

Sygn. akt III AUa 1663/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 czerwca 2016 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu III Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych

w składzie:

Przewodniczący: SSA Irena Różańska-Dorosz (spr.)

Sędziowie: SSA Monika Kiwiorska-Pająk

SSA Grażyna Szyburska-Walczak

Protokolant: Robert Purchalak

po rozpoznaniu w dniu 21 czerwca 2016 r. we Wrocławiu

na rozprawie

sprawy z wniosku (...) **Sp. z o.o. z siedzibą w W.**

przeciwko **Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddział we W.**

przy udziale zainteresowanego **J. R.**

o wydanie zaświadczenia w sprawie z zakresu ubezpieczeń społecznych

na skutek apelacji (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W.

od wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu Sądu Pracy i Ubezpieczeń Społecznych

z dnia 13 kwietnia 2015 r. sygn. akt VIII U 28/15

I. zmienia zaskarżony wyrok i poprzedzającą go decyzję Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział we W. z dnia 30 listopada 2013 roku w ten sposób, że nakazuje wydanie wnioskodawcy zaświadczenia A1 potwierdzającego, że zainteresowany J. R. w okresie wykonywania pracy na terytorium Niemiec od dnia 20 kwietnia 2012 roku do 5 sierpnia 2012 roku i od 20 sierpnia 2012 roku do 31 października 2012 roku podlega polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych;

II. zasądza od strony pozwanej na rzecz wnioskodawcy kwotę 210 zł tytułem zwrotu kosztów procesu za obie instancje.

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 30 listopada 2012 r. Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział we W. odmówił wydania wnioskodawcy (...) Sp. z o.o. zaświadczenia potwierdzającego polskie ustawodawstwo w zakresie ubezpieczeń społecznych pracownika tej spółki J. R. wykonującego pracę w Niemczech w okresie od 20 kwietnia 2012 r. do 5 sierpnia 2012 r. oraz od 20 sierpnia 2012r. do 31 października 2012r.

Wskutek zaskarżenia ww. decyzji przez płatnika składek spółkę (...) sprawę rozpoznał Sąd Okręgowy we Wrocławiu, który wyrokiem z 13 kwietnia 2015 r. oddalił odwołanie i zasądził od spółki na rzecz strony pozwanej 60 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd ten ustalił, że (...) sp. z o.o. w W., jest agencją pracy tymczasowej, która swą siedzibę, kadry i administrację ma w Polsce. Prowadzi działalność w Polsce i za granicą zajmując się wyszukiwaniem miejsc pracy i pozyskiwaniem pracowników, współpracując z przedsiębiorcami we Francji, Niemczech i w Polsce, delegując im określoną liczbę pracowników. Proces rekrutacyjny również prowadzony jest w Polsce (testy, rozmowy kwalifikacyjne, podpisywanie umów). Wnioskodawca nalicza i wypłaca wynagrodzenie, wystawia zaświadczenia i świadectwa pracy, w toku zatrudnienia kontaktuje się na bieżąco z pracownikami oddelegowanymi, zapewnia im opiekę. Umowy o pracę podlegają polskiemu reżimowi prawnemu.

W dniu 17 kwietnia 2012 r. zainteresowany J. R. zawarł z wnioskodawcą umowę o pracę na czas określony od dnia 20 kwietnia 2012 r. do 29 czerwca 2012 r. W ramach umowy o pracę zainteresowany wykonywał w pełnym wymiarze czasu pracy obowiązki pomocnika i pod kierownictwem firmy (...) - pracodawcy użytkownika na terenie Niemiec. Aneksami do umowy okres zatrudnienia został wydłużony do dnia 5 sierpnia 2012r., a następnie od 20 sierpnia 2012 r. do 31 października 2012r.

Wnioskodawca we wniosku o poświadczenie formularza A1 dla zainteresowanych wskazał, że z tytułu działalności prowadzonej w Polsce uzyskał obroty na poziomie 12% i zatrudnia na terenie Polski 113 pracowników oraz realizuje w kraju 12 umów z kontrahentami. Natomiast 224 osób oddelegowanych do pracy za granicę jest zatrudnionych w celu realizacji 41 umów. W przedmiocie określenia danych dotyczących działalności prowadzonej w Polsce i za granicą ZUS przeprowadził postępowanie, a zebrany w sprawie materiał dowodowy wskazał, że płatnik na dzień delegowania zainteresowanego osiągnął średnie obroty z okresu 12 miesięcy prowadzenia pozarolniczej działalności gospodarczej na poziomie 17%. Wykazane przez płatnika dane we wniosku o poświadczenie formularzy A1 złożonych od 2010r. wskazują, że przychody z działalności w kraju spadły, bowiem na dzień 30 sierpnia 2010r. wynosiły 31%, na dzień 13 grudnia 2010r. - 18%, zaś na dzień 30 czerwca 2011r. - 12%. W okresie od stycznia 2011r. do czerwca 2012r. obrót osiągniany przez firmę z działalności w Polsce utrzymywał się na poziomie 10%. Płatnik w okresie od stycznia 2012r. do kwietnia 2012r. zatrudniał i zgłaszał do ubezpieczeń społecznych w kraju średnio - łącznie w miesiącu - 57 osób oraz realizował 11 umów z podmiotami gospodarczymi w Polsce, natomiast we Francji i w Niemczech pracę wykonywało łącznie średnio 178 osób w ramach realizowanych około 38 umów. U wnioskodawcy zatrudnione są również osoby w oparciu o umowy zlecenia i umowy o dzieło, za które płatnik nie odprowadza składek na ubezpieczenie emerytalne i rentowe i nie podlegają one ubezpieczeniu społecznemu.

Dane z Urzędu Skarbowego W. wskazują, że spółka w deklaracjach dla podatku od towarów i usług VAT-7 wykazała za rok 2011 sprzedaż na terenie kraju, która stanowi 8,3 % sprzedaży łącznej (tj. w Polsce, w krajach trzecich i Unii Europejskiej) oraz za okres od stycznia do listopada 2012r. na poziomie 9,6 %.

Wobec tak poczynionych ustaleń Sąd pierwszej instancji uznał, że odwołanie spółki (...) nie zasługuje na uwzględnienie.

Sąd ten wskazał, że zgodnie z art. 11 ust. 2a rozporządzenia nr 883/2004 osoba wykonująca w Państwie Członkowskim pracę najemną, pracę na własny rachunek podlega ustawodawstwu tego państwa. Od przytoczonej zasady wyjątek stanowi art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004, zgodnie z którym osoba, która wykonuje działalność jako pracownik najemny w Państwie Członkowskim w imieniu pracodawcy, który normalnie tam prowadzi swoją działalność, a która jest delegowana przez tego pracodawcę do innego Państwa Członkowskiego do wykonywania pracy w imieniu tego pracodawcy, nadal podlega ustawodawstwu pierwszego Państwa Członkowskiego, pod warunkiem, że przewidywany czas takiej pracy nie przekracza 24 miesięcy i ta osoba ta nie jest wysłana by zastąpić inną osobę.

Na podstawie art. 14 ust. 1 rozporządzenia nr 987/2009 do celów stosowania art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004 osoba, która wykonuje: działalność jako pracownik najemny w państwie członkowskim w imieniu

pracodawcy, który normalnie tam prowadzi swoją działalność, a która jest delegowana przez tego pracodawcę do innego państwa członkowskiego, oznacza także osobę zatrudnioną w celu oddelegowania jej do innego państwa członkowskiego, pod warunkiem, że osoba ta bezpośrednio przed rozpoczęciem zatrudnienia podlega już ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym siedzibę ma jej pracodawca. Zgodnie z postanowieniami decyzji A2 Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego z 12 czerwca 2009 r. dotyczącej wykładni art. 12 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 po stronie pracodawcy delegującego pracownika do pracy za granicę określony został wymóg, by znaczną część swej działalności prowadził na terenie kraju delegującego.

Sąd Okręgowy wskazał, że nie ulega wątpliwości, że umowa o pracę pomiędzy wnioskodawczynią - spółką (...) - posiadającą siedzibę i prowadzącą działalność w Polsce i za granicą a zainteresowanym została zawarta w celu oddelegowania zainteresowanego do pracy w innym państwie członkowskim, tj. w Niemczech.

Istotą niniejszej sprawy było, zatem ustalenie w pierwszej kolejności, czy wnioskodawca normalnie prowadzi swoją działalność na terenie Polski, zaś w dalszej - czy został spełniony wymóg podlegania zainteresowanego, przez co najmniej miesiąc bezpośrednio przed rozpoczęciem zatrudnienia ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym pracodawca normalnie prowadzi swoją działalność, aby można było ustalić ustawodawstwo polskie, jako właściwe odnośnie okresu pracy świadczonej przez zainteresowanego w Niemczech. Zauważyć, bowiem należy, iż nawet gdyby zainteresowany takiemu ubezpieczeniu podlegał, to nie pozwoliłoby to jednak na utrzymanie względem niego ustawodawstwa polskiego, jako właściwego z uwagi na to, iż przepisy powyższe mówią o utrzymaniu ustawodawstwa kraju, w którym pracodawca normalnie prowadzi swoją działalność.

W niniejszej sprawie natomiast nie można stwierdzić, aby normalna działalność wnioskodawcy prowadzona była w Polsce. Przedłożone przez wnioskodawcę zestawienie obrotów spółki oraz liczby kontraktów zrealizowanych w kraju i za granicą, a także liczby pracowników spółki zatrudnionych w kraju i za granicą w latach 2011-2012 wskazują na to, iż w spornym okresie spółka prowadziła swoją działalność przede wszystkim za granicą, a w niewielkim jedynie stopniu na terenie Polski. Średnie obroty spółki za granicą wynosiły, bowiem 82 - 83%, zaś w kraju około 18 - 17%. Za granicą również zatrudniona była znaczna większość pracowników. Dlatego też uznać należało, iż ustawodawstwem właściwym dla normalnego prowadzenia działalności wnioskodawcy nie było ustawodawstwo polskie.

Orzeczenie o kosztach zostało wydane w oparciu o art. 98 k.p.c. oraz § 11 ust. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28 września 2002 r. w/s opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej z urzędu.

Z wyrokiem nie zgodziła się spółka (...), zaskarżając wyrok w całości i zarzucając mu naruszenie prawa materialnego, tj.:

- art. 12 ust. 1 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego w związku z art. 14 ust. 2 Rozporządzenia Parlamentu i Rady (WE) NR 987/2009 z 16 września 2009 r., dotyczącego wykonywania rozporządzenia nr 884/2004, poprzez ich błędną wykładnię, w wyniku której Sąd pierwszej instancji dokonał rozszerzającej wykładni przesłanek określonych w art. 14 ust. 2 rozporządzenia 987/2009, czego konsekwencją było przyjęcie przez Sąd pierwszej instancji, że wnioskodawca nie prowadziła w spornym okresie normalnej działalności na terenie Polski, a zainteresowany J. R. nie podlegał ustawodawstwu polskiemu w zakresie zabezpieczenia społecznego;
- decyzji Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego nr A2 z 12 czerwca 2009 r. dotyczącej interpretacji art. 12 rozporządzenia 883/2004 poprzez jej błędną wykładnię, w wyniku przyjęcia, iż wysokość osiągniętego obrotu stanowi kryterium wyłącznie decydujące do uznania, czy wnioskodawca prowadził normalną działalność w Polsce oraz że proporcje osiąganego w państwie delegującym obrotu należy ustalać w odniesieniu do całościowych obrotów osiąganych przez wnioskodawcę za granicą, a nie - jak wskazuje ww. decyzja - w odniesieniu wyłącznie do państwa zatrudnienia delegowanego pracownika.

Spółka zarzuciła również naruszenie przepisów postępowania, tj.:

- art. 233 k.p.c. przez dokonanie dowolnej, a nie swobodnej oceny dowodów w sposób pozbawiony wszechstronności w odniesieniu do okoliczności, czy wnioskodawca w spornym okresie prowadził normalną działalność w Polsce, podczas gdy zatrudniał w kraju 1/3 swych pracowników,
- brak ustalenia okoliczności istotnych dla rozpatrzenia sprawy przez zaniechanie ustalenia proporcji obrotów osiągniętych przez wnioskodawcę w Polsce oraz w kraju delegowania pracownika oraz zaniechaniu przeprowadzenia pogłębionej analizy stanu sprawy wymaganej przez Praktyczny poradnik: „Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników Unii Europejskiej...” w sytuacji braku osiągnięcia w państwie delegującym ok. 25% obrotów.

Wobec tak przedstawionych zarzutów skarżąca spółka wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku i uwzględnienie w całości jej roszczeń zawartych w odwołaniu, ewentualnie - o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania oraz zwrot kosztów postępowania.

W uzasadnieniu zarzutów spółka podniosła, że wymóg osiągania obrotów na poziomie 25% w kraju, z którego przedsiębiorca deleguje pracownika podany jest jedynie przykładowo, a zgodnie z zapisami Praktycznego Poradnika przypadki, w których obrót jest niższy niż 25% winny być szczegółowo analizowane. Analiza ta powinna dotyczyć całej sytuacji spółki, a nie ograniczać się do dowolnie wybranych kryteriów. Mając na uwadze, że w Polsce spółka zatrudniała 1/3 swych pracowników i realizowała 1/3 kontraktów, apelująca podniosła, że jej działalność na terenie Polski nie jest iluzoryczna. Pojęcia „znaczej, normalnej działalności” nie należy interpretować jako działalności przeważającej. Nie chodzi także o kryterium ilościowe dotyczące osiąganego obrotu.

Nadto pełnomocnik spółki (...) zarzucił, że z decyzji A2 jednoznacznie wynika, że w celu ustalenia, czy pracodawca prowadzi znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swą siedzibę, instytucja właściwa w tym państwie zobowiązana jest zbadać wszystkie kryteria charakteryzujące działalność prowadzoną przez tego pracodawcę, w tym obroty w typowym okresie w każdym z państw członkowskich, których rzecz dotyczy. Należy zatem porównać obroty w osiągnięte przez delegujące przedsiębiorstwo w państwie delegującym i państwie zatrudnienia, a nie jak błędnie przyjął ZUS i sąd pierwszej instancji: w państwie delegującym i w pozostałych państwach zatrudnienia łącznie.

Sąd Apelacyjny ustalił dodatkowo:

W okresie od kwietnia 2011r. do października 2012 r., tj. miesiącach poprzedzających oddelegowanie zainteresowanego do pracy w Niemczech, miesięczny, procentowy udział obrotów Spółki w rozbiciu na Niemcy i Polskę wynosił: w maju 2011 r. - 0,00% do 100%, w czerwcu 2011 r. - 0,00% do 100%, w lipcu 2011 r. - 0,00% do 100%, w sierpniu 2011 r. - 15,58% do 84,42%, we wrześniu 2011 r. - 11,49% do 88,51%, w październiku 2011 r. - 15,25% do 84,75%, w listopadzie 2011 r. - 22,38% do 77,62%, w grudniu 2011 r. - 74,56% do 25,44%, w styczniu 2012 r. - 25,07% do 74,93%, w lutym 2012 r. - 64,52% do 35,48%, w marcu 2012 r. - 36,85% do 63,15%, w kwietniu 2012 r. - 35,35% do 64,65%, w maju 2012 r. - 53,08% do 46,92%, w czerwcu 2012 r. - 50,55% do 49,45%, w lipcu 2012 r. - 47,96%, do 52,04%, w sierpniu 2012 r. - 66,93% do 33,07%, we wrześniu 2012 r. - 68,77% do 31,23% i w październiku 2012 r. - 77,04% do 22,96%.

Liczba pracowników oddelegowanych do pracy w Niemczech i w Polsce wynosiła odpowiednio: w maju 2011 r. - 0 do 93, w czerwcu 2011 r. - 0 do 100, w lipcu 2011 r. - 5 do 69, w sierpniu 2011 r. - 5 do 114, we wrześniu 2011 r. - 8 do 98, w październiku 2011 r. - 11 do 112, w listopadzie 2011 r. - 21 do 120, w grudniu 2011 r. - 22 do 122, w styczniu 2012 r. - 15 do 96, w lutym 2012 r. - 14 do 95, w marcu 2012 r. - 16 do 118, w kwietniu 2012 r. - 26 do 126, w maju 2012 r. - 29 do 156, w czerwcu 2012 r. - 42 do 143, w lipcu 2012 r. - 47 do 115, w sierpniu 2012 r. - 52 do 77, we wrześniu 2012 r. - 46 do 91 i w październiku 2012 r. - 45 do 100.

Proporcja liczby kontraktów realizowanych w Niemczech i w Polsce kształtowała się odpowiednio: w maju 2011 r. - 0 do 9, w czerwcu 2011 r. - 0 do 10, w lipcu 2011 r. - 1 do 10, w sierpniu 2011 r. - 1 do 12, we wrześniu 2011 r. - 2 do 9, w październiku 2011 r. - 3 do 10, w listopadzie 2011 r. - 4 do 12, w grudniu 2011 r. - 4 do 12, w styczniu 2012 r. - 3 do 12, w lutym 2012 r. - 2 do 11, w marcu 2012 r. - 3 do 10, w kwietniu 2012 r. - 4 do 10, w maju 2012 r. - 7 do 12, w czerwcu 2012 r. - 9 do 11, w lipcu 2012 r. - 10 do 10, w sierpniu 2012 r. - 12 do 7, we wrześniu 2012 r. - 10 do 11 i w październiku 2012 r. - 11 do 9.

W tym czasie średni wskaźnik siły nabywczej wynagrodzeń w tych krajach wynosił 3,23.

(dowód: tabela informacyjna - k. 226-227).

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja wnioskodawcy zasługuje na uwzględnienie.

Spór w sprawie wymagał ustalenia, czy organ rentowy zasadnie stwierdził, że zainteresowany J. R. podlegał niemieckiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych oraz czy zasadnie odmówił wydania wnioskomawcy - spółce (...) - zaświadczenia, że w spornych okresach zainteresowany podlegał polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że w sprawie zastosowanie znajdują przepisy rozporządzenia Parlamentu i Rady (WE) nr 883/2004 z 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz. Urz. UE nr L 166 z 30 kwietnia 2004 r.) oraz rozporządzenia Parlamentu i Rady (WE) z 16 września 2009 r. nr 987/2009 dotyczącego wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/2004 (Dz. Urz. UE nr L 284 z 30 października 2009 r.). W przypadku pracowników najemnych generalną regułą jest podleganie systemowi zabezpieczenia społecznego tylko jednego kraju, w którym jest świadczona praca (lex loci laboris). Taka konkluzja wypływa z dyspozycji art. 11 ust. 2a rozporządzenia nr 883/2004, który stanowi, że osoba wykonująca w państwie członkowskim pracę najemną lub pracę na własny rachunek, podlega ustawodawstwu tego państwa członkowskiego.

W rozporządzeniu przewidziane są jednakże wyjątki od zasady terytorialności. Takie odstępstwo od reguły przewiduje art. 12 ust. 1 powyższego rozporządzenia, który stanowi, że osoba wykonująca działalność jako pracownik najemny w państwie członkowskim w imieniu pracodawcy, który tam normalnie prowadzi działalność, a która jest delegowana przez tego pracodawcę do innego państwa członkowskiego do wykonywania pracy w imieniu pracodawcy, nadal podlega ustawodawstwu pierwszego państwa członkowskiego, pod warunkiem, że przewidywany czas takiej pracy nie przekracza 24 miesięcy i że osoba ta nie jest wysłana, by zastąpić inną osobę.

W szczegółowych uregulowaniach dotyczących art. 12 i art. 13 rozporządzenia nr 883/2004, zawartych w rozporządzeniu nr 987/2009 dotyczącego wykonywania rozporządzenia nr 883/2004, w art. 14 ust. 1 i 2 wskazano, że sformułowanie zawarte w art. 12 ust. 1 rozporządzenia podstawowego: „osoba, która wykonuje działalność jako pracownik najemny w państwie członkowskim w imieniu pracodawcy, który normalnie prowadzi tam swoją działalność, a która jest delegowana przez tego pracodawcę do innego państwa członkowskiego” oznacza także osobę zatrudnioną w celu oddelegowania jej do innego państwa członkowskiego, pod warunkiem, że osoba ta bezpośrednio przed rozpoczęciem zatrudnienia podlega już ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym siedzibę ma jej pracodawca. W ust. 2 natomiast wyjaśniono, że sformułowanie z art. 12 ust. 1 rozporządzenia podstawowego: „który normalnie tam prowadzi swą działalność” odnosi się do pracodawcy zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności, innej niż działalność związana z samym zarządzaniem wewnętrznym na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, z uwzględnieniem wszystkich kryteriów charakteryzujących działalność prowadzoną przez dane przedsiębiorstwo. Kryteria te muszą zostać dopasowane do specyficznych cech każdego pracodawcy i do rzeczywistego charakteru prowadzonej działalności.

W rozpoznawanej sprawie, na etapie apelacji, nie było spornym, że przewidywany okres wykonywania pracy w Niemczech przez zainteresowanego nie przekraczał 24 miesięcy oraz że pracownik nie został skierowany w miejsce

innej osoby, której upłynął okres skierowania. Wbrew pogładowi Sądu Okręgowego wyrażonemu w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia zainteresowany spełnił także warunek podlegania ustawodawstwu polskiemu bezpośrednio przed rozpoczęciem zatrudnienia w Spółce.

Ostatecznie spór wymagał więc rozstrzygnięcia, czy wnioskodawca tj. (...) sp. z o.o., prowadzi na terenie Polski „znaczną część działalności”, o której mowa w art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004, inną niż działalność związaną z samym zarządzaniem wewnętrznym.

Sąd Apelacyjny uzupełnił postępowanie dowodowe przez dopuszczenie dowodu z informacji zawartych w pismach procesowych wnioskodawcy z dnia 30 marca 2016 r. (k. 223-227 a.s.) na okoliczność miesięcznych obrotów, ilości realizowanych kontraktów, liczby pracowników, w tym delegowanego, w odniesieniu do danych w Niemczech i w Polsce za okres od maja 2011 r. do grudnia 2013 r. Na tej podstawie sąd ustalił, że jeśli chodzi o działalność spółki w 2011 r. i 2012 r., a więc w czasie poprzedzającym oddelegowanie J. R., proporcja liczby pracowników delegowanych do pracy w Niemczech a zatrudnionych w Polsce wynosiła kolejno w 2011 r.: w maju 2011 r. - 0 (Niemcy) do 93 (Polska), w czerwcu 2011 r. - 0 do 100, w lipcu 2011 r. - 5 do 69, w sierpniu 2011 r. - 5 do 114, we wrześniu 2011 r. - 8 do 98, w październiku 2011 r. - 11 do 112, w listopadzie 2011 r. - 21 do 120, w grudniu 2011 r. - 22 do 122, w styczniu 2012 r. - 15 do 96, w lutym 2012 r. - 14 do 95, w marcu 2012 r. - 16 do 118, w kwietniu 2012 r. - 26 do 126, w maju 2012 r. - 29 do 156, w czerwcu 2012 r. - 42 do 143, w lipcu 2012 r. - 47 do 115, w sierpniu 2012 r. - 52 do 77, we wrześniu 2012 r. - 46 do 91 i w październiku 2012 r. - 45 do 100.

Proporcja liczby kontraktów realizowanych w Niemczech i w Polsce kształtowała się odpowiednio: w maju 2011 r. - 0 do 9, w czerwcu 2011 r. - 0 do 10, w lipcu 2011 r. - 1 do 10, w sierpniu 2011 r. - 1 do 12, we wrześniu 2011 r. - 2 do 9, w październiku 2011 r. - 3 do 10, w listopadzie 2011 r. - 4 do 12, w grudniu 2011 r. - 4 do 12, w styczniu 2012 r. - 3 do 12, w lutym 2012 r. - 2 do 11, w marcu 2012 r. - 3 do 10, w kwietniu 2012 r. - 4 do 10, w maju 2012 r. - 7 do 12, w czerwcu 2012 r. - 9 do 11, w lipcu 2012 r. - 10 do 10, w sierpniu 2012 r. - 12 do 7, we wrześniu 2012 r. - 10 do 11 i w październiku 2012 r. - 11 do 9.

Średni procentowy udział obrotów spółki uzyskiwanych w okresie od czerwca 2011 r. do października 2012 r. włącznie w Niemczech i w Polsce wynosił, przy uwzględnieniu niższej siły nabywczej polskiej waluty w krajach Unii Europejskiej około 20,45% (w Niemczech) do około 79,55% (w Polsce). Porównanie wskazanych wyżej obiektywnych czynników, takich jak: liczba umów wykonywanych przez spółkę (...) w Niemczech i w Polsce, liczba pracowników zatrudnionych w kraju i delegowanych do pracy za granicę oraz średnie obroty uzyskiwane przez to przedsiębiorstwo w Polsce oraz w e Francji (przy uwzględnieniu, jak wyżej wskazano, niższej siły nabywczej złotego w tych krajach UE) w okresie 12 miesięcy poprzedzających okres delegowania zainteresowanego pracownika do pracy za granicę) pozwala wywieść wniosek, że wbrew pogładowi Sądu pierwszej instancji (...) spełniła kryterium prowadzenia znacznej części działalności w Polsce.

Przechodząc do kolejnych kryteriów mających wpływ na ustalenie właściwego ustawodawstwa w zakresie zabezpieczenia społecznego, jakiemu winni podlegać delegowani pracownicy spółki, wskazać należy na treść decyzji nr A2 dotyczącej wykładni art. 12 powyższego rozporządzenia w sprawie ustawodawstwa mającego zastosowanie do pracowników delegowanych i osób wykonujących pracę na własny rachunek, tymczasowo pracujących poza państwem właściwym. Akt w postaci decyzji A2 Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Zabezpieczenia Społecznego nie jest wprawdzie źródłem prawa, niemniej ma charakter informacyjno-pomocniczy, jako wydany na podstawie art. 72 lit. a i b rozporządzenia nr 883/2004. Komisja Administracyjna wskazała, że pierwszym decydującym warunkiem dla zastosowania art. 12 ust. 1 jest istnienie bezpośredniego związku między pracodawcą a zatrudnionym przez niego pracownikiem. Drugim decydującym warunkiem jest istnienie więzi między pracodawcą a państwem członkowskim, w którym ma on swoją siedzibę. Możliwość delegowania pracowników według Komisji powinna zatem ograniczać się wyłącznie do przedsiębiorstw, które normalnie prowadzą swą działalność na terenie państwa członkowskiego, którego ustawodawstwu nadal podlega pracownik delegowany, dlatego przyjmuje się, że powyższe przepisy mają zastosowanie jedynie do przedsiębiorstw, które zazwyczaj prowadzą znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego, w którym mają siedzibę. Przez cały okres delegowania powinna istnieć możliwość

przeprowadzania wszelkich kontroli, dotyczących w szczególności opłacania składek i utrzymywania bezpośredniego związku, wymaganych dla zapobieżenia niezgodnemu z prawem wykorzystaniu wyżej wymienionych przepisów oraz dla zapewnienia odpowiednich informacji organom administracyjnym, pracodawcom i pracownikom. Pracownik i pracodawca muszą być należycie poinformowani o warunkach, pod którymi zezwala się na to, by pracownik delegowany nadal podlegał ustawodawstwu państwa, z którego został oddelegowany.

Reasumując, Komisja stwierdziła, że przepis art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 stosuje się do pracownika podlegającego ustawodawstwu państwa członkowskiego (państwa wysyłającego) z tytułu wykonywania pracy na rzecz pracodawcy, który zostaje wysłany przez tego pracodawcę do innego państwa członkowskiego (państwa zatrudnienia) w celu wykonywania tam pracy na rzecz tego pracodawcy. Pracę uważa się za wykonywaną na rzecz pracodawcy państwa wysyłającego, jeżeli ustalono, że praca ta jest wykonywana dla tego pracodawcy oraz że wciąż istnieje bezpośredni związek między pracownikiem a pracodawcą, który go oddelegował.

W celu ustalenia, czy taki bezpośredni związek wciąż istnieje, a zatem dla przyjęcia, że pracownik nadal podlega zwierzchnictwu pracodawcy, który go oddelegował, należy uwzględnić szereg elementów, w tym odpowiedzialność za rekrutację, umowę o pracę, wynagrodzenie - niezależnie od ewentualnych umów między pracodawcą w państwie wysyłającym przedsiębiorstwem w państwie zatrudnienia, dotyczących wynagradzania pracowników i zwalniania oraz prawo do określenia charakteru pracy.

Przepisy art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 nie mają zastosowania lub przestają mieć zastosowanie, w szczególności, gdy przedsiębiorstwo, do którego pracownik został oddelegowany, pozostawia go w dyspozycji innego przedsiębiorstwa w państwie członkowskim, w którym się znajduje, gdy pracownik delegowany do danego państwa członkowskiego zostaje pozostawiony do dyspozycji przedsiębiorstwa znajdującego się w innym państwie członkowskim, gdy pracownik jest rekrutowany w danym państwie członkowskim w celu wysłania go przez przedsiębiorstwo znajdujące się w drugim państwie członkowskim do przedsiębiorstwa w trzecim państwie członkowskim.

Sąd Apelacyjny ustalił, że wprowadzie zainteresowany pracownik w okresie oddelegowania go do pracy za granicą nie wykonywał pracy na rzecz pracodawcy delegującego, nie mniej jednak ten pracodawca po pierwsze zatrudnił pracowników, prowadząc jego rekrutację i zawierając z nim umowę o pracę na czas określony podlegającą polskiemu reżimowi prawa pracy, a po drugie, przez cały czas świadczenia pracy za granicą istniał bezpośredni związek pracodawcy z delegowanym pracownikiem. Jak już wspomniano wyżej, administracja i kadry spółki (...)która powstała w 2005 r. i która od początku ma siedzibę w Polsce, prowadzone są w kraju. Spółka korzysta zarówno z personelu pracowników agencji tymczasowej jak ze stałego personelu pracowników zatrudnionych w kraju. Tu zawiera także i wykonuje pewną liczbę kontraktów, których stosunek do umów realizowanych za granicą nie jest minimalny a porównywalny.

Nie ma jednak wątpliwości, że poza istnieniem więzi pracowniczej wymaga się, aby przedsiębiorstwo delegujące „zwykle” prowadziło działalność na terenie państwa, z którego pracownik został oddelegowany. Ponadto stwierdza się, że chodzi o działalność „godną odnotowania” w kraju delegującym. Z decyzji nie wynika przy tym, aby to właśnie sprzedaż czy obrót odgrywały pierwszoplanową rolę przy ocenie, czy przedsiębiorstwo może powołać się na art. 14 ust. 1 lit. „a” rozporządzenia 1408/71. Nie można też pominąć, że celem dla którego stworzono możliwość odstępstw od zasady terytorialności było maksymalne wspieranie swobodnego przepływu pracowników oraz umożliwienie pracownikom, przedsiębiorcom i instytucjom uniknięcie niepotrzebnych i kosztownych komplikacji administracyjnych.

Sąd Apelacyjny podziela stanowisko zawarte w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 18 listopada 2015 r., sygn. akt II UK 100/14, że uzyskiwanie 25% obrotu w państwie siedziby przedsiębiorstwa delegującego (Publikacja Komisji Europejskiej - „Praktyczny poradnik: Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników Unii Europejskiej, w Europejskim Obszarze Gospodarczym i w Szwajcarii”) stanowi jedynie sugestią interpretacyjną, że osiągnięcie tego

poziomu może uzasadniać przyjęcie faktycznego domniemania, że przedsiębiorstwo prowadzi normalną działalność, z jednoczesną sugestią, że jego nieosiągnięcie wymaga bardziej pogłębionej analizy pozostałych kryteriów.

Analizując więc wskaźniki takie jak: miejsce siedziby pracodawcy delegującego i jego administracji, liczbę personelu administracyjnego obecnego w państwie członkowskim wysyłającym, miejsce rekrutacji pracowników delegowanych, miejsce zawierania umów, prawo któremu podlegają umowy zawarte z pracownikami, wielkość obrotów, liczbę kontraktów w Polsce i w Niemczech, liczbę pracowników delegowanych, należy uznać zasadność stanowiska wnioskodawcy w odniesieniu do zainteresowanego pracownika. Podnieść też należy, że krótkotrwała zmiana niektórych wskaźników nie powinna ważyć na ocenie wniosku. Funkcjonowanie przedsiębiorstwa uzależnione jest bowiem od szeregu czynników, w tym od niego niezależnych. Dokumentacja oferowana przez spółkę wskazuje na zmienne wartości zarówno obrotów, jak i liczby zatrudnionych pracowników, co jest zjawiskiem typowym dla każdej działalności gospodarczej. Nie można przy tym twierdzić, że zarówno liczba zatrudnionych w Polsce, liczba realizowanych w kraju czy wreszcie wykazywane obroty mają charakter symboliczny - są one bowiem dla firmy znaczące. Bezspornym przy tym jest, że podczas całego okresu oddelegowania zainteresowanego zachowany był bezpośredni związek między przedsiębiorstwem delegującym a pracownikiem oddelegowanym.

Wszystkie te okoliczności świadczą o istnieniu po stronie spółki (...) przesłanek warunkujących wydanie zaświadczenia A1 dla zainteresowanego pracownika, przez który organ rentowy potwierdza objęcie pracownika delegowanego krajowym systemem ubezpieczeń społecznych. Zaświadczenie to musi obejmować cały okres umowy.

Z powyższych względów, wobec uznania, że apelacja Spółki (...) jest zasadna, Sąd Apelacyjny, na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. zmienił zaskarżony wyrok w sposób wskazany w punkcie I.

O kosztach postępowania apelacyjnego rozstrzygnięto na podstawie art. 98 k.p.c. Skoro organ rentowy przegrał sprawę w obu instancjach należało zasądzić koszty zastępstwa procesowego na rzecz spółki (...) w wysokości 210 zł, tj. za pierwszą instancję w wysokości 60 zł wg stawki z § 11 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U.2013.490 j.t.), a za postępowanie apelacyjne kwotę 120 zł na podstawie § 12 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia oraz 30 zł tytułem zwrotu opłaty za apelację.

SSA Grażyna Szyburska-Walczak SSA Irena Różańska-Dorosz SSA Monika Kiwiorska-Pająk

R.S.