

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 czerwca 2018 r.

### **Sąd Apelacyjny w Katowicach**

Wydział III Pracy i Ubezpieczeń Społecznych

w składzie:

Przewodniczący	SSA Marek Procek (spr.)
Sędziowie	SSA Jolanta Pietrzak SSA Marek Żurecki
Protokolant	Elżbieta Szewczyk

po rozpoznaniu w dniu 28 czerwca 2018r. w Katowicach

sprawy z odwołania T. W., I. B.

przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Z.

o niepodleganie polskiemu ustawodawstwu, unieważnienie zaświadczenia A1

na skutek apelacji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Z.

od wyroku Sądu Okręgowego - Sądu Pracy i Ubezpieczeń Społecznych w Gliwicach

z dnia 8 listopada 2017r. sygn. akt VIII U 2307/15

- 1. zmienia zaskarżony wyrok w całości i oddala odwołania;**
- 2. zasądza od I. B. na rzecz organu rentowego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Z. kwotę 420 zł (czteryście dwadzieścia złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego za obie instancje;**
- 3. zasądza od T. W. na rzecz organu rentowego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Z. kwotę 420 zł (czteryście dwadzieścia złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego za obie instancje.**

/-/SSA J.Pietrzak /-/SSA M.Procek /-/SSA M.Żurecki

Sędzia Przewodniczący Sędzia

# UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 13 października 2015r. Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Z., powołując się na art. 83 ust. 1 ustawy z dnia 13 października 1998r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. z 2015r., poz. 121. z późn. zm.) w związku art. 11 ust. 3 lit. a i art. 12 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz. Urz. UE nr L 166/1 z 30 kwietnia 2004r. z późn. zm.) oraz art. 5 ust. 1 i art. 14 ust. 2 i art. 19 ust. 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 987/2009 z dnia 16 września 2009r. dotyczące wykonania rozporządzenia (WE) nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz. Urz. UE nr L 284/1 z 30 października 2009r.) oraz Decyzję Nr A2 z dnia 12 czerwca 2009r. dotyczącą wykładni art. 12 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 w sprawie ustawodawstwa mającego zastosowanie do pracowników delegowanych i osób wykonujących pracę na własny rachunek, tymczasowo pracujących poza państwem właściwym (21 O/C 106/02), stwierdził, że I. B. z tytułu oddelegowania przez płatnika składek (...) T. W. do pracy na terytorium Niemiec w okresie od 1 stycznia 2012r. do 30 kwietnia 2012r., nie podlega polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych oraz unieważnia zaświadczenie A1 wydane w dniu 17 stycznia 2012r.

W uzasadnieniu zaprezentowanej decyzji organ rentowy wskazał, iż na wniosek z dnia 10 stycznia 2012r. płatnika składek (...) T. W., ZUS Oddział w Z. Inspektorat w T. wystawił w dniu 17 stycznia 2012r. zaświadczenie o ustawodawstwie dotyczącym zabezpieczenia społecznego, mającym zastosowanie do osoby uprawnionej na podstawie art. 12 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004, ustalające zastosowanie ustawodawstwa polskiego w okresie od 1 stycznia 2012r. do 30 kwietnia 2012r. z tytułu oddelegowania I. B. do pracy na terytorium Niemiec. W następstwie ponownej analizy sprawy, Zakład Ubezpieczeń Społecznych uznał, iż płatnik składek (...) T. W. nie spełniał kryteriów świadczących o prowadzeniu znacznej części działalności w Polsce przez delegujące przedsiębiorstwo w państwie delegującym i państwie zatrudnienia (art. 14 ust. 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009 z dnia 16 września 2009r. dotyczącego wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego) w odniesieniu do kryterium charakteryzującym dane przedsiębiorstwo, jakim jest obrót w kraju delegowania.

W konsekwencji, zdaniem organu rentowego, brak było podstaw do pozostawienia I. B. w polskim systemie ubezpieczeń społecznych. W związku z tym, wydał zaskarżoną decyzję, zobowiązując płatnika do zwrócenia poświadczonego zaświadczenia A1.

Odwołania od przedstawionej decyzji złożyli T. W. i I. B..

Sprawy z obu odwołań zostały połączone do wspólnego rozpoznania i rozstrzygnięcia.

Przedsiębiorstwo (...) Sp. z o.o. w T., zawiadomione o możliwości przystąpienia do sprawy w charakterze zainteresowanego, nie przystąpiło do sprawy.

Wyrokiem z dnia 8 listopada 2017r. Sąd Okręgowy - Sąd Pracy i Ubezpieczeń Społecznych w Gliwicach w punkcie 1 zmienił zaprezentowaną wyżej decyzję z dnia 13 października 2015r. w ten sposób, że stwierdził, iż I. B. z tytułu oddelegowania przez płatnika składek (...) (...) T. W. do pracy

na terytorium Niemiec w okresie od 1 stycznia 2012r. do 30 kwietnia 2012r. podlegał polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych i stwierdził, że zaświadczenie A1 wydane w dniu 17 stycznia 2012r. jest ważne, w punkcie 2 zasądził od Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Z. na rzecz T. W. kwotę 180 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd Okręgowy ustalił, iż odwołujący T. W. od 2010r. prowadzi działalność gospodarczą pod firmą (...) z siedzibą w T.. Zasadniczym przedmiotem tej działalności jest organizacja zleceń polegających na zagospodarowywaniu terenów wokół nieruchomości. Są to zlecenia w zakresie prac drogowych, brukarskich, architektonicznych. Odwołujący nie zatrudniał w tym celu pracowników. Zawierał umowy z podwykonawcami a czasem umowy zlecenia.

Na początku 2012r. odwołujący zgłosił zmianę przedmiotu prowadzonej działalności głównej na produkcję elementów betonowych. Zmiana ta była spowodowana zawarciem kontraktu na wykonanie elementów betonowych w Niemczech z firmą R.

O tym, że firma R. szuka podwykonawcy w zakresie prac zbrojarskich i betoniarskich i możliwości zawarcia kontraktów odwołujący dowiedział się przypadkowo w trakcie prywatnego spotkania. Zainteresował się tym, ponieważ prowadzona przez niego działalność charakteryzuje się przestojem w okresie zimowym, nadto wcześniej w latach 2005-2007 był zatrudniony jako pracownik firmy P. Sp. z o.o. i wykonywał pracę na rzecz firmy R. i znał wiele osób, które mogłyby te prace wykonywać. Odwołujący przeprowadził wstępnie rozmowy telefoniczne.

W dniu 28 grudnia 2011r. T. W. zawarł kontrakt z firmą R., na okres od 3 stycznia 2012r. do 31 marca 2012r. Miejscem pracy był Zakład prefabrykatów S..

W dniu 28 grudnia 2011r. T. W. zawarł również kolejny kontrakt z firmą R. na okres od 9 stycznia 2012r. do 30 kwietnia 2012r. Miejscem pracy był Zakład prefabrykatów S., Zakład prefabrykatów G. i Zakład prefabrykatów G. A..

Sąd ustalił, iż z firma niemiecka R. wcześniej współpracowała z Przedsiębiorstwem (...) Sp. z o.o. w T.. Spółka P. działa od 2000r. i produkuje elementy betonowe i zbrojenia do elementów betonowych na terenie kraju i za granicą. Dodatkowo firma prowadzi szkolenia bhp oraz prowadzi sprzedaż odzieży roboczej. Firma ma siedzibę w T. i Zakład Produkcyjny w G.. Nie posiada biura w Niemczech. Na terenie Polski firma ma stałą działalność. W Zakładzie Produkcyjnym w G. produkuje elementy betonowe, zbrojenia do ścianek oporowych i ścianki oporowe. Produkty te sprzedaje w Polsce. Natomiast w Niemczech firma świadczy usługi na terenie zakładów kontrahentów. P. Sp. z o.o. pozyskuje i zatrudnia pracowników na terenie kraju. Obecnie zatrudnia około 250 pracowników na czas próbny, określony i nieokreślony. Umowy o pracę są zawierane w Polsce. Gdy pracownicy wyjeżdżają do pracy do Niemiec zawierane są aneksy co do zmiany miejsca pracy. Po zakończeniu umowy wykonywanej na terenie np. Niemiec, pracownik nadal jest zatrudniony w kraju. P. zatrudniała w listopadzie 2011r. 141 pracowników (w tym 104 osoby, to pracownicy delegowani), w końcu grudnia 2011r. - 138 osób (w tym 94 osoby, to pracownicy delegowani), w styczniu 2012r. - 96 osób (w tym 48 osoby, to pracownicy delegowani), w maju 2012r.- 148 osób (w tym 114 osób, to pracownicy delegowani). Praca w Niemczech wykonywana była głównie dla firmy R. P. miała z tą firmą podpisaną umowę do końca 2011r. W końcu 2011r. Firma R. zdecydowała się na innego wykonawcę, niż P.. Przedstawiciele P. nie wiedzieli, że R. prowadzi rozmowy z odwołującym.

Sąd Okręgowy ustalił także, iż przystępując do wykonania kontraktów, T. W. musiał zatrudnić pracowników.

Zatrudnił osoby, które wcześniej znał i które pracowały z nim w firmie (...) oraz osoby polecane przez nich. Część z zatrudnionych pracowników była zatrudniona w P. Sp. z o.o. W ramach kontraktu otrzymywał za wykonywane prace wynagrodzenie z firmy R. Wypłacał wynagrodzenia pracownikom ze swojego konta bankowego. Odwołujący prowadził zatrudnienie w kraju. Przeprowadzał w tym celu również rozmowy telefoniczne. Przez znajomych rozpowszechniał informację, że szuka pracowników. Umowy podpisywane były w biurze lub w miejscu jego zamieszkania. Zdarzało się że wysyłał umowę pocztą. Zatrudniał zbrojarzy i betoniarzy, poszukiwał ludzi doświadczonych. Odwołujący ustalił z ewentualnymi pracownikami wynagrodzenie w euro, płatne na konto przez odwołującego. Pracownicy mieli pracować po 8 godzin dziennie. Do kraju mieli przyjeżdżać raz w miesiącu, były to najczęściej zjazdy piątkowo - poniedziałkowe. Zakwaterowanie ustalił odwołujący w porozumieniu z firmą niemiecką, lecz je finansował, zakupił też odzież roboczą. Odwołujący przygotował wzór umowy. Zatrudnił także dwóch brygadzystów, którzy byli łącznikami pomiędzy nim, a pracownikami w Niemczech. Pilnowali oni czy prace są należycie wykonywane, jak też zajmowali się organizacją na miejscu m.in. kwestią tego:

kto, kiedy i na jak długo może wrócić do kraju, by nie tracić ciągłości obsługi. Szkolenie bhp pracowników i badania lekarskie przeprowadzono w kraju. Ostatecznie odwołujący zatrudnił 35 osób. Kontrakty wygasły z upływem czasu na jaki były zawarte, nie zostały wznowione. Na miejscu w kraju pracowały pozostałe osoby zatrudnione w firmie odwołującego, w tym pracownicy kontynuujący rozpoczęte prace budowlane.

Sąd ustalił, iż zarówno przed wykonywaniem kontraktu dla firmy R., jak i po tym okresie, odwołujący nie prowadził działalności za granicą.

Nadto ustalono, iż w czasie wykonywania przez T. W. kontraktu na rzecz R. pracę na rzecz kontrahenta niemieckiego realizowały równocześnie inne polskie firmy, w tym P. Sp. z o.o., do której kontrahent niemiecki zwrócił się ponownie na początku 2012r. o przygotowanie nowej oferty.

Odwołujący zaangażował się w wykonanie kontraktów na terenie Niemiec. Jednocześnie prowadził rozmowy w celu zawarcia kontraktu w Polsce.

Jesienią 2011r. T. W. podjął rozmowy z R. S., który prowadzi działalność gospodarczą m.in. w zakresie konserwacji zabytków i usług budowlanych i z którym miał zawrzeć kontrakt na wykonanie robót drogowych (wybrukowanie ulic) na osiedlu domków jednorodzinnych - w kraju. W skład prac brukarskich wchodziło utwardzanie podłoża (podbudowa, zbrojenie, kanalizacja, wałowanie) i położenie od kilku do kilkunastu tysięcy m<sup>2</sup> bruku. Odwołujący miał przystąpić do prac wiosną 2012r. z uwagi na warunki atmosferyczne. Do tego czasu odwołujący miał zapewniony kontrakt w Niemczech. Prace miały trwać około roku. Wykonanie zlecenia wymagało zatrudnienia większej ilości pracowników. Strony sporządziły kosztorys ofertowy. Wartość kontraktu wynosiła około 1.600.000 zł. Strony omówiły szczegóły kontraktu, jednak przyszedł kontrahent R. S. nie otrzymał kredytu, o który się starał i w konsekwencji nie mógł rozpocząć inwestycji. W konsekwencji nie doszło również do zawarcia planowanego kontraktu z odwołującym i odwołujący nie osiągnął w kraju spodziewanego obrotu, który ten kontrakt miał wygenerować.

T. W. w lutym 2012r. dowiedział się że nie dojdzie do zawarcia umowy z R. S..

W toku procesu Sąd Okręgowy ustalił nadto, że I. B. był zatrudniony u płatnika składek w okresie od 1 stycznia 2012r. do 30 kwietnia 2012r., na podstawie umowy zawartej na czas określony, na stanowisku betoniarza, za wynagrodzeniem 1.500 zł miesięcznie brutto plus premia ustalona przez pracodawcę. W umowie o pracę z dnia

12 grudnia 2011r. strony ustaliły miejsce wykonywania pracy w T..

W dniu 12 grudnia 2011r. strony zawarły aneks do umowy o pracę, którym ustaliły miejsce wykonywania pracy na terenie Niemiec oraz stawkę wynagrodzenia na 10,45 euro/godz.

plus premia uzależniona od efektów, przewidziana w regulaminie wynagradzania. I. B. odbył badania lekarskie w Polsce. Umowę o pracę podpisał w Polsce.

I. B. był zatrudniony przez odwołującego wyłącznie na terenie Niemiec. Wynagrodzenie w tym okresie wypłacał mu przelewem T. W.. Pracodawca opłacał mu zakwaterowanie a wyżywienie opłacał we własnym zakresie. Bezpośrednio przed okresem spornym jak i po tym okresie I. B. był pracownikiem firmy P. gdzie również wykonywał pracę za granicą na kontrakcie w Niemczech.

Po zakończeniu kontraktu w firmie P. dotychczasowy pracodawca zaproponował mu pracę w kraju. Odwołujący nie był jednak zainteresowany pracą w Polsce z uwagi na mniejsze zarobki .

Dalej ustalono, iż na wniosek płatnika składek (...) T. W. z siedzibą w T. ze stycznia 2012r. ZUS Oddział w Z. w dniu 17 stycznia 2012r. wystawił zaświadczenie o ustawodawstwie dotyczącym zabezpieczenia społecznego mającym zastosowanie do osoby uprawnionej na podstawie art. 12 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 ustalające zastosowanie ustawodawstwa polskiego w okresie od 1 stycznia 2012r. do 30 kwietnia 2012r. z tytułu oddelegowania I. B. do pracy na terytorium Niemiec.

Na okoliczność przeprowadzonej przez niemiecką instytucję właściwą kontroli, Zakład Ubezpieczeń Społecznych ponownie dokonał weryfikacji zgromadzonej dokumentacji w przedmiotowej sprawie oraz pozyskał od płatnika składek dodatkowe dokumenty, tj.:

- wyjaśnienie dotyczące rekrutacji pracowników, umowy o pracę i świadectwa pracy,
- umowę z dnia 28 grudnia 2011r. zawartą z zagranicznym podmiotem,
- zestawienie obrotu osiąganego w latach 2011 i 2012 z podziałem na obroty w kraju i za granicą.

Na podstawie zgromadzonej dokumentacji ustalono, że obroty firmy (...) w 2011r. wynosiły:

- w Polsce 100% całości obrotów,
- za granicą 0% całości obrotów.

Obroty firmy (...) w 2012r. wynosiły:

- w Polsce 2% całości obrotów,
- za granicą 98 % całości obrotów.

Pismami z dnia 22 maja 2015r. Zakład Ubezpieczeń Społecznych zawiadomił T. W. oraz zainteresowanych pracowników o wszczęciu z urzędu postępowania w sprawie niepodlegania polskiemu ustawodawstwu wskazanych pracowników płatnika składek za wskazane w piśmie okresy.

W toku postępowania przed ZUS, w dniu 3 czerwca 2015r. płatnik składek (...) T. W. złożył wniosek o zawieszenie postępowania w sprawie niepodlegania polskiemu ustawodawstwu w zakresie zabezpieczenia społecznego z uwagi na złożenie do instytucji wyznaczonej, tj. Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w K. wniosku o zawarcie porozumienia wyjątkowego w trybie art. 16 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 883/2004 dla osób wymienionych.

Postanowieniem z dnia 18 czerwca 2015r. ZUS Oddział w Z. zawiesił postępowanie w sprawie niepodlegania polskiemu ustawodawstwu w zakresie zabezpieczenia społecznego, o czym zawiadomił strony.

Postanowieniem z dnia 21 sierpnia 2015r. ZUS podjął zawieszony postępowanie, z uwagi na fakt, iż wniosek o porozumienie wyjątkowe w trybie art. 16, ma charakter następczy w stosunku do rozstrzygnięcia kwestii związanych z uchyleniem z obrotu prawnego zaświadczeń A1 i przesądzenia na ten czas o niepodleganiu ustawodawstwu polskiemu.

Sąd Okręgowy ustalił, iż wniosek o zawarcie porozumienia wyjątkowego w trybie art. 16 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 883/2004 został ostatecznie przez odwołującego wycofany.

Następnie, zaskarżoną decyzją z dnia 13 października 2015r. Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Z. stwierdził, że I. B. z tytułu oddelegowania przez płatnika składek(...) T. W. do pracy na terytorium Niemiec w okresie od 1 stycznia 2012r. do 30 kwietnia 2012r. nie podlega polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych oraz unieważnił zaświadczenie A1 wydane w dniu 17 stycznia 2012r., zobowiązując płatnika do jego zwrotu.

Dokonując oceny zgłoszonych przez T. W. oraz I. B. odwołań, Sąd Okręgowy wskazał, iż przepisy regulujące zasady podlegania ubezpieczeniom społecznym na terenie państw członkowskich Unii Europejskiej wprowadzają zasadę terytorialności. Jak wynika z art. 11 ust. 3 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz.U.UE L z dnia 30 kwietnia 2004r.) osoba wykonująca w państwie członkowskim pracę najemną lub pracę na własny rachunek podlega ustawodawstwu tego państwa członkowskiego. Z zasady terytorialności wynika, iż osoba podlega ubezpieczeniom społecznym według ustawodawstwa państwa, w którym praca jest wykonywana.

Kolejne przepisy rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 przewidują wyjątki od zasady terytorialności, w tym wyjątek dotyczący pracowników oddelegowanych wskazany w art. 12 tego rozporządzenia.

Zgodnie z art. 12 ust. 1 powołanego wyżej rozporządzenia osoba, która wykonuje działalność jako pracownik najemny w państwie członkowskim w imieniu pracodawcy, który normalnie prowadzi tam swą działalność, a która jest delegowana przez tego pracodawcę do innego państwa członkowskiego do wykonywania pracy w imieniu tego pracodawcy, nadal podlega ustawodawstwu pierwszego państwa członkowskiego, pod warunkiem, że przewidywany czas takiej pracy nie przekracza 24 miesięcy i że osoba ta nie jest wysłana, by zastąpić inną delegowaną osobę.

W punkcie 1 decyzji nr A2 Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego z dnia 12 czerwca 2009r., dotyczącej wykładni art. 12 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 w sprawie ustawodawstwa mającego zastosowanie do pracowników delegowanych i osób wykonujących pracę na własny rachunek, tymczasowo pracujących poza państwem właściwym (Dz. Urz. UE C 106 z 24.04.2010, s. 5-8), stwierdza się, że przepisy art. 12 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 883/2004 stosuje się do pracownika podlegającego ustawodawstwu państwa członkowskiego (państwa wysyłającego) z tytułu wykonywania pracy na rzecz pracodawcy, który zostaje wysłany przez tego pracodawcę do innego państwa członkowskiego (państwa zatrudnienia) w celu wykonywania tam pracy na rzecz tego pracodawcy. Interpretacja przesłanek delegowania określonych w tejże decyzji wskazuje, że mamy z nim do czynienia wówczas jeśli: 1) praca wykonywana jest na rzecz wysyłającego pracodawcy; 2) pracodawca normalnie wykonuje działalność na terytorium państwa wysyłającego; 3) delegowanie następuje na określony czas nieprzekraczający dwudziestu czterech miesięcy oraz 4) nie dochodzi do zastąpienia wcześniej delegowanego pracownika.

Sąd ten wskazał przy tym, iż celem ustawodawcy wynikającym z wyjątku wskazanego w art. 12 tegoż rozporządzenia było objęcie pracownika ubezpieczeniem społecznym państwa członkowskiego właściwego dla pracodawcy, kiedy

pracodawca ten czasowo deleguje swojego pracownika do wykonywania pracy na terenie innego państwa członkowskiego,

a nie wówczas, gdy stale, cyklicznie kieruje grupę osób do pracy poza granicami kraju. Zwykła działalność takiego pracodawcy wiąże się wówczas głównie z innym państwem członkowskim niż to, w którym posiada własną siedzibę.

Zgodnie z art. 14 ust. 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady Nr 987/2009 z dnia 16 września 2009r. dotyczącego wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz.U. UE L z dnia 30 października 2009r.) do celów stosowania art. 12 ust. 1 rozporządzenia podstawowego sformułowanie „który normalnie tam prowadzi swą działalność” odnosi się do pracodawcy zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności, innej niż działalność związana z samym zarządzaniem wewnętrznym, na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, z uwzględnieniem wszystkich kryteriów charakteryzujących działalność prowadzoną przez dane przedsiębiorstwo. Przy ocenie jaka część działalności jest prowadzona w państwie gdzie ma siedzibę pracodawca, bierze się pod uwagę między innymi miejsce, gdzie są rekrutowani pracownicy delegowani, miejsce, w których zawierana jest większość umów z klientami, obroty w odpowiednio typowym okresie w każdym z państw członkowskich, liczbę umów wykonywanych w państwie wysyłającym.

Według Sądu Okręgowego w Gliwicach, w analizowanej sprawie doszło do oddelegowania I. B. do pracy w Niemczech, przy spełnieniu warunku zastosowania wyjątku od zasady terytorialności, w postaci prowadzenia przez pracodawcę znacznej części działalności w Polsce.

Motywując przedstawioną tezę, Sąd ten wskazał, iż z zaprezentowanych ustaleń wynika, że przedsiębiorstwo ma swoją siedzibę i administrację w T..

W państwie delegującym w okresie styczeń - kwiecień 2012r. pozostali nie tylko pracownicy administracji, ale też dalej kontynuowano rozpoczęte prace budowlane. Rekrutacja odbyła się w Polsce. Umowy z pracownikami pracodawca zwierał na terenie kraju, w tym w biurze

w T.. W państwie delegującym wykonywano nadal zawarte przez pracodawcę i obowiązujące w końcu 2011r. kontrakty. W 2011r. 100% obrotów osiągniętych przez delegujące przedsiębiorstwo było generowane w państwie delegującym, gdyż odwołujący nigdy nie zatrudniał pracowników za granicą i do końca 2011r. działalność prowadził wyłącznie w kraju. Za pierwsze 4 miesiące 2012r. główna część obrotów dotyczyła Niemiec, co było związane z zawartymi z kontrahentem niemieckim kontraktami na ten okres. Jednocześnie ubezpieczony cały czas prowadził zaawansowane rozmowy z R. S. co do kontraktu równie opłacalnego, jak te w Niemczech. Spodziewany kontrakt miał zabezpieczyć front robót w kraju na resztę roku. Prace miały rozpocząć się już

na początku 2012r. i miały trwać przez około rok. Wartość kontraktu opiewała na około 1.600.000 zł. Z postępowania dowodowego wynika, że odwołujący nie byłby w stanie prowadzić dwóch budów równocześnie i jak planował, działalność skupiłaby się na pracach

w kraju. Kontrakt ten nie został podpisany z przyczyn od odwołującego płatnika składek niezależnych, gdyż R. S. nie uzyskał kredytowania dla swojej inwestycji. Z uwagi na niepodpisanie tego kontraktu, którego wykonanie miało zająć dalszą część roku, T. W. został pozbawiany innych kontraktów na terenie kraju. Zakładając podpisanie kontraktu z R. S. nie ubiegał się bowiem o zawarcie innych kontraktów,

gdyż nie byłby w stanie wykonywać ich równocześnie. W konsekwencji obroty w 2012r. uzyskane zostały w 98% z kontraktów z firmą niemiecką, a te osiągnięte w kraju były marginalne. Zdaniem Sądu Okręgowego, taka nieprzewidziana i przejściowa utrata dochodu

z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej, związana z ryzykiem prowadzenia tej działalności nie może wywoływać wskazywanych przez ZUS daleko idących skutków

w sferze ubezpieczenia społecznego, z uwagi choćby na stabilność i pewność co do obowiązującego stanu prawnego.

Sąd Okręgowy podkreślił przy tym, iż w spornym okresie (delegowania pracownika) zachowany był związek pomiędzy przedsiębiorstwem delegującym, a pracownikiem. Praca

co prawda była wykonywana na rzecz firmy niemieckiej, ale to odwołujący, który prowadził cały czas działalność na terenie państwa, z którego pracownicy zostali oddelegowani czyli na terenie Polski ostatecznie decydował o zatrudnieniu, wynagrodzeniu, wypłacał wynagrodzenie, działał przez wyznaczonych brygadzystów, zajmował się zakwaterowaniem, rekrutacją wyłącznie na terenie kraju. Jednocześnie miał siedzibę na terenie kraju i prowadził również tutaj działalność gospodarczą. Zachowana została zatem więź pomiędzy pracodawcą, a zatrudnionym pracownikiem i pomiędzy pracownikiem, a państwem członkowskim. Nie było też nigdy intencją płatnika składek prowadzenie głównej działalności za granicą. Działalności takiej nie prowadził zarówno przed okresem spornym jak i później.

Przywołując orzecznictwo Sądu Najwyższego, Sąd Okręgowy wskazał, że funkcjonowanie przedsiębiorstwa jest zależne od szeregu czynników, ale też zastosowanie art. 12 wymaga wystąpienia szeregu czynników. Oparcie decyzji jedynie na jednym z nich - w niniejszej sprawie na kryterium obrotu - nie jest uzasadnione. Ponadto uzyskiwanie 25% obrotu w państwie siedziby przedsiębiorstwa delegującego stanowi wyłącznie sugestią interpretacyjną, że osiągnięcie tego poziomu może uzasadniać przyjęcie faktycznego domniemania, że przedsiębiorstwo prowadzi normalną działalność, z jednoczesną sugestią, że jego nieosiągnięcie wymaga bardziej pogłębionej analizy pozostałych kryteriów.

W niniejszej sprawie - zdaniem Sądu Okręgowego - to właśnie pozostałe kryteria wobec ustalonego stanu faktycznego zdecydować powinny o tym, by uznać, że pierwotnie wydane przez organ rentowy zaświadczenie o ustawodawstwie dotyczącym zabezpieczenia społecznego mającym zastosowanie do osoby uprawnionej na podstawie art. 12 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 ustalające zastosowanie ustawodawstwa polskiego w okresie od 1 stycznia 2012r. do 30 kwietnia 2012r. z tytułu oddelegowania I. B. do pracy na terytorium Niemiec było prawidłowe i nie ma podstaw, by pozbawiać je ważności.

Mając powyższe na uwadze, wobec treści powołanych przepisów tj. art. 11 ust. 3 i art. 12 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego, Sąd Okręgowy, na podstawie art. 477<sup>(14)</sup> § 2 k.p.c., w punkcie 1 wyroku zmienił zaskarżoną decyzję w ten sposób, że stwierdził, iż I. B. z tytułu oddelegowania przez płatnika składek (...) T. W. do pracy na terytorium Niemiec w okresie od 1 stycznia 2012r. do 30 kwietnia 2012r. podlegał ustawodawstwu polskiemu w zakresie ubezpieczeń społecznych oraz stwierdził, że zaświadczenie A1 wydane w dniu 17 stycznia 2012r. jest ważne.

O kosztach zastępstwa procesowego orzekł na podstawie art. 98 k.p.c. oraz § 11 ust. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. z 2013r., nr 490).

W apelacji od zaprezentowanego rozstrzygnięcia organ rentowy zarzucił Sądowi pierwszej instancji:

I. naruszenie prawa procesowego, a mianowicie:

1. art. 233 § 1 k.p.c., poprzez przekroczenie swobodnej oceny dowodów i nienależytą ocenę zebranego materiału, a także poczynienie tej oceny bez rozważenia całego materiału dowodowego, co doprowadziło - zdaniem organu rentowego - do poczynienia przez Sąd I instancji dowolnych ustaleń faktycznych, polegających na przyjęciu, że:

a) odwołujący I. B. w spornym okresie delegowania do pracy na terenie Niemiec tj. od 1 stycznia do 30 kwietnia 2012r. wykonywał pracę na rzecz odwołującego T. W., jako pracodawcy w następstwie przeprowadzonej w kraju rekrutacji



oraz że przez cały okres tego oddelegowania był zachowany związek pomiędzy przedsiębiorstwem delegującym, a pracownikami pomimo,

że ustalenia te zostały poczynione:

- z pominięciem treści złożonego do akt organu rentowego pisma Niemieckiej Instytucji Celnej, Federalnej Dyrekcji Finansowej Wschód (...) z dnia

24 września 2013r., będącym dokumentem urzędowym złożonym w trybie art. 76

ust. 2 rozporządzenia (EG) nr 883/2004, w którym przytoczono ustalenia kontroli Głównego Urzędu Celnego w O. przeprowadzonej w maju 2013r. w spółce niemieckiej: R., na obiektach której była świadczona praca przez ubezpieczonego, a odnoszących się do czasu, przebiegu

i miejsca rekrutacji pracowników oddelegowanych do pracy w spółce

niemieckiej w związku z ewidencjonowaniem ich zatrudnienia w (...) T. W. i P. Sp. z o.o.

oraz

- wbrew treści złożonym w sprawie dokumentom, tj.:

- rachunku ZOZ Centrum Usług Medycznych w T. nr 70/2012 z dnia 15 lutego 2012r. za usługę badania profilaktycznego ubezpieczonych (wykaz w/g załącznika z określeniem pracodawcy, jako tj. Przedsiębiorstwa (...)) z daty sprzedaży usługi badania lekarskiego z 15 lutego 2012r., a zatem z daty innej, niż widniejąca na zaświadczeniu lekarskim z badania;
- karty szkolenia BHP ubezpieczonego z daty 2 stycznia 2012r., wystawionej na rzecz innego pracodawcy, niż odwołujący tj. P., z datą szkolenia instruktarzu ogólnego 2 stycznia 2012r., instruktarzu stanowiskowego 2 - 3 stycznia 2012r., przypadających - jak wynika z treści świadectwa pracy zainteresowanego na okres jego urlopu bezpłatnego, co świadczy o braku możliwości odbycia przez niego tego szkolenia, a nadto - jak wynika z treści oświadczenia płatnika zawartego w informacji w celu poświadczenia dokumentu - na okres pobytu ubezpieczonego w N., co świadczy o braku możliwości odbycia przez niego tego szkolenia w kraju, także przy uwzględnieniu braku możliwości odbycia przez ubezpieczonego instruktarzu stawkowego na stanowisku pracy w dniu 2 - 3 stycznia 2012r. w kraju wobec braku dysonowania przez T. W. zapleczem stanowiskowym do przeprowadzenia tego instruktazu, co świadczy, iż nie doszło do zorganizowania przez T. W. szkoleń BHP, jak to bezkrytycznie przyjął Sąd I instancji;
- kontraktów(...) T. W. z firmą R. na obiektach której miała być świadczona praca przez ubezpieczonego, z daty 28 grudnia 2011r., przeczących tezie o dokonanej z dniem 12 grudnia 2011r. rekrutacji pracowników do pracy w N. na obiektach w/w spółki niemieckiej, przy uwzględnieniu braku możliwości oferowania pracy i delegowania w drodze aneksu pracy do konkretnych fabryk w N. w sytuacji nieposiadania na ten czas jakiegokolwiek umowy z firmą niemiecką;
- treści zaświadczenia A1 wydanego w stosunku do ubezpieczonego w związku z jego oddelegowaniem w ramach zatrudnienia w P. Sp. z o.o., z którego wynika, że w grudniu 2011r. ubezpieczony przebywał na terenie Niemiec i braku przedstawienia przez odwołującego dowodu na to, iż w okresie podpisania umowy o pracę, przebywał on w Polsce pomimo, że to na nim jako odwołującym, inicjującym odwołaniem postępowanie sądowe, spoczywał ciężar dowodowy w tym zakresie, stosownie do treści art. 6 k.c. oraz art. 232 zdanie pierwsze k.p.c.

i poczynienie w tym zakresie ustaleń wyłącznie w oparciu o bezkrytycznie ocenione zeznania odwołującego T. W., jak i świadka L. K. - prezesa zarządu P. Sp. z o.o., a zatem podmiotów bezpośrednio i ekonomicznie

zainteresowanych wynikiem sprawy, przy sprzeczności tych zeznań z zeznaniami zainteresowanego oraz wskazanymi powyżej dokumentami oraz przy równoczesnym braku wykazania przez odwołującego dowodowo faktu ponoszenia kosztów zakwaterowania pracownika oddelegowanego do pracy N., zakupu wymaganej przez przepisy BHP odzieży roboczej i zapewnienia szkoleń BHP przed skierowaniem do pracy, a co zostało przyjęte przez Sąd Okręgowy w Gliwicach

za wykazane, pomimo braku w materiale dowodów uzasadniający poczynione w tym zakresie ustalenia faktyczne.

b) firma odwołującego T. W. w spornym okresie wykonywała na terytorium Polski "normalną działalność", które to pojęcie odnosi się do pracodawcy zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności w kraju, w którym ma swoją siedzibę i poczynienie tych ustaleń pomimo, że zebrany w sprawie materiał wskazywał, iż:

- porównanie obrotów krajowych i zagranicznych osiągniętych przez odwołującego w spornym okresie wyrażało się w proporcji: obrót w kraju - 2%, obrót za granicą - 98%;

- porównane liczby zatrudnionych pracowników w kraju i za granicą w spornym okresie, jak i przez cały okres prowadzenia działalności przez (...) T. W. wyrażało się w proporcji: pracownicy w kraju - 0, obrót za granicą - 35;

- porównane liczby faktycznie zawartych i realizowanych w spornym okresie kontraktów w kraju i za granicą wyrażało się w proporcji: umowy w kraju: 0%, umowy za granicą - 100%;

- w spornym okresie odwołujący płatnik ograniczył swoją działalność gospodarczą w Polsce wyłącznie do czynności jednoosobowego zarządzania wewnętrznego i nie realizował żadnego kontraktu, czy umowy w Polsce przy uwzględnieniu, iż waloru realizowanego kontraktu nie może mieć ewentualna perspektywa zawarcia kontraktu w kraju, gdy przy kryterium prowadzenia znacznej części działalności w kraju chodzi o faktyczne prowadzenie takiej działalności, a nie hipotetyczną perspektywę prowadzenia takiej działalności, co też ostatecznie, tak nie miało miejsca oraz przy uwzględnieniu - a co pominął Sąd I instancji - iż odwołujący nie przedstawił żadnej umowy, kontraktu, zlecenia na prace wykonywane na terenie Polski, ani żadnej umowy o podwykonawstwo, która dla swojej ważności wymaga formy pisemnej

(art. 647<sup>1</sup> § 4 k.c. w brzmieniu obowiąującym w spornym okresie) pomimo, że na odwołującym, inicjującym postępowanie sądowe, spoczywał ciężar dowodowy w tym zakresie, stosownie do treści art. 6 k.c. oraz art. 232 zdanie pierwsze k.p.c.

oraz

c) z pominięciem w tych ustaleniach:

- wyników kontroli Głównego Urzędu Celnego w O. przeprowadzonej w R. przytoczonych w dopuszczonym, jako dowód w sprawie, piśmie urzędowym Niemieckiej Instytucji Celnej - Federalnej Dyrekcji Finansowej Wschód (...) z dnia 24 września 2013r. (tryb art. 76 ust. 2 rozporządzenia EG nr 833/2004) w związku z zarzutem strony niemieckiej formowanym pod adresem firm: (...) T. W.

w T. oraz P. Sp. z o.o. w związku z tymczasowym zatrudnieniem 35 dotychczasowych pracowników P. Sp. z o.o. świadczących pracę w ramach oddelegowania do Niemiec w firmie (...) T. W. w T. w kontekście przerwy w delegowaniu zagranicznym

rozumieniu Decyzji A2 z dnia 12 lipca 2009r., będącej wykładnią art. 12 rozporządzenia (WE) nr 883/2004 (antydatowaniem umów o pracę) dla potrzeb spełnienia przez P. Sp. z o.o. wymogu, co najmniej 2-miesięcznej przerwy w oddelegowaniu do pracy za granicą u tego samego pracodawcy;

- tego, iż w dacie, w której miałyby dojść do zawarcia przez T. W. umowy o pracę z ubezpieczonym, odwołujący nie miał zawartego jakiegokolwiek kontraktu

z firmą niemiecką, pozwalającego na zawarcie umowy o pracę i aneksu do umowy o pracę na stanowiskach i w miejscach pracy wskazanych w tych dokumentach;

- tego, iż w dacie, w której miałyby dojść do zawarcia przez T. W. umowy o pracę z ubezpieczonymi oraz w dacie zawarcia kontraktu z firmą R. odwołujący nie prowadził działalności gospodarczej objętej przedmiotem tych umów, co potwierdzają wpisy do CEIDG;

- tego, iż rekrutacja ubezpieczonego nie mogła odbyć się w kraju przy uwzględnieniu, że w dacie, w której miałyby dojść do podpisania przez niego umowy o pracę oraz aneksu do umowy o pracę przebywał za granicą, w ramach oddelegowania w związku z zatrudnieniem w P. Sp. z o.o. (zaświadczenia A1 dla firmy P. Sp. z o.o.), a obecność i rekrutacja w Polsce w tym czasie nie została potwierdzona przez odwołującego żadnym dowodem, a nadto tej rekrutacji we wskazanym okresie przeczy treść dokumentów złożonych do sprawy;

- tego, że odwołujący, składając wniosek o wydanie zaświadczenia A1 dla ubezpieczonego, podał nieprawdziwe informacje o ilości osób delegowanych do pracy za granicą według stanu na dzień 1 stycznia 2012r. wskazując, iż jest to liczba 0, natomiast przy uwzględnieniu zapisów przedłożonych do umowy o pracę datowanych na grudzień 2011r., na dzień 1 stycznia 2012r. wszyscy 35 pracownicy musieliby być już delegowani do pracy na terenie Niemiec;

- tego, że w sprawie złożono szereg dokumentów wzajemnie sprzecznych, co wykazano powyżej;

- art. 217 § 2 w zw. z art. 227 k.p.c. poprzez oddalenie wniosków dowodowych organu rentowego złożonych w pismach z dnia 7 października 2016r., 17 stycznia 2017r. oraz 25 lipca 2017r.;

- art. 217 § 3 k.p.c., poprzez brak rozstrzygnięcia okoliczności istotnych dla rozpatrzenia sprawy związanych ze spełnieniem warunków umożliwiające pozostawienie ubezpieczonego w polskim systemie ubezpieczeń społecznych w szczególności, co do wymogu, aby pracownik w okresie oddelegowania wykonywał pracę w imieniu rzeczywistego macierzystego pracodawcy i był pracownikiem oddelegowanym w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego oraz co do wymogu pracodawca delegujący pracownika do pracy za granicą normalnie prowadził swoją działalność na terytorium państwa wysyłającego;

II. błąd w ustaleniach faktycznych stanowiących podstawy rozstrzygnięcia, polegający na wadliwym przyjęciu, że:

- odwołujący płatnik składek prowadził działalność na terenie Polski w znacznym zakresie oraz spełnił warunki umożliwiające pozostawienie swoich pracowników w polskim systemie ubezpieczeń społecznych, w szczególności w zakresie wymogu, aby:

- pracownik w okresie oddelegowania wykonywał pracy w imieniu macierzystego pracodawcy i był pracownikiem oddelegowanym w rozumieniu art. art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego;

- pracodawca delegujący pracownika do pracy za granicą normalnie prowadził swoją działalność na terytorium państwa wysyłającego;

a tym samym nierozpoznanie istoty sprawy, wynikające z niewyjaśnienia okoliczności faktycznych do rozstrzygnięcia sprawy dotyczących przyczyn rozwiązania stosunku pracy

w wyniku pominięcia w ustaleniach faktów wynikających z dowodów zgłoszonych przez organ rentowy i zaniechaniu rozważenia całokształtu zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego;

III. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

- art. 11 ust. 3 lit. a , art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego oraz art. 5, art. 14 ust. 2, art. 19 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009 z dnia 16 września 2009r. dotyczącego wykonania rozporządzenia nr 833/2004 (...) oraz Decyzji nr A2 z dnia 12 czerwca 2009r., dotyczącej wykładni art. 12 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 833/2004 (...) przez uznanie, że odwołujący I. B. z tytułu oddelegowania przez odwołującego T. W. do pracy na terytorium Niemiec w okresie od 1 stycznia do 30 kwietnia 2012r. podlegał ustawodawstwu polskiemu, w szczególności:

- art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 i art. 14 ust. 1 i 2 rozporządzenia nr 987/2009 przez ich błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że odwołujący prowadził działalność na terenie Polski w znacznym zakresie oraz spełnił warunki umożliwiające pozostawienie swoich pracowników w polskim systemie ubezpieczeń społecznych;

- art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 w związku z Decyzją nr A2 z 12 czerwca 2009r., dotyczącej wykładni art. 12 w/w rozporządzenia, przez błędną wykładnię i przyjęcie, że z zapisów tej Decyzji nie wynika, aby obrót odgrywał ważną rolę przy ocenie, czy przedsiębiorstwo może powoływać się na art. 12 ust. 1 rozporządzenia, w sytuacji, gdy równocześnie inne kryteria nie wskazują na prowadzenie przez przedsiębiorstwo w znacznej części działalności w kraju i zastosowanie wskazanych powyżej przepisów prawa materialnego do, co najmniej niedostatecznie ustalonego stanu faktycznego, co stanowi błąd subsumcji.

Powołując się na przedstawione zarzuty, apelujący organ rentowy wniósł o:

- zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie odwołania oraz zasądzenie od odwołującego na rzecz organu rentowego zwrotu kosztów zastępstwa procesowego za pierwszą instancję oraz kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym według norm przepisanych;

- względnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd I instancji i pozostawienie temu Sądowi orzeczenia o kosztach postępowania apelacyjnego według norm przepisanych.

T. W. wniósł o oddalenie apelacji.

**Sąd Apelacyjny ustalił i zważył, co następuje:**

**Apelacja organu rentowego zasługuje na uwzględnienie.**

1. W szczególności trafny jest zarzut naruszenia zaskarżonym wyrokiem przepisu art. 12 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz. Urz. UE L 2004.166.1 - dalej nazywanego rozporządzeniem podstawowym), zgodnie z którym „osoba, która wykonuje działalność jako pracownik najemny w państwie członkowskim w imieniu pracodawcy, który normalnie prowadzi tam swą działalność, a która jest delegowana przez tego pracodawcę do innego państwa członkowskiego

do wykonywania pracy w imieniu tego pracodawcy, nadal podlega ustawodawstwu pierwszego państwa członkowskiego, pod warunkiem, że przewidywany czas takiej pracy nie przekracza 24 miesięcy i że osoba ta nie jest wysłana, by zastąpić inną delegowaną osobę.

2. Skarżący zarzuca, że powyższy przepis został naruszony wskutek jego niewłaściwego zastosowania wynikającego z błędnej wykładni, polegającej na pominięciu dobrania właściwych kryteriów oceny, czy działalność T. W., jako pracodawcy, jest „normalna” w rozumieniu art. 12 ust. 1.

Zasadnicze znaczenie ma więc wyjaśnienie pojęć „pracodawca” i „normalne prowadzenie działalności” (art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 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, z uwzględnieniem wszystkich kryteriów charakteryzujących działalność prowadzoną przez dane przedsiębiorstwo”, przy uwzględnieniu, iż „odnośne kryteria muszą zostać dopasowane do specyficznych cech każdego pracodawcy i do rzeczywistego charakteru prowadzonej działalności” (art. 14

ust. 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009 z dnia

16 września 2009r. dotyczącego wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/2004

w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz.Urz. UE L 2009.284.1 - dalej nazywanego rozporządzeniem wykonawczym).

3. Należy zatem powtórzyć za Sądem Najwyższym, iż treść powyższych przepisów

nie pozostawia wątpliwości, że przy ocenie, czy pracodawca 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 uwzględniać wszystkie kryteria charakteryzujące jego działalność. Już odwołanie się

do zaimka „wszystkie” w odniesieniu do kryteriów, które należy uwzględniać przy omawianej ocenie, wskazuje, że niedopuszczalne jest uznanie jednego kryterium

za decydujące w tym sensie, że jego niespełnienie zwalnia instytucję właściwą, bądź sąd,

z badania pozostałych cech charakteryzujących działalność prowadzoną przez dane przedsiębiorstwo (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 14 czerwca 2017r.,

II UK 383/16 oraz z dnia 28 listopada 2017r., III UK 266/17). Podobnie kwestię tę ujmuje decyzja A2 Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego, w której wskazuje się, że decydującym warunkiem dla zastosowania art. 12

ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 jest istnienie więzi między pracodawcą, a państwem członkowskim, w którym ma on swoją siedzibę. Możliwość delegowania pracowników powinna zatem ograniczać się wyłącznie do przedsiębiorstw, które normalnie prowadzą swą działalność na terytorium państwa członkowskiego, którego ustawodawstwu nadal podlega pracownik delegowany. 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.

4. Zatem, odnosząc opisane wyżej kryteria do specyficznych cech i rzeczywistego charakteru prowadzonej działalności występującego w niniejszej sprawie pracodawcy, wskazać należy, iż T. W. jest pracodawcą (art. 3 k.p.), określonym jako osoba fizyczną prowadząca działalność gospodarczą.

Należy powtórzyć za Sądem Najwyższym, iż koniecznym warunkiem uznania osoby fizycznej za pracodawcę - również na tle art. 3 k.p. - jest ustalenie związku między świadczoną przez pracownika na rzecz tej osoby pracą, a prowadzoną przez nią działalnością gospodarczą (por. wyrok Sądu Najwyższego z 14 marca 2001r., II UKN 274/00). Tak więc, wykładnia art. 3 k.p. pozwala na przyjęcie, iż w okolicznościach analizowanej sprawy, prowadząca działalność gospodarczą osoba fizyczna, w celu realizacji skonkretyzowanego przedsięwzięcia gospodarczego, wstępuje w rolę pracodawcy. Jest to oczywiste, jeśli się zważy, iż osoba fizyczna może prowadzić działalność gospodarczą

bez zatrudniania pracowników lub równolegle zatrudniając pracowników dla realizacji różnorodnych przedsięwzięć gospodarczych, nawet o zdecydowanie odmiennym charakterze, np. gabinet lekarski i usługi transportowe. Wówczas osoba fizyczna jest „odrębnym” pracodawcą dla pracowników zatrudnionych w odrębnych (prowadzonych przez nią) zakładach pracy.

Przed nowelizacją Kodeksu pracy z 1996r. dla określenia pracodawcy używano terminu "zakład pracy", co miało dwojakie znaczenie, tj. jako podmiotu zatrudniającego (sens podmiotowy), bądź jako kompleksu majątkowego złożonego z nieruchomości i maszyn oraz dóbr niematerialnych, zorganizowanego w celu wykonywania określonej działalności (sens przedmiotowy). Obecnie pojęcie "zakład pracy" nadal jest używane w Kodeksie pracy i innych przepisach prawa pracy, ale już wyłącznie w tym drugim znaczeniu (por. art. 23<sup>1</sup>, 94<sup>1</sup>, 100 § 2 pkt 4, art. 104<sup>1</sup> § 1 pkt 1 k.p.).

Byłoby to bardziej czytelne, gdyby wziąć pod uwagę, iż w większości krajów UE przeważa model pracodawcy odwołujący się do tzw. właścicielskiej koncepcji pracodawcy, według której dla uznania danego podmiotu, jako zdolnego do bycia pracodawcą, niezbędne jest posiadanie przez niego tytułu prawnego do przedsiębiorstwa (zakładu pracy) lub jego zorganizowanej części. Według tej koncepcji, przymiot pracodawcy powiązany jest również ze statusem właściciela, bądź posiadacza prowadzonego przedsiębiorstwa, jako zakładu pracy (por. Kodeks pracy. Komentarz pod red. Krzysztofa Walczaka, Wyd. C.H.Beck, 2017).

5. Z bezspornych ustaleń Sądu pierwszej instancji wynika, że odwołujący T. W. od 2010r. prowadzi działalność gospodarczą, której przedmiotem jest organizacja zleceń polegających na zagospodarowywaniu terenów wokół nieruchomości. W celu prowadzenia tej działalności nie zatrudniał pracowników. Zawierał umowy z podwykonawcami, a czasem umowy zlecenia. Prowadził działalność jedynie w kraju.

Dopiero na początku 2012r. zgłosił zmianę przedmiotu prowadzonej działalności głównej na produkcję elementów betonowych. Zmiana ta była spowodowana zawarciem dwóch terminowych (na okres od stycznia do kwietnia 2012r.) kontraktów na wykonanie elementów betonowych w Niemczech z firmą R. W celu realizacji powyższych kontaktów, T. W. wstąpił w rolę pracodawcy i zatrudnił na podstawie umów o pracę na czas określony pracowników, którzy wykonywali pracę na terenie Niemiec. I tak, I. B. był zatrudniony w okresie od 1 stycznia 2012r. do 30 kwietnia 2012r., na podstawie umowy zawartej na czas określony, na stanowisku betoniarza w Niemczech. Opisane wyżej relacje pracownicze występowały jedynie w okresie związania T. W. kontraktami z firmą R.

Jednocześnie Sąd Okręgowy ustalił, iż obroty uzyskiwane z działalności gospodarczej prowadzonej przez T. W. w 2011r. wynosiły:

- w Polsce 100% całości obrotów,

- za granicą 0% całości obrotów,

zaś obroty te w 2012r. wynosiły:

- w Polsce 2% całości obrotów,

- za granicą 98 % całości obrotów.

6. Wobec powyższego, dokonując oceny, czy przedsiębiorstwo (T. W. jako pracodawca) prowadzi normalną działalność (w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia podstawowego), czy też znaczną część działalności innej, niż zarządzanie wewnętrzne (według art. 14 ust. 2 rozporządzenia wykonawczego), należało uwzględnić wszystkie opisane wyżej kryteria charakteryzujące jego działalność. Kryterium obrotu

nie ma decydującego lub szczególnego znaczenia, jednakże osiągnięcie obrotu w państwie siedziby przedsiębiorstwa delegującego w wysokości ok. 25% całych obrotów może prowadzić do wniosku, że prowadzi ono w tym państwie znaczną część działalności, a więc normalnie prowadzi działalność. Wynika stąd, że pierwszoplanowe znaczenie ma obiektywne ustalenie, czy przedsiębiorstwo rzeczywiście prowadzi w państwie swojej siedziby normalną, rzeczywistą działalność (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 czerwca 2017r., II UK 383/16).

7. W rozpoznawanej sprawie - świetle przedstawionych wyżej okoliczności - należało przyjąć, że T. W., jako pracodawca delegujący I. B. w okresie do dnia 1 stycznia 2012r. do dnia 30 kwietnia 2012r. do pracy na terytorium Niemiec, nie może być uznany za pracodawcę zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności, innej niż działalność związana z samym zarządzaniem wewnętrznym, na terytorium Polski, na którym ma swoją siedzibę w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia podstawowego oraz art. 14 ust. 2 rozporządzenia wykonawczego, gdyż w Polsce nie prowadził wówczas normalnej, rzeczywistej działalności, innej niż działalność zarządcza lub administracyjna o charakterze wyłącznie wewnętrznym.

Dlatego stwierdzić trzeba, iż organ rentowy w zaskarżonej decyzji trafnie przyjął, że I. B. z tytułu oddelegowania przez płatnika składek(...) T. W. do pracy na terytorium Niemiec w okresie od 1 stycznia 2012r. do 30 kwietnia 2012r. nie podlegał polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych oraz zasadnie unieważnił zaświadczenie A1 wydane w dniu 17 stycznia 2012r.

Dodać wypada, że formularz A1, na podstawie art. 19 ust. 2 rozporządzenia 987/2009, jest wydawany na wniosek pracodawcy lub osoby prowadzącej działalność gospodarczą na własny rachunek przez właściwe jednostki danego państwa. Zgodnie z art. 5 rozporządzenia 987/2009, dokumenty wydane przez instytucje ubezpieczeniowe dla celów stosowania przepisów Tytułu II rozporządzenia 883/2004 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.

Mając na uwadze przedstawione okoliczności, Sąd Apelacyjny na mocy art. 386 § 1 k.p.c. orzekł reformatoryjnie, jak w punkcie 1 wyroku.

O kosztach procesu z obie instancje (180 zł + 240 zł) rozstrzygnął na podstawie art. 98 k.p.c. w związku § 11 ust. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielanej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (t.j. Dz. U. z 2013r., poz. 490 ze zm.) i § 10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. z 2015r. poz. 1804 ze zm.).

/-/SSA J.Pietrzak /-/SSA M.Procek /-/SSA M.Żurecki

Sędzia Przewodniczący Sędzia

JR