawnionej” na formularzu A1 dla zainteresowanego pana M. G. (1), na okres od dnia 1 lipca 2011 r. do dnia 31 października 2011 r., od dnia 2 listopada 2011 r. do dnia 31 grudnia 2011 r., od dnia 9 stycznia 2012 r. do dnia 31 grudnia 2012 r. oraz podlegania zainteresowanego pana M. G. (1) polskiemu systemowi ubezpieczeń społecznych w tym okresie;

- zmianę zaskarżonej decyzji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych z dnia 6 sierpnia 2015 r. nr (...) znak (...) - (...) poprzez stwierdzenie braku podstaw do odmowy wydania „Zaświadczenia o ustawodawstwie dotyczącym zabezpieczenia społecznego mającym zastosowanie do osoby uprawnionej” na formularzu A1 dla zainteresowanego R. W. (1), za okres od dnia 1 lipca 2011 r. do dnia 31 grudnia 2011 r. oraz od dnia 9 stycznia 2012 r. do dnia 31 grudnia 2012 r. oraz podlegania zainteresowanego pana R. W. (1) polskiemu systemowi ubezpieczeń społecznych w tym okresie.

2) zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania apelacyjnego,

w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych,

ewentualnie o:

uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji, z pozostawieniem temu Sądowi orzeczenia w przedmiocie kosztów postępowania apelacyjnego i kosztów zastępstwa procesowego.

W odpowiedzi na apelację pozwany wniósł o oddalenie apelacji w całości zasądzenie na rzecz organu rentowego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sprawa została zarejestrowana w Sądzie Apelacyjnym pod sygn. akt III AUa 1457/16.

Płatnik składek (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w E. wniosła odwołanie od decyzji pozwanego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w E. z dnia 26 sierpnia 2015r. znak (...) - (...) o odmowie wydania ubezpieczonemu P. K. (1) zaświadczenia o ustawodawstwie dotyczącym zabezpieczenia społecznego mającym zastosowanie do osoby uprawnionej na formularzu A1.

W odpowiedzi na odwołanie pozwany wniósł o oddalenie odwołania, przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach organu rentowego, przedłożonych wraz z odpowiedzią na odwołanie w sprawie wskazanej w pkt. 2 pisma,

a w szczególności z nw. dokumentów urzędowych: protokołu kontroli k. 157-158 akt), protokołów przesłuchania wiceprezesa zarządu Spółki (...) (k. 108-111 akt),

jak również pisma F. (...) z dnia 09.09.2014 r. znak SI/51/AZ/ (...)/577/14/ (...) (k. 88-95 akt).

Sąd Okręgowy w Elblągu Wydział IV Pracy i Ubezpieczeń Społecznych wyrokiem z dnia 29 lutego 2016 r. oddalił odwołanie, sygn. akt IV U 1318/15.

Sąd Okręgowy ustalił, co następuje.

Spółka (...) od 2011r. jest częścią Grupy V. przetwarzającą stal ze zwoi blachy stalowej na taśmy i stalowe płyty. (...) Belgia jest dostawcą do Europy Zachodniej, UK oraz Irlandii. Na rynku europejskim jest wiodącym producentem systemów regałów metalowych. (...) Spółka z o.o. z siedzibą w E. przy ulicy (...) produkuje obecnie regały oraz wsporniki do paneli słonecznych z przeznaczeniem na rynek Polski, jak również Europy Wschodniej i Skandynawii. Jedynym właścicielem (...) Spółki z o.o. z siedzibą w E. oraz (...) Spółki z o.o. w E. jest (...) z siedzibą w Belgii.

(...) Spółka z o.o. z siedzibą w E. w dniu 01 lipca 2015r. wystąpiła do pozwanego z wnioskiem o wydanie zaświadczenia o właściwym ustawodawstwie

na formularzu A1 w trybie art. 1 Rozporządzenia WE 883/2004 dla delegowanego pracownika P. K. (1). We wniosku płatnik wskazał, że w okresie od 01 lipca 2011r.

do 30 września 2011r. pracownik był oddelegowany do pracy na terytorium Belgii. Pracownik został zgłoszony do ubezpieczeń społecznych przez spółkę od dnia 1 lipca 2011r. Pierwsza umowa o pracę miała być zawarta na czas określony od 03 czerwca 2011r.

do 31.08.2011r., zaś na okres wykonywania pracy za granicą został zawarty aneks na okres

od 01 lipca 2011r. do 31 sierpnia 2012r. Z wniosku wynikało również, że delegowany pracownik bezpośrednio przed wysłaniem nie podlegał ubezpieczeniom społecznym

w KRUS, nie pobierał również żadnych świadczeń emerytalno-rentowych.

Spółka rozpoczęła faktyczne prowadzenie działalności gospodarczej od maja 2011r. Zgłoszenie spółki jako płatnika składek w prowadzonym przez pozwanego Centralnym Rejestrze Płatników Składek widnieje od 01 lipca 2011r. Z tym dniem spółka rozpoczęła zgłaszanie pracowników do ubezpieczeń społecznych. Rekrutacja pracowników odbywała się w Polsce. Również w Polsce podpisywano umowy o pracę z pracownikami. W okresie poprzedzającym zgłoszenie

wniosku o wydanie zaświadczenia A1 dotyczącego P. K. (1), tj. w maju i czerwcu 2011r. spółka nie uzyskiwała żadnych obrotów na terenie Polski. Całkowity obrót osiągnięty w tym okresie pochodził z działalności wykonywanej za granicą. W miesiącu lipcu 2011r., w którym płatnik rozpoczął delegowanie pracowników na teren Belgii, obrót z tytułu prowadzenia działalności w kraju wynosił 10,89 %, zaś pozostałe 89 % obrotów pozyskiwanych było z działalności z granicą.

W miesiącu lipcu 2011r. spółka zatrudniała 1-ego pracownika administracyjnego w Polsce i 1 pracownika fizycznego pracującego w Polsce oraz 11 pracowników fizycznych oddelegowanych, zaś w miesiącach sierpień i wrzesień 2011r. w Polsce pracował tylko 1 pracownik administracyjny, zaś wszyscy pracownicy fizyczni w liczbie 12 byli oddelegowani za granicę. Obroty w okresie oddelegowania P. K. (1) do pracy- lipiec –wrzesień 2011r.-wyniosły w Polsce 215.319,89 zł , zaś za granicą 592.735,53 zł. Łącznie obroty firmy w tym okresie wyniosły 808055,42 zł, obroty w Polsce wyniosły 26,65 %, obroty za granicą 73,35%.

P. K. (1) został oddelegowany do pracy w (...)V.

w D. w Belgii na stanowisko operatora maszyn sterowanych numerycznych przy pakowaniu metalowych regałów. Z aneksu do umowy o pracę (jak określił pracodawca zawartej w dniu 01 lipca 2011r.) wynikało, że strony zmieniły warunki pracy i płacy określone w umowie o pracę z tego dnia, co do miejsca wykonywania pracy i wynagrodzenia. Delegowanie powodowało podwyższenie stawki wynagrodzenia (po okresie delegowania powracał do dotychczasowych warunków wynagrodzenia). Wynagrodzenie za pracę było wypłacane przez (...) sp. z o.o. w E. na konto pracownika, również urlopy były udzielane przez tę spółkę. Pracownik został przeszkolony w zakresie BHP na terenie Polski i otrzymał w Polsce odzież ochronną. Przejazd i zakwaterowanie organizowała spółka delegująca.

Decyzją z dnia 26 sierpnia 2015r. pozwany w oparciu o art. 219 kpa w zw. z art. 83bust.1 ustawy z dnia 13 października 1998r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. Nr 121 z 2015r. ze zm.) odmówił wydania ubezpieczonemu P. K. (1) zaświadczenia o ustawodawstwie dotyczącym zabezpieczenia społecznego mającym zastosowanie do osoby uprawnionej na formularzu A1 za okres od 01 lipca 2011r. do 30 września 2011r.

Przechodząc do rozważań prawnych Sąd Okręgowy podniósł, że w sprawach dotyczących odmowy wydania zaświadczenia o właściwym ustawodawstwie, przedmiotem sporu jest w istocie spełnienie przez osobę zainteresowaną przesłanek, które na gruncie przepisów prawa wspólnotowego warunkują podleganie ubezpieczeniom społecznym konkretnego państwa członkowskiego. Wydanie, czy też odmowa wydania przez organ rentowy zaświadczenia A 1 jest w istocie rzeczą rozstrzygnięciem tego organu, odpowiednio co do objęcia, względnie odmowy objęcia osoby zainteresowanej polskim ubezpieczeniem społecznym w danym okresie.

Analogiczne stanowisko w odniesieniu do zaświadczenia E 101 wydawanego w stanie prawnym obowiązującym do dnia 1 maja 2010 r., tj. na gruncie przepisów 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 członków ich rodzin przemieszczających się we Wspólnocie, przedstawił Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały z dnia 18 marca 2010 r., II UZP2/10, OSNP 2010/17-18/216, przyjmując, że spór w sprawie o wydanie zaświadczenia E 101 dotyczy zagadnienia ogólniejszego, tj. pozostawiania bądź wyłączenia z krajowego systemu ubezpieczeń społecznych.

W ocenie Sądu Okręgowego dla oceny, jakiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych podlega wnioskodawca, należało zastosować obowiązujące od dnia 1 maja 2010 r. przepisy 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.04.166.1), zwanego dalej „rozporządzeniem podstawowym” oraz Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r. dotyczącego wykonywania rozporządzenia Nr 883/2004 (Dz. U. UE L. 284.1), zwanego dalej „rozporządzeniem wykonawczym”.

Na gruncie przepisów rozporządzenia podstawowego wyrażona została naczelną zasadą koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego, w myśl której osoby, do których stosuje się niniejsze rozporządzenie, podlegają ustawodawstwu tylko jednego Państwa Członkowskiego (art. 11 ust. 1 – zasada podlegania ustawodawstwu tylko jednego państwa członkowskiego).

Szczegółowe zasady ustalenia ustawodawstwa właściwego zostały zawarte w art. 11 – 16 rozporządzenia podstawowego 883/2004, a powiązane z nimi przepisy wykonawcze umiejscowione są w art. 14-21 rozporządzenia wykonawczego 987/2004.

Sąd Okręgowy wskazał, że z informacji przedłożonej przez płatnika wynikało, iż ubezpieczony P. K. (1) jest zatrudniony u delegującego na czas określony dnia 03 czerwca 2011r. do 31.08.2012r., zaś na okres od 01.07.2011r. do 30.09.2011r. został podpisany aneks zmieniający miejsce wykonywania pracy przez delegowanego pracownika, co pozostaje w sprzeczności z zawartym aneksem do umowy o pracę złożonym przez płatnika w aktach kontroli ZUS. Z aneksu tego wynika, że pierwotna umowa o pracę została zawarta

w dniu 01 lipca i z tym też dniem pracownik został delegowany do pracy w Belgii. Z wniosku płatnika o wydanie zaświadczenia A1 wynikało, że delegowany pracownik nie jest delegowany na miejsce innej osoby, której okres delegowania upłynął. Pracodawca wskazał, że średnie obroty uzyskiwane w Polsce w całym okresie prowadzenia działalności gospodarczej wyniosły 19% w Polsce, zaś w innych państwach 81%. W tym czasie liczba pracowników zatrudnionych w Polsce wyniosła 0, zaś pracowników delegowanych 12. Liczba umów realizowanych w Polsce wyniosła 15, zaś umów za granicą 5.

Wobec powyższych ustaleń faktycznych ustalenie ustawodawstwa właściwego w zakresie ubezpieczeń społecznych winno nastąpić w oparciu o przepisy wspólnotowe kształtujące kwestię podlegania ubezpieczeniom pracownika delegowanego do wykonywania pracy na terenie innego państwa członkowskiego. Wydanie, względnie odmowa wydania przez właściwy organ rentowy zaświadczenia A1, stanowi bowiem w istocie rozstrzygnięcie tego organu co do objęcia bądź odmowy objęcia pracownika delegowanego polskim ubezpieczeniem społecznym w danym okresie.

Sąd I instancji podkreślił, że ciężar dowodu w niniejszej sprawie spoczywał na skarżącym zgodnie z ogólną zasadą wynikającą z treści art. 6 k.c. w zw. z art. 232 k.p.c. To spółka (...) wystąpiła z wnioskiem o wydanie zaświadczenia o podleganiu właściwemu ustawodawstwu, wskazując jednocześnie przesłanki do objęcia polskim ustawodawstwem, dlatego też w ocenie Sądu Okręgowego to skarżąca winna wykazać zasadność swojego roszczenia.

Pozwany w zaskarżonej decyzji zakwestionował jedynie fakt, że prowadzona przez spółkę w spornym okresie działalność na terenie państw członkowskich Unii Europejskiej miała znaczący rozmiar, co oczywiście nie ma wiążącego znaczenia przy ocenie prawnej ustalonego stanu faktycznego. Dodać przy tym należy, wyrażona w art. 11

ust. rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady Nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego zasada wskazuje, że osoby, których rozporządzenie dotyczy podlegają ustawodawstwu tylko jednego państwa członkowskiego. Z kolei zasada terytorialności (lex loci laboris), którą przewiduje art. 11

ust. 3 lit. a w/w rozporządzenia ma tę konsekwencję, że osoba wykonująca pracę najemną na terytorium państwa członkowskiego podlega ustawodawstwu tego państwa. Powyższa zasada przewiduje jednak wyjątki i szczególne uregulowania. Jeden z wyjątków dotyczy

tzw. pracowników delegowanych i został uregulowany w art. 12 ust.1 powyższego rozporządzenia. Zgodnie z treścią powyższego przepisu osoba, która wykonuje działalność jako pracownik najemny w państwie członkowskim w imieniu pracodawcy, który normalnie prowadzi tam swoją działalność, a która jest delegowana przez tego pracodawcę do innego państwa członkowskiego do wykonywania prac 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 aby zastąpić inną osobę.

Powyższe rozważania Sąd odniósł dodatkowo do decyzji Nr A2 z dnia 12 czerwca 2009r. Komisji Administracyjnej ds. koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego dotyczącej wykładni art. 12 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE)

nr 883/2004r. w sprawie ustawodawstwa mającego zastosowanie do pracowników delegowanych i osób wykonujących pracę na własny rachunek, tymczasowo wykonujących pracę poza państwem właściwym na własny rachunek. Zgodnie z treścią powyższej decyzji dla celów zastosowania art. 14 ust. 1 rozporządzenia WE nr 987/2009, wymóg, co do którego odnoszą się słowa „bezpośrednio przed rozpoczęciem zatrudnienia” można uznać za spełniony, jeżeli dana osoba podlegała przez co najmniej 1 miesiąc ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym pracodawca ma swoją siedzibę. Krótsze okresy wymagają indywidualnej oceny, z uwzględnieniem wszelkich innych czynników, gdyż sądy powszechne nie są związane zaprezentowaną wyżej wykładnią Komisji Administracyjnej. Decyzje Komisji Administracyjnej są bowiem aktami niewiążącymi.

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszej sprawy, w ocenie Sądu Okręgowego skarżąca spółka nie wykazała, że ubezpieczony P. K. (1) podlegał ubezpieczeniu społecznemu w państwie siedziby co najmniej 1 miesiąc przed delegowaniem do Belgii. Z informacji przedłożonej przez spółkę do ZUS wynikało, że ubezpieczony P. K. (1) był zatrudniony u delegującego od dnia 03 czerwca 2011r., zaś zgłoszony do ubezpieczeń społecznych dopiero od 01 lipca 2011r. i z tą datą został delegowany do wykonywania pracy na terenie innego państwa członkowskiego.

Spółka reprezentowana przez profesjonalnego pełnomocnika nie wykazała przed sądem aby P. K. (1) podlegał przed 01 lipca 2011r. ubezpieczeniu społecznemu w Polsce, a z dokumentacji przedłożonej przez pozwanego taki wniosek również nie wypływa. Co prawda z zeznań wiceprezesa spółki wynikało, że część pracowników zostało przejętych z firmy (...), należącej do tej samej grupy kapitałowej, na zasadzie art. 23<sup>k.p.</sup>, jednak część pracowników pochodziła też z nowego naboru. Powyższe nie pozwala na jednoznaczne stwierdzenie czy w i jakim zakresie P. K. (1) podlegał ubezpieczeniom społecznym w Polsce przez 01 lipca 2011r.

Nie upłynął zatem co najmniej 1 miesiąc ubezpieczenia społecznego w państwie członkowskim siedziby pracodawcy. Zdaniem Sądu nie zaszyły też żadne szczególne okoliczności, które przemawiałyby za przyjęciem, że okres ubezpieczenia krótszy niż

1 miesiąc był wystarczający dla dalszego podlegania P. K. (1) ustawodawstwu polskiemu. Bezspornym bowiem w sprawie było, że zgłoszenie spółki jako płatnika składek w prowadzonym przez pozwanego Centralnym Rejestrze Płatników Składek widnieje

od 01 lipca 2011r. Z tym też dniem spółka rozpoczęła zgłaszanie pracowników do ubezpieczeń społecznych, w tym też ubezpieczonego P. K. (1). Z wniosku spółki nie wynikało przy tym aby podlegał on przed 1 lipca 2011r. innemu ubezpieczeniu społecznemu. Spółka nie przedłożyła też żadnej umowy o pracę zawartej z P. K. (1) poza aneksem z dnia 01 lipca 2011r. Nie kwestionowała też w toku postępowania sądowego ustalenia pozwanego, że zatrudnianie (przejmowanie) pracowników przez nowy podmiot rozpoczęło się w dniu 01 lipca 2011r.

W związku z powyższym, zdaniem Sądu, trafne było ustalenie pozwanego,

że przed 01 lipca 2011r. skarżący nie zatrudniał żadnych pracowników na terenie Polski.

W okresie poprzedzającym zgłoszenie wniosku o wydanie zaświadczenia A1 dotyczącego P. K. (1), tj. w maju i czerwcu 2011r. spółka nie uzyskiwała też żadnych obrotów

na terenie Polski. W miesiącu lipcu 2011r. spółka zatrudniała 1-ego pracownika administracyjnego w Polsce i 1 pracownika fizycznego pracującego w Polsce oraz

11 pracowników fizycznych oddelegowanych, w miesiącach sierpień i wrzesień 2011r.

w Polsce pracował tylko 1 pracownik administracyjny, zaś wszyscy pracownicy fizyczni w liczbie 12 byli oddelegowani za granicę.

Obroty osiągnięte w Polsce za okres od 01 lipca 2011r. do 30 września 2011r.

co prawda przekraczały nieznacznie 25% całości obrotów osiągniętych przez spółkę, jednak decydujące znaczenie dla oceny właściwego ustawodawstwa, miały zdaniem Sądu obroty uzyskiwane przez spółkę przed delegowaniem pracownika. Bezspornym w sprawie było,

że spółka nie osiągała żadnych obrotów w Polsce przed 01 lipca 2011r., tj. datą delegowania P. K. (1) i innych pracowników. Zatem w okresie bezpośrednio przed delegowaniem ubezpieczonego firma nie prowadziła znaczącej części działalności w Polsce, a w okresie delegowania pracownika, jedyne obroty spółka uzyskiwała z kontraktów zawieranych

ze spółką matką - (...) z siedzibą w Belgii - wiodącego producenta systemów regałów metalowych. W tym okresie spółka nie zawarła również żadnego kontraktu z siecią sklepów wielopowierzchniowych na dostawę regałów w Polsce. Pierwszym większym kontrahentem w Polsce miała być sieć sklepów (...), jak zeznał świadek W. P., która nie jest wymieniona w zestawieniu kontrahentów w Polsce

za sporny okres.

Skarżąca spółka nie wykazała również, aby znaczące kontrakty w tym okresie były zawierane na terenie Polski i według prawa polskiego. Wiceprezes Zarządu nie był w stanie precyzyjnie wskazać, które kontrakty i w jakim okresie były zawierane według prawa polskiego, a które według ustawodawstwa innych państw. Skarżąca nie przedłożyła na tę okoliczność żadnych dowodów poza zestawieniem kontraktów k. 34, które nie jest miarodajne dla okresu objętego decyzją, jak też okresu poprzedzającego delegowanie pracownika, abstrahując od tego, że skarżący tych kontraktów nie przedłożył. Z analizy zaś zestawienia i wyjaśnień wiceprezesa zarządu spółki w tym zakresie wynika, że spółka realizowała również prace na podstawie zamówień macierzystej spółki (...)

(w języku angielskim) a nie kontraktów, dlatego też ilość i rodzaj kontraktów z zewnętrznymi podmiotami nie może być z natury rzeczy miarodajny dla oceny znaczącej działalności na terenie Polski.

W ocenie Sądu Okręgowego podstawowym celem stworzenia spółki (...)

w Polsce w początkowym okresie jej istnienia było dostarczanie taniej siły roboczej do prac w spółce matce (...) z siedzibą w Belgii, o czym świadczy fakt,

że pracownicy polscy bezpośrednio po zatrudnieniu byli delegowani do pracy w tej spółce, której właścicielem jest ta sama grupa kapitałowa. Na uwagę zasługuje przy tym fakt,

że stanowisko pracy ubezpieczonego nie istniało wcześniej u pracodawcy, gdyż zgodnie

z twierdzeniami T. M. (2), w tym okresie nie istniała w Polsce linia do produkcji,

czy też pakowania regałów, a taką pracę wykonywał P. K. (1) w Belgii.

Za niewiarygodne Sąd uznał również zeznania świadka W. P., który twierdził, że na bieżąco nadzorował pracę ubezpieczonego i nikt inny go nie kontrolował. Doświadczenie życiowe uczy, że kontrola, która miała polegać na codziennym kontakcie telefonicznym i internetowym, możliwa byłaby w ograniczonym zakresie wobec pracowników wykonujących zbiorniki metalowe, którzy pracowali z polskim mistrzem

czy też brygadzystą, natomiast z pewnością nie na linii pakowania regałów, gdzie taki nadzór

i kontrola jakości produkcji jest niezbędna na bieżąco. Dlatego też, w ocenie Sądu został zerwany bezpośredni związek pracodawcy z pracownikiem P. K. (1) w trakcie delegowania z uwagi na brak elementu podporządkowania charakterystycznego dla stosunku pracy.

Na marginesie tylko Sąd wskazał, że Sąd nie opierał się w swoich ustaleniach faktycznych na zawiadomieniu instytucji belgijskiej - prośbie o wycofanie zaświadczenia A1 (tłumaczenie w aktach D. J.) albowiem powyższe zawiadomienie dotyczyło kontroli przeprowadzonej w 2014r., a więc okresu nie objętego zaskarżoną decyzją.

W ocenie Sądu Okręgowego materiał dowodowy zebrany przez pozwanego w trakcie postępowania administracyjnego oraz dowody przeprowadzone w trakcie postępowania sądowego nie dały podstaw do przyjęcia, że działalność spółki w Polsce była znacząca. Obrót w Polsce przed delegowaniem pracownika był osiąganym wyłącznie za granicą. W miesiącu lipcu 2011r., w którym płatnik rozpoczął delegowanie pracowników na teren Belgii, obrót

z tytułu prowadzenia działalności w kraju wynosił 10,89 % w Polsce, zaś pozostałe 89 % obrotów pozyskiwanych było z działalności z granicą. Zdaniem Sądu decydujące znaczenie dla oceny znaczącego charakteru tej działalności miał przede wszystkim okres bezpośrednio przed delegowaniem P. K. (1). Zaś bez wpływu na też ocenę pozostawała działalność spółki w okresie po 30 września 2011r., gdyż nie była objęta zaskarżoną decyzją. Istotą sporu było podleganie ubezpieczeniom społecznym, które musi mieć odniesienie do konkretnego okresu. Zasadą jest opłacanie składek na ubezpieczenie według przepisów państwa, w którym praca jest wykonywana i jest ściśle związane z wysokością zarobków uzyskiwanych z tytułu wykonywania pracy w danym kraju i odprowadzaniu odpowiednio dopasowanych do zarobków składek za okres wykonywania pracy.

Nadto wnioskodawca nie wykazał aby ubezpieczony podlegał przynajmniej 1 miesiąc przed delegowaniem ubezpieczeniom społecznym w Polsce, jak też aby zachowany został związek między pracownikiem a pracodawcą w okresie delegowania. Dodatkowo istotnym argumentem była ilość pracowników fizycznych delegowanych do pracy za granicą (prawie 100%) i pracujących w Polsce (1 osoba w lipcu 2011r.) w tym okresie, co opisano wyżej. Przy czym w Polsce pracowała w miesiącu sierpniu i wrześniu 2011r. tylko 1 osoba na stanowisku administracyjnym, co wyklucza zdaniem Sądu zastosowanie ustawodawstwa polskiego do pracownika delegowanego.

Biorąc powyższe rozważania pod uwagę na zasadzie art. 477<sup>14</sup>§1 k.p.c. Sąd Okręgowy oddalił odwołanie.

Apelację od wyroku wywiódł płatnik składek - (...) Sp. z o.o., zaskarżając go w całości i zarzucając:

- naruszenie przepisów postępowania mające wpływ na wynik sprawy, a mianowicie:

1) sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału polegającą na przyjęciu, iż zainteresowany pan P. K. (1) nie podlegał w Polsce ubezpieczeniu społecznemu bezpośrednio przed dniem 1 lipca 2011 r. w którym to rozpoczął bieg okres jego delegowania do pracy w Belgii, podczas gdy z zebranego w sprawie materiału wynika, iż zainteresowany był od dnia 3 czerwca 2011 r. do dnia 30 czerwca 2011 r. zatrudniony na podstawie umowy o pracę w (...) Sp. z o.o. a tym samym podlegał w tym okresie ubezpieczeniu społecznemu z tego tytułu;

2) sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału polegającą na przyjęciu, iż zainteresowany pan P. K. (1) był zatrudniony przez płatnika składek od dnia 3 czerwca 2011 r. a zgłoszony do ubezpieczenia społecznego od dnia 1 lipca 2011r. podczas gdy z zebranego w sprawie materiału wynika, iż zainteresowany był od dnia 3 czerwca 2011 r. do dnia 30 czerwca 2011 r. zatrudniony na podstawie umowy o pracę w (...) Sp. z o.o. a nie przez powoda;

3) sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału polegającą na przyjęciu, iż w okresie delegowania zainteresowanego do pracy w Belgii płatnik składek osiągał obroty tylko i wyłącznie z kontraktów zawieranych ze spółką - matką (...) podczas gdy z zestawienia kontraktów płatnika składek wynika, iż w okresie delegowania zawarł w Polsce i w j. polskim umowy z B. Polska Sp. z o.o., B.- ner oraz (...) Sp. z o.o. nadto osiągnął w tym okresie obroty w Polsce 26,65 % w stosunku do obrotów z zagranicą 73,35 %;

4) art. 328 § 2 k.p.c. poprzez brak wskazania w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia dowodów na podstawie których Sąd dokonał ustalenia, iż płatnik składek w okresie lipiec - wrzesień 2011 r. osiągał obroty tylko i wyłącznie z kontraktów zawartych z (...);

5) art. 233 § 1 i 2 k.p.c. oraz art. 328 § 2 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów przeprowadzonych w sprawie, polegające na pominięciu dla oceny związku delegowanego pracownika z pracodawcą faktu, iż umowa o pracę zawarta była w Polsce

i w j. polskim podobnie jak aneks do umowy o pracę, płatnik składek pokrywał koszty badań lekarskich, szkoleń BHP, środków ochrony indywidualnej, kosztów przejazdu, przyjmował wnioski urlopowe, wypłacał wynagrodzenie, prowadził ewidencję czasu pracy

a w konsekwencji błędnym przyjęciu, zarówno na etapie subsumcji, jak i wyrokowania, że okoliczność braku związku delegowanego z pracodawcą została udowodniona;

- naruszenie przepisów prawa materialnego, t.j.:

1) 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.U. UE L 200 z 7 czerwca 2004 r.) w zw. z 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 z dnia 16 września 2009 r. (DZ. Urz. UR.L Nr 284, str.

1) poprzez jego niewłaściwe niezastosowanie wyrażające się w uznaniu, iż delegowany - pomimo zawarcia umowy o pracę ze (...) Sp. z o.o. przez okres od dnia 3 czerwca do 30 czerwca 2011 r. a tym samym podleganiu polskiemu ustawodawstwu w okresie bezpośrednio poprzedzającym delegowanie - nie był objęty polskim ubezpieczeniem społecznym;

2) 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. U. UE L 200 z 7 czerwca 2004 r.) w zw. z art. 14 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 z dnia 16 września 2009 r. (DZ. Urz. UR.L Nr 284, str.

1) poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, iż oceny normalnego prowadzenia działalności w Polsce podmiotu dopiero rozpoczynającego działalność gospodarczą w Polsce należy dokonywać tylko i wyłącznie w stosunku do okresu poprzedzającego delegowanie z całkowitym pominięciem samego okresu delegowania podczas gdy z w/w przepis wyraźnie nakazuje dokonanie oceny kryteriów charakteryzujących działalność prowadzoną przez przedsiębiorstwo w okresie typowym a w konsekwencji konieczność dokonywania oceny prowadzonej działalności w szerszym zakresie czasowym, a w szczególności w samym okresie delegowania.

Wskazując na powyższe apelujący wniósł o

1) zmianę wskazanego wyroku w całości i zmianę zaskarżonej decyzji poprzez stwierdzenie braku podstaw do odmowy wydania „Zaświadczenia o ustawodawstwie dotyczącym zabezpieczenia społecznego mającym zastosowanie do osoby uprawnionej”

na formularzu A1 dla zainteresowanego pana P. K. (1), za okres od dnia 1 lipca 2011 r. do dnia 30 września 2011 r. oraz podlegania zainteresowanego pana P. K. (1) polskiemu systemowi ubezpieczeń społecznych w tym okresie;

2) zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych,

ewentualnie o:

uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji, z pozostawieniem temu Sądowi orzeczenia w przedmiocie kosztów postępowania apelacyjnego i kosztów zastępstwa procesowego.

Sprawa została zarejestrowana w Sądzie Apelacyjnym pod sygn. akt III AUa 967/16.



Zarządzeniem z dnia 20 stycznia 2017 r. sprawa prowadzona pod sygn. akt III AUa 1457/16 została połączona ze sprawą sygn. akt III AUa 967/16 do łącznego rozpoznania i rozstrzygnięcia.

### **Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Apelacje płatnika składek skutkują uchYLENIEM zaskarżonych wyroków i poprzedzających ich decyzji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w E. i przekazaniem spraw do ponownego rozpoznania bezpośrednio organowi rentowemu.

Przedmiotem sporu w niniejszej sprawie była zasadność decyzji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w E. odmawiających płatnikowi składek (...) Sp. z o.o.

z siedzibą w E. wydania zaświadczeń o ustawodawstwie właściwym dotyczącym ubezpieczenia społecznego mającym zastosowanie do osoby uprawnionej na formularzu A1 za osoby i okresy wskazane w zaskarżonych decyzjach, uzależniona od ustalenia ustawodawstwu, jakiego państwa, w zakresie dotyczącym zabezpieczenia społecznego, pracownicy objęci zaskarżonymi decyzjami podlegali w okresach świadczenia pracy na terytorium Belgii.

Sąd Apelacyjny podkreśla, że w ramach kontroli decyzji organu rentowego sprawowanej przez sąd ubezpieczeń społecznych zasadą jest wydanie przez sąd pierwszej instancji - w razie uwzględnienia odwołania - wyroku zmieniającego decyzję (w całości

lub w części) i orzekającego co do istoty sprawy (art. 477<sup>14</sup> § 2 k.p.c.).

Możliwość przekazania sprawy organowi rentowemu przez sąd pierwszej instancji została ograniczona do sytuacji zupełnie wyjątkowych. Jedynie, gdy w toku wstępnego badania sprawy z zakresu ubezpieczeń społecznych okaże się, że występują istotne braki

w materiale, a jego uzupełnienie w postępowaniu sądowym byłoby połączone ze znacznymi trudnościami, przewodniczący lub wyznaczony przez niego sędzia może zwrócić organowi rentowemu akta sprawy w celu uzupełnienia materiału sprawy. To samo dotyczy wypadku,

w którym decyzja organu rentowego nie zawiera podstawy prawnej i faktycznej, wskazania sposobu wyliczenia świadczenia lub stosownego pouczenia o skutkach prawnych decyzji

i trybie jej zaskarżenia (art. 467 § 4 k.p.c.) oraz wypadku wskazanego w art. 477<sup>14</sup> § 4 k.p.c. Poza tymi przypadkami sąd ubezpieczeń społecznych pierwszej instancji nie jest uprawniony do uchylecia kwestionowanej decyzji organu rentowego i przekazania temu organowi sprawy do ponownego rozpoznania, lecz obowiązany jest rozstrzygnąć sprawę merytorycznie (co do istoty).

Z powyższego względu należy uznać, że art. 477<sup>14a</sup> k.p.c. (będący dopełnieniem art. 386 § 2 lub 4 k.p.c.) powinien być przez Sąd odwoławczy stosowany w sytuacjach wyjątkowych, gdy wystąpiły przesłanki art. 386 § 2 lub 4 k.p.c., a nadto wady postępowania przed organem rentowym (wady decyzji) były tak poważne, że nie było możliwe ich naprawienie w postępowaniu sądowym (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia

26 marca 2013 r., II UZ 136/12, Legalis). Uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu pierwszej instancji i zaskarżonej decyzji oraz przekazanie sprawy organowi rentowemu do ponownego rozpoznania może nastąpić na gruncie prawa procesowego cywilnego w przypadku stwierdzenia nieważności postępowania (art. 386 § 2 w zw. z art. 379 k.p.c.), nierozpoznania

przez sąd pierwszej instancji istoty sprawy bądź gdy wydanie wyroku wymaga przeprowadzenia postępowania dowodowego w całości (art. 386 § 4 k.p.c.) (por. także postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 6 lipca 2011 r., II UK 368/10, LEX nr 989130).

W ocenie Sądu Apelacyjnego ustalenie stanu faktycznego w zakresie niezbędnym

do rozstrzygnięcia niniejszej sprawy wymaga przeprowadzenia postępowania dowodowego w całości. Już bowiem na etapie postępowania administracyjnego organ nie pochylił się dostatecznie nad kwestią dokonania wyczerpujących ustaleń faktycznych.

Przechodząc do rozważań merytorycznych Sąd Apelacyjny w pierwszej kolejności wskazuje, iż z dniem przestąpienia Polski do Unii Europejskiej zaczęły obowiązywać –

w zakresie podlegania ubezpieczeniom społecznym cudzoziemców zatrudnionych w Polsce oraz Polaków zatrudnionych za granicą – przepisy prawa wspólnotowego. Kwestie związane z ustaleniem i zastosowaniem właściwego ustawodawstwa w zakresie zabezpieczenia społecznego w stosunku do osób migrujących od maja 2010 r. reguluje w sposób zasadniczy w stosunku do Państw Członkowskich Unii Europejskiej rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz. U. UE. L 2004, Nr 166, poz. 1) oraz rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r. dotyczące wykonywania rozporządzenia nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz. U. UE. L 2009, Nr 284, poz. 1). Przepisy powyższe – zawierające reguły kolizyjne w zakresie zasad podlegania systemom ubezpieczeń społecznych - stały się integralną częścią polskiego porządku prawnego bez konieczności ich implementacji.

Zgodnie z art. 12 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 (ust. 1).

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 883/2004.

W tym miejscu Sąd Apelacyjny zwraca uwagę, że normatywne znaczenie wyrażenia „normalnego prowadzenia działalności” wymaga dalszej analizy przepisów prawa unijnego.

I tak, art. 14 rozporządzenia nr 987/2009 uszczegółowia, do celów stosowania art. 12 ust. 1 rozporządzenia podstawowego "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 (ust. 1). Do celów stosowania art. 12 ust. 1 rozporządzenia podstawowego sformułowanie "który normalnie tam prowadzi swą działalność" 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. Odnosne kryteria muszą zostać dopasowane

do specyficznych cech każdego pracodawcy i do rzeczywistego charakteru prowadzonej działalności (ust. 2).

Zwrócić także należy uwagę na postanowienia Decyzji A2 Komisji Administracyjnej d/s Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego 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 (Dz. Urz. UE nr C 106/2 z 24 kwietnia 2010 r.). 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 883/2004 w ramach jej zadań dotyczących wykładni i usprawniania jednolitego stosowania prawa Unii Europejskiej.

Już w pkt 3 - 7 preambuły wskazano, że (...) pierwszym decydującym warunkiem

dla zastosowania art. 12 ust. 1 wspomnianego rozporządzenia jest istnienie bezpośredniego związku między pracodawcą a zatrudnionym przez niego pracownikiem. Ochrona pracownika i bezpieczeństwo prawne, do którego on sam i instytucja, w której jest ubezpieczony mają prawo, wymagają pełnych gwarancji utrzymania bezpośredniego związku przez cały okres delegowania. 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 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. Bez uszczerbku dla indywidualnej oceny w konkretnych przypadkach, powinno się określić orientacyjne okresy dla pracowników najemnych i osób wykonujących pracę na własny rachunek. Gwarancja utrzymania bezpośredniego związku przestaje istnieć, jeżeli pracownik delegowany zostaje oddany do dyspozycji trzeciego przedsiębiorstwa.

Decyzja A2 stanowi w pkt 1, iż przepisy art. 12 ust. 1 rozporządzenia (WE) 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. 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 a przedsiębiorstwem w państwie zatrudnienia, dotyczących wynagradzania pracowników) i zwalniania oraz prawo do określania charakteru pracy.

Dla celów stosowania art. 14 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 987/2009, tytułem wskazówki, wymóg, do którego odnoszą się słowa "bezpośrednio przed rozpoczęciem zatrudnienia", można uważać za spełniony, jeśli dana osoba podlega przez co najmniej miesiąc ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym pracodawca ma swoją siedzibę. Krótsze okresy wymagać będą indywidualnej oceny w konkretnych przypadkach, z uwzględnieniem wszelkich innych występujących czynników.

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. 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.

Z kolei stosownie do pkt 4 decyzji A2 przepisy art. 12 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 883/2004 nie mają zastosowania lub przestają mieć zastosowanie, w szczególności:

a) gdy przedsiębiorstwo, do którego pracownik został oddelegowany, pozostawia go do dyspozycji innego przedsiębiorstwa w państwie członkowskim, w którym się znajduje;

b)gdy pracownik delegowany do danego państwa członkowskiego zostaje pozostawiony do dyspozycji przedsiębiorstwa znajdującego się w innym państwie członkowskim;

c)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.

Ostatnią publikacją odnoszącą się do analizowanego zagadnienia jest „Praktyczny poradnik: Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej (UE), w Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) i w Szwajcarii”. Przedmiotowa publikacja Komisji Europejskiej nie ma waloru wiążącego, niemniej wskazuje na pewną unijną praktykę wykładni art. 14 ust. 2 rozporządzenia 987/2009 i z tego względu nie może być pomijany w procesie stosowania prawa, choćby ze względu na zasadę solidarności państw członkowskich.

W Praktycznym poradniku stwierdza się mianowicie, 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 osiągane 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.

Jak trafnie zauważył Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 18 listopada 2015 r. (II UK 100/14, OSNP 2016/7/88) z przedstawionych powyżej 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 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 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.

Sąd Najwyższy w ww. wyroku z dnia 18 listopada 2015 r. zwrócił uwagę, 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.

W świetle powyższego należy dojść do wniosku, że 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.

Kryterium 25% - jak dalej wywodził Sąd Najwyższy w cytowanym wyroku - nie znajduje również oparcia w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości. W pierwszej kolejności trzeba przypomnieć, że część przepisów dotyczących koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego oraz treść decyzji A2 Komisji Administracyjnej jest wyrazem uwzględnienia orzecznictwa Trybunału.

Decyzja A2 potwierdza przede wszystkim ustalenia Trybunału zawarte w wyroku z dnia 10 lutego 2000 r. w sprawie C-202/97 (...) Ltd v B. van het L. instituut sociale verzekeringen ( (...) 2000 I- (...)). Trybunał stwierdził w nim, że przy ocenie, czy dane przedsiębiorstwo prowadzi znaczącą działalność w państwie członkowskim, instytucja właściwa musi zbadać wszystkie kryteria charakterystyczne dla działalności prowadzonej przez przedsiębiorstwo (zob. pkt 42). Następnie Sąd ten stwierdził, że kryteria te obejmują 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. Trybunał podkreślił, że lista ta nie jest wyczerpująca, a wybór kryteriów powinien być dostosowany do każdego konkretnego przypadku (pkt 43).

Na koniec, odwołując się do wyroku z dnia 5 grudnia 1967 r. w sprawie C-19/67 van der V., Trybunał wskazał, że fakt, iż praca wykonywana przez pracownika w miejscu delegowania za granicę różni się od pracy normalnie mu oferowanej przez agencję pracy tymczasowej w państwie jej siedziby nie ma większego znaczenia (pkt 44).

W ocenie Sądu Najwyższego, w świetle opisanego wyroku nie ma wątpliwości, że konieczne jest badanie wszystkich kryteriów, a nie tylko kryterium wielkości obrotu w oderwaniu od innych wymagań charakteryzujących dany wypadek. Trybunał nie sformułował w nim warunku uzyskiwania w państwie miejsca rejestracji większości dochodów, kładąc nacisk jedynie na to, czy prowadzona tam działalność jest znacząca.

Uzasadnienia dla takiego zapatrywania nie mogą stanowić także wyroki Trybunału Sprawiedliwości z 17 grudnia 1970 r. w sprawie 35/70 (S. M. przeciwko C. P. d' A. M., (...) 1970, s. (...); dalej jako M.) oraz z 9 listopada 2000 r. w sprawie C-404/98 (J. P. przeciwko A. O. R., R. K., (...) 2000, s. I- (...), dalej jako P.).

W sprawie P., Trybunał przesądził, że nie jest możliwe delegowanie pracowników w wypadku przedsiębiorstw prowadzących w państwie oddelegowania wyłącznie czynności administracyjne i na tej kwestii skoncentrowana była główna uwaga tego Sądu. Trybunał wskazał, że artykuł 14 ust. 1 lit. a) rozporządzenia nr 1408/71, zmienionego i uaktualnionego przez rozporządzenie nr 2001/83, który pod pewnymi warunkami pozwala przedsiębiorstwu na przyjęcie rozwiązania, zgodnie z którym pracownicy wysłani przez nie czasowo do pracy w innym Państwie

Członkowskim niż państwo siedziby przedsiębiorstwa, będą nadal objęci systemem zabezpieczenia społecznego Państwa Członkowskiego siedziby przedsiębiorstwa, musi być interpretowany jako niemający zastosowania do pracowników przedsiębiorstwa budowlanego z siedzibą w jednym Państwie Członkowskim, wysyłanych do pracy przy robotach budowlanych na terytorium innego Państwa Członkowskiego, w którym, poza czysto wewnętrznymi działaniami zarządzającymi, to przedsiębiorstwo prowadzi całą swoją działalność. Zgodnie z art. 13 ust. 2 lit. a) rozporządzenia nr 1408/71, pracownicy tacy podlegają ustawodawstwu dotyczącemu zabezpieczenia społecznego Państwa Członkowskiego, na którego terytorium rzeczywiście pracują (zob. pkt 23 oraz sentencja).

Reasumując, Sąd Apelacyjny w niniejszym składzie wskazuje, że w pełni podziela stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w uzasadnieniu wyroku w sprawie II UK 100/14, zgodnie z którym w celu ustalenia, że przedsiębiorstwo prowadzi normalną działalność

(w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004), czy też znaczną część działalności innej niż zarządzanie wewnętrzne (według art. 14 ust. 2 rozporządzenia 987/2009), należy uwzględniać 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 około 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 F., 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. 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 F. (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.

Sąd Apelacyjny w niniejszym składzie skłania się do stanowiska, wyrażanego

m. in. przez prof. dr. hab. K. Ś. (vide: Kilka uwag na temat procedury ustalania ustawodawstwa właściwego w kontekście delegowania pracowników oraz wykonywania prac y na terytorium więcej aniżeli jednego państwa członkowskiego UE, Ubezpieczenia społeczne. Teoria i praktyka 2013, nr 12), zgodnie z którym „normalnym prowadzeniem działalności” w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004 mamy

do czynienia, gdy poza czynnościami związanymi wyłącznie z zarządzaniem wewnętrznym, przedsiębiorstwo faktycznie prowadzi dna terytorium danego państwa aktywność wynikającą z zadeklarowanego przy rejestracji podmiotu działalności. Powinna być to jednak działalność na tyle znaczna (znacząca, godna odnotowania) w rozumieniu art. 14 ust. 2 rozporządzenia 987/2009, że nie może budzić wątpliwości, iż jej głównym celem nie jest jedynie wykorzystywanie różnic w obciążeniach wynikających z podlegania systemom ubezpieczenia społecznego poszczególnych państwa członkowskich. Aby uznać, czy ten warunek jest spełniony konieczne jest z kolei odwołanie się do kryteriów, o których mowa w decyzji A2, Praktycznym poradniku oraz uzasadnieniu wyroku F., a w razie dalszych

wątpliwości – należy uwzględnić wszystkie kryteria i charakter działalności prowadzonej przez przedsiębiorstwo w państwie, w którym ma ono siedzibę. Jeżeli chodzi o często nadmiernie eksponowane kryterium obrotu, należy mieć przy tym na względzie,

że – jak wskazuje Decyzja A2 – chodzi o obroty w „odpowiednio typowym okresie”

w każdym z państw członkowskich, których rzecz dotyczy – niewątpliwie zatem chodzi

o okres reprezentatywny, dostosowany do specyfiki zazwyczaj prowadzonej znacznej części działalności. Trzeba zatem brać pod uwagę np. tę okoliczność, iż przedsiębiorstwo, które rozpoczyna dopiero działalność co do zasady generuje niższe obroty niż w okresie późniejszym.

Mając na względzie powyższe, należy zwrócić uwagę, że w zaskarżonych decyzjach pozwany organ co zasadniczo prawidłowo wyliczył, zgodnie z przytoczonymi powyżej regulacjami, czynniki, jakie powinny być brane pod uwagę przy badaniu kryterium normalnej działalności (art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004), czy też znacznej części działalności innej niż zarządzanie wewnętrzne (art. 14 ust. 2 rozporządzenia 987/2009), nie ograniczając się wyłącznie do kryterium 25% całkowitego obrotu w państwie delegującym. Niemniej jednak poczynione ustalenia faktyczne skupiały się właśnie na kryterium obrotu, jedynie marginalnie odnosząc się do takich kwestii jak np. liczba pracowników administracyjnych zatrudnianych przez (...) Sp. z o.o. w kraju i za granicą.

Podobnie rzecz się miała w postępowaniach sądowych zainicjowanych odwołaniami od decyzji ZUS. W obu przypadkach – jak wynika z analizy uzasadnień zaskarżonych wyroków – Sąd Okręgowy miał na względzie, że wysokość obrotu uzyskiwanego w kraju

i za granicą nie jest czynnikiem przesądzającym o tym, gdzie przedsiębiorstwo prowadzi normalną działalność, niemniej jednak ustalenia faktyczne mocno eksponowały kwestie związane z zakresem prowadzonej działalności gospodarczej, tylko pobocznie odnosząc się do pozostałych przesłanek, co w szczególności dotyczy kwestii podporządkowania pracowniczego.

W konsekwencji stwierdzić należy, że w ocenie Sądu Apelacyjnego w niniejszej sprawie - począwszy od postępowania administracyjnego przed pozwanym organem - przesłanki stosowania art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004 w zw. z art. 14 ust. 2 rozporządzenia 987/2009 nie zostały wyjaśnione w sposób odpowiadający prawidłowej wykładni tych przepisów tj. w powiązaniu z postanowieniami Decyzji A2, Praktycznego poradnika oraz wytycznymi wynikającymi z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości.

Sąd odwoławczy zwraca uwagę, że spośród trzech zainteresowanych – przesłuchany został jedynie M. G. (1). Nie został ustalony przebieg zatrudnienia P. K. (1), M. G. (1) i R. W. (1), co ma zasadnicze znaczenie w świetle brzmienia art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004, pozwalającego na ustalenie podlegania ustawodawstwu państwa oddelegowującego pod warunkiem, że przewidywany okres takiej pracy nie przekracza 24 miesięcy i że dana osoba nie jest wysłana, by zastąpić inną delegowaną osobę, jak również mając na uwadze istniejące powiązania osobowo – kapitałowe oraz w zakresie przedmiotu działalności istniejące pomiędzy (...) Sp. z o.o., (...), (...) Sp. z o.o., (...), (...) Sp. z o.o., I. N. i (...).

Zauważyć można, że – jak zeznał M. G. (1) w postępowaniu przed Sądem Okręgowym (k. 157 akt sprawy IV U 1242/15) – był on zatrudniony w spółce (...)

i był oddelegowany do Belgii. Nadto, bezpośrednią osobą nadzorującą jego pracę był Belg. Okoliczność podporządkowania pracowniczego przełożonym belgijskim wynika także

z ustaleń protokołu kontroli belgijskiej instytucji ubezpieczeniowej, o czym szerzej będzie mowa w dalszej części uzasadnienia. Z ustaleń Sądu I instancji wynika, że R. W. (1)

i M. G. (1) byli zatrudnieni w spółce (...) – odpowiednio od 1 marca 2011 r. oraz od 1 kwietnia 2011 r. i że w ramach tego zatrudnienia byli delegowani do Belgii. Nie ustalono natomiast, czy delegowania takie faktycznie miały miejsce i w jakich okresach. Z kolei

w odpowiedzi na zobowiązanie Sądu Apelacyjnego (...) Sp. z o.o. udzieliła informacji, iż P. K. (1) pracował w (...) Sp. z o.o. do 3 czerwca 2011 r. do 30 czerwca

2011 r. Od dnia 1 lipca 2011 r. rozpoczął pracę w (...) sp. z o.o. i podpisał aneks

na oddelegowanie do Belgii od 1 lipca 2011 r. do 31 grudnia 2011 r. Pracował w Belgii do 30 września 2011 r. Dokumentacja zatrudnienia P. K. (1) przedłożona przez (...) Sp. z o.o. nakazuje uważnie przyrzeć się kwestii zatrudnienia P. K. (2) i pozostałych pracowników w (...) Sp. z o.o. i (...) Sp. z o.o. oraz mających w ich ramach miejsce oddelegowaniom do pracy za granicą. Wyjaśnienia wymaga cel, w jakim (...) Sp. z o.o. zawarła z P. K. (1) umowę o pracę w dniu 3 czerwca 2011 r., z terminem rozpoczęcia pracy od dnia 6 czerwca 2011 r., podczas gdy już pismem z dnia 27 maja 2011 r. informowano go o przejściu z dniem 1 lipca 2011 r. do nowego pracodawcy – (...) Sp. z o.o. Zastanawiające jest przy tym kierowanie pisma w dniu 27 maja 2011 r. do osoby, która dopiero w dniu 3 czerwca 2011 r. podpisała ze spółką umowę o pracę. Wątpliwości budzi również fakt, że aneks do umowy o pracę P. K. (1) z (...) Sp. z o.o. z dnia 1 lipca 2011 r., dotyczący oddelegowania do pracy w Belgii, został podpisany dzień wcześniej niż umowa, a mianowicie w dniu 30 czerwca 2011 r. (vide: dokumenty – koperta na k. 188 a.s.).

W ocenie Sądu Apelacyjnego prawidłowe rozstrzygnięcie niniejszej sprawy wymaga poczynienia ustaleń zarówno w zasygnalizowanej powyżej kwestii powiązań oraz przekształceń ww. spółek, przedmiotu ich działalności i prowadzonej współpracy (w aktach sprawy znajduje się jedynie umowa o świadczenie usług z dnia 25 lutego 2011 r. pomiędzy (...) sp. z o.o. a (...)V., przy czym przesłuchany uzupełniająco v-ce Prezes Zarządu przyznał, że umów tego typu pomiędzy polskimi i belgijskimi spółkami (...) było więcej), jak również zatrudnienia P. K. (1), M. G. (1) i R. W. (1) we wszystkich tych podmiotach (dotychczasowe ustalenia faktyczne wskazują w szczególności na potrzebę analizy ich wcześniejszego zatrudnienia w spółce (...)), z uwzględnieniem okresów zatrudnienia i mających miejsce w ich ramach oddelegowań do pracy za granicą. Niezmiernie istotne, w świetle przytoczonych powyżej postanowień Decyzji A2, jest również zbadanie istnienia bezpośredniego związku między pracownikami a pracodawcą, który go oddelegował, w szczególności ustalenie, czy pracownicy ci podlegali zwierzchnictwu pracodawcy wysyłającego. Sąd Apelacyjny podkreśla przy tym, iż obecność wyłącznie personelu administracyjnego w państwie delegującym wyłącza możliwość zastosowania do tego przedsiębiorstwa przepisów dotyczących delegowania (tak: postanowienie składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 17 czerwca 2015 r., III UZP 5/15, niepubl.).

Dopiero dokonanie takich wyczerpujących ustaleń pozwoli na dokonanie właściwej subsumcji przepisów prawa materialnego z uwzględnieniem wskazanych powyżej kryteriów oceny. Należy mieć przy tym na względzie, że w art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 oraz art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009 chodzi o wyjątek od zasady *lex loci laboris*, a więc o ułatwienia uzasadnione racjonalnymi względami, a nie o stworzenie systemu sankcjonującego tzw. dumping ekonomiczny (socjalny) przez wykorzystywanie niższych kosztów ubezpieczenia społecznego w państwie siedziby pracodawcy od obowiązujących w państwie miejsca wykonywania pracy (tak: wyrok SN z dnia 16 grudnia 2014 r., II UK 94/14, LEX nr 1777893).

W tym miejscu Sąd Apelacyjny wskazuje, że analizując zgromadzony w sprawie materiał dowodowy i dokonując jego częściowego uzupełnienia, powziął poważne wątpliwości co do deklarowanego przez (...) Sp. z o.o. przejścia pracowników

ze (...) Sp. z o.o. do (...) Sp. z o.o. w trybie określony, w art. 23<sup>1</sup> k.p., tj. w przypadku przejścia zakładu pracy lub jego części na innego pracodawcę. Ani pozwany organ, ani Sąd I instancji nie badały przedmiotowej kwestii. Tymczasem w dotychczas zgromadzonym materiale brak jest dowodów, aby w istocie doszło do przejścia zakładu pracy lub jego części, czego skutkiem miałyby być przejście pracowników spółki (...) – m. in. P. K. (1), M. G. (1) i R. W. (1) - przez spółkę (...). Wprost przeciwnie – przesłuchiwany uzupełniająco v-ce Prezes zarządu (...) Sp. z o.o. T. M. (2) podał, że przejście części zakładu pracy polegało wyłącznie na przejściu części pracowników. Nie ulega przy tym wątpliwości, że nie może być mowy o przejściu zakładu bądź jego części na podstawie



art. 23<sup>1</sup> § 1 k.p., w sytuacji, gdy dochodzi wyłącznie do przejścia pracowników, a nie do kontynuacji prowadzonej przez stronę działalności

przed dokonaniem przejściem oraz przejścia składników majątkowych. Należy nadto zwrócić uwagę na dane wynikające z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego.

O ile w (...) rejestrze uwidocznione zostało połączenie spółek przez przejście (...) Sp. z o.o. przez jej jedynego wspólnika (...) Sp. z o.o., o tyle

w rejestrze (...) Sp. z o.o. brak jest informacji o jakimkolwiek połączeniu, podziale lub przekształceniu.

W realiach niniejszej sprawy dokonanie ustaleń w powyższym zakresie ma o tyle istotne i pierwszorzędne znaczenie, że ewentualne stwierdzenie, iż nie miało miejsce przejście pracowników pomiędzy spółkami (...) na podstawie art. 23<sup>1</sup> k.p. skutkować będzie koniecznością ustalenia, która z ww. spółek w spornych okresach rzeczywiście była pracodawcą P. K. (1), M. G. (1) i R. W. (1). Gdyby zaś efektem tej oceny był wniosek, że w okresach objętych decyzjami ZUS byli oni nadal pracownikami spółki (...), ocena, czy podlegali ubezpieczeniu społecznemu w Polsce, czy też w Belgii, będzie musiała zostać odniesiona właśnie do tego podmiotu, co może prowadzić do zgola innych wniosków niż dotychczas poczynione w sprawie, mając na uwadze zarówno przedmiot, zakres i charakter działalności prowadzonej przez obie spółki (przy kompleksowym uwzględnieniu kryteriów, o których była mowa powyżej), jak też przede wszystkim kwestię oddelegowywania pracowników do pracy za granicą w miejsce innych pracowników i na okresy przekraczające 24 miesiące.

Sąd Apelacyjny zwraca także szczególną uwagę na, bezpodstawnie zignorowane przez organ rentowy i Sąd I instancji, pismo belgijskiej instytucji ubezpieczeniowej z dnia 9 września 2014 r. skierowane do Centrali Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w W.

z prośbą o wycofanie zaświadczeń (...)wystawionych pracownikom (...)

Sp. z o.o. i (...). z o.o. Jak wynika z treści tego dokumentu, w roku 2014 została przeprowadzona przez (...) Biuro (...) wraz z Federalną Publiczną Służbą Zatrudnienia, Pracy i Dialogu Społecznego inspekcja w (...).

Z ustaleń prowadzonego dochodzenia (poczynionych przede wszystkim na podstawie zeznań pracowników) wynika, iż w stosunku do polskich pracowników, w tym m. in. M. G. (1), R. W. (1) i P. K. (1), którzy mieli zostać wysłani przez (...) Sp. z o.o., funkcję pracodawcy sprawowała belgijska firma (...) – to po jej stronie leżała organizacja pracy i jej podporządkowani byli objęci kontrolą pracownicy w procesie świadczenia pracy. Nawiązując do stwierdzeń Sądu Okręgowego, jakoby kontrola ta nie miała związku ze stanem faktycznym rozpoznawanych spraw, podkreślić trzeba, iż organ belgijski stwierdził, że o ile w roku 2013 oddelegowanie z Polski miało formalnie miejsce za pośrednictwem (...) Sp. z o.o.,

o tyle w latach 2011 – 2012 dokonywane było za pośrednictwem (...) Sp. z o.o. Organ belgijski zwrócił przy tym uwagę na tożsamy adres obu spółek oraz powiązania osobowe między nimi. Przedstawiając dokonane w toku kontroli ustalenia, organ belgijski przedstawił ostateczny wniosek o braku bezpośredniego związku pracowników polskich z polskim pracodawcą.

Przypomnieć należy, że zasada lojalnej współpracy, ustanowiona w art. 10 Traktatu o Unii Europejskiej, nakłada na instytucje właściwe szereg obowiązków dla celów wykonania art. 12 rozporządzenia (WE) nr 883/2004. Ogólnie rzecz ujmując, zgodnie z zasadą lojalnej współpracy Unia i Państwa Członkowskie wzajemnie się szanują i udzielają sobie wzajemnego wsparcia w wykonywaniu zadań wynikających z Traktatów. Państwa Członkowskie podejmują wszelkie środki ogólne lub szczególne właściwe dla zapewnienia wykonania zobowiązań wynikających z Traktatów lub aktów instytucji Unii. Państwa Członkowskie ułatwiają wypełnianie przez Unię jej zadań i powstrzymują się od podejmowania wszelkich środków, które mogłyby zagrażać urzeczywistnieniu celów Unii.

O zasadzie tej przypomina Decyzja A2 z dnia 12 czerwca 2009 r. dotycząca 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 (pkt 13 preambuły).

Uszczegóławiając znaczenie zasady lojalnej współpracy na tle art. 12 rozporządzenia nr 883/2004 Decyzja A2 wskazuje, że 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

Stosownie do treści pkt 5 – 7 Decyzji A2:

5.a) Instytucja właściwa państwa członkowskiego, którego ustawodawstwu dana osoba nadal podlega zgodnie z art. 12 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 883/2004, w przypadkach określonych w niniejszej decyzji należy informuje zainteresowanego pracodawcę i pracownika o warunkach, pod którymi pracownik delegowany może nadal podlegać ustawodawstwu tego państwa. W związku z tym pracodawca jest informowany o możliwości przeprowadzania kontroli przez cały okres delegowania, w celu stwierdzenia, czy okres ten się nie zakończył. Kontrole te mogą dotyczyć w szczególności opłacania składek i utrzymywania bezpośredniego związku.

Instytucja właściwa państwa członkowskiego, w którym dana osoba ma siedzibę i którego ustawodawstwu osoba pracująca na własny rachunek nadal podlega zgodnie z art. 12 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 883/2004, należy informuje tę osobę o warunkach, pod którymi może ona nadal podlegać ustawodawstwu tego państwa. W związku z tym zainteresowana osoba jest informowana o możliwości przeprowadzania kontroli przez cały okres, w trakcie którego prowadzi ona tymczasową działalność w państwie, w którym działa, w celu stwierdzenia, czy warunki mające zastosowanie do tej działalności nie uległy zmianie. Kontrole te mogą dotyczyć w szczególności opłacania składek i utrzymywania infrastruktury niezbędnej do prowadzenia przez tę osobę działalności w państwie, w którym ma ona swoją siedzibę.

b) Pracownik delegowany i jego pracodawca informują ponadto instytucję właściwą państwa wysyłającego o wszelkich zmianach, które zaszły w okresie delegowania, a w szczególności:

–o tym, że delegowanie, o które wnioskowano, ostatecznie nie doszło do skutku,

–o tym, że działalność została przerwana w przypadku innym niż określony w pkt 3 lit. b) niniejszej decyzji,

–o tym, że pracownik delegowany został przydzielony przez swego pracodawcę do innego przedsiębiorstwa w państwie wysyłającym, w szczególności w przypadku połączenia lub przeniesienia własności przedsiębiorstwa.

c) Instytucja właściwa państwa wysyłającego, w stosownych przypadkach i na wniosek, udziela instytucji państwa zatrudnienia informacji, o których mowa w lit. b).

d) Instytucje właściwe państwa wysyłającego i państwa zatrudnienia współpracują przy przeprowadzaniu wyżej wymienionych kontroli oraz w przypadkach, w których możliwość zastosowania art. 12 rozporządzenia (WE) nr 883/2004 budzi jakiegokolwiek wątpliwości.

6. Instytucje właściwe oceniają i monitorują przypadki wchodzące w zakres art. 12 rozporządzenia (WE) nr 883/2004 i udzielają pracodawcom i pracownikom wszelkich stosownych gwarancji niezakłócenia swobody świadczenia usług i swobody przepływu pracowników. W szczególności kryteria używane w celu dokonania oceny, czy pracodawca normalnie prowadzi swą działalność na terytorium danego państwa,

czy istnieje bezpośredni związek między przedsiębiorstwem a pracownikiem lub czy osoba wykonująca pracę na własny rachunek utrzymuje infrastrukturę niezbędną do prowadzenia swej działalności w danym państwie, muszą być stosowane konsekwentnie i jednakowo w takich samych lub podobnych sytuacjach.

7. Komisja Administracyjna wspiera współpracę między władzami właściwymi w państwach członkowskich dla celów wykonywania przepisów art. 12 rozporządzenia (WE) nr 883/2004 i ułatwia dalsze prace oraz wymianę informacji, doświadczeń i dobrych praktyk przy ustalaniu i klasyfikowaniu kryteriów służących do oceny sytuacji przedsiębiorstw i pracowników oraz w związku z wprowadzaniem środków kontrolnych. W tym celu opracowuje ona etapowo, z myślą o organach administracyjnych, przedsiębiorstwach i pracownikach, kodeks dobrych praktyk dotyczący delegowania pracowników i prowadzenia przez osoby wykonujące pracę na własny rachunek dodatkowej działalności poza państwem, w którym mają one siedzibę.

W ocenie Sądu Apelacyjnego pismo belgijskiej instytucji ubezpieczeniowej z dnia 9 września 2014 r. do Centrali Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w W. stanowiło realizację zasady lojalnej współpracy wobec stwierdzenia, że zastosowanie art. 12 rozporządzenia (WE) nr 883/2004 w stosunku do pracowników spółek (...)

i (...) budzi wątpliwości. Podkreślenia wymaga, że - jak wynika z treści tego pisma - Belgijski Inspektorat Pracy oficjalnie zakomunikował władzom sądowym, poprzez

zw. „Pro Iustitia”, naruszenie belgijskiej ustawy z dnia 24 lipca 1987 r. Co więcej, z pisma wynika, że współpraca z Oddziałem ZUS w E. „nie wyszła dobrze”. Ostatecznie także

i (...) oświadczyła, że nie zamierza akceptować propozycji sprostowania/skorygowania sytuacji. Pismo z dnia 9 września 2014 r. kończy się prośbą

o poinformowanie o wynikach postępowania prowadzonego przez polskich organ ubezpieczeniowy w celu umożliwienia władzom belgijskim dokonania poprawnej deklaracji zatrudnienia do Narodowego Biura (...).

Organ rentowy nie wyjaśnił w toku rozpoznawanej sprawy, czy i w jaki sposób podjął współpracę z właściwymi belgijskimi instytucjami w celu ustalenia ustawodawstwa właściwego dla pracowników pracujących w Belgii - formalnie z ramienia spółek (...), wśród których byli M. G. (1), R. W. (1) i P. K. (1). Brak jest stanowczego ustalenia, czy w okresach objętych sporem ww. osoby zostały ostatecznie objęte ubezpieczeniem społecznym w Belgii, czy też nie.

Wyjaśnienia wymaga także niewątpliwie kwestia zgłoszenia do ubezpieczeń

i opłacania przez (...) Sp. z o.o. składek na ubezpieczenia społeczne za ww. pracowników na rzecz ZUS (k. 240, 243 a.s.). Nie ulega przy tym wątpliwości, że Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w E. nie miał informacji, że składki uiszczane są

za pracowników oddelegowanych do pracy za granicą. (...) Sp. z o.o. nie występowała bowiem uprzednio o wystawienie dla nich zaświadczeń A1 poświadczających podleganie polskim ubezpieczeniom społecznym.

Reasumując, w ocenie Sądu Apelacyjnego ustalenie stanu faktycznego w zakresie niezbędnym do rozstrzygnięcia niniejszej sprawy wymaga przeprowadzenia postępowania dowodowego w całości i to już na etapie postępowania administracyjnego. Rozstrzygając

w pierwszej kolejności kwestie związane ze współpracą z belgijską instytucją ubezpieczeniową oraz z ustaleniem, który podmiot był rzeczywiście pracodawcą M. G. (1), R. W. (1) i P. K. (1) w okresach objętych zaskarżonymi decyzjami, pozwany organ powinien ustalić dla nich ustawodawstwo właściwe w zakresie ubezpieczeń społecznych z poszanowaniem wyłożonych powyżej norm prawa unijnego. Należy mieć przy tym na względzie, że zastosowanie art. 12 ust. 1 rozporządzenia

nr 883/2004 w zw. z art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009 wymaga dopasowania kryteriów oceny istnienia więzi między delegującym pracodawcą a państwem, z którego deleguje pracowników - tj. „normalnego prowadzenia działalności” - do specyficznych cech każdego pracodawcy i rzeczywistego charakteru prowadzonej działalności. Pierwszoplanowe znaczenie ma obiektywne ustalenie, czy przedsiębiorstwo rzeczywiście prowadzi w państwie

swojej siedziby normalną (zwykłą), godną odnotowania działalność, która nie może ograniczać się do wykonywania wewnętrznych czynności administracyjnych związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa, zaś porównanie skali tej działalności w państwie siedziby i w państwie miejsca wykonywania pracy przez pracownika delegowanego ma jedynie znaczenie pomocnicze. Uwzględnieniu podlegają wszystkie kryteria charakteryzujące daną działalność (wyliczone jedynie przykładowo w Decyzji A2, w Praktycznym poradniku oraz w wyroku TS z dnia 10 lutego 2000 r., C-202/97, w sprawie F.), niedopuszczalne jest uznanie jednego z nich za decydujące w tym sensie, że jego niespełnienie zwalnia instytucję w właściwą bądź sąd z badania pozostałych cech charakteryzujących działalność prowadzoną przez przedsiębiorstwo. W postępowaniu sądowym wywołanym wniesieniem odwołania od decyzji instytucji właściwej (organu rentowego) wydanej w tej kwestii, sąd jest zaś zobowiązany do skontrolowania, czy instytucja właściwie dobrała kryteria do specyfiki przedsiębiorstwa i właściwie jej zbadała. Kontrola taka jest warunkiem prawidłowego zastosowania prawa materialnego, tj. wyżej wymienionych przepisów rozporządzeń unijnych (por. uzasadnienie postanowienia SN z dnia 17 czerwca 2015 r., III UZP 5/15, niepubl.; wyrok SN z dnia 11 maja 2010 r., II UK 388/09, LEX nr 611418; wyrok SN z dnia 5 maja 2010 r., II UK 319/09, LEX nr 604217).

Sąd Apelacyjny podkreśla na zakończenie, że postępowanie w sprawach, których przedmiotem jest ustalenie ustawodawstwa właściwego z zakresu ubezpieczeń społecznych powinno mieć na względzie jako wartość nadrzędną tę okoliczność, iż żaden pracownik wykonujący pracę poza granicami kraju nie może zostać pozbawiony ubezpieczenia społecznego (czy to polskiego, czy zagranicznego) za okresy zatrudnienia.

Omówione uchybienia organu rentowego - przede wszystkim co do kompletnego i rzetelnego ustalenia stanu faktycznego sprawy, a następnie jego oceny z zastosowaniem właściwych i poprawnie interpretowanych norm prawa unijnego - powielone następnie przez Sąd I instancji, upoważniają Sąd Apelacyjny do uchylenia zarówno zaskarżonego wyroku, jak i poprzedzającej go decyzji organu rentowego oraz przekazania sprawy do ponownego rozpoznania bezpośrednio temu organowi przy zastosowaniu art. 477<sup>14a</sup> k.p.c. w zw. z art. 386 § 4 k.p.c., o czym Sąd Apelacyjny orzekł, jak w sentencji wyroku.

SSA Daria Stanek SSA Małgorzata Gerszewska SSA Grażyna Czyżak