

Sygn. akt III AUa 1327/12

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 26 lutego 2013 r.

Sąd Apelacyjny - III Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych w Gdańsku

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Maciej Piankowski
Sędziowie:	SSA Aleksandra Urban (spr.) SSO del. Lucyna Ramlo
Protokolant:	Lidia Pedynkowska

po rozpoznaniu w dniu 26 lutego 2013 r. w Gdańsku

sprawy (...) Agencji Pracy spółka z o.o. w G.

z udziałem R. K., M. K. (1), A. M., T. R.

przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddział w G.

o ustalenie istnienia obowiązku podlegania ubezpieczeniom społecznym

na skutek apelacji (...) Agencji Pracy spółka z o.o. w G.

od wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku VII Wydziału Pracy i Ubezpieczeń Społecznych

z dnia 10 maja 2012 r., sygn. akt VII U 2045/11

uchyla zaskarżony wyrok i poprzedzające go decyzje i sprawę bezpośrednio przekazuje do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w G. do ponownego rozpoznania.

Sygn. akt III AUa 1327/12

## UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 27.08.2010r. Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w G. stwierdził dla M. K. (2) z tytułu wykonywania umowy zlecenie na rzecz płatnika (...) Agencji Pracy sp. z o.o. w G. następujące podstawy wymiaru składek na ubezpieczenie społeczne (emerytalne, rentowe) za okres od września 2008r. do sierpnia 2009r. w kwotach wskazanych w zaskarżonej decyzji.

Decyzją z dnia 22.09.2010r. Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w G. stwierdził dla T. R. z tytułu wykonywania umowy zlecenie na rzecz płatnika (...) Agencji Pracy sp. z o.o. w G. następujące podstawy wymiaru składek

na ubezpieczenie społeczne (emerytalne, rentowe) za okres od sierpnia 2008r. do września 2009r. w kwotach wskazanych w zaskarżonej decyzji.

Decyzją z dnia 22.09.2010r. Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w G. stwierdził dla A. M. z tytułu wykonywania umowy zlecenie na rzecz płatnika (...) Agencji Pracy sp. z o.o. w G. następujące podstawy wymiaru składek na ubezpieczenie społeczne (emerytalne, rentowe) za okres od sierpnia 2008r. do marca 2009r. w kwotach wskazanych w zaskarżonej decyzji.

Decyzją z dnia 22.09.2010r. Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w G. stwierdził dla R. K. z tytułu wykonywania umowy zlecenie na rzecz płatnika (...) Agencji Pracy sp. z o.o. w G. następujące podstawy wymiaru składek na ubezpieczenie społeczne (emerytalne, rentowe) za okres od października 2008r. do stycznia 2009r. w kwotach wskazanych w zaskarżonej decyzji.

W uzasadnieniu przedmiotowych decyzji organ rentowy wskazał, że płatnik składek (...) Agencja Pracy nie naliczył i nie odprowadził w prawidłowych wysokościach składek na ubezpieczenie społeczne z tytułu wykonywania przez M. K. (2), T. R., A. M. i R. K. pracy na rzecz płatnika na podstawie zawartych umów zlecenia. Płatnik zaniechał doliczenia do wysokości podstawy wymiaru składek na ubezpieczenie społeczne należności wypłaconych zleceniobiorcom z tytułu diet oraz ryczałtów za noclegi. Zdaniem organu rentowego w momencie zawierania umowy zlecenia brak było podstaw do przyjęcia, iż należności z tytułu ryczałtów oraz diet nie wchodzi do podstawy wymiaru składek na ubezpieczenia emerytalno – rentowe.

W odwołaniu od powyższej decyzji wnioskodawca (...) Agencja Pracy Sp. z o.o. w G. wskazał, iż przedmiotowa decyzja powinna zostać uchylona, a postępowanie prowadzone przez organ rentowy umorzone. Wnioskodawca podał, że zawarł z pracownikami umowy o dzieło oraz umowy zlecenia mające cechy umów o pracę – stosunku pracy, między innymi z M. K. (2), T. R., A. M. i R. K.. Zdaniem wnioskodawcy nie zawierał on z pracownikami umów zlecenia ale umowy o dzieło oraz umowy o pracę, pomimo nazwania ich umowami zlecenia. W umowach o dzieło główny nacisk kładziony był na osiągnięcie namacalnego materialnego rezultatu, a umowy zlecenia spełniały wszystkie przesłanki nawiązania stosunku pracy. Płatnik opłacał składki na ubezpieczenie zdrowotne ubezpieczonego, składki na Fundusz Pracy oraz Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych z tytułu umów zlecenia co przemawia za uznaniem tych umów za umowy o pracę. Umowy zlecenia spełniały wszystkie przesłanki umowy o pracę. Wnioskodawca podał również, że w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 lutego 2010r. wskazano, iż przepis § 2 ust. 1 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 18 grudnia 1998r. w sprawie szczegółowych zasad ustalania podstawy wymiaru składek na ubezpieczenie emerytalne i rentowe poprzez to, że nie dotyczy zleceniobiorców wykonujących pracę w zakładzie pracy lub miejscu wyznaczonym przez pracodawcę w zakresie wartości świadczeń rzeczowych wynikających z przepisów o bezpieczeństwie i higienie pracy oraz ekwiwalentów za te świadczenia wypłacane zgodnie z przepisami wydanymi przez Radę Ministrów lub właściwego ministra, a także ekwiwalentów pieniężnych za pranie odzieży roboczej, używanie odzieży i obuwia własnego zamiast roboczego jest niezgodny z art. 92 ust 1 konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

W odpowiedzi na odwołania Zakład Ubezpieczeń Społecznych wniósł o ich oddalenie oraz o zasądzenie kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Zarządzeniami z dnia 31.08.2011r. przedmiotowe sprawy połączono do wspólnego rozpoznania. Postanowieniem z dnia 31.08.2011r. wezwano do udziału w sprawie w charakterze zainteresowanych M. K. (2), T. R., A. M. i R. K..

Wyrokiem z dnia 10 maja 2012r. Sąd Okręgowy w Gdańsku - VII Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych w pkt I oddalił odwołania i w pkt II odstąpił od obciążenia wnioskodawcy kosztami postępowania.

Powyższe rozstrzygnięcie Sąd Okręgowy oparł o następujące ustalenia faktyczne. Ubezpieczeni M. K. (2), R. K., A. M. i T. R. zawierali z wnioskodawcą (...) Agencją Pracy Sp. z o.o. w G. umowy zlecenia oraz umowy o dzieło w okresie od 2008r. do 2009r. Zgodnie z treścią umowy zlecenia zleceniobiorca miał wykonać w sposób samodzielny prace budowlane, natomiast zgodnie z umową o dzieło wykafelkowanie łazienki na M.. Prace wykonywane były na terenie

Szwecji, żadne prace nie były nigdy wykonywane na terenie polski. Wnioskodawca organizował pracownikom przeloty na miejsce wykonywania pracy oraz zapewniał dowóz i powrót na miejsce wykonywania zadania. W Szwecji diety wypłacał zainteresowanym M. Ł. – dyrektor oddziału skandynawskiego spółki. Za wykonanie tychże prac na podstawie umowy zlecenia strony uzgodniły wynagrodzenie w kwocie 1.500 zł brutto za cały okres trwania umowy zlecenia, natomiast z tytułu umowy o dzieło 1.878 zł. Zleceniobiorca mógł powierzyć wykonanie zlecenia osobie trzeciej za zgodą zleceniodawcy, z tytułu tejże umowy zleceniobiorca nie nabył żadnych uprawnień pracowniczych, zmiany w umowie wymagały formy pisemnej, w sprawach nieuregulowanych umową zastosowanie miały przepisy kodeksu cywilnego. Zgodnie z umową zleceniodawca wypłacał zleceniobiorcy diety, limity za nocleg i inne należności z tytułu kosztów podróży służbowych według stawek wynikających z Rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z 19 grudnia 2002r. (Dz. U. z 2005r. Nr 186, poz. 1555). Praca na terenie Szwecji wykonywana jest w ten sposób, że brygadzysta spotyka się z kontrahentem szwedzkim, który przekazuje mu zadania do zrobienia. Potem brygadzysta spotyka się z pracownikami i kieruje ich do konkretnych robót. Brygadzysta nie jest zorientowany na podstawie jakiej umowy pracownicy wykonują pracę, czy jest to umowa zlecenia, czy umowa o pracę czy umowa o dzieło. Wszyscy pracownicy traktowani są jednakowo i jednakowo rozliczani z wykonanej pracy. (...) Agencja Pracy Sp. z o.o. w G. jest firmą budowlaną i agencją pracy tymczasowej. Zatrudnia pracowników na podstawie umów o pracę, umów zlecenia oraz umów o dzieło. Pracownicy wykonują prace na terenie Szwecji oraz Polski. Zainteresowani mieli wykonywać prace na podstawie umowy zlecenia i umowy o dzieło, miały być to prace budowlane na terenie Szwecji. Za tą pracę otrzymywali wynagrodzenie oraz diety, ryczałty za noclegi, koszty dojazdu z miejsca pracy wszystkie świadczenia w polskich złotych. Wnioskodawca nie uwzględniał w poza wynagrodzeniem z tytułu zawartych umów cywilnoprawnych żadnych innych świadczeń przy obliczaniu podstawy wymiaru składek na ubezpieczenie społeczne, bo wszystko rozliczał na tych samych zasadach, co umowa o pracę. Wnioskodawca zatrudniał pracowników na podstawie umów zlecenia bo tak było łatwiej i szybciej, niektórzy pracownicy nie chcieli mieć zawartych umów o pracę. Nad pracownikami w Szwecji na budowie nadzór sprawował kontrahent szwedzki oraz polski brygadzysta, nie rozróżniali oni którzy pracownicy pracują na podstawie umów o pracę, a którzy na podstawie umów cywilnoprawnych. Wszyscy zatrudnieni byli traktowani na terenie Szwecji tak samo, bez rozróżnienia na pracowników i zleceniobiorców.

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Sąd Okręgowy zważył, iż odwołanie wnioskodawcy nie zasługuje na uwzględnienie. Zdaniem Sądu Okręgowego wnioskodawca i zainteresowani w spornym okresie zawierali między sobą umowy cywilnoprawne jakim były umowy o dzieło i umowy zlecenia na wykonanie konkretnych robót budowlanych. Przede wszystkim wskazać należy, że strony dobrowolnie i zgodnie z ich własną wolą zawarły umowy cywilnoprawne zamiast umów o pracę. Okoliczności i powody zawarcia umów o dzieło i umów zlecenia z zainteresowanymi są dla Sądu nie znane. Nie można przyjąć za racjonalny argumentu wnioskodawcy, że zawierano umowy cywilnoprawne bo tak było łatwiej i szybciej, a poza tym tak chcieli niektórzy pracownicy. Zgodnie z utrwaloną linią orzecznictwa Sądu Najwyższego przyjąć należy, że wola stron co do zawarcia danej a nie innej umowy jest również wiążąca przy ocenie cech umowy jak inne niezależnie od stron okoliczności jak np. podporządkowanie bądź też obowiązek osobistego wykonywania pracy. Zainteresowani wykonywali na terenie Szwecji roboty ogólnobudowlane pod nadzorem polskiego brygadzysty przez krótkie okresy, nie byli zatrudnieni nigdy na terenie kraju, pomimo tego że umowa była zawarta z polską firmą w Polsce. Samo wykonywanie czynności pod nadzorem polskiego brygadzysty nie świadczy jeszcze o tym, że zawarte umowy zlecenia i umowy o dzieło spełniały przesłanki umowy o pracę. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 28 czerwca 2011 r. sygn. akt II PK 9/11 generalnie stosunek zlecenia nie kreuje stosunku kierownictwa w rozumieniu art. 430 k.c., choć w konkretnych przypadkach nie sposób wykluczyć istnienia stosunku podległości. Ogólna kontrola osoby zatrudnionej na podstawie umowy zlecenia, dokonywana przez zleceniodawcę z punktu widzenia rezultatów działalności nie świadczy o podporządkowaniu pracowniczym (LEX nr 1044012). Brak zdaniem Sądu wykazania przez wnioskodawcę aby wykonywane przez zainteresowanych czynności mogłyby być tylko wykonywane w ramach umowy o pracę. Brak przede wszystkim zdaniem Sądu ciągłości wykonywania tych prac oraz brak całkowitego ryzyka pracodawcy przy np. złym wykonaniu prac. Ryzyko gospodarcze pracodawcy to jedna z immanentnych cech stosunku pracy, w okolicznościach przedmiotowej sprawy zdaniem Sądu brak tej cechy, gdyż za złe, nieprawidłowe i wadliwe wykonanie pracy zainteresowani mogli wynagrodzenia nie uzyskać. Zdaniem Sądu wnioskodawca nie sprostował obowiązkowi dowodowemu i nie wykazał aby były jakieś ważne przyczyny, które spowodowały, że część pracowników zatrudnionych była na podstawie umów o pracę, a część na podstawie umów

cywilnoprawnych w związku z czym Sąd przyjął, że do kwalifikacji danej umowy należy wziąć pod uwagę wolę stron. Wolą stron było zawarcie konkretnej umowy np. umowy o dzieło albo umowy zlecenia. Sąd Okręgowy miał w tej kwestii na uwadze wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 maja 2010 r. sygn. akt II PK 354/09, w którym Sąd wyraził pogląd, że w razie ustalenia, iż zawarta przez strony umowa wykazuje cechy wspólne dla umowy o pracę i umowy prawa cywilnego z jednakowym ich nasileniem, rozstrzygająca o jej typie powinna być in concreto wola stron. Art. 22 § 1<sup>1</sup> k.p. nie stwarza prawnego domniemania zawarcia umowy o pracę. Nie wyłącza też ustalenia rodzaju zawartej umowy poprzez wykładnię oświadczeń woli wedle kryteriów podanych w art. 65 k.c. (LEX nr 598002). O rodzaju zawartej umowy decyduje więc nie tylko i nie tyle jej nazwa, ile cel i zgodny zamiar stron. Art. 353<sup>1</sup> k.c., skorygowany zasadą uprzywilejowania pracownika, odnosi się także do umowy o pracę. O wyborze podstawy zatrudnienia decyduje więc przede wszystkim zgodna, autonomiczna wola stron. W związku z powyższym Sąd musiał przyjąć zapisy zawarte w umowie zlecenie i umowie o dzieło jako określające cechy tego stosunku prawnego i na podstawie przedłożonych dokumentów uznał, że strony jak najbardziej łączyła umowa zlecenia bądź też umów o dzieło. Bez znaczenia dla kwalifikacji prawnej te same umowy pozostaje fakt opłacania przez wnioskodawcę składek na dobrowolne ubezpieczenie zdrowotne na terenie Polski. Konsekwencją uznania, że strony łączył stosunek cywilnoprawny było przyjęcie, że zainteresowani obowiązkowo podlegali ubezpieczeniu społecznemu z tytułu zawartej umowy. I tak w myśl art. 6 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 13 października 1998r. o systemie ubezpieczeń społecznych (tekst jednolity: Dz. U z 2009r. Nr 205, poz. 1585 z zm.) obowiązkowo ubezpieczeniom emerytalnemu i rentowym podlegają, z zastrzeżeniem art. 8 i 9, osoby fizyczne, które na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej są osobami wykonującymi pracę na podstawie umowy agencyjnej lub umowy zlecenia albo innej umowy o świadczenie usług, do której zgodnie z Kodeksem cywilnym stosuje się przepisy dotyczące zlecenia, zwanymi dalej "zleceniobiorcami", oraz osobami z nimi współpracującymi, z zastrzeżeniem ust. 4. Zgodnie natomiast z art. 18 ust 1 i 3 cytowanej ustawy podstawę wymiaru składek na ubezpieczenia emerytalne i rentowe ubezpieczonych wymienionych w art. 6 ust. 1 pkt 1-3 i pkt 18a stanowi przychód, o którym mowa w art. 4 pkt 9 i 10, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, ust. 4 pkt 5 i ust. 12. Podstawę wymiaru składek na ubezpieczenia emerytalne i rentowe zleceniobiorców ustala się zgodnie z ust. 1, jeżeli w umowie agencyjnej lub umowie zlecenia albo w innej umowie o świadczenie usług, do której zgodnie z Kodeksem cywilnym stosuje się przepisy dotyczące zlecenia, określono odpłatność za jej wykonywanie kwotowo, w kwotowej stawce godzinowej lub akordowej albo prowizyjnie. W umowie zlecenia zawartej pomiędzy stronami wnioskodawcą i zainteresowanymi odpłatność za wykonanie zlecenia określono właśnie kwotowo. Zgodnie z § 1 Rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Socjalnej dnia 18 grudnia 1998 r. w sprawie szczegółowych zasad ustalania podstawy wymiaru składek na ubezpieczenia emerytalne i rentowe (Dz. U. z 1998r. Nr 161 poz. 1106 z zm.) podstawę wymiaru składek na ubezpieczenia emerytalne i rentowe, zwanych dalej "składkami", stanowi przychód w rozumieniu przepisów o podatku dochodowym od osób fizycznych, osiągniany przez pracowników u pracodawcy z tytułu zatrudnienia w ramach stosunku pracy. W myśl § 2 ust 1 pkt 15 cytowanego Rozporządzenia podstawy wymiaru składek nie stanowią następujące przychody: diety i inne należności z tytułu podróży służbowej pracownika - do wysokości określonej w przepisach w sprawie wysokości oraz warunków ustalania należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej, z tytułu podróży służbowej na obszarze kraju oraz poza granicami kraju. Na dzień zawarcia umów zlecenia pomiędzy wnioskodawcą i zainteresowanymi, diety i inne należności wyszczególnione w tym przepisie były zaliczane do podstawy wymiaru składek jeżeli były wypłacane w ramach stosunku zlecenia, a nie umowy o pracę. Dopiero Rozporządzeniem Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 9 lipca 2010r. (Dz. U Nr 127, poz. 860) zmieniono z dniem 1.08.2001r. § 5 ust 2 cytowanego Rozporządzenia i przepisy § 2-4 zaczęto stosować odpowiednio przy ustalaniu podstawy wymiaru składek członków rolniczych spółdzielni produkcyjnych i spółdzielni kółek rolniczych oraz osób wykonujących pracę na podstawie umowy agencyjnej lub umowy zlecenia albo innej umowy o świadczenie usług, do której zgodnie z Kodeksem cywilnym stosuje się przepisy dotyczące zlecenia. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 28 stycznia 2010 r. sygn.. akt II UK 199/09 (LEX nr 583811) przepis art. 18 ust. 3 ustawy z 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych nie dotyczy wszystkich zleceniobiorców, lecz tylko takich, w stosunku do których w umowie określono odpłatność w sposób w nim określony. Treść przepisów rozporządzenia z dnia 18 grudnia 1998 r. w sprawie szczegółowych zasad ustalania podstawy wymiaru składek na ubezpieczenia emerytalne i rentowe (Dz. U. Nr 161, poz. 1106 ze zm.) wyraźnie wskazuje, że dotyczą one tylko stanowiącego podstawę wymiaru składek przychodu osiąganego przez pracowników u pracodawcy z tytułu zatrudnienia w ramach stosunku pracy (§ 1) oraz,

przez odpowiednie zastosowanie, przychodu osiąganego przez osoby wykonujące pracę nakładczą, funkcjonariuszy Służby Celnej i osób wykonujących odpłatnie pracę w czasie odbywania kary pozbawienia wolności lub tymczasowego aresztowania (§ 5 ust. 1), a poza § 1, także przychodu osiąganego przez członków rolniczych spółdzielni produkcyjnych i spółdzielni kółek rolniczych. Przepisy rozporządzenia z dnia 18 grudnia 1998 r. nie dotyczą natomiast przychodu osiąganego przez ubezpieczonych z innych tytułów, w tym także zleceniobiorców wymienionych w art. 18 ust. 3 ustawy z 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych. W sprawach wskazanych w art. 2a ust. 2 ustawy z 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych, a więc w sprawach dotyczących w szczególności warunków objęcia systemem ubezpieczeń społecznych, obowiązku opłacania i obliczania wysokości składek, obliczania wysokości świadczeń, a także okresu wypłaty świadczeń i zachowania prawa do nich nie ma podstaw prawnych do czynienia między ubezpieczonymi różnic związanych z płcią, stanem cywilnym, czy też stanem rodzinnym. Z zasady równego traktowania wszystkich ubezpieczonych nie da się wywieść zakazu wprowadzania zróżnicowanych warunków ubezpieczenia (zabezpieczenia) społecznego dla pracowników i dla ubezpieczonych z innych tytułów. Zdaniem Sądu Okręgowego organ rentowy prawidłowo zastosował cytowane wyżej przepisy i ustalił wymiar składek zainteresowanych jak w zaskarżonych decyzjach. Mając powyższe na względzie Sąd w oparciu o art. 477<sup>14</sup> § 1 k.p.c. jak i cytowanych powyżej przepisów orzekł jak w sentencji. Na mocy art. 102 k.p.c. Sąd odstąpił z uwagi na zasady słuszności od obciążania wnioskodawcy kosztami zastępstwa procesowego.

Apelację od powyższego wyroku wywiódł płatnik, zaskarżając go w całości i wnosząc o jego zmianę i rozstrzygnięcie co do istoty sprawy poprzez orzeczenie, że należności wypłacone przez wnioskodawcę zainteresowanym z tytułu diet i ryczałtu za noclegi w okresie od września 2008r. do sierpnia 2009r. w wysokościach wskazanych w decyzjach Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w G. z dnia 22.09.2010r. i z dnia 27.08.2010r. nie stanowiły podstawy wymiaru składek na ubezpieczenie społeczne (emerytalne, rentowe) oraz o zasądzenie na rzecz wnioskodawcy kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa prawnego wg norm przepisanych za obie instancje, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i poprzedzających go decyzji wymienionych w punkcie 1 wyżej i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych w G.. Zaskarżonemu wyrokowi apelujący zarzucił naruszenie prawa procesowego mającego wpływ na treść orzeczenia- art. 233 § 1 k.p.c. - poprzez przekroczenie zasady swobodnej oceny dowodów prowadzące do dowolności tej oceny i przyjęcie, że wnioskodawca nie udowodnił elementów umowy łączącej go z zainteresowanymi; błąd w ustaleniach faktycznych mający wpływ na treść orzeczenia polegający na przyjęciu, że łączące wnioskodawcę i zainteresowanych umowy w miesiącach od września do sierpnia 2008r. posiadały cechy cywilnoprawnej umowy zlecenia, a nie umów o pracę, i przez to: naruszenie prawa materialnego: a/ poprzez niewłaściwe zastosowanie art. 6 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 18 ust. 1 i 3 i art. 4 pkt 9 ustawy z dnia 13. 10. 1998r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. z 2009r., Nr 205, poz. 1585 ze zm.) i przyjęcie, że należności wypłacone przez wnioskodawcę zainteresowanym z tytułu diet i ryczałtu za okres od 1 września 2008r. do sierpnia 2008r. stanowiły przychód będący podstawą wymiaru składek na ubezpieczenie społeczne, b/ art. 92 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej w zw. z art. 21 ustawy z dnia 13. 10. 1998r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. z 2009r., Nr 205, poz. 1585 ze zm.) i § 2 ust. 1 pkt 15 rozporządzenia ministra pracy i polityki socjalnej z dnia 18. 12. 1998r. w sprawie szczegółowych zasad ustalania podstawy wymiaru składek na ubezpieczenia emerytalne i rentowe (Dz. U. Nr 161, poz. 1106 ze zm.) poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że wyłączone tym przepisem przychody z podstawy wymiaru składki na ubezpieczenie emerytalne i rentowe nie dotyczą zleceniobiorców, w tym zainteresowanych. W uzasadnieniu skarżący umotywowwał podniesione zarzuty i wnioski, w szczególności wskazując na cechy charakterystyczne stosunku pracy, który w jego ocenie łączył go z zainteresowanymi. Nadto podniósł, iż przy ustaleniu, że umowy łączące strony nosiły elementy umowy o pracę przychód uzyskany przez zainteresowanych z tytułu wypłaconych im diet i ryczałtów za noclegi nie stanowiłby podstawy wymiaru świadczeń na ubezpieczenia społeczne.

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

Apelacja podlega uwzględnieniu w sposób skutkujący uchyleniem zaskarżonego wyroku oraz poprzedzającej go decyzji organu rentowego i przekazaniem sprawy bezpośrednio organowi rentowemu do ponownego rozpoznania.

Na wstępie wskazać należy, iż istota sporu w przedmiotowej sprawie sprowadza się do prawidłowości ustalenia podstaw wymiaru składek na ubezpieczenie społeczne zainteresowanych z uwzględnieniem należności „z tytułu diet oraz ryczałtów za noclegi” wypłaconych przez apelującego w wyniku realizacji łączących ich umów.

Pozwany jednorodnie przyjął, iż apelującego z zainteresowanymi, w 2008 i 2009 roku, wiązał stosunek zlecenia, z ustalonym kwotowo wynagrodzeniem, w konsekwencji czego podstawę wymiaru składek na ubezpieczenie społeczne należy ustalać zgodnie z przepisem art. 18 ust 1 i 3 ustawy z dnia 13.10.1998r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz.U. nr 205/2009r. poz. 1585 ze zm. - dalej: „ustawa o sus”), jak również z pominięciem przepisów rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 18.12.1998r. w sprawie szczegółowych zasad ustalania podstawy wymiaru składek na ubezpieczenia emerytalne i rentowe (Dz.U. 161/1998r. poz. 1106 ze zm. – dalej: „rozporządzenie”), które mają, w jego ocenie, zastosowanie do zleceniobiorców dopiero od 01.08.2010r.

Apelujący twierdził natomiast, iż część z przedmiotowych umów uznanych przez organ rentowy za umowy zlecenia miała istotne cechy umowy o pracę (art. 22 § 1 kpc), zatem stosownie do przepisu § 2 ust 1 pkt 15 rozporządzenia, kwestionowane należności nie powinny być uwzględnione w podstawach wymiaru składek za sporny okres. W dalszej kolejności apelujący kwestionował konstytucyjność przepisu § 1 rozporządzenia w brzmieniu przed 01.08.2010r., w zakresie w jakim ograniczał on zakres podmiotowy zastosowania rozporządzenia (§ 2 ust 1 pkt 15) wyłącznie do pracowników.

Stosownie do przepisu art. 18 ust 1 i 3 w związku z art. 6 ust 1 pkt 1 i pkt 4 oraz art. 4 pkt 9 ustawy o sus, podstawę wymiaru składek na ubezpieczenia emerytalne i rentowe pracowników i zleceniobiorców, którym wysokość wynagrodzenia za wykonywanie zlecenia określono kwotowo, ustala się tak samo – podstawę stanowi przychód w rozumieniu przepisów o podatku dochodowym od osób fizycznych (odpowiednio: z tytułu zatrudnienia w ramach stosunku pracy bądź zatrudnienia w ramach umowy zlecenia). Różnica w zasadach ustalania podstawy wymiaru składek od przychodów ze zlecenia i ze stosunku pracy osiągniętych przed 01.08.2010r. polegała na tym, iż ustawodawca przewidział możliwość wyłączenia niektórych przychodów z podstawy wymiaru składek ubezpieczonego pracownika, a nie przewidział takiej możliwości dla zleceniobiorcy.

Na podstawie delegacji ustawowej – art. 21 ustawy, szczegółowe zasady ustalania podstawy wymiaru składek, w tym wyłączenia z tej podstawy niektórych rodzajów przychodu, regulują przepisy powołanego rozporządzenia z dnia 18.12.1998r. Przepis § 2 ust 1 pkt 1-32 rozporządzenia zawierający listę przychodów wyłączonych z podstawy wymiaru składki, stosuje się odpowiednio przy ustaleniu podstawy wymiaru składki zleceniobiorcy na podstawie § 5 ust 2, który wszedł w życie z dniem 01.08.2010r.

Z powyższego wynika, iż określenie wysokości podstawy wymiaru składek zainteresowanych, wymaga uprzedniego ustalenia jaki charakter miał stosunek prawny łączący ich z apelującym w spornym okresie. Okoliczności tej nie wyjaśnił w dostatecznym stopniu ani pozwany w postępowaniu wyjaśniającym ani Sąd I instancji.

Zasadny jest zarzut apelacji, iż ustalenia faktyczne Sąd I instancji dotyczące charakteru spornych umów, zostały dokonane z naruszeniem art. 233 § 1 kpc. Stosownie do tego przepisu obowiązkiem Sądu jest dokonanie oceny wiarygodności mocy dowodowej według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Wszechstronne rozważanie zebranego materiału oznacza uwzględnienie wszystkich dowodów przeprowadzonych w postępowaniu oraz wszystkich okoliczności towarzyszących przeprowadzeniu poszczególnych środków dowodowych, a mających znaczenie dla ich mocy i wiarygodności (zob. W.Siedlecki „Realizacja zasady swobodnej oceny dowodów w polskim procesie cywilnym” NP. 1956/4/20). Nadto zgodnie z art. 316 kpc, sąd wydaje wyrok, biorąc za podstawę stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy, zatem wszystkie elementy, które składają się na podstawę wyroku. Pojęcie „stan rzeczy” obejmuje zatem w szczególności podstawę faktyczną, prawną i kompetencyjną wyroku (zob. Kodeks postępowania cywilnego – Komentarz tom I pod T.Piaseckiego CH Beck do art. 299 kpc). Sąd I instancji ustalił, że sporne umowy były umowami zlecenia i o dzieło opierając się na treści dokumentów – umów i rozważając dlaczego nie można ich uznać za umowy o pracę. Uszło uwadze Sądu Okręgowego, iż w świetle zeznań świadków: M. Ł./k. 287/, M. K. (3)/k. 340-341/ i D. M./k. 341-342/, wszyscy pracownicy,

zarówno zatrudnieni na umowę o pracę, jak i umowę zlecenia, traktowani byli tak samo, w szczególności podlegali kierownictwu brygadzysty i otrzymywali te same składniki wynagrodzenia. Sąd I instancji uznał, że okoliczności te nie świadczą jeszcze o istnieniu stosunku pracy. W ocenie Sądu Apelacyjnego, okoliczności płynące z zeznań tych świadków nie pozwalają jednak na kategoryczne ustalenia co do tytułu prawnego wykonywanych prac. Zwrócić bowiem należy uwagę, iż ocenie w niniejszym postępowaniu podlegają umowy zrealizowane, a zatem przy ocenie ich charakteru z istoty badać należy warunki ich wykonywania, a nie kierować się samą nazwą zawartych umów, tym bardziej, że kryteria rozróżnienia umowy o pracę, umowy zlecenia i o dzieło, szczególnie wyraźnie ujawniają się w okolicznościach faktycznych realizacji tych umów. Innymi słowy, bez względu na to, jak strony nazwały zawarte umowy, poprzez ustalenie warunków na jakich były wykonane, można dokonać kwalifikacji prawnej odmiennej niż wynikająca z ich nazwy, nawet przy formalnym zapisaniu w treści pisemnych umów postanowień charakterystycznych dla jednej z wymienionych umów. Odnosząc powyższe do realiów przedmiotowej sprawy, jeżeli świadkowie wskazali, na równe traktowanie pracowników bez względu na tytuł ich zatrudnienia, to okoliczność ta nic nie mówi o warunkach ich zatrudnienia i w szczególności nie potwierdza, że zatrudnieni byli oni na warunkach zapisanych w pisemnych umowach. Generalnie, materiał zgromadzony w aktach sprawy na dzień zamknięcia rozprawy, który obejmował w zasadzie wyłącznie sporne decyzje w aktach ZUS oraz pobieżne i ogólnikowe zeznania świadków, nie pozwalała na dokonanie stanowczych i prawidłowych ustaleń odnośnie charakteru spornych umów, tym bardziej, że potencjalnie mogą to być umowy o pracę, zlecenia i o dzieło.

Reasumując analiza przeprowadzonego przez ZUS jak i Sąd Okręgowy postępowania dowodzi, że nie rozważono w dostatecznym stopniu czy strony umowy wiązał stosunek zlecenia, o dzieło czy stosunek pracy. W toku postępowania administracyjnego nie wyjaśniono również innych okoliczności, niezbędnych dla wydania prawidłowej decyzji wymiarowej, o czym niżej.

Zwrócić należy uwagę, iż Sąd Okręgowy zdecydował się wyrokować bez uzyskania akt kontrolnych ZUS, a zatem bez zapoznania się z tym materiałem dowodowym. Nadto, ze spornych decyzji nie wynika, aby pozwany rozważał okoliczność, czy zainteresowani w spornym okresie podlegali ustawodawstwu krajowemu, a nie ustawodawstwu właściwemu według miejsca wykonywania pracy. Niespornym jest zaś, iż zainteresowani wykonywali prace budowlane tylko za granicami kraju. Przede wszystkim zaś pozwany winien zatem wyjaśnić, na jakiej podstawie faktycznej i prawnej przyjął, że zainteresowani z tytułu wykonywania pracy w Szwecji na podstawie spornych umów podlegali ustawodawstwu polskiemu w zakresie zabezpieczenia społecznego, mając na uwadze obowiązujące przed dniem 01.05.2010r. przepisy rozporządzenia Parlamentu Rady (EWG) z dnia 14.06.1971r. nr 1408/71 w sprawie stosowania systemów zabezpieczenia społecznego do pracowników najemnych i ich rodzin przemieszczających się we Wspólnocie (t.j.— Dz.U. L 28, 30. 1. 1997, str. 1, Dz.U. L 149 z 5.7.1971, str. 2) oraz rozporządzenie wykonawcze Nr 574/72 i wynikającą z nich zasadę jednego ustawodawstwa.

Z dokumentacji w aktach ZUS i z uzasadnienia decyzji nie wynika, w jaki sposób pozwany ustalił podstawę wymiaru składek zainteresowanych za poszczególne miesiące spornych okresów. Nadmienić zaś można, iż zgodnie ze stanowiskiem utrwalonym w orzecznictwie, podstawę wymiaru składek za dany miesiąc może stanowić wyłącznie przychód wypłacony lub pozostawiony do dyspozycji pracownikowi – w tym miesiącu (por. uzasadnienie uchwały 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 10.09.2009r. I UZP 5/09 OSNP 2010/5-6/71, Biul.SN 2009/9/23, M.P.Pr. 2010/3/152-157). Przychód powstaje dopiero w momencie rzeczywistego otrzymania lub postawienia go do dyspozycji pracownika, stąd przy ustalaniu podstawy wymiaru składek na ubezpieczenia społeczne istotne jest czy powstał przychód z tytułu stosunku prawnego, a więc czy nastąpiła wypłata należności lub jej postawienie do dyspozycji ubezpieczonego.

Przed ponownym wydaniem decyzji w przedmiocie podstawy wymiaru składek zainteresowanych za sporne okresy pozwany winien zatem ustalić: czy zainteresowani w spornych okresach podlegali ustawodawstwu krajowemu w związku z wykonywaniem pracy poza granicą; czy strony umowy łączył stosunek pracy, stosunek zlecenia, umowy o dzieło (w oparciu o dowody zaoferowane przez spółkę i mając na uwadze, że ze względu na treść przepisów art. 65 § 2 kc i art. 87 ust 1 pkt 6 ustawy o sus ocenę charakteru prawnego umowy winno poprzedzać wysłuchanie stron umowy); w jakiej dacie i w jakiej wysokości zostały wypłacone zainteresowanym przez spółkę sporne należności; w przypadku

ustalenia, iż strony umowy łączył stosunek pracy pozwany winien też wyjaśnić, czy zainteresowani odbywali podróże służbowe (art. 77<sup>5</sup> kp), czy też byli pracownikami delegowanym do pracy za granicą (zob. powołane rozporządzenie Rady nr 1408/71), a zatem czy podstawą do wyłączenia spornych należności winien być przepis § 2 ust 1 pkt 15 czy § 2 ust 1 pkt 16 - rozporządzenia MPiPS z dnia 18.12.1998r w sprawie szczegółowych zasad ustalania podstawy wymiaru składek na ubezpieczenie emerytalne i rentowe.

Dopiero po wyjaśnieniu tych okoliczności – z powołaniem dowodów na których oparto ustalenia i z powołaniem podstawy prawnej, możliwe jest prawidłowe określenie przez organ rentowy podstawy wymiaru składek zainteresowanych w związku z przychodami ze spornych umów. Powyższe braki winne skutkować zastosowaniem przez Sąd I Instancji przepisu art. 467 § 4 kpc. Wobec nadania sprawie biegu i niewyjaśnienia powyższych okoliczności w postępowaniu sądowo-odwoławczym zarzuty apelacji naruszenia zaskarżonym wyrokiem przepisów procesowych i materialnych są uzasadnione. Wobec braku dostatecznych ustaleń faktycznych, co do charakteru prawnego spornej umowy, odniesienie się do zarzutu apelującego zawartego w punkcie 6b – naruszenia art. 92 ust 1 Konstytucji, jest zbędne.

W konsekwencji na mocy art. 477<sup>14a</sup> kpc, Sąd II instancji orzekł jak w sentencji wyroku.