

Sygn. akt III AUa 1734/17

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 1 marca 2018 r.

**Sąd Apelacyjny we Wrocławiu III Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych  
w składzie:**

**Przewodniczący: SSA Maria Pietkun (spr.)**

**Sędziowie: SSA Jarosław Błaszczak**

**SSA Jacek Witkowski**

**Protokolant: Magdalena Krucka**

**po rozpoznaniu w dniu 1 marca 2018 r. we Wrocławiu**

**na rozprawie**

**sprawy z odwołania (...) Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Ś.**

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

**przy udziale K. P.**

**o wysokość podstawy wymiaru składek**

**na skutek apelacji (...) Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Ś.**

**od wyroku Sądu Okręgowego w Świdnicy Sądu Pracy i Ubezpieczeń Społecznych**

**z dnia 17 sierpnia 2017 r. sygn. akt VII U 125/17**

**I. oddała apelację,**

**II. zasądza od odwołującego się na rzecz strony pozwanej kwotę 675 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.**

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 17 sierpnia 2017 r. Sąd Okręgowy w Świdnicy w Wydziale VII Pracy i Ubezpieczeń Społecznych oddalił odwołanie wnioskodawcy (...) spółki z o.o. Sp.k. z siedzibą w Ś. od decyzji strony pozwanej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w W. o wysokość podstawy wymiaru składek ubezpieczonej K. P. i zasądził od wnioskodawcy na rzecz organu rentowego kwotę 900 zł. tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Wyrok ten oparł Sąd Okręgowy o następująco dokonane ustalenia faktyczne.

(...) Sp. z o.o., Sp. k. z/s w Ś. został zarejestrowany w Krajowym Rejestrze Sądowym w dniu 16.10.2014 r. Przedmiotem działalności prowadzonej przez płatnika jest m.in. pomoc społeczna bez zakwaterowania dla osób w podeszłym wieku i osób niepełnosprawnych, działalność usługowa związana z poprawą kondycji fizycznej, działalność fizjoterapeutyczna.

Spółka ta zawarła z K. P. umowę o świadczenie usług na czas określony 11.02.2015 - 30.06.2015 r. w przedmiocie dokonywania czynności z zakresu czynnej reklamy działalności zleceniodawcy, prowadzenia rekrutacji osób chętnych do współpracy w przedmiocie działalności prowadzonej przez zleceniodawcę, podejmowanie dalszych czynności zleconych przez zleceniodawcę, za wynagrodzeniem w wysokości 1750 zł brutto miesięcznie. Strony zawarły również aneks do ww. umowy, na podstawie którego ubezpieczona zobowiązała się do osobistego wykonywania usług pomocy w prowadzeniu gospodarstwa oraz świadczeniu usług opieki nad osobami starszymi i chorymi. Strony umowy ustaliły, że poza granicami Polski za każdy dzień wykonanych czynności ubezpieczonej przysługuje dieta w wysokości 26,26 euro.

Strona pozwana wstawiła zaświadczenia A1 dla ubezpieczonej na okres obowiązywania ww. umowy.

W okresie 12.02.2015-11.04.2015 r. ubezpieczona wykonywała ww. umowę wyłącznie na terenie Niemiec, otrzymując z tego tytułu od płatnika wynagrodzenie i diety, których wysokość wyniosła po przeliczeniu z euro na złotówki w okresie 1852,42 zł (12-28.02.2015 r.), 3332,76 zł (marzec 2015 r.), 1157,17 zł (01-11.04.2015 r.).

W dniach 12.04.2016 r. - 28.06.2016 r. ZUS przeprowadził kontrolę u płatnika składek m.in. w zakresie prawidłowości i rzetelności obliczania składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne. Płatnik występował do ZUS o poświadczenia A1 za osoby wysyłane do pracy za granicą. Płatnik składek nie wystawiał poleceń wyjazdu służbowego, natomiast praca poza granicami kraju rozliczana była na podstawie rozliczenia kosztów podróży zagranicznej wypłacanej w formie diet. Wynagrodzenie i rozliczenie kosztów zagranicznej podróży służbowej było wypłacane do 10 dnia miesiąca po miesiącu przepracowanym. Na ubezpieczonych ciążył obowiązek przedstawienia sprawozdania z wykonania zlecenia, będący pośrednią podstawą wyliczenia wynagrodzenia. Wyjazdy ubezpieczonych do pracy w Niemczech stanowiły większość czasu na jaki zawarte zostały umowy zlecenia. Wyjazdy te nie miały charakteru incydentalnego, tymczasowego, ponieważ wyjeżdżający do pracy w Niemczech przez większość czasu nie pozostawali w zatrudnieniu na terenie Polski, praca za granicą była wykonywana w powtarzalnych, długotrwałych okresach czasu – od kilku tygodni do kilku miesięcy, bez przerwy. W trakcie pobytu za granicą ubezpieczeni nieprzerwanie, codziennie świadczyli usługi opiekuńcze na rzecz kontrahentów płatnika (rodzin niemieckich), a łączna wysokość świadczeń z tytułu wynagrodzenia i diet wypłacanych ubezpieczonym w poszczególnych miesiącach była wyższa niż przeciętne wynagrodzenie w Polsce w 2015 r.

ZUS wskazał, że za okres oddelegowania za granicę od uzyskanego przez ubezpieczone miesięcznego przychodu należy odjąć równowartość diet za dni pobytu za granicą i tak obliczoną kwotę porównać do prognozowanego przeciętnego wynagrodzenia, wówczas ta właśnie kwota stanowi podstawę wymiaru składek. Jeżeli natomiast przychód pomniejszony o równowartość diet stanowi kwotę niższą od prognozowanego przeciętnego wynagrodzenia, wówczas podstawę wymiaru stanowi kwota prognozowanego przeciętnego wynagrodzenia. Kwota prognozowanego przeciętnego wynagrodzenia stanowi więc minimum, od którego powinny zostać opłacone składki na ubezpieczenia społeczne za pracownika delegowanego. Jeżeli zleceniobiorca nie wykonywał pracy za granicą przez pełny miesiąc, wówczas kwotę prognozowanego przeciętnego wynagrodzenia Zakład zmniejsza proporcjonalnie. Kwota ta zostaje podzielona przez liczbę dni kalendarzowych miesiąca i pomnożona przez liczbę dni pracy zleceniobiorcy poza granicami Polski. Do tak proporcjonalnie zmniejszonej kwoty prognozowanego przeciętnego wynagrodzenia Zakład przyrównuje przychód zleceniobiorcy pomniejszony o równowartość diet. Na tej podstawie zaskarżoną decyzją z dnia 23.11.2016 r. strona pozwana ustaliła podstawy wymiaru składek na ubezpieczenia społeczne K. P. z tytułu wykonywania pracy na rzecz płatnika na podstawie umów zlecenia, w okresach wskazanych w tej decyzji.

W dniu 11.02.2015 r. podstawa wymiaru składek za pracę w Polsce wyniosła 62,50 zł, a podstawa wymiaru składek za pracę za granicą w okresie 12.02.2015 - 28.02.2015 r. wyniosła 2403,80 zł. Łączna podstawa wymiaru składek wyniosła 2466,30 zł. Płatnik wypłacił natomiast łącznie 2977,42 zł tj. 1125 zł wynagrodzenia i 1852,42 zł diety.

W okresie 01.03.2015-31.03.2015 r. podstawa wymiaru składek za pracę w Polsce wyniosła 0 zł, a za pracę za granicą 3959 zł. Płatnik wypłacił natomiast łącznie 5082,76 zł tj. 1750 zł wynagrodzenia i 3332,76 zł diety.

W okresie 12.04.2015-30.04.2015 r. podstawa wymiaru składek za pracę w Polsce wyniosła 591,28 zł, a za pracę za granicą w okresie 01.04.2015 - 11.04.2015 r. 1451,67 zł. Łączna podstawa wymiaru składek wyniosła 2042,95zł. Płatnik wypłacił natomiast łącznie 2090,50 zł tj. 933,33 zł wynagrodzenia i 1157,17 zł diety.

Przy tak poczynionych ustaleniach Sąd Okręgowy przyjął powołując art. 77<sup>5</sup> § 1 k.p. że podróż służbowa jest delegowaniem pracownika, które ma cechy zjawiska wśród obowiązków pracownika niecodziennego, okazjonalnego, w ramach pracowniczych powinności niezwykłego i nietypowego, stanowiącego pewien wyłom w zwykłym świadczeniu pracy. Pracę w ramach podróży służbowej wyróżnia sporadyczność i przemijający czas trwania wysłania oraz wykonywanie konkretnie określonego zadania, ocenę tę poparł przytoczeniem orzecznictwa Sądu Najwyższego. O wysłaniu w podróż służbową decyduje polecenie służbowe udania się poza określone w umowie o pracę miejsce wykonywania pracy (por. art. 29 § 1 pkt 2 k.p.). W rozpatrywanej zaś sprawie wyjazdu ubezpieczonej nie miały takiego incydentalnego, okazjonalnego charakteru. Wyjazdy za granicę nie stanowiły wyłomu w zwykłym świadczeniu umówionej pracy, wręcz przeciwnie – były w zasadzie głównym przejawem jej wykonywania, czego w żaden sposób nie zmienia okoliczność, że istniała możliwość powierzenia ubezpieczonym wykonywania określonych czynności w Polsce. Zakres działalności gospodarczej płatnika składek obejmował przede wszystkim realizację zleceń opieki nad osobami starszymi dla kontrahentów niemieckich, co wynika zarówno z przedmiotu działalności spółki ujawnionego w KRS jak i ustaleń dokonanych przez stronę pozwaną w toku postępowania administracyjnego. Miejsce wykonywania pracy ubezpieczonej w Niemczech było objęte porozumieniem między nią a płatnikiem. Należy też zwrócić również uwagę, że dla ubezpieczonych wystawiono zaświadczenia potwierdzające podleganie polskiemu ustawodawstwu w zakresie zabezpieczenia społecznego, tzw. formularze A1 na wniosek płatnika (co było bezsporne). Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 14.11.2013 r., II UK 204/13, stanął na stanowisku, że poświadczenie przez ZUS stosowania polskiego systemu ubezpieczeń społecznych na formularzu E-101 (obecnie A1) wyklucza możliwość stwierdzenia, że pracownik, którego dotyczy to potwierdzenie, przebywa w zagranicznej podróży służbowej. Analogicznie wyrok ten znajduje zastosowanie również do umów cywilnoprawnych zawieranych przez ubezpieczonych z płatnikiem składek.

Odnosnie opartego na wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28.10.2015 r., sygn. akt SK 9/14 (Dz. U. z 2015 r. poz. 1808). zarzutu błędnego sposobu wyliczenia podstawy wymiaru składek Sąd Okręgowy powołując art. 18 ust. 1 oraz art. 20 ust. 1 ustawy systemowej oraz art. 12 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych i art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 27.08.2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych wskazał że z powyższych regulacji wynika iż, ustawodawca wprowadził generalną zasadę, że każdy przychód jest podstawą do wyliczenia składki na ubezpieczenie społeczne. Powołując treść § 1 i 2 rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 18.12.1998 r. w sprawie szczegółowych zasad ustalania podstawy wymiaru składek na ubezpieczenie emerytalne i rentowe (Dz.U.2015.2236 tj.) stwierdził, że na skutek w/w wyroku Trybunału Konstytucyjnego powyższa regulacja została uznana za niezgodną z art. 92 ust. 1 oraz art. 64 ust. 1 i 3 Konstytucji RP w zakresie, w jakim dotyczy pracowników zatrudnionych za granicą u polskich pracodawców, uzyskujących przychody w rozumieniu przepisów o podatku dochodowym od osób fizycznych niższe niż przeciętne wynagrodzenie w gospodarce narodowej, o którym mowa w art. 19 ust. 1 ustawy z 13.10.1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych. Stąd też z dniem 1.10.2016 r. ustawodawca zmienił przepis § 2 ust. 1 pkt 16 w/w rozporządzenia wprowadzając następujący zapis – podstawy w wymiaru składek nie stanowi część wynagrodzenia pracowników, których przychód jest wyższy niż przeciętne wynagrodzenie, o którym mowa w art. 19 ust. 1 ustawy, zatrudnionych za granicą u polskich pracodawców, z wyłączeniem osób wymienionych w art. 18 ust. 12 ustawy - w wysokości równowartości diety przysługującej z tytułu podróży służbowych poza granicami kraju, za każdy dzień pobytu, określonej w przepisach w sprawie wysokości oraz warunków ustalania należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej poza granicami kraju, z tym zastrzeżeniem, że tak ustalony miesięczny przychód tych osób stanowiący podstawę wymiaru składek nie może być niższy od kwoty przeciętnego wynagrodzenia, o którym mowa w art. 19 ust. 1 ustawy. Zauważył Sąd Okręgowy, że w myśl § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia przepisy § 2 – 4 stosuje się odpowiednio przy ustalaniu podstawy wymiaru składek osób wykonujących pracę na podstawie umowy agencyjnej lub umowy zlecenia albo innej umowy o świadczenie usług, do której zgodnie z Kodeksem cywilnym stosuje się przepisy dotyczące zlecenia. Stąd też, mając na uwadze powyższą regulację, gdy wynagrodzenie ubezpieczonego jest wyższe niż przeciętne, to może zostać odliczona dieta, przy czym po takim

odliczeniu przychód podlegający oskładkowaniu nie może zostać mniejszy niż przeciętne wynagrodzenie. Celem tego przepisu jest z jednej strony umożliwienie odliczania diet w przypadku świadczenia pracy za granicą, a z drugiej strony ograniczenie do wysokości przeciętnego wynagrodzenia takiej możliwości, co wynika chociażby z faktu, że odliczenie w całości diety mogłoby spowodować brak jakiegokolwiek przychodu podlegającego oskładkowaniu. Przepis ten nie będzie miał natomiast zastosowania w stosunku do osób, które nie uzyskują wynagrodzenia w wysokości przeciętnego wynagrodzenia. Nie będzie także mógł spowodować podwyższenia podstawy wymiaru ponad faktycznie osiągnięty przychód.

W okolicznościach sprawy, wypłacone przez płatnika składek świadczenia, zakwalifikowane jako diety z tytułu podróży służbowej nie przysługiwały ubezpieczonej, ponieważ nie odbywała ona podróży służbowej, to brak było podstaw do zastosowania § 2 ust. 1 pkt 15 w/w rozporządzenia, lecz należało przyjąć je do podstawy oskładkowania jako przychód z tytułu zawartych umów zlecenia. Wobec tego, że ubezpieczona wykonywała za granicą umowę zlecenia zawartą z polskim zleceniodawcą, łączne kwoty wypłat dokonanych na jej rzecz za okres wykonywania czynności za granicą (to jest wynagrodzenie zasadnicze i składniki zakwalifikowane jako diety) należało poddać procedurze oskładkowania według zasad z § 2 ust. 1 pkt 16 rozporządzenia. Powyższe oznacza, że zleceniodawcy (płatnicy składek), którzy wypłacają zleceniobiorcom (ubezpieczonym) wysokie wynagrodzenia za czynności objęte umowami zlecenia mogą skorzystać z dobrodziejstwa odliczenia od podstawy wymiaru takiej części wynagrodzenia, która odpowiada pełnej diecie z tytułu podróży służbowej. Jeśli jednak suma wynagrodzenia zleceniobiorcy jest tak ustalona, że po odliczeniu części wynagrodzenia w wysokości równowartości diety po oskładkowaniu pozostanie mniej niż kwota przeciętnego wynagrodzenia, to zleceniodawca (płatnik składek) nie może odliczyć równowartości całej diety, a jedynie taką jej część, aby do oskładkowania pozostała kwota nie niższa niż przeciętne wynagrodzenie, o którym mowa w art. 19 ust. 1 ustawy systemowej. Podobnie w sytuacji, gdy zleceniobiorca (ubezpieczony) nie uzyskuje wynagrodzenia w wysokości przeciętnego wynagrodzenia, ulga w opłacaniu składek na ubezpieczenia społeczne będzie niższa niż wynikająca z działania mechanizmu przewidzianego w § 2 ust. 1 pkt 16 w/w rozporządzenia. Kwota przeciętnego wynagrodzenia w 2015 r. wynosiła 3959 zł zgodnie z Obwieszczeniem Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 27.11.2014 r. w sprawie kwoty ograniczenia rocznej podstawy wymiaru składek na ubezpieczenia emerytalne i rentowe w roku 2015 oraz przyjętej do jej ustalenia kwoty prognozowanego przeciętnego wynagrodzenia (M.P.2014.1137).

Jak wynika z poczynionych ustaleń, które zostały dokonane w oparciu o dokumentację znajdującą się w aktach kontroli ZUS, organ rentowy w pełni zastosował powyższe zasady przy ich ustalaniu. W żadnym wypadku kwota podstawy wymiaru składek ubezpieczonej nie przekroczyła faktycznie osiągniętego przychodu, co wynika z treści szczegółowego wyliczenia strony pozwanej k. 30-32 akt sprawy.

Płatnik składek nie wykazał wadliwości tego wyliczenia.

Mając powyższe rozważania na uwadze Sąd w oparciu o art. 477<sup>14</sup> § 1 k.p.c. oddalił odwołanie płatnika, o kosztach postępowania orzekając na podstawie art. 98 k.p.c. w zw. z § 2 pkt 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22.10.2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U.2015.1804), mając na uwadze wskazaną wartość przedmiotu sporu.

Z wyrokiem tym nie zgodził się płatnik składek i wywiódł apelację.

Zaskarżył w niej tenże wyrok w całości i zarzucił mu naruszenie:

- art. 321 k.p.c. w zw. z art. 328 § 2 k.p.c. przez błędną wykładnię i niezastosowanie poprzez uznanie, że istotą sporu między stronami było pojęcie podróży służbowej, podczas gdy sedno sporu stanowił brak podstawy prawnej dla zaskarżonych decyzji.
- art. 233 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, w szczególności nie odniesienie się w ogóle do zarzutów stawianych decyzjom, zawartych w treści złożonych odwołań Spółki (...) Sp. z o.o. sp.k..

skarżący wnosił o uchylenie zaskarżonej decyzji i zasądzenie kosztów procesu za obie instancje , ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi pierwszej instancji.

- Organ rentowy w odpowiedzi na apelację wnosił o jej oddalenie i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego .

### **Sąd Apelacyjny zważył:**

Apelacja podlegała oddaleniu jako bezzasadna.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, wbrew zarzutom apelacji zaskarżony wyrok Sądu I Instancji odpowiada prawu. Sąd Okręgowy prawidłowo zastosował powołaną przez siebie podstawę prawną, dokonał także odpowiednich, niebłędných ustaleń faktycznych niezbędnych do prawidłowej oceny charakteru prawnego spornych wypłat – kwalifikowanych przez stronę skarżącą nietrafnie jako diety, które to ustalenia w konsekwencji skutkowały wyprowadzeniem logicznie prawidłowych, a przy tym trafnych i niesprzecznych wniosków.

Podniesione w apelacji zarzuty dotyczyły nierozpoznania istoty sprawy przez Sąd I instancji. Według apelującego istotą sporu nie było, jak przyjął to Sąd I instancji, ustalenie, czy K. P. , świadcząca pracę na podstawie umowy usług, do których stosuje się przepisy o zleceniu (art. 750 w zw. z art. 734 kc.), odbywała do Niemiec podróże służbowe, a zbadanie, czy organ rentowy miał w ogóle podstawy prawne do wydania zaskarżonych decyzji, bo drugim zarzutem apelacji był ten, że organ rentowy oparł się na przepisie § 2 ust. 1 pkt 16 Rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z 18 grudnia 1998 r. w sprawie szczegółowych zasad ustalania podstawy wymiaru składek na ubezpieczenia emerytalne i rentowe (Dz.U.2017.1949 t.j.) w jego brzmieniu sprzed nowelizacji z 1 października 2016 r., który uznany został za niekonstytucyjny wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z 28 października 2015 r., SK 9/14, OTK-A 2015/9/153.

Według Sądu Apelacyjnego , zarzut ten wynika z pominięcia zakresu przepisu § 2 ust. 1 pkt 16 ww. rozp. uznanego przez TK za niezgodny z art. 92 ust. 1 oraz art. 64 ust. 1 i 3 Konstytucji RP. Trybunał orzekł bowiem, że § 2 ust. 1 pkt 16 rozp. MPiPS z 18 grudnia 1998 r. jest niezgodny z wymienionymi przepisami Konstytucji jedynie w zakresie, w jakim dotyczy pracowników zatrudnionych za granicą u polskich pracodawców, uzyskujących przychody w rozumieniu przepisów o podatku dochodowym od osób fizycznych niższe niż przeciętne wynagrodzenie w gospodarce narodowej, o którym mowa w art. 19 ust. 1 Ustawy z 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych. Przepis ten przed nowelizacją stanowił, że nie stanowi podstawy wymiaru składek część wynagrodzenia pracowników zatrudnionych za granicą u polskich pracodawców, z wyłączeniem osób wymienionych w art. 18 ust. 12 ustawy – w wysokości równowartości diety przysługującej z tytułu podróży służbowych poza granicami kraju, za każdy dzień pobytu, określonej w przepisach w sprawie wysokości oraz warunków ustalania należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej poza granicami kraju, z tym zastrzeżeniem, że tak ustalony miesięczny przychód tych osób stanowiący podstawę wymiaru składek nie może być niższy od kwoty przeciętnego wynagrodzenia, o którym mowa w art. 19 ust. 1 ustawy. Zarzuty skargi konstytucyjnej dotyczyły zastrzeżenia zawartego w ww. przepisie in fine, stosownie do którego ustalony miesięczny przychód pracowników zatrudnionych za granicą u polskich pracodawców stanowiący podstawę wymiaru składek nie może być niższy od kwoty przeciętnego wynagrodzenia, o którym mowa w art. 19 ust. 1 ustawy systemowej. W praktyce organów rentowych kwestionowany przepis rozumiany był w taki sposób, że wyznaczał on minimalną podstawę wymiaru składki na ubezpieczenie społeczne za pracownika delegowanego do pracy za granicą. W świetle interpretacji ZUS-u, kwota przeciętnego wynagrodzenia, do której odwoływał się § 2 ust. 1 pkt 16 rozp. MPiPS in fine, stanowiła więc minimum, od którego powinny zostać opłacone składki na ubezpieczenie społeczne za pracownika delegowanego. Dlatego skarżąca, wnosząca skargę konstytucyjną, kwestionowała zaskarżony przepis jedynie w zakresie, w jakim dotyczył pracowników zatrudnionych za granicą u polskich pracodawców, uzyskujących przychody w rozumieniu przepisów o podatku dochodowym od osób fizycznych niższe niż przeciętne wynagrodzenie w gospodarce narodowej, o którym mowa w art. 19 ust. 1 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych.

Trybunał Konstytucyjny dostrzegł, że zastrzeżenia co do zgodności z Konstytucją kwestionowanego przepisu wiążą się z jego wykładnią dokonywaną przez organy rentowe i sądy, przedstawioną powyżej. Nie przesądzając kierunku

zmian, jakim winien podlegać oceniany przepis, co jest rolą ustawodawcy, TK uznał badany przepis w zakresie, w jakim dotyczy pracowników zatrudnionych za granicą u polskich pracodawców, uzyskujących przychody w rozumieniu przepisów o podatku dochodowym od osób fizycznych niższe niż przeciętne wynagrodzenie w gospodarce narodowej, za sprzeczny z Konstytucją i orzekł, że we wskazanym zakresie traci on moc obowiązującą z upływem 12 miesięcy od dnia ogłoszenia wyroku w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej. Ustawodawca z dniem 1 października 2016 r. zmienił komentowany przepis, nadając mu obecną treść, która prowadzi do wykładni, prezentowanej w wyroku SN z 2 października 2013 r., II UK 78/13 (OSNP 2014/8/120), że niedopuszczalne jest określenie podstawy wymiaru składek na ubezpieczenia emerytalne i rentowe pracownika zatrudnionego za granicą u polskiego pracodawcy jako kwoty przeciętnego wynagrodzenia, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 16 rozp. MPiPS z 18 grudnia 1998 r., jeżeli faktycznie wypłacone mu wynagrodzenie jest niższe od tej kwoty. Kwota przeciętnego wynagrodzenia nie jest progiem, od jakiego podstawa wymiaru składek nie może być niższa, jeżeli rzeczywisty przychód pracownika jest od tej kwoty niższy. Jest progiem mającym zastosowanie, gdy faktycznie wypłacone wynagrodzenie jest wyższe niż przeciętne, a zastosowanie odliczeń przewidzianych przepisem spowodowałoby obniżenie podstawy wymiaru składek poniżej tego progu. W związku z powyższym diety przyznawane ubezpieczonym są w całości przychodem stanowiącym podstawę wymiaru składek na ubezpieczenia w rozumieniu art. 18 ust. 1 ustawy systemowej, a jedynie wówczas płatnik może skorzystać z ulgi przewidzianej w § 2 ust. 1 pkt 16 rozporządzenia i poddać oskładkowaniu przychody zainteresowanych do poziomu nie niższego jednak niż kwota przeciętnego wynagrodzenia, o którym mowa w art. 19 ust. 1 ustawy systemowej, gdy przychód pracownika wykonującego pracę lub umowę zlecenia czy umowę o świadczenie usług za granicą u polskiego pracodawcy (zleceniodawcy) w danym miesiącu przekracza przeciętne wynagrodzenie.

Wobec tego nie ma racji strona apelująca, że Zakład wydając zaskarżone decyzje, oparł się na przepisie § 2 ust. 1 pkt 16 rozp. MPiPS w jego brzmieniu sprzed nowelizacji, bo gdyby tak było Zakład z pewnością ustaliłby wszystkie podstawy wymiaru składek ubezpieczonych na poziomie przeciętnego wynagrodzenia, które w 2015 r. wynosiło 3.959 zł zgodnie z Obwieszczeniem Ministra Pracy i Polityki Społecznej z 27 listopada 2014 r w sprawie kwoty ograniczenia rocznej podstawy wymiaru składek na ubezpieczenia emerytalne i rentowe w roku 2015 oraz przyjętej do jej ustalenia kwoty prognozowanego przeciętnego wynagrodzenia (M.P 2014.1137).

Tak jednak nie jest, bo choć w sprawie (do przychodów osiągniętych przez ubezpieczone w 2015 r.) teoretycznie zastosowanie miałyby omawiany przepis w jego brzmieniu sprzed nowelizacji, to jednak de facto ZUS zastosował ten przepis w rozumieniu zgodnym z wyrokiem TK z 28 października 2015 r. Organ rentowy ustalił podstawy wymiaru składek w poszczególnych miesiącach odpowiadające przeciętnemu wynagrodzeniu, tylko w sytuacjach, gdy przychód zainteresowanych za cały miesiąc był wyższy niż przeciętne wynagrodzenie w danym miesiącu. W tych zatem miesiącach Zakład zastosował ulgę dla płatnika składek przewidzianą omawianym przepisem § 2 ust. 1 pkt 16 rozp. MPiPS, co było istotą sporu. Natomiast, gdy przychód ubezpieczonych był w danym miesiącu niższy lub równy przeciętnemu wynagrodzeniu, wobec tego podlegał oskładkowaniu w całości, bez możliwości zastosowania ulgi w opłacaniu składek.

Z kolei, kiedy ubezpieczona wykonywała pracę za granicą w niepełnym wymiarze miesiąca, organ rentowy nie zaważył ich wynagrodzeń do przeciętnego wynagrodzenia, bowiem ustalał proporcjonalnie w stosunku do przeciętnego wynagrodzenia wysokość podstawy wymiaru składek w odniesieniu do faktycznie przepracowanej ilości dni, o czym stanowi art. 18 ust. 9 ustawy systemowej, zgodnie z którym za miesiąc, w którym nastąpiło odpowiednio objęcie ubezpieczeniami emerytalnym i rentowymi lub ich ustanie i jeżeli trwały one tylko przez część miesiąca, kwotę najniższej podstawy wymiaru składek zmniejsza się proporcjonalnie, dzieląc ją przez liczbę dni kalendarzowych tego miesiąca i mnożąc przez liczbę dni podlegania ubezpieczeniu.

Zarzuty apelacji ukierunkowane natomiast na brak podstawy prawnej do weryfikacji wyliczeń podstawy wymiaru składek ubezpieczonej wynikają z niezrozumienia istoty orzeczenia Trybunału konstytucyjnego i zakresu tego rozstrzygnięcia. Wnioskodawca bezkrytycznie utożsamił zakres orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z brakiem podstaw prawnych do oskładkowania rzeczywistego przychodu. Ocena wnioskodawcy sprowadzałaby się do akceptacji stanu niezgodnego z prawem i zanizania przez płatnika podstawy wymiaru składek wobec dowolnego traktowania, że ubezpieczona przebywała w podróży służbowej. Wnioskodawca nie chce zauważyć, że wyrok Trybunału

Konstytucyjnego zmierzał jedynie do zapobieżenia podwyższaniu podstaw wymiaru składek ponad rzeczywiste przychody, zwłaszcza kiedy winny być liczone proporcjonalnie do przepracowanego okresu w skali miesiąca.

Problem wyliczenia należnych składek sprowadzał się do tej kwestii, że płatnik, opierając się na przepisie § 2 ust. 1 pkt 15 MPiPS, w całości z podstawy wymiaru składek w każdym miesiącu wyłączył przyznane ubezpieczonym dzienne diety (nawet gdy ich przychody nie przekraczały przeciętnego wynagrodzenia), traktując te osoby tak, jak byłyby w podróżach służbowych, co nie ma żadnego uzasadnienia. Dlatego też, Sąd I instancji szeroko wyjaśniał tę kwestię i tę ocenę tego Sądu, Sąd Apelacyjny w pełni podziela i przyjmuje za własną. Bez wątpienia stałym miejscem świadczenia usług przez ubezpieczoną w zakresie opieki nad osobami starszymi były wyłącznie miejscowości na terenie Niemiec., a to wyklucza uznanie że w tym zakresie K. P. odbywała jakiegokolwiek podróże służbowe. Zakład wystawił zaświadczenia A1 poświadczające ich polskie ustawodawstwo w zakresie ubezpieczeń społecznych. Wobec powyższego wystarczy przytoczyć za Sądem I instancji wyrok SN z 14 listopada 2013 r., II UK 204/13 zgodnie z którym pracownik skierowany do wykonywania pracy na terytorium innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej w rozumieniu art. 14 ust. 1 lit. a Rozporządzenia Rady (EWG) nr 1408/71 z 14 czerwca 1971 r. w sprawie stosowania systemów zabezpieczenia społecznego do pracowników najemnych, osób prowadzących działalność na własny rachunek i do członków ich rodzin przemieszczających się we Wspólnocie (Dz.U. UE Polskie wydanie specjalne Rozdział 5, Tom 1, s. 35 ze zm.) nie przebywa w zagranicznej podróży służbowej – art. 775 § 1 kp. (OSNP 2014/8/121).

W związku z powyższym organ rentowy prawidłowo ustalił podstawy wymiaru składek ubezpieczonej K. P., stosując zasady dotyczące ich wyliczania uregulowane w ustawie o systemie ubezpieczeń społecznych oraz w przywoływanym rozporządzeniu.

Zarzuty apelacji nie odnoszą się do istoty sporu i decydują o bezzasadności środka zaskarżenia.

Z tych względów apelacja płatnika została oddalona w oparciu o art. 385 kpc.

Orzeczenie w przedmiocie kosztów procesu znajduje uzasadnienie w art. 98 kpc w zw. z § 2 pkt 3 i § 10 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 22.10.2015r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych, ale w brzmieniu nadanym Rozporządzeniem Ministra Sprawiedliwości z dnia 3.10.2016r. zmieniającym w/w rozporządzenie i obowiązującym począwszy od 27.10.2016r. Wyznaczniikiem kosztów zastępstwa procesowego w sprawie jest wartość przedmiotu zaskarżenia w kwocie 3.959 zł, przy czym koszty w drugiej instancji ograniczono do 755 z uwagi na działanie w obu instancjach tego samego pełnomocnika.

**SSA Jarosław Błaszczak SSA Maria Pietkun SSA Jacek Witkowski**

R.S.