

Sygn. akt III AUa 1963/17

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 lipca 2018 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku - III Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Lucyna Ramlo
Sędziowie:	SA Małgorzata Gerszewska SO del. Tomasz Koronowski (spr.)
Protokolant:	sekr. sądowy Katarzyna Kręska

po rozpoznaniu w dniu 25 lipca 2018 r. w Gdańsku

sprawy K. W. (1)

z udziałem U. S.

przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddział w G.

o ubezpieczenie społeczne

na skutek apelacji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w G.

od wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku VII Wydziału Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 4 października 2017 r., sygn. akt VII U 880/15

1. uchyła zaskarżony wyrok oraz poprzedzającą go decyzję organu rentowego i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania bezpośrednio organowi rentowemu;

2. zasądza od Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w G. na rzecz K. W. (1) kwotę 240,00 (dwieście czterdzieści 00/100) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

SSA Małgorzata Gerszewska SSA Lucyna Ramlo SSO del. Tomasz Koronowski

Sygn. akt III AUa 1963/17

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 17 lutego 2015r. Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w G. na podstawie art. 83 ust. 1 ustawy z dnia 13 października 1998r. o systemie ubezpieczeń społecznych (obecnie Dz.U. z 2017r. poz. 1778 ze zm.) oraz rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004r. (Dz. Urz. UE serii L nr 166 poz. 1 z dnia 30 kwietnia 2004r.) w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego, dalej:

rozporządzenie nr 883/2004, rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009 z dnia 16 września 2009r. (Dz. Urz. UE serii L poz. 284 poz. 1 z dnia 30 października 2009r.) dotyczącego wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/2004; dalej: rozporządzenie nr 987/2009), i rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 465/2012 z 22 maja 2012r. zmieniającego rozporządzenie (WE) nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego oraz rozporządzenie (WE) nr 987/2009 dotyczące wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/2004 oraz decyzji nr A2 z dnia 12 czerwca 2009r. dotyczącej wykładni art. 13 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 w sprawie ustawodawstwa mającego zastosowanie stwierdził, że U. S., jako osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia na rzecz zleceniodawcy K. W. (1) na terenie Polski i Niemiec, nie podlega ustawodawstwu polskiemu w okresie od dnia 19 maja 2012r. do dnia 19 października 2012r. i od dnia 26 marca 2013r. do dnia 31 grudnia 2014r.

W uzasadnieniu decyzji organ rentowy wskazał, że przeprowadził u płatnika składek K. W. (1) kontrolę za okres od dnia 1 stycznia 2012r. do dnia 30 kwietnia 2014r. celem zweryfikowania prawidłowości zgłaszania do ubezpieczeń społecznych, rozliczania składek na ubezpieczenia społeczne i ubezpieczenie zdrowotne oraz sprawdzenia warunków, na podstawie których zostały poświadczony formularze A1 potwierdzające podleganie polskiemu ustawodawstwu w okresie świadczenia pracy w Polsce i Niemczech. Organ wskazał, że w przeważającej mierze płatnik prowadzi działalność w zakresie pomocy społecznej bez zakwaterowania dla osób w podeszłym wieku i osób niepełnosprawnych.

K. W. (1) dokonała zgłoszenia U. S. do ubezpieczeń społecznych na dokumencie ZUS ZUA za okres od dnia 19 maja 2012r. do dnia 19 października 2012r. i od dnia 26 marca 2013r. do dnia 31 grudnia 2014r. z wykazaniem kodu tytułu ubezpieczenia 04 11 00, przeznaczonego dla osób wykonujących umowę zlecenia.

Ubezpieczona w latach 2012-2014 świadczyła na rzecz zleceniodawcy usługi marketingowe na terenie Polski i Niemiec oraz usługi opiekuńcze wyłącznie na terenie Niemiec na podstawie umów zawartych na następujące okresy:

- od dnia 19 maja 2012r. do dnia 18 czerwca 2012r. - usługi marketingowe: 0 dni, usługi opieki: 0 dni – w Polsce i w Niemczech
- od dnia 19 czerwca 2012r. do dnia 19 września 2012r. – usługi marketingowe i usługi opieki: 93 dni w Niemczech, 3 dni w Polsce
- od dnia 20 września 2012r. do dnia 19 października 2012r. – usługi marketingowe
- od dnia 26 marca 2013r. do dnia 30 listopada 2013r. (usługi marketingowe) oraz od dnia 24 kwietnia 2013r. do dnia 30 września 2013r. (usługi opieki): 136 dni w Niemczech,
- od dnia 10 grudnia 2013r. do dnia 17 stycznia 2014r. - usługi opieki,
- od dnia 01 listopada 2013r. do dnia 28 lutego 2014r. usługi marketingowe – 95 dni w Niemczech,
- od dnia 18 stycznia 2014r. do 05 kwietnia 2014r. – usługi opieki,
- od dnia 01 marca 2014r. do dnia 31 maja 2014r. – usługi marketingowe i od 20 kwietnia 2014r. do 05 listopada 2014r. - usługi opieki – 3 dni w Polsce.

Organ wskazał, że liczba dni pracy w poszczególnych państwach została ustalona na podstawie kopii umów zleceń, poleceń wyjazdów, oświadczeń ubezpieczonej oraz kart wynagrodzeń.

Organ wskazał na poświadczony formularze A1 na podstawie art. 13 na okresy od 19 czerwca 2012r. do 25 września 2012r., od 27 kwietnia 2013r. do 30 lipca 2013r., od 31 lipca 2013r. do 20 września 2013r., od 14 grudnia 2013r. do 16 stycznia 2014r. i od 1 lutego 2014r. do 2 kwietnia 2014r.

Stosownie do treści art. 14 ust. 5 rozporządzenia nr 987/2009 w brzmieniu nadanym rozporządzeniem 465/2012 do celów stosowania art. 13 ust. 1 rozporządzenia podstawowego osoba, która normalnie wykonuje pracę najemną w

dwóch lub kilku innych państwach członkowskich oznacza w szczególności osobę, która równocześnie lub na zmianę wykonuje jedną lub kilka odrębnych prac w dwóch lub więcej państwach członkowskich w tym samym lub kilku przedsiębiorstwach lub dla jednego lub kilku pracodawców. Zgodnie z ust. 5b praca o charakterze marginalnym nie będzie brana pod uwagę do celów określenia mającego zastosowanie ustawodawstwa na mocy art. 13 rozporządzenia podstawowego.

Na podstawie dokonanych ustaleń organ rentowy doszedł do przekonania, że umowa, której przedmiotem były usługi marketingowe, miała charakter pracy marginalnej. Usługi marketingowe na terenie Polski stanowiły poniżej 5% ogólnego czasu pracy zleceniobiorcy. Pojęcie to oznacza w świetle decyzji A2 pracę, która jest stała, ale ma niewielkie znaczenie pod względem czasu oraz zysku ekonomicznego. Zalecono wskaźnik, zgodnie z którym za pracę o marginalnym charakterze uznawać będzie się pracę zajmującą mniej niż 5% regularnego czasu pracy pracownika i/lub przynoszącą mniej niż 5% jego całkowitego wynagrodzenia. W takim przypadku osoba jest traktowana w celu ustalenia mającego zastosowanie ustawodawstwa, jako pracująca wyłącznie w jednym państwie członkowskim.

Ustalenia te spowodowały, w ocenie organu rentowego, że ubezpieczona jako zleceniobiorca nie może być uznana za osobę wykonującą pracę na terenie dwóch państw Unii Europejskiej i nie ma do niej zastosowania art. 13 rozporządzenia 883/2004, a należy zastosować art. 11 ust. 3a rozporządzenia podstawowego. Taka klasyfikacja powoduje, że ubezpieczona w okresie świadczenia usług opiekuńczych na terenie Niemiec oraz wykonywania usług marketingowych w Niemczech i w Polsce podlegała ustawodawstwu niemieckiemu.

Odwołanie od powyższej decyzji pozwanego wniosła K. W. (1), zaskarżając ją w całości i zarzucając pozwanemu naruszenie art. 13 ust. 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego w związku z art. 14 ust. 5b rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) z dnia 16 września 2009r. dotyczącego wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego poprzez błędne zastosowanie tego przepisu i ustalenie, że wykonywanie przez ubezpieczoną usług na terenie Polski miało charakter marginalny, art. 16 ust. 4 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) z dnia 16 września 2009r. poprzez zaniechanie przez organ rentowy nawiązania kontaktu z właściwą instytucją ubezpieczeniową w Niemczech i samodzielne określenie przez polski organ rentowy ustawodawstwa, jakiemu podlega ubezpieczona, art. 12 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 16 września 2009r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego poprzez bezzasadne wyłączenie z ubezpieczenia z powołaniem się, że jako płatnik nie świadczyła w powyższym okresie usług opieki na terenie Polski i w związku z tym nie prowadziła działalności w znacznym zakresie oraz naruszenie przepisów ustawy z dnia 13 października 1998r. o systemie ubezpieczeń społecznych poprzez poczynienie ustaleń faktycznych i wydanie decyzji o wyłączeniu z ubezpieczenia za okres nieobjęty kontrolą oraz nieprawne żądanie organu rentowego dotyczące prowadzenia i przedstawiania dokumentacji dla umów zleceń, która jest wymagana jedynie w przypadku umów o pracę (ewidencja czasu pracy).

Z uwagi na podniesione uchybienia skarżąca wniosła o zmianę zaskarżonej decyzji i orzeczenie, że ubezpieczona, jako osoba wykonująca pracę na podstawie umów zlecenia na terenie Polski i Niemiec, podlegała ustawodawstwu polskiemu w okresie od dnia 19 maja 2012r. do 19 października 2012r. i od 26 marca 2013r. do 31 grudnia 2014r.

W odpowiedzi na odwołanie pozwany organ rentowy wniósł o jego oddalenie, podtrzymując argumentację zaprezentowaną w zaskarżonej decyzji.

Wyrokiem z dnia 4 października 2017r., sygn. akt VII U 880/15, Sąd Okręgowy w Gdańsku zmienił zaskarżoną decyzję w ten sposób, że stwierdził, iż U. S. jako osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia na rzecz zleceniodawcy K. W. (1) na terenie Polski i Niemiec, podlega ustawodawstwu polskiemu w okresie od 19 maja 2012r. do 19 października 2012r. i od 26 marca 2013r. do 31 grudnia 2014r. (pkt 1.) oraz zasądził od pozwanego organu rentowego na rzecz odwołującej się K. W. (1) kwotę 60 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego (pkt 2.). Sąd I instancji oparł się na następujących ustaleniach i wnioskach:

Płatnik składek K. W. (1) prowadzi od dnia 10 lutego 1994r. jednoosobowo pozarolniczą działalność gospodarczą jako Kancelaria Doradcy (...), G. C. K. W. (1), I. C. K. W. (1). Do dnia 1 stycznia 2017r. działalność była prowadzona także pod nazwami (...) K. W. (1) i I. ST K. W. (1). Od dnia 23 stycznia 2015r. siedziba firmy została przeniesiona do W.. Jako dodatkowe miejsca prowadzenia działalności pozarolniczej w (...) wskazany został lokal w G. przy (...). Przed tą datą działalność powyższa prowadzona była w lokalach: przy ul. (...) oraz przy ul. (...). W spornym okresie przeważającym przedmiotem tej działalności była pomoc społeczna bez zakwaterowania dla osób w podeszłym wieku i osób niepełnosprawnych. W tym czasie płatnik składek prowadził także aktywnie biuro księgowo-świadczące usługi księgowo-podatkowe – płatnik posiada uprawnienia doradcy podatkowego. Przed dniem 1 maja 2013r. i po dniu 1 stycznia 2017r. jako przeważający przedmiot działalności została wskazana działalność rachunkowo-księgowa, doradztwo podatkowe.

Od dnia 1 sierpnia 2011r. K. W. (1) uzyskała wpis do Rejestru Agencji (...) prowadzonego przez Marszałka Województwa (...). Od dnia 29 października 2015r. K. W. (1) posiada wpis do Rejestru Agencji (...) prowadzonego przez Marszałka Województwa (...).

Od dnia 1 maja 2011r. nastąpiło otwarcie niemieckiego rynku pracy dla pracowników z Polski.

Od dnia 1 sierpnia 2011r. płatnik składek rozpoczęła świadczenie usług opiekuńczych na terenie Niemiec i Polski, z przewagą na terenie Niemiec. W ramach tej działalności K. W. (1) za pośrednictwem wyspecjalizowanych firm niemieckich nawiązywała kontakt z rodzinami niemieckimi zainteresowanymi usługami z zakresu opieki nad osobami starszymi, schorowanymi potrzebującymi opieki całodobowej w miejscu zamieszkania. Z rodziną taką K. W. (1) zawierała umowy, w których zobowiązywała się do wykonania usługi opiekuńczej za pośrednictwem wyznaczonej przez siebie osoby. Umowy zawierane przez nią z klientami niemieckimi podlegały prawu polskiemu. W celu wywiązania się z przyjętego zobowiązania K. W. (1) zawierała umowy zlecenia z opiekunkami, które następnie kierowała do klientów niemieckich w celu wykonania usługi opiekuńczej. Kandydatki na opiekunki rekrutowane były na terenie P. przez pracowników K. W. (1). Wynagrodzenie z tytułu wykonywanej przez opiekunkę pracy było wypłacane opiekunkom przez K. W. (1).

Dodatkowo K. W. (1) zawierała z opiekunkami osobne umowy zlecenia, w których zobowiązywały się one do świadczenia na rzecz płatnika usług marketingowych, a w szczególności do podejmowania działań zmierzających do pozyskiwania kolejnych kandydatek na opiekunki. Umowy te przewidywały osobne wynagrodzenie za świadczenie powyższych usług marketingowych, które miało charakter ryczałtowy i nie było uzależnione od wyników w realizowanych umów.

Ubezpieczona U. S. na przestrzeni lat 2012-2014 współpracowała z płatnikiem składek K. W. (1), realizując na podstawie zawieranych umów zlecenia usługi opiekuńcze, jak i zadania marketingowe tak w kraju jak i na terenie Niemiec. W umowach strony przyjęły obowiązywanie prawa polskiego oraz jako sąd właściwy od rozstrzygania sporów wskazano Sąd w Gdańsku. I tak:

W myśl umowy zlecenia z dnia 19 maja 2012r. zawartej na okres od dnia 19 maja 2012r. do 19 października 2012r. (punkt 4), ubezpieczona zobowiązała się do świadczenia usług opieki nad osobą starszą – na terenie Niemiec pod adresem wskazanym odrębnie na poleceniu wyjazdu służbowego (punkt 2a) oraz usługi marketingowe – konsultacje ds. rekrutacji – na terenie Polski i Niemiec (punkt 2b) za umówionym wynagrodzeniem w poszczególnych okresach trwania umowy z podziałem na wynagrodzenie z tytułu realizacji usług marketingowych, usług marketingowych i opieki oraz usług marketingowych (pkt 7 umowy).

W myśl umowy zlecenia z dnia 15 marca 2013r., zawartej na okres od dnia 27 marca 2013r. do dnia 31 listopada 2013r. (§ 2), ubezpieczona zobowiązała się do świadczenia marketingowych oraz usług konsultacyjnych w zakresie rekrutacji za umówionym wynagrodzeniem (§ 3 umowy) . Do tej umowy ubezpieczona U. S. dołączyła oświadczenie o objęcie jej z tytułu realizacji przedmiotowej umowy ubezpieczeniem emerytalnymi i rentowym.

W myśl umowy zlecenia z dnia 20 marca 2013r. zawartej na okres od dnia 24 kwietnia 2013r. do dnia 31 lipca 2013r. (§ 3), ubezpieczona zobowiązała się do świadczenia usług opieki na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i terytorium innych państw członkowskich Unii Europejskiej na podstawie uzgodnień dotyczących odbycia podróży na rzecz Zleceniodawcy (§ 2) za umówionym wynagrodzeniem (§ 4 pkt 1). Na podstawie aneksu do umowy od 1 sierpnia 2013r. wprowadzono zmiany co czasookresu trwania umowy – do 30 września 2013r. oraz ustalono w określonych terminach jej realizacji różne wynagrodzenie (w walucie EURO).

W myśl umowy zlecenia świadczenia usług marketingowo-rekrutacyjnych z dnia 31 października 2013r., zawartej na okres od dnia 01 listopada 2013r. do dnia 28 lutego 2014r. (§ 2 ust. 1), ubezpieczona zobowiązała się do świadczenia usług marketingowych oraz usług konsultacji w zakresie rekrutacji (§ 1 pkt 1) za wynagrodzeniem miesięcznym ustalonym w walucie EURO w różnej wysokości w określonych w umowie terminach jej trwania, powiększonym o prowizję w kwocie 15 EUR od każdego zrealizowanego przez zleceniodawcę zlecenia z kandydatem (§ 3 pkt 2). Do tej umowy ubezpieczona U. S. dołączyła oświadczenie o objęcie jej z tytułu realizacji przedmiotowej umowy ubezpieczeniem emerytalnymi i rentowym.

W myśl umowy zlecenia świadczenia usług opieki i pomocy domowej z dnia 19 listopada 2013r., zawartej na okres od dnia 10 grudnia 2013r. do dnia 17 stycznia 2014r. (§ 3), ubezpieczona zobowiązała się do świadczenia usług opieki (§ 1) na terenie Rzeczypospolitej Polskiej oraz Państw Członkowskich Unii Europejskiej (§ 2 pkt 1) za wynagrodzeniem miesięcznym w walucie EURO (§ 4 ust. 1).

W myśl umowy zlecenia świadczenia usług opieki i pomocy domowej z dnia 27 stycznia 2014r., zawartej na okres od dnia 18 stycznia 2014r. do dnia 5 kwietnia 2014r. (§ 3), ubezpieczona zobowiązała się do świadczenia usług opieki (§ 1 pkt 1) na terenie Rzeczypospolitej Polskiej oraz Państw Członkowskich Unii Europejskiej (§ 2 pkt 1) za wynagrodzeniem miesięcznym w walucie EUR (§ 4 pkt 1).

W myśl umowy zlecenia świadczenia usług marketingowo-rekrutacyjnych z dnia 27 lutego 2014r. , zawartej na okres od dnia 1 marca 2014r. do dnia 31 maja 2014r. (§ 2 pkt 1), ubezpieczona zobowiązała się do świadczenia usług marketingowych oraz usług konsultacji w zakresie rekrutacji (§ 1 pkt 1) za wynagrodzeniem miesięcznym w EUR (§ 3) Do tej umowy ubezpieczona U. S. dołączyła oświadczenie o objęcie jej z tytułu realizacji przedmiotowej umowy ubezpieczeniem emerytalnymi i rentowym.

W myśl umowy zlecenia świadczenia usług opieki i pomocy domowej z dnia 10 kwietnia 2014r., zawartej na okres od dnia 20 kwietnia 2014r. do dnia 5 listopada 2014r. (§ 3), ubezpieczona zobowiązała się do świadczenia usług opieki (§ 1 pkt 1) na terenie Rzeczypospolitej Polskiej oraz Państw Członkowskich Unii Europejskiej na podstawie uzgodnień dotyczących odbycia podróży na rzecz Zleceniodawcy (§ 2 pkt 1 i 2) za wynagrodzeniem miesięcznym w walucie EUR (§ 4 pkt 1).

W myśl umowy zlecenia świadczenia usług marketingowo-rekrutacyjnych z 7 kwietnia 2014r., zawartej na okres od dnia 1 czerwca 2014r. do 30 listopada 2014r. (§ 2 pkt 1), ubezpieczona zobowiązała się do świadczenia usług marketingowych oraz usług konsultacji w zakresie rekrutacji (§ 1 pkt 1) za wynagrodzeniem miesięcznym w kwocie określonej w walucie EUR (§ 3 pkt 1), powiększonym o prowizję w kwocie w EUR od każdego zrealizowanego przez zleceniodawcę zlecenia z kandydatem (§ 3 pkt 2). Umowa nie wskazywała miejsca jej wykonywania.

Ubezpieczona także w tym przypadku składała pisemne oświadczenie o wyborze tytułu ubezpieczenia społecznego – wskazując na wolę objęcia jej obowiązkowymi ubezpieczeniami społecznymi wyłącznie w zakresie umowy marketingowo-rekrutacyjnej z pominięciem umowy o usługi opieki.

Prace w zakresie opieki polegały na pomocy danej osobie w prowadzeniu gospodarstwa domowego, na wykonywaniu podstawowej pielęgnacji (higiena ciała, ubieranie, pomoc w czynnościach fizjologicznych), przygotowywaniu i spożywaniu posiłków, sprzątnięcia mieszkania.

Zakres czynności opiekuńczych ubezpieczona otrzymywała od K. W. (1), które dostosowywała to do danej osoby (podopiecznego), jego potrzeb, stanu zdrowia itp. Bieżące kierownictwo nad pracą ubezpieczonej sprawowała rodzina niemiecka. Ewentualne zastrzeżenia do poziomu świadczonych przez opiekunkę usług rodzina niemiecka zgłaszała bezpośrednio płatnikowi składek.

Płatnik składek dokonał zgłoszenia ubezpieczonej do ubezpieczeń społecznych (deklaracja ZUS ZUA) za okresy od dnia 19 maja 2012r. do 19 października 2012r. oraz od dnia 26 marca 2013r. do dnia 31 grudnia 2014r. z wykazaniem tytułu ubezpieczenia z kodem 04 11 00 (umowa zlecenia).

Ubezpieczona U. S. nawiązała współpracę z płatnikiem składek uzyskując uprzednio kontakt do firmy od innej pracownicy współpracującej z biurem płatnika składek. Na podstawie telefonicznego kontaktu z płatnikiem składek została zaakceptowana jej kandydatura a umowy były przesyłane drogą pocztową, podpisane umowy ubezpieczona odsysała do biura w G..

Wszelkie informacje i wytyczne co do sposobu wykonywania pracy w zakresie usług opiekuńczych ubezpieczona otrzymywała od płatnika składek, na miejscu świadczenia usługi także od rodziny niemieckiej.

W okresach wykonywania pracy opiekuńczej w Niemczech ubezpieczona była zakwaterowana w domu osoby, którą się opiekowała. Z tytułu zakwaterowania nie ponosiła ona żadnych kosztów. Także koszty przejazdów ubezpieczonej ponosił płatnik składek lub też rodzina osoby, którą ubezpieczona się opiekowała.

W Polsce – zatem w okresach, w których nie wykonywała pracy opiekuńczej w Niemczech – ubezpieczona sporadycznie wykonywała czynności z umów marketingowych żadnych ze zleceń opieki.

W powyższych okresach ubezpieczona U. S. otrzymała od płatnika polecenia wyjazdu służbowego na teren Niemiec:

- od dnia 26 kwietnia 2013r. do dnia 27 czerwca 2013r. do miejscowości G., Niemcy
- od dnia 09 lipca 2013r. do dnia 20 września 2013r. do miejscowości G., Niemcy
- od dnia 14 lutego 2013r. do dnia 15 stycznia 2014r. do miejscowości L., Niemcy
- od dnia 01 lutego 2014r. do dnia 01 kwietnia 2014r. do miejscowości S., Niemcy
- od dnia 25 kwietnia 2014r. do 31 października 2014r. do miejscowości G., Niemcy

W ramach wykonywanych zleceń na rzecz płatnika składek ani płatnik składek ani ubezpieczona nie prowadzili żadnej ewidencji czasu pracy, nie były także ewidencjonowane także poszczególne czynności wykonywane w ramach umów, w tym czynności marketingowe.

Następnie Sąd Okręgowy wskazał ilość wszystkich umów realizowanych przez płatnika w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą - we wszystkich jej rodzajach i aspektach (w tym w szczególności w zakresie usług księgowych i usług opiekuńczych) w poszczególnych miesiącach lat 2011 – 2014 z zaznaczeniem miejsca państwa wykonywania tych umów (Polska i Niemcy) oraz sumy obrotów osiągniętych w danym miesiącu i państwie.

Pozwany organ ubezpieczeniowy poświadczył na wniosek płatnika składek K. W. (1) formularze A1 o ustawodawstwie właściwym z zakresu ubezpieczeń społecznym, dotyczące ubezpieczonej U. S. na podstawie art. 13 rozporządzenia nr 883/2004 na okresy: 19 czerwca 2012r. – 25 września 2012r., 27 kwietnia 2013r. – 30 lipca 2013r., 31 lipca 2013r. – 20 września 2013r., 14 grudnia 2013r. – 16 stycznia 2014r. 1 lutego 2014r. – 2 kwietnia 2014r.

W okresie od dnia 10 czerwca 2014r. do dnia 4 września 2014r. Zakład Ubezpieczeń Społecznych przeprowadził u płatnika składek K. W. (1) w G. kontrolę dotyczącą prawidłowości zgłoszenia do ubezpieczeń społecznych, rozliczenia składek na ubezpieczenia społeczne i ubezpieczenie zdrowotne oraz sprawdzenia warunków, na podstawie

których zostały poświadczony formularze A1 potwierdzające podleganie polskiemu ustawodawstwu w okresie świadczenia pracy w Polsce i w Niemczech. Kontrolą objęto okres od dnia 1 stycznia 2012r. do dnia 30 kwietnia 2014r. Z przedstawionych przez płatnika dokumentów w postaci kopii umów zleceń, poleceń wyjazdu, oświadczeń ubezpieczonej i kart wynagrodzeń wynika zdaniem ZUS, że usługi wykonywane na terenie Niemiec w znacznym stopniu przewyższały liczbę dni przepracowaną przez ubezpieczoną w Polsce.

W następstwie przeprowadzonej kontroli organ rentowy uznał, że ubezpieczona U. S. jako zleceniobiorca płatnika składek nie może być uznana za osobę wykonującą pracę na terenie dwóch państw Unii Europejskiej badanych okresach i nie ma do niej zastosowania art. 13 rozporządzenia 883/2004, a należy zastosować art. 11 ust. 3a rozporządzenia nr 883/2004. W konsekwencji w czasie świadczenia usług w wykonaniu umów zlecenia zawartych z K. W. (1) podlegała ona ustawodawstwu niemieckiemu.

Płatnik składek sformułował zarzuty pod adresem protokołu kontroli – których pozwany nie rozpatrzył z przyczyn formalnych.

Powyższy stan faktyczny Sąd I instancji ustalił na podstawie dokumentów zgromadzonych w aktach ubezpieczeniowych oraz w aktach sprawy, których prawdziwość nie była przez żadną ze stron kwestionowana. Sąd ten również nie znalazł podstaw do kwestionowania ich wiarygodności z urzędu. Ustalenia faktyczne Sąd poczynił także w oparciu o dokumentację dostarczoną przez strony. Dowód z dokumentów zgromadzonych w sprawie, w zakresie, w jakim posłużyły do ustalenia stanu faktycznego, Sąd Okręgowy uznał za w pełni wiarygodny, gdyż dokumenty te nie budziły żadnych wątpliwości i nie były przez strony kwestionowane. Stan faktyczny Sąd I instancji ustalił również na podstawie zeznań ubezpieczonej U. S. (przesłuchanej w drodze pomocy sądowej przed Sądem Rejonowym w Sieradzu), płatnika składek K. W. (1), jak również świadków M. J. oraz K. K.. W ocenie Sądu Okręgowego zeznania ww. zasługują na walor wiarygodności jedynie jednak w zakresie, w jakim posłużyły do stwierdzenia powyższego stanu faktycznego.

Zdaniem Sądu I instancji odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, choć głównie z przyczyn odmiennych od tych, które zostały wskazane w odwołaniu.

Na wstępie należy podkreślono, iż na terenie Unii Europejskiej nie funkcjonuje jednolity zunifikowany system zabezpieczenia społecznego, a każde z Państw Członkowskich posiada samodzielny system ubezpieczeń społecznych oraz posiada autonomię w zakresie kreowania własnej polityki emerytalno-rentowej. W sferze dominium Państw Członkowskich należy określić sferę podmiotową oraz przedmiotową systemów ubezpieczeń społecznych. Systemy ubezpieczeń społecznych poszczególnych Państw Członkowskich mają jednakże obowiązek wzajemnej współpracy z instytucjami innych Państw Członkowskich oraz wspólnej koordynacji swych działań m.in. w odniesieniu do pracowników migrujących. Koordynację na podstawie rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz.U. UE L 166 z 40.04.2004r. s.1-123 ze zm) należy identyfikować jako podejmowanie przez wiele podmiotów wspólnych działań w zakresie ubezpieczeń społecznych w związku ze swobodnym przepływem osób.

Jednym z fundamentów koordynacji systemów ubezpieczeń społecznych jest wyrażona w preambule oraz w art. 11 rozporządzenia nr 883/2004 zasada jedności, która stanowi, iż pracownik migrujący może podlegać ubezpieczeniom społecznym tylko w jednym Państwie Członkowskim oraz że należy przeciwdziałać sytuacji, w której pracownik migrujący nie jest objęty żadnym systemem ubezpieczenia. Odmienny skutek byłby niezgodny z celem art. 48-51 TWE (art. 39 i 42 w tekście skonsolidowanym), którym jest zapewnienie, by korzystający z uprawnienia do swobodnego przepływu pomiędzy krajami Unii obywatele Państw Członkowskich nie tracili korzyści z tytułu ubezpieczenia społecznego na podstawie ustawodawstwa danego Państwa Członkowskiego (por. wyroki ETS z dnia 20 września 1994r., C-12/93; z dnia 26 maja 2005r., C-249/04; z dnia 10 czerwca 1986r., 60/85; z dnia 3 maja 1990r., C-2/89; z dnia 16 lutego 1995r., C-425/93).

Zgodnie z pkt. 17 preambuły i art. 11 ust. 3a rozporządzenia 883/04 podstawowym łącznikiem na gruncie przepisów koordynacji jest miejsce wykonywania pracy (lex loci laboris), co oznacza, że co do zasady zastosowanie znajduje

ustawodawstwo kraju, w którym dana osoba wykonuje pracę najemną. Zasada ta jednak na gruncie przepisów rozporządzenia 883/04 doznaje wyjątków.

W tytule II rozporządzenia 883/2004 zawarto kompletny i uniwersalny katalog norm kolizyjnych służący wyłonieniu właściwego (jednego) ustawodawstwa w zakresie ubezpieczenia społecznego w sytuacji podjęcia przez osobę migrującą pracy zarobkowej (działalności zarobkowej) w innym państwie członkowskim niż kraj zamieszkania lub też w przypadku podjęcia pracy zarobkowej równolegle (naprzemiennie) w dwóch lub więcej państwach członkowskich.

Zgodnie z treścią art. 1 a rozporządzenia 883/2004 do celów stosowania tego rozporządzenia określenie „praca najemna” oznacza wszelką pracę lub sytuację równoważną, traktowaną jako taką do celów stosowania ustawodawstwa w zakresie zabezpieczenia społecznego państwa członkowskiego, w którym taka praca lub sytuacja równoważna ma miejsce. Nie wdając się w tym miejscu w szczegółowe rozważania co do zawłości związanych z rozumieniem w orzecznictwie TSUE określenia „praca najemna” za K. Ślebziakiem (Koordynacja systemów zabezpieczenia społecznego. Komentarz. Warszawa 2012 str. 58) należy stwierdzić, że na gruncie rozporządzenia 883/2004 za wykonującego pracę najemną należy uznać każdego, kto z racji podejmowania aktywności zarobkowej podlega systemowi zabezpieczenia społecznego danego państwa i nie może być uznany za osobę wykonującą pracę na własny rachunek.

Normy kolizyjne nie mają charakteru materialnoprawnego, nie formułują praw podmiotowych dla osób przemieszczających się w UE. Nie wskazują także przesłanek podlegania danemu ustawodawstwu. Określenie warunków, jakie muszą być spełnione, aby osoba została objęta danym systemem zabezpieczenia społecznego, leżą w kompetencji państw członkowskich stanowiących w tym zakresie stosowne regulacje (vide: Gertruda Uścińska Zabezpieczenie społeczne osób korzystających z prawa do przemieszczania w Unii Europejskiej, Warszawa 2013 k.173).

W art. 17a preambuły rozporządzenia 883/2004 podkreślono, że w przypadku, gdy dana osoba zostaje objęta zakresem zastosowania ustawodawstwa państwa członkowskiego zgodnie z tytułem II rozporządzenia, w ustawodawstwie właściwego państwa członkowskiego należy określić warunki przystąpienia do systemu oraz nabywania prawa do świadczeń. Trzeba zatem odróżnić zasady obejmowania systemem zabezpieczenia społecznego zgodnie z przepisami prawa krajowego od zasad ustalania ustawodawstwa właściwego mającego na celu ustalenie, kiedy dana osoba podlega danemu ustawodawstwu (vide Krzysztof Ślebziak, Koordynacja systemów zabezpieczenia społecznego. Komentarz Warszawa 2012r. str. 201).

I tak w art. 12 rozporządzenia nr 883/2004 przewidziano wyjątek od ogólnej zasady terytorialności podlegania systemowi ubezpieczeń społecznych państwa, w którym jest wykonywana praca (*lex loci laboris*). Art. 13 ust. 1 stanowi zaś normę kolizyjną, której zadaniem jest usuwanie utrudnień administracyjno-technicznych, jakie wynikałyby z zastosowania zasady *lex loci laboris* w sytuacji równoległego lub naprzemiennego (w krótkich okresach rozliczeniowych) wykonywania pracy najemnej lub prowadzenia działalności na terytorium dwóch państw członkowskich.

Następnie Sąd Okręgowy wskazał, że spór w niniejszej sprawie sprowadzał się do ustalenia, czy we wskazanych w decyzji okresach w stosunku do U. S. w zakresie ubezpieczeń społecznych winno znaleźć zastosowanie ustawodawstwo polskie w związku z jej zatrudnieniem przez płatnika składek K. W. (1). Jak wynika z ustalonego w sprawie stanu faktycznego U. S. w spornym okresie łączył z odwołującą się K. W. (1) szereg umów cywilnoprawnych (umowy zlecenia) wzajemnie się zazębiające czasów, których przedmiotem było świadczenie usług opieki oraz usług marketingowo – rekrutacyjnych. Umowy były zawiera na okresy kilkumiesięczne. Praca polegająca na czynnościach opiekuńczo-pielęgnacyjnych była świadczona przez U. S. u niemieckich kontrahentów K. W. (1), z którymi K. W. (1) zawierała umowy na usługi opiekuńcze korzystając z pośrednictwa niemieckiej agencji. Założeniem usługi marketingowo-rekrutacyjnych było ich świadczenie przez ubezpieczoną na rzecz K. W. (1) bez ograniczeń terytorialnych.

Zawarte przez K. W. (1) i U. S. umowy cywilnoprawne stanowią w Polsce, zgodnie z treścią art. 6 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych (t.j. Dz.U. z 2015r. poz. 121 ze zm.), tytuł do podlegania ubezpieczeniom społecznym. Zgodnie

z art. 13 pkt. 2 podleganie ubezpieczeniom społecznym z tytułu umowy zlecenia trwa od dnia oznaczonego w umowie jako dzień rozpoczęcia jej wykonywania do dnia rozwiązania lub wygaśnięcia tej umowy. Podkreślono, iż na żadnym etapie postępowania administracyjnego i sądowego organ rentowy nie kwestionował ważności tytułu ubezpieczenia U. S., kwestionował jedynie możliwość przyjęcia, iż świadczyła ona pracę na terenie Polski w takim rozmiarze, że nie była to praca marginalna, zatem winno znajdować zastosowanie polskie ustawodawstwo w zakresie zabezpieczenia społecznego. Podstawą wydania decyzji o wyłączeniu U. S. z polskiego ustawodawstwa było ustalenie przez organ rentowy w wyniku przeprowadzonej kontroli, iż praca świadczona przez ubezpieczoną na terenie Polski ma charakter marginalny, a w konsekwencji w ocenie organu rentowego nie było podstaw do wydania w jej przypadku zaświadczeń A1. W uzasadnieniu decyzji o wyłączeniu U. S. z polskiego ustawodawstwa organ rentowy stwierdził, że do okresów wykonywania pracy przez U. S. winno znaleźć zastosowanie ustawodawstwo niemieckie. Z takim rozstrzygnięciem organu rentowego nie zgodził się płatnik który wniósł o zmianę zaskarżonej decyzji i ustalenie, iż w stosunku do ubezpieczonej U. S. winno znaleźć zastosowanie polskie ustawodawstwo w zakresie ubezpieczeń społecznych.

Zgodnie z art. 13 ust. 1 rozporządzenia 883/2004 osoba, która normalnie wykonuje pracę najemną w dwóch lub więcej państwach członkowskich, podlega:

a) ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym ma miejsce zamieszkania, jeżeli wykonuje znaczną część pracy w tym państwie członkowskim; lub

b) jeżeli nie wykonuje znacznej części pracy w państwie członkowskim, w którym ma miejsce zamieszkania:

(i) ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym znajduje się siedziba lub miejsce wykonywania działalności przedsiębiorstwa lub pracodawcy, jeżeli jest zatrudniona przez jedno przedsiębiorstwo lub jednego pracodawcę; lub

(ii) ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym znajduje się siedziba lub miejsce wykonywania działalności przedsiębiorstw lub pracodawców, jeżeli jest zatrudniona przez co najmniej dwa przedsiębiorstwa lub co najmniej dwóch pracodawców, których siedziba lub miejsce wykonywania działalności znajduje się tylko w jednym państwie członkowskim; lub

(iii) ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym znajduje się siedziba lub miejsce wykonywania działalności przedsiębiorstwa lub pracodawcy, innego niż państwo członkowskie jej zamieszkania, jeżeli jest zatrudniona przez dwa lub więcej przedsiębiorstw lub dwóch lub więcej pracodawców, których siedziba lub miejsce wykonywania działalności znajduje się w dwóch państwach członkowskich, z których jedno jest państwem członkowskim jej zamieszkania; lub

(iv) ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym ma miejsce zamieszkania, jeżeli jest zatrudniona przez dwa lub więcej przedsiębiorstw lub dwóch lub więcej pracodawców, a co najmniej dwa z tych przedsiębiorstw lub dwóch z tych pracodawców mają siedzibę lub miejsce wykonywania działalności w różnych państwach członkowskich innych niż państwo członkowskie miejsca zamieszkania.

Obowiązujące od dnia 1 maja 2010r. rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009 z dnia 16 września 2009r. (Dz. Urz. UE serii L poz. 284 poz. 1 z dnia 30 października 2009r.) dotyczące wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/2004 (dalej: rozporządzenie nr 987/2009 lub rozporządzenie wykonawcze), wskazuje w art. 14 ust. 5, że do celów stosowania art. 13 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 (rozporządzenia podstawowego) osoba, która „normalnie wykonuje pracę najemną w dwóch lub więcej państwach członkowskich”, oznacza osobę, która równocześnie lub na zmianę wykonuje jedną lub kilka odrębnych prac w dwóch lub więcej państwach członkowskich w tym samym lub kilku przedsiębiorstwach lub dla jednego lub kilku pracodawców. W myśl zaś dodanego z dniem 8 czerwca 2012r. art. 14 ust. 5b rozporządzenia nr 987/2009, praca o charakterze marginalnym nie będzie brana pod uwagę do celów określenia mającego zastosowanie ustawodawstwa na mocy art. 13 rozporządzenia podstawowego. W przepisie tym wskazano także, że art. 16 rozporządzenia wykonawczego stosuje się we wszystkich przypadkach objętych niniejszym artykułem.

Dodać trzeba, że w opracowanym przez Komisję Administracyjną ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego (zob. kompetencje Komisji z art. 71 i 72 rozp. 883/2004) „Praktycznym przewodniku w dziedzinie oddelegowania do Państwa UE, EOG i Szwajcarii” (dalej: Praktyczny przewodnik), zawierającym wskazówki dla potrzeb wystawiana przez instytucje ubezpieczeniowe formularzy E 101, szeroko wyjaśniono znaczenie pojęcia pracy marginalnej. Praca o marginalnym charakterze to zatem praca, która jest stała, ale ma niewielkie znaczenie pod względem czasu oraz zysku ekonomicznego. Zaleca się, aby przyjąć wskaźnik, zgodnie z którym za pracę o marginalnym charakterze uznawać będzie się pracę zajmującą mniej niż 5% regularnego czasu pracy pracownika i/lub przynoszącą mniej niż 5% jego całkowitego wynagrodzenia. Charakter wykonywanej pracy, np. praca o charakterze pomocniczym, pozbawiona niezależności, wykonywana w domu lub pomocniczo w stosunku do głównej pracy, może również posłużyć za wskaźnik pozwalający uznać daną pracę za pracę o marginalnym charakterze. Osoba wykonująca „pracę o marginalnym charakterze” w jednym państwie członkowskim, która pracuje również dla tego samego pracodawcy w innym państwie członkowskim, nie może być uznawana za osobę normalnie wykonującą pracę w dwóch lub kilku państwach członkowskich i w związku z tym nie jest objęta zakresem obowiązywania przepisów art. 13 ust. 1 rozporządzenia 883/2004. W takim przypadku osoba jest traktowana, w celu ustalenia mającego zastosowanie ustawodawstwa, jako pracująca wyłącznie w jednym państwie członkowskim. Jeżeli praca o marginalnym charakterze jest podstawą (tytułem) włączenia do systemu zabezpieczenia społecznego, składki powinny być opłacane we właściwym państwie członkowskim od całości dochodu ze wszystkich rodzajów pracy. Pozwala to uniknąć niewłaściwego stosowania przepisów na przykład w sytuacji, gdy dana osoba jest zobowiązana do pracy przez bardzo krótki okres w innym państwie członkowskim w celu obejścia mających zastosowanie przepisów pierwszego państwa członkowskiego. W takich przypadkach praca o charakterze marginalnym nie jest brana pod uwagę przy określaniu mającego zastosowanie ustawodawstwa. Praca o charakterze marginalnym musi być oceniana osobno dla każdego państwa członkowskiego i nie można jej sumować (część II, punkt 2, s. 30).

Organ rentowy w oparciu o wyniki przeprowadzonej kontroli doszedł do przekonania, że wymiar pracy świadczonej przez U. S. na terenie Polski na podstawie umów zlecenia o świadczenie usług rekrutacyjno-marketingowych miał charakter marginalny, a związku z tym nie ma uzasadnienia do stosowania w jej przypadku polskich przepisów z zakresu ubezpieczeń społecznych w całym okresie wykonywania przez nią pracy na rzecz K. W. (1) na podstawie umów zlecenia. W uzasadnieniu decyzji organ rentowy zawarł sugestię, że winno w jej przypadku znaleźć zastosowanie ustawodawstwo niemieckie.

W toku postępowania sądowego K. W. (1) zakwestionowała prawidłowość ustaleń organu rentowego i zgłosiła wnioski dowodowe celem wykazania, że praca świadczona przez U. S. na terenie Polski na podstawie umów o świadczenie usług rekrutacyjno-marketingowych miała jednak większy wymiar niż marginalny, a w związku z tym nie ma podstaw do kwestionowania spełniania przez ubezpieczoną przesłanek z art. 13 i podlegania przez nią polskiemu ustawodawstwu.

W ocenie Sądu I instancji, mając na uwadze całokształt okoliczności przedmiotowej sprawy, stwierdzić należy, iż wyniki postępowania dowodowego nie implikują rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Kardynalne znaczenie dla oceny zasadności wywiedzonego odwołania ma bowiem to, czy organ rentowy zastosował przed wydaniem zaświadczeń A1 czy też przed wydaniem zaskarżonej w niniejszej sprawie decyzji właściwą procedurę stosowania art. 13 rozporządzenia podstawowego, do czego obliguje go art. 16 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady nr 987/2009 z dnia 16 września 2009r. dotyczącego wykonywania rozporządzenia nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz. Urz. UE L 2009.284.1 – dalej: „rozporządzenie wykonawcze”). W rezultacie organ rentowy wydał w formie decyzji rozstrzygnięcie, którego akceptacja spowodowałaby zaistnienie skutku niedopuszczalnego w świetle fundamentalnej zasady, na jakiej oparto unijne regulacje w zakresie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego, a mianowicie zasady jedności ustawodawstwa. Co niezwykle istotne - uchybień tego rodzaju nie można usunąć w toku postępowania sądowego (vide: postanowienie SN z 23 listopada 2016r. I Uz 48/16), co tym samym, w ocenie Sądu Okręgowego, determinuje też rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie.

Procedura ustalania ustawodawstwa właściwego w sytuacjach objętych zakresem art. 13 rozporządzenia podstawowego została uregulowana w przepisie art. 16 rozporządzenia wykonawczego. Stosownie do tej procedury

osoba zainteresowana objęciem art. 13 rozporządzenia (osobą tą może być pracodawca art. 18) informuje o tym fakcie instytucję właściwą wg miejsca zamieszkania ubezpieczonego – art. 16 ust 1 rozporządzenia wykonawczego. Informację taką stanowi w szczególności wniosek o wydanie zaświadczenia na formularzu A1. Instytucja ta po przeprowadzeniu stosownego postępowania wyjaśniającego ustala ustawodawstwo właściwe, a takie wstępne ustalenie ma charakter tymczasowy. Instytucja ta informuje także instytucje wszystkich Państw Członkowskich, w których praca jest wykonywana o swoim tymczasowym określeniu ustawodawstwa – art. 16 ust 2 rozp. wykonawczego. Zauważyć przy tym należy, że ustalenie to może polegać na poświadczeniu stosowania ustawodawstwa państwa zamieszkania osoby zainteresowanej lub na wydaniu decyzji tymczasowo stwierdzającej brak podstaw do stosowania tego ustawodawstwa (z uwagi na zasadę terytorialności instytucja miejsca zamieszkania zainteresowanego nie jest uprawniona do określenia jako właściwego ustawodawstwa innego państwa członkowskiego vide: K. Ślebzak Ustalanie ustawodawstwa tymczasowego na podstawie rozporządzeń 883/2004 oraz 987/2009 PiZS 7/2014 str. 4). Tymczasowe ustalenie ustawodawstwa miejsca zamieszkania osoby zainteresowanej staje się ostateczne w terminie dwóch miesięcy od momentu poinformowania o nim instytucji państw członkowskich, o ile ustawodawstwo nie zostało określone na podstawie art. 16 ust 4 rozporządzenia wykonawczego albo gdy przynajmniej jedna z zainteresowanych instytucji państw członkowskich poinformuje instytucję właściwą wg miejsca zamieszkania przed upływem tego terminu o niemożności zaakceptowania ustalonego ustawodawstwa lub o swojej odmiennej opinii w tej kwestii – art. 16 ust 3 rozp. wykonawczego.

Powyższą regułą należy rozumieć w ten sposób, że w przypadku bezskutecznego upływu terminu dwóch miesięcy, gdy tymczasowo określone zostało jako właściwe ustawodawstwo miejsca zamieszkania zainteresowanego, instytucja miejsca zamieszkania winna wydać decyzję ostateczną stwierdzającą podleganie ustawodawstwu państwa zamieszkania. W sytuacji zaś, gdy określenie tymczasowe wyłączało stosowanie ustawodawstwa miejsca zamieszkania zainteresowanego, a właściwe instytucje po ich poinformowaniu wydały decyzję o ustaleniu jako właściwego ustawodawstwa miejsca wykonywania pracy przez zainteresowanego, to instytucja państwa zamieszkania winna wydać decyzję ostateczną stwierdzającą brak podstaw do stosowania ustawodawstwa państwa zamieszkania zainteresowanego. Inaczej przebiega to postępowanie w sytuacji, gdy jedna z zainteresowanych instytucji zgłosiła zastrzeżenie do tymczasowego określenia jako właściwego ustawodawstwa państwa zamieszkania zainteresowanego oraz wówczas, gdy tymczasowe określenie wyłączało stosowanie ustawodawstwa miejsca zamieszkania zainteresowanego, a właściwe instytucje miejsca wykonywania pracy po ich poinformowaniu nie podjęły kontaktu z instytucją miejsca zamieszkania (takie milczenie należy traktować jako spór między instytucjami). W takim przypadku zastosowanie winna znaleźć regulacja przewidziana w art. 16 ust. 4 rozporządzenia wykonawczego. Konieczne jest wówczas nawiązanie kontaktu przez instytucje lub władze dwóch lub więcej zainteresowanych Państw Członkowskich, a ustawodawstwo właściwe ustala się na podstawie wspólnego porozumienia z uwzględnieniem przepisów art. 13 i 14 rozporządzenia podstawowego. Zastosowanie winna mieć w tej sytuacji również decyzja nr 1A Komisji Administracyjnej w sprawie ustanowienia procedury dialogu i koncyliacji w zakresie ważności dokumentów, określenia ustawodawstwa właściwego oraz udzielania świadczeń na mocy rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady nr 883/2004 (Dz.Urz. UE C 106 z 24.04.2010). W przypadku wszczęcia opisanej powyżej procedury uzgodnieniowej, aby zapobiec niedopuszczalnemu z punktu widzenia zasad koordynacji skutkowi w postaci wyłączenia zainteresowanego zarówno z systemu ubezpieczenia miejsca zamieszkania, jak i z systemu ubezpieczenia miejsca wykonywania pracy - w trybie art. 6 rozporządzenia wykonawczego i decyzji nr A1 jest wydawana decyzja o tymczasowym stosowaniu ustawodawstwa. Ostateczny etap sporu między instytucjami może zostać rozstrzygnięty przez Komisję Administracyjną.

Za K. Ślebzakiem (Ustalanie ustawodawstwa tymczasowego na podstawie rozporządzeń 883/2004 oraz 987/2009 PiZS 7/2014 str. 5) podkreślić jednak trzeba, że nie ma możliwości wszczęcia na gruncie przypadków, których dotyczy art. 16 rozporządzenia 987/2009, procedury uzgodnieniowej bez uprzedniego wydania przez instytucję miejsca zamieszkania osoby zainteresowanej decyzji o ustaleniu tymczasowym wyłączającym stosowanie ustawodawstwa miejsca zamieszkania. Dla wyjaśnienia trzeba też wskazać, że w każdym innym przypadku ustalania ustawodawstwa właściwego, aniżeli ze spektrum przypadków, do których zastosowanie może znaleźć art. 13 rozporządzenia 883/2004,

stosuje się procedurę przewidzianą w art. 6 rozporządzenia 987/2009 (por. K. Ślebzak Ustalanie ustawodawstwa tymczasowego na podstawie rozporządzeń 883/2004 oraz 987/2009 PiZS 7/2014 str. 5).

Wbrew stanowisku prezentowanemu przez organ rentowy w niniejszej sprawie, stosowanie procedury przewidzianej w treści art. 16 rozporządzenia wykonawczego jest obligatoryjne dla organu - zarówno przed wydaniem zaświadczenia A1 dla osoby zainteresowanej podejmującej pracę zarobkową w innym członkowskim i ubiegającej się o pozostanie w krajowym systemie ubezpieczenia społecznego na podstawie dyspozycji normy kolizyjnej wyrażonej w art. 13 rozporządzenia podstawowego, jak i w przypadku wycofywania w trybie art. 5 ust. 2 rozporządzenia wykonawczego zaświadczeń A1 wydanych w oparciu o art. 13 rozporządzenia podstawowego. Gwoli ścisłości należy w tym miejscu także wskazać, że w ustalonym w niniejszej sprawie stanie faktycznym brak jest danych wskazujących na to, aby instytucja niemiecka wskutek powzięcia wątpliwości co do ważności wydanych zleceniobiorcom K. W. zaświadczeń A1 lub dokładności przedstawienia w nich okoliczności, zwróciła się do polskiej instytucji o ich wycofanie w trybie art. 5 ust. 2 rozporządzenia wykonawczego, co wydaje się być w świetle art. 5 ust.1 warunkiem sine qua non wszczęcia procedury ich niezbędnej weryfikacji – art. 5 ust.3. Brak także danych pozwalających na stwierdzenie, iż organ rentowy wycofał wydane uprzednio zaświadczenia A1 w stosunku do ubezpieczonej.

Poświadczenie ustawodawstwa (dokument) na formularzu A1 jest ogólnoeuropejskim dokumentem służącym do potwierdzenia podlegania ubezpieczeniom społecznym na terenie krajów członkowskich Unii Europejskiej niż kraj, którego dana osoba jest obywatelem i gdzie ma stałe miejsce zamieszkania. Legitymowanie się poświadczeniem na formularzu A1 nie może być zatem ignorowane przy ustaleniu ustawodawstwa mającego zastosowanie do zainteresowanego w trybie art. 16 rozporządzenia wykonawczego (zob. art. 5 ust. 1 rozporządzenia wykonawczego) i dopiero jego wycofanie lub uznanie za nieważne, po ponownym rozpatrzeniu podstaw jego wydania, umożliwia ustalenie ustawodawstwa państwa członkowskiego miejsca zamieszkania (tak Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z dnia 26 czerwca 2017r. wydanym w sprawie III AUa 1786/16).

Złożenie wniosku o wydanie zaświadczenia A1 opartego o normę kolizyjną z art. 13 rozporządzenia wykonawczego przez zainteresowanego zamierzającego podjąć równoległe lub naprzemiennie pracę w dwóch krajach członkowskich lub przez pracodawcę (zleceniodawcę) zlecającą mu tego rodzaju pracę powinno być w ocenie Sądu wystarczającym impulsem dla organu do przeprowadzenia stosownego postępowania, którego wynikiem powinna być decyzja o tymczasowym określeniu ustawodawstwa państwa zamieszkania jako ustawodawstwa właściwego lub decyzja o tymczasowym określeniu, że ustawodawstwa państwa zamieszkania nie jest właściwe i następnie poinformowanie o wydanych decyzjach instytucje zainteresowane. W niniejszym stanie faktycznym takiej procedury organ rentowy nie zastosował. Bezpodstawne jest przy tym twierdzenie organu, że uruchomienie procedury z art. 16 wymagało odrębnego i wyraźnego wniosku zainteresowanej lub K. W. (1). Takie twierdzenie nie znajduje żadnego oparcia w przepisach rozporządzenia wykonawczego. Po złożeniu przez K. W. (1), zlecającą U. S. pracę zarobkową w Polsce i w Niemczech, wniosków w organie rentowym o wydanie poświadczeń A1 organ ten nie przeprowadził żadnego postępowania wyjaśniającego i dowodowego, czy deklarowany w tym wniosku sposób wykonywania pracy odpowiada treści zawartych przez strony umów oraz czy jest realizowany w tym kształcie w rzeczywistości. Stronom zostało wydane szereg zaświadczeń A1 bez przeprowadzenia uprzedniego obligatoryjnego etapu tymczasowego określenia ustawodawstwa. Po jakimś czasie organ wszczął z urzędu kontrolę i w jej wyniku w oparciu o art. 5 ust. 2 rozporządzenia wykonawczego (mimo braku wątpliwości ze strony instytucji niemieckiej) uznał, że we wnioskowanych okresach U. S. nie powinna podlegać polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych. Także i w tym przypadku organ nie uczynił tego z zachowaniem procedury przewidzianej w art. 16 rozporządzenia wykonawczego, do czego był zobowiązany, skoro decyzję o wyłączeniu stosowania wobec U. S. polskiego ustawodawstwa w zakresie ubezpieczeń społecznych oparł o przepis art. 13 rozporządzenia podstawowego i 14 rozporządzenia wykonawczego. Organ wydał w tym przypadku decyzję ostateczną, pomijając etap tymczasowego określenia ustawodawstwa i zmierzając w ten sposób do wywołania skutku sprzecznego z kardynalną zasadą koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego, tj. wyłączenia zainteresowanej w spornych okresach z jakiegokolwiek ustawodawstwa w zakresie ubezpieczeń społecznych. Taki bowiem skutek nastąpiłby w przypadku prawomocnego oddalenia odwołania w niniejszej sprawie, co należy uznać za niedopuszczalną praktykę

na gruncie cytowanych wyżej przepisów. W tym kontekście nie zasługuje na aprobatę fakt odmowy podjęcia działań reformacyjnych przez organ rentowy w przedmiotowej sprawie po wydaniu cytowanego wyżej wyroku przez Sąd Apelacyjny w Gdańsku na tożsamym stanie faktycznym.

Następnie Sąd Okręgowy wskazał, że kwestie związane ze stosowaniem art. 16 rozporządzenia wykonawczego zostały przedstawione m.in. w wyroku Sądu Najwyższego z 6 czerwca 2013r., II UK 333/12 (OSNP 2014 nr 3, poz. 47). Sąd Najwyższy stwierdził, że nie jest dopuszczalna ocena stosunku prawnego stanowiącego tytuł ubezpieczenia społecznego w innym państwie członkowskim przez instytucję miejsca zamieszkania osoby wnoszącej o ustalenie właściwego ustawodawstwa, ponieważ stwierdzenia spełnienia warunków ubezpieczenia społecznego w systemie prawnym państwa wykonywania pracy podlegającym koordynacji na podstawie rozporządzenia nr 883/2004 dokonują organy właściwe do stosowania tego prawa. Oznacza to, że polski organ rentowy (jako instytucja właściwa według miejsca zamieszkania wnioskodawcy) nie ma kompetencji do oceny spełnienia warunków objęcia wnioskodawcy ubezpieczeniem społecznym w innym państwie członkowskim z tytułu wykonywania tam pracy najemnej. Podobny wniosek tyczy się kwestii oceny marginalności pracy wykonywanej przez zainteresowanego w jednym z państw członkowskich (art. 14 ust. 5b rozporządzenia wykonawczego). Należy zauważyć, że wprowadzając z dniem 8 czerwca 2012r. przepis art. 14 ust. 5b podkreślono jednocześnie, że art. 16 znajduje zastosowanie we wszystkich przypadkach określonych w artykule 14 rozporządzenia wykonawczego. Oznacza to, że także w przypadku, gdy instytucja miejsca zamieszkania zainteresowanego, do której skierowano wniosek o wydanie zaświadczenia A1 na podstawie art. 13 rozporządzenia podstawowego lub która takie zaświadczenie wydała i następnie uzyskała informacje, że zainteresowany nie wykonuje pracy w schemacie przyjętym w tym przepisie lub że praca wykonywana przez zainteresowanego w jednym z państw członkowskich ma charakter marginalny, w związku z czym wydane zaświadczenia A1 mogą podlegać wycofaniu, winien przeprowadzić postępowanie przewidziane w art. 16 rozporządzenia wykonawczego. Powyższą konstatację potwierdzają tezy przedstawione przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 25 listopada 2016r. (I UK 370/15, niepublikowane). Sąd Najwyższy wskazał, że w sytuacji, gdy zachodzą podstawy do badania, czy praca zainteresowanego nie miała charakteru marginalnego, to niewątpliwie ostateczną decyzję o stosowaniu ustawodawstwa miejsca zamieszkania lub o braku podstaw do stosowania ustawodawstwa miejsca zamieszkania wydaje instytucja ubezpieczenia społecznego kraju, w którym złożono wniosek o ustalenie właściwego ustawodawstwa. Jednak w takiej sprawie powinno najpierw dojść do ustalenia właściwego ustawodawstwa w drodze decyzji tymczasowej, doręczonej właściwemu organowi zagranicznemu na podstawie art. 16 ust. 1 rozporządzenia wykonawczego. Dopiero po zaakceptowaniu przez zagraniczną instytucję ubezpieczeniową decyzji tymczasowej lub przeprowadzeniu wzajemnych uzgodnień w drodze procedury koncyliacji, możliwe jest wydanie decyzji ostatecznej. Sąd, w postępowaniu odwoławczym od takiej decyzji, skupia uwagę na zachowaniu właściwej procedury wydania decyzji, gdyż jego kompetencje do oceny stanu prawnego w innym państwie unijnym podlegają ograniczeniom, wynikającym również z konieczności sprawnego i szybkiego załatwiania takich spraw. Jak wskazał Sąd Najwyższy - celem przepisów koordynacyjnych było wprowadzenie mechanizmu efektywnego, transparentnego i szybkiego rozstrzygnięcia sporów o ustalenie właściwego ustawodawstwa. Ze względu na różnice między ustawodawstwami krajowymi co do określenia przedmiotu ubezpieczenia społecznego wprowadzono zasadę, że uwzględnianie okoliczności lub wydarzeń mających miejsce w jednym państwie członkowskim nie może w żaden sposób sprawiać, iż właściwym dla nich stanie się inne państwo ani że będzie się do nich stosować jego ustawodawstwo (pkt 11 preambuły rozporządzenia nr 883/2004). Stwierdzenia spełnienia warunków ubezpieczenia społecznego oraz marginalnego charakteru pracy najemnej w systemie prawnym państwa wykonywania pracy, podlegającym koordynacji na podstawie rozporządzenia nr 883/04, dokonują organy właściwe do stosowania tego prawa. Nie może budzić wątpliwości, zdaniem Sądu Najwyższego, że instytucja miejsca zamieszkania osoby ubiegającej się o ustalenie ubezpieczenia społecznego w innym państwie może powziąć wątpliwości co do określenia mającego zastosowanie ustawodawstwa z uwagi na marginalny charakter takiej pracy w jednym z państw unijnych, lecz trzeba podkreślić, iż może chodzić jedynie o wątpliwości co do określenia ustawodawstwa mającego zastosowanie do wnioskodawcy, z uwzględnieniem art. 13 rozporządzenia nr 883/04 i odpowiednich przepisów art. 14 rozporządzenia nr 987/2009. Wątpliwości tych instytucja miejsca zamieszkania wnioskodawcy nie może sama rozstrzygać, lecz musi dostosować się do trybu rozwiązywania sporów co do ustalenia ustawodawstwa właściwego, wskazanego w szczególności w art. 6, 15 oraz 16 rozporządzenia nr 987/2009, które nakazują zwrócić się - w przypadku istnienia

wątpliwości bądź rozbieżności - do instytucji innego państwa członkowskiego. Instytucje niezwłocznie dostarczają lub wymieniają między sobą wszystkie dane niezbędne dla ustanowienia i określenia praw i obowiązków osób, do których ma zastosowanie rozporządzenie podstawowe. Jak dalej wskazał Sąd Najwyższy - poinformowanie przez osobę wykonującą pracę w dwóch lub więcej państwach członkowskich instytucji wyznaczonej przez właściwą władzę państwa członkowskiego, w którym ma miejsce zamieszkania, wymaga - ze względu na zaistnienie czynnika ponadkrajowego w ubezpieczeniu społecznym - zastosowania procedury przestrzegającej właściwości i kompetencje instytucji ubezpieczeń społecznych, przewidzianej w przepisach art. 16 rozporządzenia nr 987/2009. Informacja, o której mowa, jest podstawą do niezwłocznego, lecz tylko wstępnego i tymczasowego ustalenia dla niej ustawodawstwa właściwego, stosownie do zasad kolizyjnych ustalonych w art. 13 rozporządzenia podstawowego. O tymczasowym określeniu prawa, według którego obejmuje się tę osobę ubezpieczeniem społecznym, instytucja miejsca zamieszkania wnioskodawcy informuje wyznaczone instytucje państwa, w którym wykonywana jest praca. Od tej chwili biegnie termin dwóch miesięcy, w czasie których przynajmniej jedna z zainteresowanych instytucji może poinformować instytucję miejsca zamieszkania o niemożności zaakceptowania ustalonego ustawodawstwa lub o swojej odmiennej opinii w tej kwestii. Gdy to nie nastąpi, tymczasowe określenie ustawodawstwa staje się ostateczne.

U podstaw faktycznych zaskarżonej w niniejszej sprawie decyzji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych leży ustalenie przez ten organ, że praca wykonywana przez U. S. na terenie Polski miała charakter marginalny, a w związku z tym nie zostały spełnione warunki do podlegania przez nią ustawodawstwu polskiemu w okresach objętych zakresem postępowania. Jak wynika z przepisów rozporządzenia wykonawczego oraz też przywołanego wyżej wyroku Sądu Najwyższego organ rentowy po dokonaniu tego rodzaju ustaleń, które wskazywały na marginalny charakter pracy wykonywanej przez U. S. na terenie Polski, winien był wydać decyzję określając tymczasowo, że do okresów ubezpieczenia U. S. z tytułu umowy zlecenia nie znajduje zastosowania polskie ustawodawstwo i o wydaniu tej decyzji zawiadomić instytucję niemiecką, tak by mogła ona przeprowadzić postępowanie we własnym zakresie. Jeśli instytucja niemiecka dostrzegłaby podstawy do objęcia U. S. niemieckim ustawodawstwem w związku ze świadczoną przez nią pracą na terenie Niemiec, to mimo negatywnego rozstrzygnięcia instytucji polskiej tj. wyłączenia z polskiego ustawodawstwa nie doszłoby do naruszenia zasady jedności w przypadku U. S. i pozostawienia jej poza system ubezpieczenia społecznego jakkolwiek z państw członkowskich w ujętym w decyzji okresie.

Ze względów wskazanych powyżej - z uwagi na niezastosowanie przez organ rentowy trybu postępowania przewidzianego w art. 16 rozporządzenia wykonawczego obowiązkowego przy badaniu podstaw do stosowania wobec osoby zainteresowanej regulacji art. 13 rozporządzenia podstawowego oraz z uwagi na wyrażoną w preambule rozporządzenia 883/2004 oraz w art. 11 ust. 1 fundamentalną dla zasad koordynacji zasadę jedności ustawodawstwa - w ocenie Sądu I instancji jedynym dopuszczalnym rozstrzygnięciem niniejszego sporu jest ustalenie przez ten Sąd, że do U. S. w spornych okresach znajduje zastosowanie polskie ustawodawstwo, tak jak przyjął też organ wydając na wniosek K. W. (1) zaświadczenia A1.

Przypomnieć ponownie należy, iż zgodnie z treścią art. 13 ust. 1 lit. b (i) rozporządzenia (WE) nr 883/2004 osoba, która normalnie wykonuje pracę najemną w dwóch lub więcej państwach członkowskich, podlega zasadniczo ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym ma miejsce zamieszkania, jeżeli wykonuje znaczną część pracy w tym państwie członkowskim, natomiast jeżeli nie wykonuje znacznej części pracy w państwie członkowskim, w którym ma miejsce zamieszkania, podlega ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym znajduje się siedziba lub miejsce pracy wykonywania działalności przedsiębiorstwa lub pracodawcy, jeżeli jest zatrudniona przez jedno przedsiębiorstwo lub jednego pracodawcę. W art. 14 ust. 5 rozporządzenia (WE) nr 987/2009 w brzmieniu obowiązującym od dnia 28 czerwca 2012r. skonkretyzowano, że do celów stosowania art. 13 ust. 1 rozporządzenia podstawowego osoba, która "normalnie wykonuje pracę najemną w dwóch lub w kilku państwach członkowskich", oznacza w szczególności osobę, która równocześnie lub na zmianę wykonuje jedną lub kilka odrębnych prac w dwóch lub więcej państwach członkowskich w tym samym lub kilku przedsiębiorstwach lub dla jednego lub kilku pracodawców. W przepisie tym wskazano zatem dwie możliwe sytuacje. Pierwsza obejmuje przypadek, gdy pracownik wykonuje pracę w jednym państwie członkowskim i równocześnie podejmuje pracę w jednym albo kilku państwach. To dodatkowe zatrudnienie może następować u tego samego pracodawcy prowadzącego działalność w

kilku państwach członkowskich (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 listopada 2009r., II UK 99/09, OSNP 2011 nr 11-12, poz. 162 oraz z dnia 25 listopada 2009r., I UK 107/09, OSNP 2011 nr 11-12, poz. 165), jak również w związku z zawarciem nowej umowy o pracę z odrębnym pracodawcą. Natomiast druga sytuacja polega na tym, że pracownik wykonuje na zmianę kilka prac przy czym muszą to być prace różnego rodzaju.

Rozróżnienia między art. 12 i art. 13 rozporządzenia podstawowego dotyczy art. 14 ust. 7 rozporządzenia wykonawczego, który stanowi, iż rozstrzygające znaczenie ma w tym zakresie czas trwania pracy w jednym lub więcej państwach członkowskich (bez względu na to, czy ma ona charakter stały, incydentalny czy tymczasowy). W tym celu przeprowadza się ogólną ocenę wszystkich istotnych okoliczności obejmujących w szczególności w przypadku osoby wykonującej pracę najemną, miejsce pracy określone w umowie o pracę. Zasadniczo uznaje się, że z naprzemiennym wykonywaniem pracy najemnej, o którym mowa w art. 13 rozporządzenia podstawowego mamy do czynienia, gdy zmiany są tak częste, że ustalenie właściwego ustawodawstwa na podstawie art. 11 jest niemożliwe bądź znacznie utrudnione (vide: K. Ślebzak, Ustalanie ustawodawstwa tymczasowego na podstawie rozporządzeń 883/2004 oraz 987/2009, PiZS 7/2014 str. 4). Wskazówkę w tym zakresie stanowi m.in. rozstrzygnięcie TSUE w sprawie Format (C-115/11), w którym Trybunał stwierdził, że poszczególne okresy pracy najemnej wyłącznie na terytorium poszczególnych krajów członkowskich nie są objęte dyspozycją art. 13 rozporządzenia podstawowego.

Z ustalonego stanu faktycznego wynika, że umowy o świadczenie usług marketingowych były zawierane przez U. S. i K. W. (1) niekiedy pomiędzy okresami umów o świadczenie usług opiekuńczych, a niekiedy równoległe z tymi umowami - z jedynie z krótkimi okresami poprzedzającymi zawarcie umów o świadczenie usług opieki lub okresami przypadającymi po zakończeniu umów dotyczących opieki. O ile umowy o świadczenie usług opieki zawierały w swej treści zapisy o terytorialności ich wykonania, to już umowy marketingowe takich zapisów były pozbawione, co wskazywało na możliwość ich realizowania w każdym miejscu. Co prawda z punktu widzenia zasad doświadczenia życiowego za mało realną należy uznać wbrew stanowisku skarżącej możliwość rekrutowania kandydatek na opiekunki wśród Polek podczas sprawowania opieki nad osobą starszą w Niemczech. W wątpliwość tym samym należy poddać to, czy częstotliwość zmian rodzaju wykonywanej pracy i miejsca jej wykonywania (jeśli chodzi o teren państwa członkowskiego) odpowiada dyspozycji art. 13 rozporządzenia podstawowego.

Literalna wykładnia art. 12 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 883/2004 prowadzi do sformułowania czterech przesłanek delegowania, a mianowicie:

1) wymogu, aby pracownik w okresie delegowania w dalszym ciągu wykonywał pracę w imieniu swego macierzystego pracodawcy, przy czym pracę w dalszym ciągu uważa się za wykonywaną w imieniu pracodawcy państwa wysyłającego, jeżeli praca ta jest faktycznie wykonywana na rzecz tego pracodawcy, a przez cały okres delegowania utrzymany zostaje tzw. bezpośredni związek między pracownikiem a przedsiębiorstwem, które oddelegowało go do pracy za granicą, zaś ustalenie istnienia takiej więzi między pracownikiem delegowanym a przedsiębiorstwem delegującym wymaga przeanalizowania szeregu czynników, w tym między innymi kwestii odpowiedzialności za rekrutację pracownika, odpowiedzialności za jego wynagrodzenie, umowy o pracę, uprawnienia do określenia charakteru pracy, czy zasad zwolnienia pracownika;

2) wymogu, aby pracodawca delegujący pracownika za granicę normalnie prowadził swoją działalność na terytorium państwa wysyłającego, przy czym wymaganiem to spełnia pracodawca zazwyczaj prowadzący znaczną część działalności, innej niż działalność związana z samym zarządzaniem wewnętrznym, na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, z uwzględnieniem wszystkich kryteriów charakteryzujących działalność prowadzoną przez dane przedsiębiorstwo, a dla ustalenia, czy przedsiębiorstwo prowadzi znaczącą część działalności na terytorium państwa wysyłającego, konieczne jest zbadanie wszystkich elementów charakteryzujących działalność prowadzoną przez te przedsiębiorstwo;

3) wymogu, aby delegowanie miało charakter tymczasowy, a więc aby praca wykonywana w innym państwie była ograniczona w czasie i nie przekraczała maksymalnego okresu 24 miesięcy;

4) wymogu, aby pracownik delegowany nie był wysyłany do pracy za granicę w zastępstwie innego pracownika.

Dla weryfikacji, czy wykonywanie pracy przez U. S. w okresach spornych na terenie Niemiec spełniałoby warunki delegowania z art. 12 rozporządzenia podstawowego, w pierwszym rzędzie konieczne było rozważenie, czy przepis ten może odnosić się do osoby wykonującej pracę na podstawie umowy cywilnoprawnej o świadczenie usług (umowy zlecenie). K. Ślebzak w publikacji *Koordinacja Systemów Zabezpieczenia Społecznego. Komentarz* wyraził pogląd, że choć na gruncie przepisów dot. koordynacji pojęcie pracy najemnej jest rozumiane bardzo szeroko, to jednak wykonywanie pracy najemnej w ramach umowy zlecenia nie powinno kwalifikować się do objęcia dyspozycją art. 12 rozporządzenia podstawowego z uwagi na brak ścisłego związku w takim przypadku między delegowanym a delegującym przedsiębiorstwem. Niewątpliwie U. S. jak i inne zatrudnione przez K. W. (1) opiekunki były związane z nią umowami cywilnoprawnymi o świadczenie usług (umowami zlecenie). Umowy zlecenie określały zakres obowiązków wchodzących w przedmiot umowy dot. sprawowania opieki. Ani U. S., ani K. W. (1) nie kwestionowały tego, że wyznaczenie bieżących zadań następowało przez niemiecką rodzinę. Był zachowany kontakt między opiekunką pracującą w Niemczech a pracownikami agencji opieki, ale dotyczył on raczej kwestii organizacyjnych, niż bieżącego kierownictwa. Z drugiej jednak strony, to K. W. (1) zajmowała się rekrutacją opiekunek, określała warunki ich pracy, była zobowiązana wypłacać wynagrodzenie. W sytuacji niewłaściwego wywiązywania się z obowiązków przez opiekunkę ona rozwiązywała umowę, co wskazuje na bieżące i ścisłe związanie z dającym zlecenie a nie rodziną niemiecką, na rzecz której usługa była wykonywana. Potwierdziła to wprost słuchana jako strona K. W. (1) wskazując na zależności pomiędzy nią a podmiotem, na rzecz którego były świadczone usługi opieki oraz pomiędzy nią a ubezpieczoną.

Nadmienić należy, że K. Ślebzak (*ibidem*) odnotowuje, że dopuszczalne jest także szerokie rozumienie „wykonywania działalności jako pracownik najemny” to znaczy w zgodzie z definicją pracy najemnej w cytowanym już wyżej art. 1 ust. 1 rozporządzenia 883/2004, obejmującego swą treścią wszelką pracę lub sytuację równoważną traktowaną jako taką do celów stosowania ustawodawstwa w zakresie zabezpieczenia społecznego państwa członkowskiego, w którym taka praca lub sytuacja równoważna ma miejsce i nie jest to działalność na własny rachunek (z uwagi na odrębne zasady koordynacji co do tych ostatnich osób).

Sąd I instancji podkreślił, że żadnych wątpliwości co do możliwości wydania zaświadczenia A1 wysłanemu do pracy do innego kraju członkowskiego zleceniobiorcy nie miał pozwany organ rentowy, skoro wydał ubezpieczonej zaświadczenia A1 .

Tym samym zdaniem Sądu, mając na uwadze szeroką definicję pracy najemnej wynikającą z treści art. 1 ust. 1 rozporządzenia 883/2004, także osobę zatrudnioną na podstawie umowy cywilnoprawnej o świadczenie usług można delegować do wykonywania pracy w innym kraju członkowskim na podstawie art. 12, oczywiście o ile zostaną spełnione pozostałe warunki tegoż delegowania.

Wśród tych pozostałych warunków określonych w treści art. 12 rozporządzenia podstawowego jest m.in. warunek normalnego prowadzenia działalności przez przedsiębiorcę w kraju, z którego deleguje pracowników.

Przepisem wykonawczym do art. 12 ust. 1 rozp. 883/2004 jest między innymi art. 14 ust. 2 rozp. 987/2009, który stanowi, że za pracodawcę, który normalnie prowadzi swą działalność należy rozumieć pracodawcę „zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności, innej niż działalność związana z samym 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”. Zasadnicze znaczenie ma więc wyjaśnienie pojęcia „normalne prowadzenie działalności” (art. 12 ust. 1 rozp. 883/2004) i wyjaśniającego je określenia „prowadzenie przez pracodawcę zazwyczaj znacznej części działalności, innej niż działalność związana z samym zarządzeniem wewnętrznym, na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma on swoją siedzibę” (art. 14 ust. 2 rozp. 987/2009). Treść powyższych przepisów nie pozostawia wątpliwości, że przy ocenie, czy pracodawca (zleceniodawca) prowadzi normalną działalność, a zatem znaczną część działalności

innej niż działalność związana z samym zarządzaniem wewnętrznym na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, należy uwzględnić wszystkie kryteria charakteryzujące jego działalność. Warunki te określa także decyzja A2 Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego. Akt ten nie ma charakteru źródła prawa Unii Europejskiej w rozumieniu traktatowym, lecz jest aktem informacyjno-pomocniczym, wydanym przez Komisję Administracyjną na podstawie art. 72 lit. a i b rozp. 883/2004 w ramach jej zadań dotyczących wykładni i usprawniania jednolitego stosowania prawa Unii Europejskiej (zob. D. Dzienisiuk, Charakter prawny decyzji Komisji Administracyjnej do Spraw Zabezpieczenia Społecznego, Ubezpieczenia Społeczne 2011 nr 1-2; K. Ślebzak, Koordynacja systemów zabezpieczenia społecznego, Komentarz 2012, s. 295). W decyzji wskazuje się, że decydującym warunkiem dla zastosowania art. 12 ust. 1 rozp. 9 883/2004 jest istnienie więzi między pracodawcą (tu zleceniodawcą) a państwem członkowskim, w którym ma on swoją siedzibę. Możliwość delegowania pracowników powinna zatem ograniczać się wyłącznie do przedsiębiorstw, które normalnie prowadzą swą działalność na terytorium państwa członkowskiego, którego ustawodawstwu nadal podlega pracownik delegowany. Z tego względu przyjmuje się, że powyższe przepisy mają zastosowanie jedynie do przedsiębiorstw, które zazwyczaj prowadzą znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego, w którym mają siedzibę. Dlatego w celu ustalenia, w razie potrzeby i w razie wątpliwości, czy pracodawca zazwyczaj prowadzi znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, instytucja właściwa w tym państwie zobowiązana jest zbadać wszystkie kryteria charakteryzujące działalność prowadzoną przez tego pracodawcę, w tym miejsce, w którym przedsiębiorstwo ma swą zarejestrowaną siedzibę i administrację, liczebność personelu administracyjnego pracującego w państwie członkowskim, w którym pracodawca ma siedzibę, oraz w drugim państwie członkowskim, miejsce, w którym rekrutowani są pracownicy delegowani, i miejsce, w którym zawierana jest większość umów z klientami, prawo mające zastosowanie do umów zawartych przez przedsiębiorstwo z jednej strony z pracownikami i z drugiej strony z klientami, obroty w odpowiednio typowym okresie w każdym z państw członkowskich, których rzecz dotyczy, oraz liczbę umów wykonanych w państwie wysyłającym. W decyzji podkreśla się też, że „wykaz ten nie jest wyczerpujący, ponieważ kryteria powinny być dostosowane do każdego konkretnego przypadku i powinny uwzględniać charakter działalności prowadzonej przez przedsiębiorstwo w państwie, w którym ma ono siedzibę” (pkt 1 decyzji A2). Podobnie zagadnienie to wyjaśnione zostało w publikacji Komisji Europejskiej pt. „Praktyczny poradnik: Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej (UE), w Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) i w Szwajcarii” . Stwierdza się w nim, że fakt prowadzenia znacznej części działalności w państwie delegującym można sprawdzić poprzez szereg obiektywnych czynników, przy czym następujące czynniki są szczególnie istotne: miejsce, w którym delegujące przedsiębiorstwo ma swą zarejestrowaną siedzibę i administrację; liczebność personelu administracyjnego delegującego przedsiębiorstwa pracującego w państwie delegującym i w państwie zatrudnienia, przy czym obecność wyłącznie personelu administracyjnego w państwie delegującym wyklucza możliwość zastosowania do tego przedsiębiorstwa przepisów dotyczących delegowania; miejsce, w którym rekrutowani są pracownicy delegowani; miejsce, w którym zawierana jest większość umów z klientami; prawo mające zastosowanie do umów zawartych przez delegujące przedsiębiorstwo z pracownikami i z klientami; liczba umów wykonanych w państwie delegującym i w państwie zatrudnienia; obroty 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. Praktyczny poradnik nie ma waloru wiążącego, niemniej wskazuje na pewną unijną praktykę wykładni art. 14 ust. 2 rozp. 987/2009 i z tego względu nie może być pomijany w procesie stosowania prawa, choćby ze względu na zasadę solidarności państw członkowskich. Uzyskiwanie 25% obrotu w państwie siedziby przedsiębiorstwa delegującego stanowi wyłącznie sugestię 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.

W tym zakresie niezwykle istotne znaczenie ma wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 listopada 2015r. (II UK 100/14) wydany w składzie siedmiu sędziów. Sąd Najwyższy stwierdził w tym wyroku, że w celu ustalenia, iż przedsiębiorstwo prowadzi normalną działalność (w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004, czy też znaczną część działalności innej niż zarządzanie wewnętrzną (w rozumieniu art. 14 ust. 1 rozporządzenia nr 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. Z uzasadnienia wyroku wynika, że kryterium obrotu nie jest warunkiem bezwzględnie przesądzającym, bo należy uwzględniać wszystkie kryteria. Porównywanie skali działalności w państwie siedziby i państwie miejsca wykonywania pracy przez pracownika delegowanego ma jedynie znaczenie pomocnicze.

Sąd Najwyższy w cytowanym orzeczeniu stwierdził ponadto, że 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. Należy też dodać, że podstawowym celem wyżej wskazanej oceny jest ustalenie, czy przedsiębiorstwo delegujące prowadzi w Polsce normalnie swoją działalność (art. 12 ust. 1 rozp. 883/2004, co oznacza prowadzenie w Polsce znacznej części działalności (art. 14 ust. 2 rozp. 987/2009). Określenie „znaczna część działalności” należy przy tym, jak wynika z innych wersji językowych rozp. 15 987/2009, a także z wyroku F. rozumieć jako „znacząca działalność”. Jest ono bowiem równoznaczne z użytymi w innych wersjach językowych art. 14 ust. 2 rozp. 987/2009 i orzeczenia F. określeniami: ang. „substantial activities”, franc. „activités substantielles”, niem. „nennenswerte T.”, wł. „attività sostanziali”, czesk. „podstatné činnosti”. Należy dodać, że także w polskiej wersji językowej dyrektywy 2014/67/UE 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 używa się określenia „znacząca działalność inna niż działalność zarządcza lub administracyjna o charakterze wyłącznie wewnętrznym” (np. art. 4. ust. 2). Wynika stąd, że pierwszoplanowe znaczenie ma obiektywne ustalenie, czy przedsiębiorstwo rzeczywiście prowadzi w państwie swojej siedziby normalną, rzeczywistą działalność, zaś porównanie skali tej działalności w państwie siedziby i państwie miejsca wykonywania pracy przez pracownika delegowanego ma jedynie znaczenie pomocnicze. Jednocześnie, dla stwierdzenia, czy działalność ta jest znacząca we wskazanym sensie, instytucja właściwa, i ewentualnie sąd, powinny, jak wynika z literalnego brzmienia orzeczenia w sprawie 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.

Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z 17 listopada 2016r. (II UK398/15) aprobującym tezy wyroku z dnia 18 listopada 2015r. (II UK 100/14) - tylko wtedy, gdy przedsiębiorca ogranicza swoją działalność gospodarczą w Polsce wyłącznie do czynności zarządzania wewnętrznego, to nie może oczekiwać, że zwerbowani pracownicy tymczasowi delegowani do pracy w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej będą podlegać polskiemu ustawodawstwu ubezpieczeń społecznych.

Mając powyższe poglądy na uwadze oraz wyniki przeprowadzonego w sprawie postępowania dowodowego, Sąd I instancji stwierdził, że przedsiębiorstwo prowadzone przez K. W. (1) spełnia kryterium prowadzenia znaczącej działalności w Polsce. Przypomnieć należy, iż K. W. (1) zarejestrowała i prowadziła równolegle w spornym okresie działalność gospodarczą o różnych przedmiotach. Podstawowym profilem działalności K. W. (1) było i jest świadczenie usług z zakresu szeroko pojętej obsługi księgowości firmy w ramach doradztwa rachunkowego. W związku z tym rodzajem działalności K. W. (1) jest związana szeregiem długoterminowych umów z klientami (w zestawieniu danych przedstawionych przez płatnika są to umowy na sprzedaż usług w Polsce), do realizowania których zatrudniała pracowników na podstawie umowy o pracę. W związku zaś z nowym profilem działalności K. W. (1) w postaci świadczenia usług z tytułu opieki nad osobami starszymi K. W. (1) zatrudniała jedną osobę na etacie w Polsce oraz zleceniobiorców, których delegowała do wykonywania usług do Niemiec, jak również zatrudniała ich do wykonywania usług rekrutacyjnych na terenie Polski. Zestawienie stanu zatrudnienia w Polsce i w Niemczech również nie wskazuje na diametralne różnice w liczebności personelu na terenie każdego z państw. Nie sposób bowiem pominąć faktu tymczasowości świadczonych usług opieki i braku stabilności co do przewidywanych dochodów związanych z charakterem tego rodzaju działalności i jej specyfiką, co przekładało się tak na formę nawiązywania współpracy o opiekę (umowy zlecenia - nie umowy o pracę) jak i uzasadniało nawiązywanie umów rekrutacyjnych, aby zwiększyć bazę danych opiekunek i tym samym możliwość podejmowania nawet krótkoterminowych zadań opiekuńczych. Jak wynika z analizy stanu sprawy umowy z klientami niemieckimi na sprzedaż usług (...) zawierała drogą korespondencyjną, a do postanowień tych umów znajdowało zastosowanie polskie prawo. Nie uszło uwadze Sądu, iż zestawienie obrotów osiągniętych przez K. W. (1) z tytułu działalności świadczonej na terenie Polski i na terenie Niemiec wskazuje na ich dysproporcję na rzecz obrotów w Niemczech. Nie mniej jednak obroty w Polsce, które kształtują się mniej więcej na poziomie 10% obrotów osiągniętych przez K. W. (1) w Niemczech, są w związku z tym w ocenie Sądu obrotami godnymi odnotowania i świadczącymi wespół z pozostałymi okolicznościami o prowadzeniu przez K. W. (1) działalności gospodarczej w Polsce w znaczącym wymiarze. Nie sposób w tym zakresie nie zgodzić się ze skarżącą iż wielkość obrotów osiągniętych z tytułu realizacji kontaktów na runku niemieckim nie jest tylko wynikiem liczby realizowanych zleceń, ale przede wszystkim wynika z różnej siły nabywczej pieniądza. Bezsprzecznie zaś stan sprawy daje podstawę do stwierdzenia, iż skarżąca prowadzi działalność gospodarczą w Polsce, umowy doradztwa podatkowego i rachunkowego realizowane są w Polsce i dla polskich kontrahentów, w tym celu utrzymywane jest biuro i zatrudniani pracownicy, mają one charakter długoterminowy i zapewniają stałe, konkretne i przewidywalne dochody uzyskiwane w Polsce na podstawie umów realizowanych w Polsce.

Mając na uwadze pozostałe kryteria delegowania na podstawie art. 12 rozporządzenia 883/2004 należy także zauważyć, że U. S. podjęła wykonywanie pracy najemnej w Niemczech po upływie miesiąca podlegania ubezpieczeniom społecznym w Polsce, a okres jej delegowania nie przekroczył 24 miesięcy. W toku postępowania dowodowego nie zostały także ujawnione okoliczności, na podstawie których byłyby podstawy do uznania, iż ubezpieczona została wysłana do Niemiec w celu zastąpienia innego zleceniobiorcy.

Sąd Okręgowy jeszcze raz podkreślił, że w jego ocenie w niniejszej sprawie doszło do wydania przez organ rentowy decyzji o wyłączeniu U. S. z polskiego ustawodawstwa z uchybieniem treści art. 16 rozporządzenia 987/2009, jak również bez uchylenia uprzednio wydanych zaświadczeń A1, co uzasadnia stwierdzenie, iż odwołanie polega uwzględnieniu, choć z innych przyczyn niż podnoszone przez skarżącą, o czym Sąd I instancji na podstawie cytowanych wyżej przepisów oraz na podstawie art. 477¹⁴ §2 kpc rozstrzygnął jak w punkcie 1. wyroku. Konsekwencją zaś uwzględnienia odwołania był rozstrzygnięcie przez Sąd w punkcie 2 wyroku w przedmiocie wniosku o zasądzenie kosztów postępowania. Na podstawie art. 108 kpc w zw. z art. 98 kpc oraz mając na uwadze przepisy § 11 ust. 2 oraz § 2 ust. 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu z dnia 28 września 2002r. (Dz.U. nr 163 poz. 1349 ze zm.) obowiązujące na datę złożenia odwołania, Sąd Okręgowy zasądził pod pozwanego organu rentowego na rzecz ubezpieczonej kwotę 60 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w stawce minimalnej, mając również na uwadze fakt, iż w tożsamyh sprawach takie koszty były już zasądzone pełnomocnikowi ubezpieczonej.

Na marginesie wskazano, iż co prawda skarżąca sygnalizowała, iż organ rentowy podjął próbę przeprowadzenia procedury uzgodnieniowej z instytucją ubezpieczeniową niemiecką, ale żadnych informacji o wyniku przeprowadzonych uzgodnień organ nie przedłożył na etapie do zamknięcia rozprawy, a nadto rolą Sądu jest ocena prawidłowości i legalności wydania zaskarżonej decyzji na datę jej podejmowania przez organ rentowy. Na tamtym etapie postępowania wydanie decyzji odmownej w sposób ewidentny bez przeprowadzenia wskazanych procedur uzgodnieniowych wskazuje, iż choćby z tego względu zaskarżona decyzja w polskim obrocie prawnym nie mogła się ostać w kształcie wskazanym przez organ rentowy.

Organ rentowy złożył apelację od opisanego wyroku, zaskarżając go w całości i zarzucając mu:

- błędną wykładnię art. 13 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 w związku z art. 16 rozporządzenia wykonawczego poprzez uznanie, iż organ rentowy nie zastosował w toku swojego postępowania właściwej procedury stosowania art. 13 rozporządzenia podstawowego do czego obliguje go art. 16 rozporządzenia;
- niewłaściwe zastosowanie art. 12 rozporządzenia podstawowego poprzez uznanie iż istnieją podstawy do wydania A1;
- błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, iż w stosunku do ubezpieczonej zachodzą przesłanki zastosowania art. 12 rozporządzenia nr 883/2004 w sytuacji, gdy płatnik nie spełnia warunków „normalnie prowadzi działalność” na terytorium państwa wysyłającego
- art. 16 art. 12 rozporządzenia podstawowego procedury ustalenia tymczasowego ustawodawstwa, podczas gdy Sąd pominął fakty dotyczące wykonywania umowy zlecenia w Polsce o marginalnym charakterze i celowe działanie płatnika w tym zakresie, a organ wskazał w zaskarżonej decyzji ustawodawstwo właściwe.

Wskazując na te zarzuty pozwany wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości i oddalenie odwołania, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd I instancji, a ponadto o zasądzenie na rzecz pozwanego kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu apelacji wywodzono, że z przedstawionych przez płatnika dokumentów (tj. kopii umów zleceń, poleceń wyjazdu, oświadczeń ubezpieczonego i kart wynagrodzeń) w toku czynności kontrolnych ustalono, iż wykonywane usługi opieki na terenie Niemiec w znacznym stopniu przewyższały liczbę dni przepracowaną przez ubezpieczoną w Polsce, (324 dni w Niemczech). Z zawartych przez strony umów zleceń jak i oświadczeń ubezpieczonej dotyczących podróży za granicę wynika, iż ubezpieczona w większości przebywała w Niemczech, gdzie świadczyła usługi w charakterze opieki. Fakt ten potwierdza kolejny dokument, tj. oświadczenie dotyczące wyjazdu z miejsca pobytu oraz godzin przekroczenia granicy. Świadczenia usług marketingowych oraz rekrutacyjnych nakłada się na okres wykonywania usług pomocy domowej i pomocy w opiece.

Ustalenia te spowodowały, że U. S. jako zleceniobiorca nie może być uznana za osobę wykonującą pracę na terenie dwóch państw Unii Europejskiej nie ma do niej zastosowanie art. 13 rozporządzenia 883/2004. Taka klasyfikacja powoduje, iż w oparciu o art. 11 ust. 3 rozporządzenia podstawowego we wskazanym w decyzji okresie ubezpieczona podlega ustawodawstwu niemieckiemu.

Zdaniem apelanta, Sąd Okręgowy dokonał błędnej interpretacji przepisów rozporządzeń 883/2004 oraz 987/2009. Sąd I instancji uznał, iż organ rentowy nie mógł poprzestać na wydaniu orzeczenia o treści negatywnej, tj. wyłączonego ubezpieczonego z polskiego ustawodawstwa, lecz powinien wskazać ustawodawstwo mające zastosowanie do ubezpieczonego, a tym samym zastosować wskazaną w tym przepisie procedurę konsultacji swojego ustalenia z instytucją rentową drugiego państwa członkowskiego.

Ponadto Sąd doszedł do przekonania, iż doszło do wydania przez Zakład decyzji o wyłączeniu Ubezpieczonej również bez dokonania przez organ rentowy ustaleń faktycznych co do podstaw do wydania zaświadczenia A1 w oparciu o art. 12 rozporządzenia 883/2004.

Pozwany nie zgodził się z ustaleniami Sądu I instancji. Zgodnie z art. 19 ust. 2 rozporządzenia 987/2009 na wniosek zainteresowanego lub pracodawcy instytucja państwa członkowskiego, którego ustawodawstwo ma zastosowanie zgodnie z przepisami tytułu II rozporządzenia podstawowego, poświadcza że to ustawodawstwo ma zastosowanie, oraz w stosownych przypadkach wskazuje jak długo i na jakich warunkach ma ono zastosowanie. Przepisy nie przewidują wydania zaświadczenia A1 z urzędu. Sąd I uznał, iż przedsiębiorstwo prowadzone przez K. W. (1) spełni kryterium prowadzenia znacznej działalności w Polsce. O tym, czy pracodawca spełnia to kryterium, decydują między innymi wielkość obrotów osiągniętych w kraju i za granicą, a także liczba pracowników wykonujących pracę w państwie wysłania, z wyjątkiem pracowników administracyjnych i zarządzających, oraz ilość umów zawartych w ramach działalności prowadzonej na obszarze tego państwa. Zestawienie obrotów płatnika pokazuje, iż obroty w Polsce kształtują się na poziomie mniejszym niż 10% w stosunku do obrotów osiągniętych w Niemczech. Podobnie kształtuje się zestawienie zatrudnienia.

Mając na uwadze całościowy materiał dowodowy zgromadzony w toku postępowania, Sąd Okręgowy uznał, iż organ rentowy nie zastosował w toku swojego postępowania właściwej procedury stosowania art. 13 rozporządzenia podstawowego do czego obliguje go art. 16 rozporządzenia. Zdaniem Sądu I instancji nie może stanowić podstawy skutecznego wyłączenia Ubezpieczonej z systemu ubezpieczeń społecznych w Polsce, bez jednoczesnego objęcia jej tymi ubezpieczeniami w Niemczech.

Zgodnie z art. 16 ust. 2 rozporządzenia 987/2009 „wyznaczona instytucja państwa członkowskiego miejsca zamieszkania niezwłocznie ustala ustawodawstwo mające zastosowanie do zainteresowanego, uwzględniając art. 13 rozporządzenia podstawowego oraz art. 14 rozporządzenia wykonawczego”. Powyżej wskazane uprawnienie organu rentowego jest rozumiane na gruncie przepisów unijnych o koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego jako ciężący na nim określenia ustawodawstwa mającego zastosowanie w stosunku do zainteresowanego ubezpieczonego. Organ rentowy, wydając decyzję wyłączającą ubezpieczonego z polskiego systemu ubezpieczeń społecznych, wskazał, jaki system ubezpieczeń społecznych znajduje zastosowanie wobec ubezpieczonego. Biorąc pod uwagę fakt toczącego się postępowania sądowego, organ rentowy, jako instytucja właściwa wstrzymała się od poinformowania instytucji państw członkowskiego w oczekiwaniu na rozstrzygnięcie sporu poprzez prawomocny wyrok Sądu.

Generalnie zasadą jest, iż tylko organ danego kraju może stwierdzić arbitralnie i wiążąco jedynie podleganie ustawodawstwu tego państwa w imieniu którego działa, natomiast podleganie ustawodawstwu innego państwa może ustalić jedynie pośrednio poprzez wydanie decyzji stwierdzającej niepodleganie ustawodawstwu swojego państwa. Taki tryb postępowania został przyjęty w niniejszym postępowaniu.

Sąd uznał m.in., że z uwagi na zasadę terytorialności, instytucja miejsca zamieszkania zainteresowanego nie jest uprawniona do określenia jako właściwego ustawodawstwa innego państwa członkowskiego. Zdaniem Sądu I instancji mogłoby to doprowadzić do wyłączenia danej osoby z jakiegokolwiek ustawodawstwa w zakresie ubezpieczeń społecznych, w sytuacji gdy osoba zostałaby wyłączona z ubezpieczeń w Polsce i nie została objęta ubezpieczeniami w innym państwie członkowskim. Natomiast w świetle art. 16 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009, wyznaczona instytucja państwa członkowskiego miejsca zamieszkania niezwłocznie ustala ustawodawstwo mające zastosowanie do zainteresowanego, uwzględniając art. 13 rozporządzenia podstawowego oraz art. 14 rozporządzenia wykonawczego. Takie wstępne określenie mającego zastosowanie ustawodawstwa ma charakter tymczasowy. Instytucja ta informuje wyznaczone instytucje każdego państwa członkowskiego, w którym wykonywana jest praca, o swoim tymczasowym określeniu. W związku z tym, w opinii pozwanego Zakład nie może poprzestać jedynie na stwierdzeniu, że polskie ustawodawstwo nie ma w danym przypadku zastosowania, ale jest zobowiązany do ustalenia i wskazania ustawodawstwa, które ma w danym przypadku zastosowanie wobec osoby zainteresowanej.

Jeśli bowiem Zakład miałby jedynie wskazać, że polskie ustawodawstwo nie ma w danym przypadku zastosowania, i miałby nie wskazywać, które ustawodawstwo jest właściwe, doprowadziłoby to do dalszych komplikacji związanych z ustaleniem, którego państwa ustawodawstwo jest właściwe. W szczególności nastąpiłoby to w sytuacji, gdy osoba wykonywałaby pracę najemną lub pracę na własny rachunek w Polsce oraz jeszcze w dwóch lub więcej państwach członkowskich. W takim przypadku, Zakład pomimo poinformowania wszystkich właściwych w danym

przypadku instytucji zagranicznych o tym, że polskie ustawodawstwo nie jest właściwe, w dalszym ciągu nie ustaliby mającego zastosowanie ustawodawstwa, do ustalenia którego jest zobowiązany w świetle art. 16 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009. Nie byłoby w tym przypadku również jasne, w jaki sposób ustawodawstwo miałyby następnie zostać ustalone, jeśli instytucje zagraniczne otrzymałyby jedynie informację o tym, że polskie ustawodawstwo nie ma zastosowania wobec osoby zainteresowanej. Osoba zainteresowana nie otrzymałaby natomiast prawidłowej informacji o tym, jakie ustawodawstwo faktycznie ma mieć wobec niej zastosowanie.

Pozwany wywodził, że dokonując ustalenia ustawodawstwa, tymczasowo lub ostatecznie, Zakład stwierdza jedynie, że wobec danej osoby zastosowanie mają przepisy z zakresu zabezpieczenia społecznego, obowiązujące w państwie, którego ustawodawstwo zostało ustalone jako właściwe. Zakład nie rozstrzyga zatem władczo o objęciu danej osoby ubezpieczeniem w innym państwie członkowskim, a jedynie stwierdza, że zastosowanie wobec tej osoby będą miały przepisy z zakresu zabezpieczenia społecznego tego państwa, na podstawie których może nastąpić objęcie ubezpieczeniem. To, czy osoba zostanie objęta ubezpieczeniem w tym państwie, czy też nie, będzie zatem zależało od przepisów prawa krajowego, obowiązujących w danym państwie, nie zaś od „władczej” decyzji Zakładu. Jeśli nie wpłynie sprzeciw instytucji zagranicznej a strona lub strony nie kwestionują ustalonego ustawodawstwa, nie doprowadzi to nigdy do objęcia ubezpieczeniami dwóch państw członkowskich.

Nie powinny również występować przypadki, w których wobec danej osoby nie zostanie ustalone żadne ustawodawstwo właściwe, ponieważ szczególne sytuacje powinny być rozwiązywane w trybie art. 16 ust. 4 rozporządzenia nr 987/2009.

Należy jednocześnie podkreślić, że zasady, wedle których instytucja państwa zamieszkania ustala ustawodawstwo nawet innego państwa członkowskiego, zostały podtrzymane w projekcie zmian do rozporządzenia nr 987/2009. Z tą różnicą, że w przypadku, gdy instytucja miejsca zamieszkania ustali jako właściwe ustawodawstwo swojego państwa, dokonuje tego ustalenia od razu ostatecznie. Podtrzymano jednak ustalenie ustawodawstwa tymczasowego, w przypadku, gdy zostanie ustalone jako właściwe ustawodawstwo innego państwa członkowskiego. Zatem, w obu przypadkach dokonując tego ustalenia należy wskazać, które ustawodawstwo jest właściwe.

W ocenie Sądu Okręgowego kardynalne znaczenie ma to, że organ rentowy nie zastosował przed wydaniem zaświadczenia A1, ani też przed wydaniem decyzji wycofującej wydane zaświadczenie A1, właściwej procedury stosowania art. 13 rozporządzenia nr 883/2004, do czego obliguje go art. 16 rozporządzenia nr 987/2009. Jednakże, zdaniem pozwanego zastosował powyższą procedurę. W świetle orzeczenia ETS w sprawie Format (C-115/11), instytucja wydająca zaświadczenie ma obowiązek dokonania prawidłowej oceny faktów mających znaczenie dla zastosowania reguł określania właściwego ustawodawstwa, a tym zagwarantowania, że informacje podane w zaświadczeniu będą prawdziwe. Jednocześnie jednak, zaświadczenie A1 potwierdzane na podstawie art. 13 rozporządzenia nr 883/2004, wydawane jest na okres przyszły, na bazie pewnej prognozy, przypuszczalnych danych, tj. oszacowania sytuacji, jaka prawdopodobnie będzie miała miejsce w trakcie okresu, na który zaświadczenie zostanie potwierdzone.

Natomiast według zapisów w Praktycznym poradniku, instytucja w państwie członkowskim zamieszkania musi ustalić mające zastosowanie ustawodawstwo. Instytucja właściwa w państwie członkowskim, którego ustawodawstwo uznano za mające zastosowanie, niezwłocznie informuje o tym fakcie osobę zainteresowaną. Może to zrobić za pomocą pisma lub dokumentu A1. Jednakże, poradnik wskazuje, że zaświadczenie może zostać wydane w formie tymczasowej lub ostatecznej. Instytucja może również zdecydować o wydaniu od razu ostatecznego dokumentu A1. I takie postępowanie przyjęto w niniejszej sprawie. Następnie wydano decyzje, od których zostały wniesione odwołania do sądu. W związku z tym, dopóki postępowanie sądowe nie zostanie zakończone, nie ma możliwości objęcia danej osoby systemem zabezpieczenia społecznego innego państwa członkowskiego.

Natomiast w przypadku, gdyby odwołanie nie zostało złożone, objęcie ubezpieczeniem w innym państwie członkowskim byłoby możliwe dopiero po uprawomocnieniu się decyzji o niepodleganiu polskiemu ustawodawstwu.

W odpowiedzi na apelację płatnik wniósł o jej oddalenie i o zasądzenie od organu rentowego zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm prawem przepisanych.

W uzasadnieniu stanowiska skarżąca wywodziła, że apelacja jest bezzasadna. Nie ma racji organ rentowy podnosząc, iż sąd pierwszej instancji dokonał błędnej interpretacji unijnych przepisów o koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego w zakresie uregulowanej w art. 16 rozporządzenia wykonawczego 987/2009 procedury koordynacji. Sąd I instancji w uzasadnieniu wyroku w sposób wyczerpujący i logiczny, opierając się przy tym na obowiązujących przepisach prawa oraz ich wykładni zaprezentowanej w orzecznictwie i piśmiennictwie prawnym wyjaśnił na czym polega prawidłowe zastosowanie procedury z art. 16 rozporządzenia wykonawczego 987/2009 oraz jakich uchybień dopuścił się w tym zakresie organ rentowy.

Nie powinno budzić żadnych wątpliwości, iż organ rentowy nie przeprowadził wskazywanej przez sąd pierwszej instancji procedury z art. 16 rozporządzenia wykonawczego 987/2009, zaś swoją decyzją pozostawił ubezpieczoną poza systemem ubezpieczeń społecznych jakiegokolwiek z państw Unii Europejskiej, co jest niedopuszczalne. Organ rentowy swoje uchybienia tłumaczy w tym zakresie w ten sposób, iż nie pozostawił Ubezpieczoną bez ustalonego ustawodawstwa, gdyż w uzasadnieniu decyzji wskazał jakiego państwa system ubezpieczeń społecznych powinien znaleźć zastosowanie. Abstrahując od tego, iż wskazanie to nie miało charakteru kategoriowego i nie zostało wyrażone w sentencji, a jedynie mimochodem w uzasadnieniu decyzji, to przecież w obliczu nieprzeprowadzenia procedury z art. 16 rozporządzenia wykonawczego 987/2009 i tak nie ma ono żadnej mocy sprawczej. Niemiecka instytucja rentowa nie ma bowiem obowiązku objąć Ubezpieczoną swoim system ubezpieczenia tylko z tego powodu, że polski Organ rentowy poczynił samodzielne ustalenia, że nie podlega ona pod polskie ustawodawstwo.

Nie ma również racji Organ rentowy twierdząc, iż brak dochowania procedury z art. 16 rozporządzenia wykonawczego 987/2009 może być tłumaczony toczącym się w niniejszej sprawie postępowaniem sądowym i koniecznością oczekiwania na jego uprawomocnienie. Organ rentowy winien był przeprowadzić procedurę tymczasowego ustalania ustawodawstwa przed rozstrzygnięciem sytuacji ubezpieczonej i skierowaniem do niej decyzji administracyjnej, a nie dopiero po uprawomocnieniu rozstrzygnięcia. Zresztą, tymczasowe określenie ustawodawstwa wszczynające postępowanie z art. 16 rozporządzenia wykonawczego 987/2009, z uwagi na charakter tej procedury oraz jej poszczególne etapy nie może przybierać decyzji administracyjnej skierowanej na zewnątrz do ubezpieczonej i rozstrzygającą jej indywidualną sprawę. Tymczasowe ustalenie ustawodawstwa inicjuje procedurę wewnętrznych ustaleń pomiędzy instytucjami rentowymi państw UE. Dopiero po przeprowadzeniu tej wewnętrznej procedury z art. 16 rozporządzenia wykonawczego 987/2009 organ rentowy, bazując na wynikach tej procedury, może wydać decyzję administracyjną skierowaną na zewnątrz – do ubezpieczonej.

Brak przeprowadzenia przez Organ rentowy procedury z art. 16 rozporządzenia wykonawczego 987/2009 powinien mieć w tej sprawie i tak charakter jedynie drugorzędny z uwagi na ustalenia poczynione przez sąd pierwszej instancji w zakresie zastosowania normy z art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004 do sytuacji Ubezpieczonej. Sąd pierwszej instancji, badając kompleksowo zaistniały stan faktyczny, doszedł do zasługującego na akceptację wniosku, iż w sytuacji ubezpieczonej zastosowanie znajduje norma z art. 12 ust. 1 rozporządzenia podstawowego 883/2004, która nakazuje pozostawić ją w polskim systemie ubezpieczeń społecznych w okresie objętym zaskarżoną decyzją. Zastosowanie regulacji z art. 12 ust. 1 rozporządzenia podstawowego 883/2004 do sytuacji ubezpieczonej nie wymaga zaś przeprowadzenia procedury z art. 16 rozporządzenia wykonawczego 987/2009. Tym samym, bez względu na to, czy organ rentowy przeprowadził procedurę z art. 16 rozporządzenia wykonawczego 987/2009 czy też nie, to ustalenie że w stosunku do ubezpieczonej zastosowanie znajduje norma z art. 12 rozporządzenia podstawowego 883/2004 determinuje trafność rozstrzygnięcia sądu pierwszej instancji, że w okresie objętym zaskarżoną decyzją ustawodawstwem właściwym dla ubezpieczonej jest polskie ustawodawstwo. Dlatego też wyrok sądu pierwszej instancji winien zostać utrzymany w całości bez względu na to, czy organ rentowy uchybił procedurze z art. 16 rozporządzenia wykonawczego 987/2009.

Organ rentowy nie ma przy tym racji zarzucając, iż Sąd I instancji nieprawidłowo uznał, iż zastosowanie znajduje tutaj art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004. Sąd pierwszej instancji przeprowadził bardzo obszerny i przy

tym prawidłowy wywód prawny dotyczący konieczności zastosowania tego przepisu do sytuacji ubezpieczeniowej Ubezpieczonej. Trudno nie zgodzić się z wnioskami, do jakich doszedł sąd pierwszej instancji w tym zakresie. Wnioskami popartymi orzecznictwem Sądu Najwyższego. Przywołany powyżej przepis art. 12 ust. 1, jak wskazuje chociażby jego tytuł jest „zasadą szczególną” przy ustalaniu ustawodawstwa właściwego, więc nie może być pomijany przy ocenie sytuacji ubezpieczeniowej. Zgodnie z dyspozycją ww. przepisu osoba delegowana do innego państwa członkowskiego do wykonywania pracy najemnej nadal podlega ustawodawstwu pierwszego państwa członkowskiego (a więc ustawodawstwu państwa zatrudnienia). Obowiązkiem Organu rentowego, a później sądu było więc zbadanie czy nie występuje sytuacja objęta dyspozycją tego przepisu. Organ rentowy nie wywiązał się z tego obowiązku, co na szczęście zostało konwalidowane przez sąd pierwszej instancji. Niewzięcie pod uwagę tego przepisu z urzędu mogłoby prowadzić do sytuacji, że osoba, która z jakiegoś powodu nie kwalifikuje się do uznania za wykonującą pracę najemną w dwóch państwach członkowskich, a wnioskująca o uznanie za taką osobę, zostaje w całości wykluczona z ustawodawstwa państwa swojego miejsca zamieszkania, pomimo tego, iż istnieją przesłanki nakazujące pozostawić ją w tym ustawodawstwie na podstawie art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004.

Niezależnie od powyższego, za pozostawieniem ubezpieczonej w polskim systemie ubezpieczenia społecznego w spornym okresie przemawia nie tylko literalna treść przywołanych powyżej przepisów unijnych, ale również ich wykładnia celowościowa i funkcjonalna. Należy w tym miejscu przywołać stanowisko Rzecznika Generalnego Trybunału Sprawiedliwości UE Yves'a Bota wyrażone w Opinii z dnia 21 maja 2015r. wydanej w sprawie polskiego pracownika B. C.. W Opinii tej Rzecznik Generalny przywołując orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej zwraca uwagę, iż wykładni przepisów zawartych w tytule II rozporządzenia 883/2004, opatrzonym nagłówkiem „Określenie mającego zastosowanie ustawodawstwa” (wśród tych przepisów znajdują się przywoływany w niniejszej sprawie art. 11 ust. 3, art. 12 ust. 1 i art. 13 ust. 1) należy dokonywać w świetle celu jakie mają spełniać te przepisy. Tym celem jest ułatwianie swobodnego przepływu pracowników migrujących oraz uniknięcie wszelkich zbędnych komplikacji i pomieszania składek i zobowiązań, które byłyby następstwem równoczesnego lub naprzemiennego stosowania kilku ustawodawstw i które tym samym mogłoby same w sobie stanowić przeszkody w swobodnym przepływie tych pracowników wewnątrz Unii. Przepis art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004 znajduje zastosowanie z mocy samego prawa, bez względu na to, czy płatnik składek wystąpił o poświadczenie powyższego na formularzu A1, czy też nie. Poświadczenie ustawodawstwa na formularzu A1 ma bowiem charakter jedynie deklaratoryjny, a nie konstytutywny. Zastosowanie zasady ogólnej *lex loci laboris* do sytuacji Ubezpieczonej w spornych okresach (a więc uznanie, iż podlega w tym okresie pod niemiecki system ubezpieczeń) skutkowałoby nieuzasadnionym przerwaniem ciągłości jej ubezpieczenia w Polsce i bezpodstawnym „wyrwaniem” jej na parę miesięcy z systemu ubezpieczeń, pod który podlegała przez całe swoje dotychczasowe życie. Takie działanie wobec istnienia normy prawnej z art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004 nie ma żadnego uzasadnienia i powoduje jedynie komplikacje dla ubezpieczonej. Zastosowanie zasady szczególnej, o której mowa w tym przepisie, ma z założenia chronić przed sytuacją, w której osoba wykonująca jedynie czasowo pracę poza państwem miejsca zamieszkania miałaby incydentalnie na ten krótki okres zostać wyłączona z ubezpieczenia kraju macierzystego.

Organ rentowy bezpodstawnie powołuje się przy tym na dyspozycję art. 19 ust. 2 rozporządzenia 987/2009. Przepis ten nie ma żadnego znaczenia w tej sprawie, gdyż nie dotyczy on etapu ustalania ustawodawstwa właściwego dla Ubezpieczonej, ale etapu wydawania poświadczeń (druków A1) do ustalonego już wcześniej ustawodawstwa - wydawanie poświadczeń jest etapem wtórnym i następuje dopiero po ustaleniu ustawodawstwa właściwego. Zresztą, zaskarżona decyzja organu rentowego nie rozstrzygała wniosku płatnika składek bądź ubezpieczonej o wydanie poświadczenia ustawodawstwa (a o tym mówi ww. art. 19 ust. 2), lecz stanowiła podjętą z urzędu decyzję organu rentowego o zmianie pierwotnie ustalonego już dla ubezpieczonej ustawodawstwa polskiego. Niezależnie od powyższego dodać należy, iż to rolą organu rentowego, a nie ubezpieczonej bądź płatnika składek jest prawidłowa subsumcja danego stanu faktycznego do istniejących norm prawnych.

Ubezpieczona nie odniosła się do apelacji.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja organu rentowego skutkuje uchynieniem zaskarżonego wyroku i poprzedzającej go decyzji organu rentowego oraz przekazaniem sprawy do ponownego rozpoznania bezpośrednio organowi rentowemu.

Sąd Apelacyjny podziela ustalenia faktyczne i wnioski Sądu I instancji w zakresie braku przeprowadzenia przez organ rentowy właściwej procedury koordynacyjnej. Należy jednak zaznaczyć, że już samo ustalenie przez Sąd Okręgowy nieprzeprowadzenia stosownej procedury winno skutkować uznaniem decyzji za wadliwą, co w konsekwencji czyniło zbędnym prowadzenie postępowania dowodowego na okoliczności tego, czy ubezpieczona została oddelegowana do pracy za granicą i czy płatnik składek prowadzi w Polsce normalnie działalność gospodarczą. Co prawda Sady I instancji nie posiadają uprawnienia do uchylania wadliwych decyzji organu rentowego i w ich kompetencji leży albo oddalenie odwołania (art. 477¹⁴ § 1 kpc) albo też zmiana decyzji w całości lub części i orzeczenie co do istoty sprawy (art. 477¹⁴ § 2 kpc), to jednak wyrok Sądu Okręgowego w niniejszej sprawie nie może się ostać.

Należy przypomnieć, że zaskarżoną decyzją pozwany organ rentowy stwierdził, że U. S. jako osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia na rzecz zleceniodawcy K. W. (1) na terenie Polski i Niemiec, nie podlega ustawodawstwu polskiemu w okresie od dnia 19 maja 2012r. do dnia 19 października 2012r. i od dnia 26 marca 2013r. do dnia 31 grudnia 2014r. W uzasadnieniu zaskarżonej decyzji wskazano, że organ rentowy formularzami A1 potwierdził podleganie przez ubezpieczoną polskiemu ustawodawstwu w okresie świadczenia pracy w Polsce i Niemczech. Jednocześnie jednak pozwany wskazał, że w wyniku przeprowadzonej kontroli zweryfikował prawidłowość zgłoszenia ubezpieczonej do ubezpieczeń oraz sprawdził warunki, na podstawie których okresy pracy zostały poświadczone. Ponadto, w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji pozwany organ rentowy stwierdził, że ubezpieczona w spornych okresach pracowała wyłącznie na terenie Niemiec, gdyż czynności wykonywane w Polsce (usługi marketingowe, stanowiące 5 % ogólnego czasu pracy ubezpieczonej) miały charakter marginalny, a zatem podlegała ona ustawodawstwu niemieckiemu, a nie polskiemu.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że organ rentowy miał prawo zmienić swoją ocenę co do sytuacji ubezpieczonej i wydać decyzję stwierdzającą brak podlegania polskiemu systemowi ubezpieczeń mimo wcześniejszego poświadczenia wydanego na formularzu A1, gdyż nie ma żadnych przepisów, które uniemożliwiałyby organowi rentowemu zmianę zdania w zakresie podlegania przez konkretną osobę ubezpieczeniom społecznym w kraju, który dany organ rentowy reprezentuje. Takich przepisów nie zawiera ani rozporządzenie Parlamentu i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz.U.UE. L2004.166.1; Dz.U.UE-sp.05-5-72, nazywanego dalej rozporządzeniem nr 883/2004), ani rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r. dotyczącego wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz.Ur.UE.L 284 z 2009 r., s. 1, z późn. zm.; dalej rozporządzenie nr 987/2009). Ponadto, w art. 5 ust. 1 rozporządzenia nr 987/2009 wprost przewidziano, że dokumenty wydane przez instytucję państwa członkowskiego do celów stosowania rozporządzenia podstawowego i rozporządzenia wykonawczego, stanowiące poświadczenie sytuacji danej osoby oraz dowody to potwierdzające, na podstawie których zostały wydane te dokumenty, są akceptowane przez instytucje pozostałych państw członkowskich tak długo, jak długo nie zostaną wycofane lub uznane za nieważne przez państwo członkowskie, w którym zostały wydane. A zatem, przepisy prawa europejskiego wprost przewidują możliwość wycofania lub uznania za nieważne dokumentów poświadczających sytuację danej osoby m.in. w zakresie podlegania systemowi ubezpieczeń społecznych danego kraju (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 19 grudnia 2017 r., II UZ 109/17, niepublikowane).

Czym innym jest natomiast kwestia tego, czy pozwany mógł samodzielnie wydać decyzję stwierdzającą, że ubezpieczona nie podlega polskiemu systemowi ubezpieczeń społecznych, a systemowi innego państwa członkowskiego, na terenie którego wykonuje pracę (świadczy usługi), z pominięciem sytuacji prawnej tej osoby wynikającej z wydanych wcześniej poświadczeń na formularzu A1 i bez wszczęcia procedury koordynacji, o której mowa w art. 16 rozporządzenia nr 987/2009.

Koordinacja systemów zabezpieczenia społecznego państw członkowskich Unii Europejskiej opiera się na zasadzie, że osoby przemieszczające się na terytorium Unii Europejskiej podlegają systemowi zabezpieczenia społecznego tylko jednego państwa członkowskiego (art.11 rozporządzenia nr 883/2004). W okolicznościach tej sprawy zasadą, która mogła mieć zastosowanie przy wyborze jednego z dwóch ustawodawstw z zakresu zabezpieczenia społecznego, jest zasada koordynacji określona w art. 13 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004. Zgodnie z tym przepisem osoba, która normalnie wykonuje pracę najemną w dwóch lub więcej państwach członkowskich, podlega: a) ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym ma miejsce zamieszkania, jeżeli wykonuje znaczną część pracy w tym państwie członkowskim lub b) jeżeli nie wykonuje znacznej części pracy w państwie członkowskim, w którym ma miejsce zamieszkania: (i) ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym znajduje się siedziba lub miejsce wykonywania działalności przedsiębiorstwa lub pracodawcy, jeżeli jest zatrudniona przez jedno przedsiębiorstwo lub jednego pracodawcę; lub (ii) ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym znajduje się siedziba lub miejsce wykonywania działalności przedsiębiorstw lub pracodawców, jeżeli jest zatrudniona przez co najmniej dwa przedsiębiorstwa lub co najmniej dwóch pracodawców, których siedziba lub miejsce wykonywania działalności znajduje się tylko w jednym państwie członkowskim; lub (iii) ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym znajduje się siedziba lub miejsce wykonywania działalności przedsiębiorstwa lub pracodawcy, innego niż państwo członkowskie jej zamieszkania, jeżeli jest zatrudniona przez dwa lub więcej przedsiębiorstw lub dwóch lub więcej pracodawców, których siedziba lub miejsce wykonywania działalności znajduje się w dwóch państwach członkowskich, z których jedno jest państwem członkowskim jej zamieszkania; lub (iv) ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym ma miejsce zamieszkania, jeżeli jest zatrudniona przez dwa lub więcej przedsiębiorstw lub dwóch lub więcej pracodawców, a co najmniej dwa z tych przedsiębiorstw lub dwóch z tych pracodawców mają siedzibę lub miejsce wykonywania działalności w różnych państwach członkowskich innych niż państwo członkowskie miejsca zamieszkania.

Zgodnie z art. 13 ust. 3 rozporządzenia nr 883/2004 osoba, która normalnie wykonuje pracę najemną w różnych Państwach Członkowskich podlega ustawodawstwu Państwa Członkowskiego, w którym wykonuje swą pracę najemną, zgodnie z przepisami ust. 1.

W celu zastosowania tej zasady regulacje unijne określają procedurę postępowania wyznaczonych instytucji ubezpieczeniowych zainteresowanych państw członkowskich. Procedurę tę określa art. 16 rozporządzenia nr 987/2009. Dla ustalenia kompetencji organu rentowego oraz sądów polskich w zakresie ustalenia istnienia tytułu podlegania ubezpieczeniom w innym państwie członkowskim, odpowiednio możliwości zastosowania art. 13 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 przy ustalaniu ustawodawstwa właściwego dla ubezpieczonego mającego miejsce zamieszkania w Polsce oraz zastosowania poszczególnych etapów procedury opisanej w art. 16 rozporządzenia nr 987/2009, istotne znaczenie ma stanowisko przyjęte w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 6 czerwca 2013 r., II UK 333/12 (OSNP 2014 Nr 3, poz. 47). Sąd Najwyższy stwierdził, że nie jest dopuszczalna ocena stosunku prawnego stanowiącego tytuł ubezpieczenia społecznego w innym państwie członkowskim przez instytucję miejsca zamieszkania osoby wnoszącej o ustalenie właściwego ustawodawstwa, ponieważ stwierdzenia spełnienia warunków ubezpieczenia społecznego w systemie prawnym państwa wykonywania pracy podlegającym koordynacji na podstawie rozporządzenia nr 883/2004 dokonują organy właściwe do stosowania tego prawa. Oznacza to, że polski organ rentowy (jako instytucja właściwa według miejsca zamieszkania wnioskodawcy) nie ma kompetencji do oceny spełnienia warunków objęcia wnioskodawcy ubezpieczeniem społecznym w innym państwie członkowskim z tytułu wykonywania tam pracy najemnej. Z powyższego wynika, że do organu rentowego, jak również do sądu polskiego, należy przede wszystkim ustalenie, czy osoba uprawniona podlega ubezpieczeniu społecznemu w danym państwie członkowskim, a nie ustalenie, czy ważnym jest stosunek prawny będący podstawą objęcia jej ubezpieczeniem społecznym w tym państwie. Jeżeli organ rentowy poweźmie wątpliwości co do ważności stosunku prawnego będącego podstawą objęcia tytułem ubezpieczenia społecznego w innym państwie członkowskim w ramach postępowania w przedmiocie ustalenia ustawodawstwa właściwego, to nie może samodzielnie przesądzać tej kwestii (por. K. Ślęzak, Podleganie ubezpieczeniu społecznemu w przypadku jednoczesnego wykonywania pracy i prowadzenia działalności

gospodarczej na terytorium przynajmniej dwóch państw członkowskich UE, Praca i Zabezpieczenie Społeczne 2013 nr 11, s. 33).

Ostateczną decyzję wydaje instytucja ubezpieczenia społecznego kraju, w którym złożono wniosek o ustalenie właściwego ustawodawstwa. Skoro pozwany wydał poświadczenie podlegania ubezpieczeniom, po czym nabrał wątpliwości co do słuszności wydanego poświadczenia, to w takiej sprawie powinno najpierw dojść do ustalenia właściwego ustawodawstwa w drodze decyzji tymczasowej, doręczonej właściwemu organowi zagranicznemu na podstawie art. 16 ust. 1 rozporządzenia nr 987/2009. Dopiero po zaakceptowaniu (również milczącym) przez zagraniczną instytucję ubezpieczeniową takiej decyzji lub przeprowadzeniu wzajemnych uzgodnień w drodze procedury koncyliacji, możliwe jest wydanie decyzji ostatecznej. Z kolei w postępowaniu odwoławczym od takiej decyzji, sąd skupia uwagę na zachowaniu właściwej procedury wydania decyzji, gdyż jego kompetencje do oceny stanu prawnego w innym państwie unijnym podlegają ograniczeniom, wynikającym również konieczności sprawnego i szybkiego załatwiania takich spraw. Ze względu na różnice między ustawodawstwami krajowymi co do określenia przedmiotu ubezpieczenia społecznego wprowadzono zasadę, że uwzględnianie okoliczności lub wydarzeń mających miejsce w jednym państwie członkowskim nie może w żaden sposób sprawić, iż właściwym dla nich stanie się inne państwo ani że będzie się do nich stosować jego ustawodawstwo. Stwierdzenia spełnienia warunków ubezpieczenia społecznego oraz marginalnego charakteru pracy najemnej w systemie prawnym państwa wykonywania pracy, podlegającym koordynacji na podstawie rozporządzenia nr 883/04, dokonują organy właściwe do stosowania tego prawa (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 listopada 2016 r., I UK 370/15, LEX nr 2166375).

Istotnym jest, że instytucja miejsca zamieszkania osoby ubiegającej się o ustalenie ubezpieczenia społecznego w innym państwie nie może sama rozstrzygać wątpliwości

co do stwierdzenia właściwego ustawodawstwa, lecz musi dostosować się do trybu rozwiązywania sporów co do ustalenia ustawodawstwa właściwego, wskazanego w szczególności w art. 6, 15 oraz 16 rozporządzenia nr 987/2009, które nakazują zwrócenie się - w przypadku istnienia wątpliwości bądź rozbieżności - do instytucji innego państwa członkowskiego. Instytucje niezwłocznie dostarczają lub wymieniają między sobą wszystkie dane niezbędne dla ustanowienia i określenia praw i obowiązków osób, do których ma zastosowanie rozporządzenie podstawowe. Przekazywanie tych danych odbywa się bezpośrednio pomiędzy samymi instytucjami lub za pośrednictwem instytucji łącznikowych. Poinformowanie przez osobę wykonującą pracę w dwóch lub więcej państwach członkowskich instytucji wyznaczonej przez właściwą władzę państwa członkowskiego, w którym ma miejsce zamieszkania, jest podstawą do niezwłocznego, lecz tylko wstępnego i tymczasowego ustalenia dla niej ustawodawstwa właściwego, stosownie do zasad kolizyjnych ustalonych w art. 13 rozporządzenia podstawowego. O tymczasowym określeniu prawa, według którego obejmuje się tę osobę ubezpieczeniem społecznym, instytucja miejsca zamieszkania wnioskodawcy informuje wyznaczone instytucje państwa, w którym wykonywana jest praca. Od tej chwili biegnie termin dwóch miesięcy, w czasie których przynajmniej jedna z zainteresowanych instytucji może poinformować instytucję miejsca zamieszkania o niemożności zaakceptowania ustalonego ustawodawstwa lub o swojej odmiennej opinii w tej kwestii. Gdy to nie nastąpi, tymczasowe określenie ustawodawstwa staje się ostateczne (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 listopada 2016 r., I UK 370/15, LEX nr 2166375).

Wydanie decyzji o ustaleniu ustawodawstwa właściwego musi poprzedzać wymagana przez art. 16 ust. 4 rozporządzenia nr 987/09 procedura, a jej brak (niemożliwy do „naprawienia” w postępowaniu sądowym) oznacza, że organ rentowy, nie uzyskując stanowiska instytucji właściwej państwa świadczenia pracy najemnej, dokonał samodzielnej oceny stosunku prawnego stanowiącego tytuł ubezpieczenia społecznego w innym państwie członkowskim wobec osoby wnoszącej o ustalenie właściwego ustawodawstwa. Tego rodzaju rozstrzygnięcie nie tylko leży poza kompetencją organu rentowego, ale także nie stanowi decyzji co do istoty sprawy, którą wywołał wniosek o ustalenie ustawodawstwa mającego zastosowanie do zainteresowanego, obligujący do wspólnego porozumienia z instytucją właściwą państwa wykonywania pracy (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2016 r., I UZ 22/16, LEX nr 2159129).

Tymczasem w niniejszej sprawie organ rentowy w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji stwierdził, że ubezpieczona podlega ubezpieczeniom w Niemczech, bez przeprowadzenia powyższej procedury koordynacji zabezpieczenia

społecznego. Pozwany nie wymienił z instytucją niemiecką żadnych pism i nie nawiązał z nią kontaktu w celu ustalenia, czy ubezpieczona z tytułu świadczonych na terenie Niemiec usług opieki nad starszymi osobami podlega niemieckiemu ubezpieczeniu społecznemu. Organ rentowy nie mógł przy tym pominąć sytuacji, jaką sam stworzył wydając zaświadczenia na formularzu A1, które zawierają przecież kluczową informację dla instytucji zabezpieczenia społecznego w innych państwach członkowskich, że dana osoba podlega już ubezpieczeniom społecznym w Polsce. Jeżeli po wydaniu takiego zaświadczenia organ rentowy nabiera wątpliwości co rzeczywistego świadczenia usług (wykonywania pracy) na terenie Polski i podlegania ubezpieczeniom społecznym w Polsce, rozstrzygnięcie tych wątpliwości musi nastąpić w ramach współpracy z organami odpowiedniego państwa członkowskiego, które muszą mieć świadomość co do zmiany sytuacji wynikającej z wydanych zaświadczeń A1 osoby podlegającej ubezpieczeniom (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 19 grudnia 2017 r., II UZ 109/17, niepublikowane; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 stycznia 2017 r., III UK 42/16, LEX nr 2238234).

Należy przy tym mieć na uwadze, że w przedmiotowej sprawie organ rentowy podważył zaświadczenia wydane za łączny okres ponad 2 lat. Nagła zmiana stanowiska polskiego organu rentowego podjęta samodzielnie w tak istotnej kwestii jest niedopuszczalna, wymaga ona współpracy z niemieckim organem rentowym, który może zakwestionować stanowisko ZUS, a w przypadku, gdyby je podzielił, może wszcząć postępowanie o zapłatę zaległych składek.

Zatem pozwany organ rentowy bez przeprowadzenia procedury objętej koordynacją z niemiecką instytucją ubezpieczeniową nie był władny samodzielnie rozstrzygnąć o podleganiu niemieckiemu systemowi ubezpieczeń. Tym samym nie doszło do rozpoznania istoty sprawy przez pozwany organ rentowy. Pozwany dokonał nieuprawnionej „samodzielnej” oceny stosunku prawnego stanowiącego tytuł ubezpieczenia w Niemczech. Postępowanie organu rentowego mogło w istocie doprowadzić do wyłączenia ubezpieczonej z ubezpieczeń w Polsce, zaś niemiecki organ rentowy (kierując się poprzednio wydanym poświadczeniem przez ZUS) miał podstawy do odmowy objęcia ubezpieczeniami w Niemczech. Tymczasem, z zasad koordynacji wynika niedopuszczalność takiej sytuacji, aby wykluczyć możliwość takich przypadków wprowadzono wymóg wzajemnych uzgodnień między instytucjami ubezpieczeniowymi Państw członkowskich.

Nie ulega więc wątpliwości, że organ rentowy nie powinien samodzielnie wydawać decyzji w sprawie właściwego ustawodawstwa w stosunku do ubezpieczonej i czekać na ewentualne zaskarżenie decyzji przez płatnika lub ubezpieczoną, a w konsekwencji na rozstrzygnięcie tej kwestii przez Sąd i dopiero po uprawomocnieniu się wyroku poinformować instytucję niemiecką o zaistniałej sytuacji, lecz właśnie w pierwszej kolejności zwrócić się do instytucji niemieckiej celem zajęcia wspólnego stanowiska. Bez znaczenia jest przy tym okoliczność, iż w ocenie organu rentowego umowy dotyczące świadczenia usług marketingowych oraz usług konsultacji w zakresie rekrutacji na terenie Polski miały charakter marginalny, co zdaniem pozwanego wyłączało możliwość uznania, że ubezpieczona pracę najemną świadczyła w dwóch państwach członkowskich. Trzeba bowiem zwrócić uwagę, że stosownie do dodanego z dniem 28 czerwca 2012r. do art. 14 rozporządzenia nr 987/2009 ust. 5b, w którym co prawda wskazano, że praca o charakterze marginalnym nie będzie brana pod uwagę do celów określenia mającego zastosowanie ustawodawstwa na mocy art. 13 rozporządzenia podstawowego, to jednak w zdaniu drugim tego przepisu wskazano, że art. 16 rozporządzenia wykonawczego stosuje się we wszystkich przypadkach objętych tym artykułem. Oznacza to, że także w przypadku uznania przez instytucję państwa członkowskiego, że jedna praca ma charakter marginalny, konieczne jest przeprowadzenie stosownej procedury uzgodnieniowej między właściwymi instytucjami państw członkowskich.

Mając na względzie wskazane uchybienia, organ rentowy powinien uruchomić procedury określone w art. 16 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009 i w ramach tej procedury ponownie zbadać okoliczności niniejszej sprawy (między innymi w kontekście wykonywanych czynności na podstawie umów cywilnoprawnych w zakresie usług opieki i usług marketingowo-rekrutacyjnych oraz wzajemnego stosunku wykonywania tych czynności względem siebie).

Z tych też względów, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386 § 4 kpc w związku z art. 477^{14a} kpc uchylił zaskarżony wyrok oraz poprzedzającą go decyzję i sprawę przekazał bezpośrednio organowi rentowemu do ponownego rozpoznania, jak w punkcie pierwszym sentencji wyroku.

O kosztach postępowania Sąd Odwoławczy rozstrzygnął w punkcie drugim wyroku w oparciu art. 98, art. 99 i art. 108 § 1 kpc w związku z art. 391 § 1 kpc i § 10 ust. 1 pkt 2 w związku z § 9 ust. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. z 2018r., poz. 265 ze zm.) zasądzając od pozwanego na rzecz K. W. (1) stawkę minimalną w kwocie 240 zł. Orzekając o kosztach zastępstwa procesowego, Sąd Apelacyjny miał na uwadze uchwałę

7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 20 lipca 2016r., III UZP 2/16. Skoro wydanie orzeczenia kasatoryjnego w odniesieniu do zaskarżonej decyzji jest jednoznacznie niekorzystne dla organu rentowego, to jest on stroną przegrywającą spór. Odwołanie płatnika składek zostało bowiem uwzględnione, więc sytuacja prawna skarżącej jest korzystniejsza niż przed wszczęciem postępowania. Takie samo stanowisko zajął Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 17 października 2011 r., I UZ 33/11, OSNP 2012/21-22/274.

SSA Małgorzata Gerszewska SSA Lucyna Ramlo SSO Tomasz Koronowski