

Sygn. akt III AUa 643/12

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 października 2012 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie III Wydział Sąd Pracy i Ubezpieczeń Społecznych

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Ewa Drzymała
Sędziowie:	SSA Maria Szaroma (spr.) SSA Jadwiga Radzikowska
Protokolant:	st.sekr.sądowy Monika Ziarko

po rozpoznaniu w dniu 30 października 2012 r. w Krakowie

sprawy z wniosku (...) **Sp. z o.o. w K.**

przeciwko **Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddziałowi w K.**

przy udziale zainteresowanej **M. P.**

o wydanie zaświadczenia

na skutek apelacji wnioskodawcy (...) Sp. z o.o. w K.

od wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie Wydziału VIII Ubezpieczeń Społecznych

z dnia 27 stycznia 2012 r. sygn. akt VIII U 1958/11

I. z m i e n i a zaskarżony wyrok oraz poprzedzającą go decyzję organu rentowego i stwierdza, że M. P. podlegała polskiemu systemowi ubezpieczeń społecznych w okresie od 27 lutego 2011 r. do 22 kwietnia 2011 r. i od 17 lipca 2011 r. do 4 września 2011 r.;

II. zasądza od Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddziału w K. na rzecz (...) Spółki z o. o. w K. kwotę 210 złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania za obie instancje.

Sygn. akt III AUa 643/12

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 27 stycznia 2010 r. Sąd Okręgowy w Krakowie Wydział VIII Ubezpieczeń Społecznych: **I.** oddalił odwołanie (...) **sp. z o.o. z siedzibą w K.** od decyzji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w K. z dnia 23 września 2011r. odmawiającej wydania zaświadczenia dotyczącego ustawodawstwa właściwego dla M. P., tj. zaświadczenia o ustawodawstwie dotyczącym zabezpieczenia społecznego mającym zastosowanie do osoby uprawnionej - formularz A1 na okres od 27 lutego 2011 r. do 22 kwietnia 2011 r., 17 lipca 2011 r. do 4 września 2011

r.; II. zasądził od (...) sp. z o.o. w K. na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddziału w K. kwotę 60 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Jako bezsporne Sąd Okręgowy przyjął, że (...) sp. z o.o. w K. działa na terenie Polski od 2007 r. Oprócz działalności związanej z rekrutacją i udostępnianiem pracowników spółka ta zajmuje się m.in. sprzedażą hurtową, przetwarzaniem danych, badaniem rynku i opinii publicznej, doradztwem w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej i zarządzaniem, badaniem i analiza techniczną, reklamą, sprzątaniami i czyszczeniem obiektów, działalnością związaną z tłumaczeniem i usługami sekretarskimi, działalnością związaną z organizacją targów i wystaw, kształceniem ustawicznym dorosłych. W ciągu 12 miesięcy poprzedzających złożenie wniosku o wydanie spornego zaświadczenia średnie obroty spółki w Polsce wynosiły 3%, zaś średnie obroty osiągnięte w innych państwach 97%. Liczba pracowników wykonujących prace w Polsce wynosiła 12-13 osób, a pracowników delegowanych za granicę 19-21 osób. Zainteresowana M. P. była zatrudniona w (...) sp. z o.o. w okresie od dnia 27 lutego 2011 do 22 kwietnia 2011 r. i od 17 lipca 2011 r. do 4 września 2011 r. na czas określony i z tego tytułu została zgłoszona do obowiązkowych ubezpieczeń społecznych i ubezpieczenia zdrowotnego. W czasie tego zatrudnienia zainteresowana była delegowana przez (...) sp. z o.o. do pracy na terenie Niemiec. Miała wykonywać pracę jako opiekun, w pełnym wymiarze czasu pracy, a miejscem wykonywania pracy był K., (wynagrodzenie wynosiło 1.386,00 zł brutto miesięcznie). Do umowy tej strony zawarły aneks dotyczący wymiaru czasu pracy, oddelegowania zainteresowanej do pracy w Niemczech i jej wynagrodzenia za pracę za granicą.

Nadto Sąd Okręgowy ustalił, że (...) sp. z o.o. za cały rok 2010 r. osiągnęła w Polsce przychody w wysokości 68,468,30 zł, a zysk wyniósł 15.500,00 zł. Natomiast z działalności na terenie Niemiec (gdzie prowadzi wyłącznie usługi opiekuńcze) spółka w 2010 r. osiągnęła przychód w wysokości 1.915.382,52 zł, a zysk z tej działalności wyniósł 61.902,55 zł.

W tym stanie faktycznym sprawy Sąd Okręgowy wywiódł, że od dnia 1 maja 2010 r. weszły w życie nowe przepisy unijne, w szczególności obowiązujący do tej pory formularz E-101 został zastąpiony przez nowy - A1 (jednak formularze E-101, wydane przed 1 maja 2010 r. pozostają ważne o ile ich czas obowiązywania nie wygasł). Sama idea stosowania formularza pozostała wciąż ta sama - poświadcza on fakt, że składki na ubezpieczenie społeczne pracownika są wpłacane do właściwej instytucji w kraju zatrudnienia i w związku z tym pracownik jest tam ubezpieczony. Posiadanie takiego dokumentu zwalnia z opłacania składek na ubezpieczenie społeczne w kraju, do którego jest delegowany pracownik. Pracodawca powinien zwrócić się do właściwego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych o wydanie formularza A1 dla każdego z pracowników delegowanych za granicę. Formularz ten jest podstawą wydania Europejskiej Karty Ubezpieczenia Zdrowotnego (...). Przy czym uznaje się że, zaświadczenie na formularzu E-101 (A1) jest tylko czynnością faktyczną (aktem wiedzy), która może wywoływać skutki prawne, ale nie rozstrzyga żadnej sprawy - przy jego pomocy organ stwierdza co mu wiadomo. Zaświadczenie wydaje się, gdy fakt powstania konkretnych skutków prawnych jest oczywisty i organ nie musi o niczym rozstrzygać. Wywiódł dalej Sąd Okręgowy, że zgodnie z art. 11 ust 1 i 2a rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz. U. UE.L.04.166.1 Dz.U.UE-sp.05-5-72 ze zm.), osoby, do których stosuje się niniejsze rozporządzenie, podlegają ustawodawstwu tylko jednego Państwa Członkowskiego. Zaś zgodnie z przepisami tego rozporządzenia, osoba wykonująca w Państwie Członkowskim pracę najemną lub pracę na własny rachunek podlega ustawodawstwu tego Państwa Członkowskiego. Jednak osoba art. 12 przewiduje, że osoba, która wykonuje działalność jako pracownik najemny w Państwie Członkowskim w imieniu pracodawcy, który normalnie tam prowadzi 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 osobę. Z przepisu tego wynikają cztery zasadnicze warunki delegowania pracownika, które muszą być spełnione łącznie, a mianowicie: pracownik w okresie delegowania w dalszym ciągu ma wykonywać pracę w imieniu swego macierzystego pracodawcy; pracodawca delegujący pracownika za granicę normalnie powinien prowadzić swoją działalność na terytorium państwa wysyłającego; delegowanie ma mieć charakter tymczasowy i

nie może przekraczać 24 miesięcy; a także - pracownik delegowany nie może być wysyłany do pracy za granicą w zastępstwie innego pracownika.

Zdaniem Sądu Okręgowego kluczowym w okolicznościach sprawy niniejszej stało się rozstrzygnięcie, czy (...) sp. z o.o., jako pracodawca zainteresowanej, prowadzi normalnie swą działalność w Polsce. Na mocy art. 89 powołanego wyżej rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004, obowiązuje rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r. dotyczące wykonywania rozporządzenia nr 883/2004 oraz decyzja Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego nr A2 z dnia 12 czerwca 2009 r. dotycząca wykładni art. 12 rozporządzenia (WE) nr 883/2004 w sprawie ustawodawstwa mającego zastosowanie do pracowników delegowanych i osób wykonujących pracę na własny rachunek tymczasowo pracujących poza państwem właściwym. W art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r. jest mowa, że 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 zarządzeniem wewnętrznym, na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, z uwzględnieniem wszystkich kryteriów charakteryzujących działalność prowadzoną przez dane przedsiębiorstwo. Odnośne kryteria muszą zostać dopasowane do specyficznych cech każdego pracodawcy i do rzeczywistego charakteru prowadzonej działalności. Jak wynika z treści tego przepisu znaczenie ma charakter zazwyczaj prowadzonej działalności przez odwołującą się spółkę i określenie co stanowi znaczną część tej działalności. Podkreślił przy tym Sąd Okręgowy, że bez znaczenia jest, czy przyjmuje się wprost treść art. 4 ust. 2 w przytoczonym i publikowanym w Polsce tłumaczeniu czy (jak twierdzi (...) za angielskojęzyczną wersją Rozporządzenia 987/2009) z przyjęciem zamiast „znaczna część tej działalności” „znaczącej działalności”, „działalności godnej odnotowania” czy „przeważającej działalności”. Wszystkie użyte określenia wskazują bowiem w sposób nie budzący wątpliwości, że można pod tym pojęciem przyjąć, iż ma to być działalność znaczna, pokaźna, istotna, bogata, dostrzegalna, godna odnotowania, przeważająca.

Wywiódł dalej Sąd Okręgowy, że (...) sp. z o.o. jako pracodawca jest w obrocie prawnym i publicznym przedsiębiorcą. Zaś zgodnie z art. 43¹ k.c. przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna, o której mowa w art. 33¹ § 1, prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową. Pojęcie przedsiębiorcy jest odrębnie zdefiniowane także w prawie publicznym, w szczególności w art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 220, poz. 1447) została sformułowana definicja, zgodnie z którą przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna nie będąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną - wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą. Działalność właściwa dla przedsiębiorcy powinna mieć charakter zarobkowy. To zaś w ocenie Sądu Okręgowego oznacza, że o „znaczącej działalności” decyduje przychód uzyskany z działań spółki. Tymczasem (...) sp. z o.o. uzyskiwała znaczący, istotny, dostrzegalny, godny odnotowania przychód w ramach swojej działalności z tytułu usług opiekuńczych wykonywanych na terenie Niemiec.

Analizując umowę o pracę łączącą (...) sp. z o.o. i zainteresowaną Sąd Okręgowy zwrócił uwagę, że organ rentowy słusznie przyjął, jako warunek decydujący o odmowie wydania przedmiotowego zaświadczenia, kryterium obrotu przy uwzględnieniu charakteru działalności gospodarczej spółki na terenie Polski i Niemiec. Proporcja liczby zatrudnionych pracowników w Polsce i poza jej granicami, jak i proporcja liczby realizowanych umów w Polsce i poza jej granicami nie różni się tak istotnie jak sugeruje to spółka w odwołaniu. Sąd Okręgowy podkreślił, że w świetle obowiązujących przepisów i charakteru zarejestrowanej w Polsce działalności gospodarczej spółki, nie ma żadnych przeszkód, aby zatrudniała ona pracowników w celu ich oddelegowania do pracy w innym Państwie Członkowskim i aby ci pracownicy podlegali polskiemu ustawodawstwu w zakresie zabezpieczenia społecznego, jednakże pod warunkiem, że spółka dostarczy organowi rentowemu informacje pozwalające na przyjęcie w sposób nie budzący wątpliwości, iż normalnie prowadzi swoją działalność na terenie Polski. Spółka jako agencja pracy tymczasowej może bowiem rekrutować i zatrudniać pracowników w celu oddelegowania ich do pracy poza granicami kraju. Sąd Okręgowy uznał jednak, że (...) sp. z o.o. nie wykazała, iż spełnia warunki do zastosowania art. 12 ust. 1 cytowanego wyżej rozporządzenia wobec M. P.. Z Krajowego Rejestru Sądowego wynika, że spółka zarejestrowała

działalność gospodarczą w wielu dziedzinach, jednakże faktycznie prowadzi tylko znikomą ich część. Głównym obszarem działań spółki jest świadczenie na terenie Niemiec usług opiekuńczych przez pracowników spółki. Pozostała prowadzona przez spółkę na terenie Polski działalność mimo, że dotyczy większej liczby umów, nie przynosi wymiernych istotnych przychodów i korzyści. Analizując liczbę zawieranych przez spółkę umów Sąd Okręgowy zauważył, że spółka w odwołaniu zaniżyła liczbę umów dotyczących świadczonych usług na terenie Niemiec. Tym bardziej, że umowie głównej towarzyszy kilka umów zmieniających (aneksów). Natomiast ze sposobu zawierania umowy Sąd Okręgowy wyprowadził wniosek, że intencją spółki było stworzenie wrażenia, iż zatrudnienie osoby do opieki ma być realizowane w Polsce, a nie na terytorium Niemiec. Jest to umowa o pracę na czas określony w pełnym wymiarze czasu pracy, zmieniana wieloma aneksami dotyczącymi świadczenia pracy opiekunki w Polsce (w K.), za najniższym wynagrodzeniem za pracę, przy odległym miejscu zamieszkania pracownika. Pierwsza zmiana umowy o pracę dokonana była już w dniu jej zawarcia i dotyczyła istotnych warunków umowy, tj. miejsca świadczenia pracy i wynagrodzenia za pracę oraz wymiaru. Przy czym spółka nie wykazała żadnych istotnych powodów, dla których nie można byłoby zawrzeć jednej umowy z treścią zawierającą zapisy z pierwszego czy kolejnych aneksów. Poza tym na czas niewykonywania pracy w Niemczech strony umowy znacznie ograniczały wymiar czasu pracy z pełnego etatu do 1/8 etatu oraz wynagrodzenie proporcjonalne do 1/8 etatu w złotych polskich, zachowując wynikający z zapisu umowy głównej obowiązek świadczenia pracy w K.. Natomiast zainteresowana nigdy nie świadczyła pracy w K., ani nie była w gotowości do świadczenia pracy w K. zgodnie z treścią głównej umowy o pracę i aneksami do tej umowy, a praca była świadczona tylko w Niemczech. W ocenie Sądu Okręgowego, spółka nigdy nie zamierzała zapewnić M. P. pracy w K. i nie wyjaśniła w przekonujący sposób, z jakiego powodu miejscem pracy określonym w umowie był K.. Zaś pozostała działalność spółki prowadzona na terenie Polski była ograniczona do wykonywania wewnętrznych czynności administracyjnych związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa oraz realizacją krótkotrwałych umów w Polsce. Materiał zgromadzony wskazuje zatem że, wiodącą działalnością spółki, przynoszącą jej największe przychody było świadczenie na terenie Niemiec usług opiekuńczych przez jej pracowników. Co istotne sama spółka podała, że obrót w Polsce, niezależnie od proporcji wobec obrotu z zagranicą, wyniósł w 2010 r. 68.468,28 zł. Porównując tej wysokości obrót do obrotu uzyskanego w 2010 r. poza granicami Polski (w Niemczech osiągnięto obroty w wysokości 1.915.382,52 zł, a zysk w kwocie 61.902,55 zł), Sąd Okręgowy stwierdził, że określenie „znaczący” należy odnieść do obrotu dotyczącego działalności spółki poza granicami kraju. W tym kontekście Sąd Okręgowy ocenił też jako mało istotną liczebność personelu administracyjnego w kraju i ilość innych pracowników świadczących pracę na rzecz spółki w kraju oraz liczbę realizowanych umów w kraju i poza jego granicami. Sąd Okręgowy uznał więc, że (...) sp. z o.o. nie spełniła kryterium z art. 12 ust. 1 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego, albowiem wskazany przez nią obrót oraz faktyczna realizacja umowy o pracę zainteresowanej na stanowisku opiekunki w spornym okresie nie pozwala na uznanie, iż prowadzi ona w Polsce znaczną część działalności. W konsekwencji Sąd Okręgowy odwołanie oddalił i obciążył (...) sp. z o.o., jako uległej w sporze ze swym żądaniem całości, obowiązkiem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego organowi rentowemu.

Apelację od powyższego wyroku wywiodła strona odwołująca (...) sp. z o.o. (...) go w całości zarzuciła: 1) naruszenie prawa materialnego przez a) błędną wykładnię art. 12 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz. U. UE L 200 z 7 czerwca 2004 r.) w zw. z art. 14 ust. 1 i 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r. dotyczącego wykonywania rozporządzenia nr 883/2004 (Dz. U. UE L 284/1 z 30 października 2009 r.) na skutek dokonania rozszerzającej interpretacji przesłanek określonych w art. 14 ust.1 i 2 rozporządzenia nr 987/2009, czego konsekwencją było przyjęcie przez Sąd pierwszej instancji, iż nie prowadzi ona na terenie Polski normalnej działalności i tym samym nie spełnia warunków oddelegowania pracowników umożliwiających pozostanie tychże pracowników w polskim systemie ubezpieczeń społecznych, b) błędną wykładnię decyzji Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego nr A2 z dnia 12 czerwca 2009 r. dotyczącej interpretacji art. 12 rozporządzenia nr 883/2004 na skutek przyjęcia, iż wielkość obrotu osiągniętego stanowi kryterium decydujące o możliwości zastosowania do oddelegowanych pracowników ustawodawstwa polskiego z zakresu ubezpieczeń społecznych, w sytuacji, gdy decyzja ta nie określa zarówno wielkości obrotu osiąganego w państwie przedsiębiorstwa delegującego, jak i nie określa, że to kryterium ma takie znaczenie, co miało istotny wpływ

na rozstrzygnięcie niniejszej sprawy; 2) naruszenie przepisów postępowania a) art. 227 k.p.c. w zw. z art. 233 § 1 k.p.c. i art. 328 § 2 k.p.c. na skutek przekroczenia przez Sąd pierwszej instancji granic swobodnej oceny dowodów przez brak oceny zgromadzonego w postępowaniu materiału dowodowego, w szczególności dowodów przedstawionych przez spółkę - w odniesieniu do okoliczności, czy prowadziła w spornym okresie normalną działalność na terytorium Polski, b) naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 328 § 2 k.p.c. przez taką ocenę dowodów zgromadzonych, która doprowadziła do sprzeczności ustaleń z zebraniem w sprawie materiałem dowodowym, polegającej na przyjęciu, że spółka nie prowadzi na terytorium Polski normalnej działalności, co jednocześnie oznacza, że oddelegowani przez nią pracownicy nie mogą korzystać z instytucji przewidzianej w art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004, tj. pozostać w czasie oddelegowania za granicę w polskim systemie ubezpieczeń społecznych, podczas gdy wszystkie okoliczności sprawy, w tym liczba umów zawieranych na terenie Polski i liczba pracowników, świadczą o prowadzeniu przez nią na terenie Polski normalnej działalności w rozumieniu przepisów art. 14 ust. 1 i 2 rozporządzenia nr 987/2009, co również miało istotny wpływ na rozstrzygnięcie niniejszej sprawy. Wskazując na tak sformułowane zarzuty apelująca wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku i stwierdzenie, że zainteresowana M. P. podlega w spornym okresie polskiemu systemowi ubezpieczeń społecznych, względnie o jego uchylenie i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania lub uchylenie zarówno zaskarżonego wyroku jak i poprzedzających ten wyrok decyzji organu rentowego i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania bezpośrednio temu organowi oraz zasądzenie kosztów procesu.

W uzasadnieniu apelująca podniosła m.in., że spełniła wszystkie wymagania konieczne do tego, aby oddelegowana przez nią za granicę pracownica podlegała ubezpieczeniom społecznym w Polsce. Po pierwsze pomiędzy nią a zainteresowaną, przez cały czas oddelegowania istniał bezpośredni związek (jak tego wymaga art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004). Po drugie przewidywany czas wykonywania pracy za granicą nie przekraczał 24 miesięcy, a pracownik nie był wysłany do pracy w celu zastąpienia innej delegowanej osoby. Następnie pracownik bezpośrednio przed oddelegowaniem podlegał ubezpieczeniom społecznym na terenie Polski, ponieważ były opłacane za zainteresowaną wszystkie wymagane składki przed jej oddelegowaniem. Spełniony został również wymóg, aby spółka prowadziła normalną działalność w państwie członkowskim, w którym ma siedzibę (państwie delegującym). W myśl decyzji A2 oceniając, czy pracodawca może być uznany za „zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności” zgodnie z art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 i art. 14 ust. 1 i 2 rozporządzenia nr 987/2009 należy, zdaniem apelującej, brać pod uwagę różnorakie kryteria, albowiem nie występuje jednoznaczna, pełna definicja tego pojęcia, a brak jest ściśle określonych kryteriów (w szczególności nie odnoszą się one do wartości wyrażonych liczbowo, czy procentowo, zwłaszcza co do liczby umów czy wysokości obrotu). Muszą one zostać dopasowane do specyficznych cech każdego pracodawcy i do rzeczywistego charakteru prowadzonej przez niego działalności. Zgodnie z przepisami unijnymi w celu ustalenia czy pracodawca zazwyczaj prowadzi znaczną część działalności na terytorium kraju UE, w którym ma swoją siedzibę, instytucja ubezpieczeniowa w tym państwie (odpowiednik ZUS) zobowiązana jest zbadać wszystkie kryteria charakteryzujące działalność prowadzoną przez tego pracodawcę. Jedynie całościowa ocena pozwala na możliwie obiektywne ustalenie, czy przedsiębiorstwo wysyłające pracowników spełnia warunek prowadzenia w kraju delegującym znacznej części działalności. Apelująca powołała się także na orzecznictwo Sądu Najwyższego, w szczególności wyrok z dnia 11 maja 2010 r. (II UK 388/09, LEX nr 611418), w którym stwierdzono, iż „jeżeli przedsiębiorca oddelegowujący, posiada w danym Państwie Członkowskim siedzibę, ale wykonuje w nim wyłącznie czynności administracyjne (kadry, księgowość), wówczas pracownik wysłany przez takie przedsiębiorstwo do innego Państwa Członkowskiego nie może być uznany za pracownika oddelegowanego. Warunek, według którego przedsiębiorca oddelegowujący zwykle prowadzi działalność na terytorium kraju oddelegowanego nie oznacza, że w kraju tym działalność przedsiębiorstwa musi mieć charakter przeważający. Nie chodzi też o kryterium ilościowe, dotyczące osiąganego obrotu. Konieczne jest przede wszystkim faktyczne prowadzenie działalności w państwie wysyłającym”. Podobnie w wyroku z dnia 25 maja 2010 r. (sygn. akt I UK 1/10, LEX nr 602670), Sąd Najwyższy w całej rozciągłości potwierdził trafność przyjętego wyżej rozumienia podejmowania „normalnej działalności”. Sąd Najwyższy stwierdził bowiem m.in., iż: „warunek, według którego przedsiębiorca oddelegowujący normalnie, „zwykle” prowadzi działalność na terytorium kraju oddelegowanego nie oznacza, że w kraju oddelegującym działalność przedsiębiorstwa musi mieć charakter przeważający. Nie chodzi także o kryterium ilościowe, dotyczące osiąganego obrotu. Wymagane jest przede wszystkim faktyczne prowadzenie działalności w kraju oddelegującym”. Sąd

Najwyższy nakazując ponowne rozpoznanie sprawy stwierdził też, że kluczowym będzie ustalenie, czy „wskazując na wykonywanie działalności w kraju, sąd apelacyjny miał na myśli tę administracyjną, wewnętrzną i zarządczą działalność (co oznaczałoby brak możliwości zastosowania art.14 ust.1a rozporządzeniem 1408/71), czy też jakąś inną aktywność, co z kolei oznaczałoby odstępnie od podstawy faktycznej wyroku". Istotne jest również, zdaniem apelującej, iż we wszystkich znanych jej wyrokach ETS uznano, że przedsiębiorca nie podlega ustawodawstwu społecznemu miejsce swojego domicylu (siedziby), jeśli poza czysto wewnętrznymi działaniami zarządzającymi, prowadzi całą swoją działalność w innym państwie (apelująca powołała w tym względzie wyrok z 9 listopada 2000r. w sprawie P.; C-404/98, (...), LEX nr 83030 i w wyroku z dnia 10 lutego 2000r. w sprawie F., C-202-97, (...), LEX 2707). W jej ocenie istotą tego przepisu jest bowiem zapobieżenie tzw. dumpingowi socjalnemu, a więc sytuacji, w której podmiot zakłada siedzibę w jednym państwie mimo, że skupia swą całą działalność (poza ewentualnie administracyjną obsługą) w innym, tylko po to, by płacić niższe składki na ubezpieczenia społeczne, a tym samym obniżać koszty pracy. Taka sytuacja w sprawie niniejszej jednak nie zachodzi, co jednoznacznie wynika z analizy wymaganych kryteriów. Ma bowiem zarejestrowaną siedzibę i wykonuje czynności administracyjne wyłącznie na terenie Polski. Nie posiada i nie zamierza zaś tworzyć oddziałów, filii czy przedstawicielstw na terenie innych krajów, w tym Niemiec. Również zarząd spółki przebywa na terenie Polski. Ponadto na dzień 31 grudnia 2010 r. w Polsce zatrudnionych było 16 pracowników, zaś pracę za granicą wykonywało 14 osób, co oznacza, iż co najmniej połowa pracowników świadczy pracę w kraju, a nie za granicą. Przy czym w tym wyliczeniu nie ujęto osób, które zajmują się kwestiami administracyjnymi, a które również są zatrudnione w Polsce i tam świadczą pracę. Poza „opiekunkami" spółka zatrudnia pracowników podejmujących działania związane z usługami relokacyjnymi na terenie Polski (w 2010 r. były to 2 osoby, a od początku 2011 r. spółka zatrudniała kolejną osobę). Podjęła również współpracę z dyplomowaną pielęgniarką, która zajmuje się prowadzeniem kursów z zakresu opieki nad osobami starszymi. Również wśród osób zatrudnionych w charakterze opiekunek, czy pomocy domowych w 2010 r. były takie, które cały czas wykonują pracę wyłącznie na terenie Polski i nigdy nie były delegowane do innego kraju. Ponadto wszyscy pracownicy rekrutowani są na terenie Polski i również wszystkie umowy zarówno z pracownikami, jak i klientami zawierane są w Polsce. Do zawieranych umów zastosowanie ma wyłącznie prawo polskie - za wyjątkiem sytuacji, gdy przepisy prawa unijnego (a konkretnie przepisy dyrektywy 96/71/WE) wymagają, aby pracownicy byli traktowani w zakresie warunków wynagradzania na równi z pracownikami państwa do którego są oddelegowani, co jednak nie zmienia prawa właściwego dla danego stosunku pracy. Ilość umów realizowanych w Polsce była i jest obecnie większa od ilości umów realizowanych za granicą. W kwietniu 2010 r. liczba umów wykonywanych w kraju wyniosła 33, zaś liczba umów wykonywanych za granicą wyniosła 17. Natomiast w grudniu 2010 r. liczba umów wykonywanych w kraju wyniosła 20, zaś liczba umów wykonywanych za granicą wyniosła 16. Apelująca podniosła też, że przyjęte przez organ rentowy i Sąd pierwszej instancji jako kryterium prowadzenia rzeczywistej działalności na terenie danego państwa kryterium osiąganego obrotu nie pojawia się ani w rozporządzeniu nr 883/2004, ani rozporządzeniu nr 987/2009, ani też w Decyzji nr A2. Wymóg obrotów na poziomie około 25% wskazywany jest jedynie w publikacji zwanej „Praktyczny przewodnik dotyczący oddelegowania pracowników w państwach członkowskich Unii Europejskiej, Europejskiego Obszaru Gospodarczego i Szwajcarii", która nie może być klasyfikowana jako źródło prawa, nie ma zatem mocy wiążącej. Tym samym brak jest podstaw do wysuwania twierdzenia odnośnie konieczności osiągnięcia przy najmniej 25% obrotu w kraju, lub też tego, że kryterium obrotu ma zdecydować o prowadzeniu „znaczącej działalności". Zdaniem skarżącej pomimo, iż obrót w kraju nie przekracza 25% istnieje możliwość uznania, iż przedsiębiorca prowadzi znaczącą działalność w kraju. Stało się m.in. tak w stanie faktycznym objętym uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 18 marca 2010 r. (II UZP 2/10, OSNP 2010/17-18/216), gdzie przyjęto, że żaden akt prawny nie zawiera kwotowego lub procentowego oznaczenia obrotów, które mogłoby stanowić kryterium dla oceny, jakiemu ustawodawstwu mieliby podlegać pracownicy spółki. Apelująca zakwestionowała również stanowisko Sądu pierwszej instancji, iż dla uznania, że pracownik, którego dotyczy niniejszy spór, podlega polskiemu systemowi ubezpieczeń społecznych wymagane jest, aby w odniesieniu do wysokości obrotów spółka prowadziła na terytorium Polski „przeważającą działalność". Wymagane jest jedynie prowadzenie na terenie Polski normalnej działalności. O tym, że w spornych okresach prowadziła na terytorium Polski normalną działalność w rozumieniu art. 14 ust. 1 i 2 rozporządzenia 987/2009 świadczą okoliczności w postaci zawierania i wykonywania większej ilości umów na terytorium Polski niż za granicą; zawierania umów z pracownikami wyłącznie na terytorium Polski i ich rekrutowania wyłącznie w Polsce, prowadzenia i posiadania w Polsce (w K.) siedziby oraz brak jakiegokolwiek oddziału za granicą, w

tym w szczególności w Niemczech, zatrudniania w Polsce nie tylko osób do prowadzenia biura i spraw administracyjno - organizacyjnych, ale również osób, które wykonują prace opiekunów i personelu domowego w Polsce, realizowania na terytorium Polski usług opiekuńczych, personelu domowego, relokacyjnych, szkoleniowych, tłumaczeniowych i organizacji wyjazdów dla młodych osób, szeroko zakrojone działania marketingowe dotyczące np. przedszkoli dla firm (udział w Stowarzyszeniu (...)) oraz osiąganie obrotów z tytułu działalności prowadzonej w Polsce (w 2010 r. wyniósł on 68.468,28 zł). Zdaniem apelującej nie można też pominąć faktu, iż zakres faktycznie zrealizowanych w Polsce usług zależy od sytuacji istniejącej na rynku, na którą nie ma ona żadnego wpływu. Tym samym nie ponosi odpowiedzialności za to, że na usługi opiekuńcze jest większy popyt w Niemczech, niż w Polsce, jak również nie ponosi odpowiedzialności za istniejące różnice kursowe pomiędzy EURO a polskim złotym, które mają istotny wpływ różnicę pomiędzy obrotami uzyskiwanymi z działalności na terenie Polski i z działalności na terenie Niemiec. Ponadto, w myśl przepisów podatkowych, sposób prowadzenia przez nią działalności (związany z oddelegowaniem pracowników do Niemiec) jest uznawany za działalność wykonywaną w Polsce, o czym świadczą pisma Naczelnika (...) Skarbowego w K., w których m.in. jednoznacznie stwierdzono, że „w przypadku, kiedy kontrolowany podmiot nie dokonał zgłoszenia we właściwym organie swojego oddziału lub wyodrębnionej części, a w toku przeprowadzonych czynności kontrolnych nie stwierdzono nieprawidłowości należy uznać, iż uzyskuje on dochody jedynie ze źródeł położonych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej”. Zatem podjęte przez spółkę czynności w Polsce (pozyskanie i zatrudnienie pracownika, który świadczy prace opiekuna w Niemczech) skutkują uzyskaniem obrotu będącego efektem pracy wykonanej przez oddelegowanych do Niemiec pracowników. Tym samym jej działalność w Polsce stanowi przyczynę uzyskiwania tego tych obrotów. Apelująca nie zgodziła się również ze stwierdzeniem Sądu pierwszej instancji, iż zawierane przez nią w Polsce kontrakty to umowy krótkotrwałe, zaledwie kilkudniowe i tym samym nie powinny być brane pod uwagę, jako potwierdzające prowadzenie normalnej działalności. Poza tym skarżąca stwierdziła, że organ rentowy jest niekonsekwentny, ponieważ w 2009 r. i na początku 2010 r., mimo identycznej sytuacji w zakresie jej obrotów wydawał dla delegowanych pracowników poświadczenia dotyczące podleganiu ubezpieczeniom społecznym w kraju, jeszcze na obowiązujących wówczas drukach E101. Natomiast sposób funkcjonowania spółki w 2009 r. i na początku 2010 r. niczym się bowiem nie różnił od sposobu funkcjonowania w spornym okresie. Apelująca zarzuciła także, że w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku Sąd Okręgowy nie dokonał w ogóle oceny dowodów wskazanych przez nią w odwołaniu, tj. dowodów z dokumentów dołączonych do dalszych pism procesowych, jak tego wymaga art. 328 § 2 k.p.c. Sąd bezzasadnie pominął te dowody, a miały one, zdaniem apelującej, kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, a w szczególności dla ustalenia, czy spółka prowadziła na terytorium Polski „normalną działalność” w rozumieniu art. 14 ust. 1 i 2 rozporządzenia nr 987/2009.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja okazała się zasadna.

Na wstępie wskazać należy, że wobec treści zaskarżonej decyzji, którą odmówiono apelującej (...) sp. z o.o. w K. wydania dla zainteresowanej M. P. zaświadczenia A1 dotyczącego właściwego ustawodawstwa, przedmiotem sporu w niniejszej sprawie była ocena spełnienia przesłanek, które w świetle przepisów wspólnotowych kształtują kwestię podlegania ubezpieczeniu pracownika delegowanego do wykonywania pracy na terenie innego państwa członkowskiego. Wydanie, względnie odmowa wydania przez organ rentowy zaświadczenia A1 stanowi bowiem w istocie rozstrzygnięcie tego organu, odpowiednio co do objęcia, względnie odmowy objęcia pracownika delegowanego polskim ubezpieczeniem społecznym w danym okresie. Analogiczne stanowisko w odniesieniu do zaświadczenia E 101 wydawanego w stanie prawnym obowiązującym do 1 maja 2010 r., tj. na gruncie przepisów rozporządzenia Rady EWG nr 1408/71 z dnia 14 czerwca 1971 r. w sprawie stosowania systemów zabezpieczenia społecznego do pracowników najemnych, osób prowadzących działalność na własny rachunek i członków ich rodzin przemieszczających się we Wspólnocie (Dz.U.U.E.L.71.149.2; Dz.U.U.E-sp.05-1-35 ze zm.) zawarł Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały z dnia 18 marca 2010 r. (II UZP 2/10, OSNP 2010/17-18/216), przyjmując, że spór w sprawie o wydanie zaświadczenia E 101 dotyczy zagadnienia ogólniejszego - pozostawiania bądź wyłączenia z krajowego systemu ubezpieczeń społecznych.

W tej kwestii Sąd Okręgowy prawidłowo przyjął, że dla oceny zasad podlegania zainteresowanego pracownika określonego systemowi ubezpieczeń społecznych należało stosować obowiązujące od dnia 1 maja 2010 r.

przepisy rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (DZ.U.UE L 04.166.1) oraz rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r. dotyczącego wykonywania rozporządzenia nr 883/2004 (DZ.U.UE.L.284.1). Skoro zainteresowany pracownik zatrudniony przez apelującą spółkę wykonywał obowiązki pracownicze wyłącznie na terenie Niemiec, to w celu merytorycznego osądu sprawy istotne było ustalenie, czy zainteresowany pracownik był delegowany w celu wykonywania pracy na terytorium tego państwa w rozumieniu art. 12 ust.1 rozporządzenia (WE) nr 883/2004 w związku z art. 14 ust.1 rozporządzenia (WE) nr 987/2009. Przepisy te stanowią wyjątek od ogólnej zasady terytorialności podlegania systemowi ubezpieczeń społecznych państwa, w którym jest wykonywana praca (*lex loci laboris*).

Z art. 11 ust.1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (DZ.U.UE L 04.166.1) wynika, że osoby migrujące w celach zarobkowych po terytorium UE, w zakresie ubezpieczenia społecznego podlegają ustawodawstwu tylko jednego państwa członkowskiego. Czynnikiem decydującym o tym, któremu ustawodawstwu ma podlegać taka osoba, jest, w myśl art. 11 ust. 3a cytowanego rozporządzenia, miejsce wykonywania pracy. Jako reguła zostało zatem przyjęte, że system zabezpieczenia społecznego, który ma zastosowanie do osób, które z przyczyn związanych z pracą przenoszą się z jednego państwa członkowskiego do drugiego, jest co do zasady systemem państwa nowego zatrudnienia. Odnosząc tę ogólną zasadę do okoliczności niniejszej sprawy należy stwierdzić, że skoro czynnikiem decydującym o wyborze ustawodawstwa, któremu ma podlegać pracownik, jest miejsce wykonywania pracy, a jednocześnie w okolicznościach niniejszej sprawy nie budzi wątpliwości, że zainteresowana świadczyła pracę na terytorium Niemiec, to należałoby przyjąć, iż w zakresie zabezpieczenia społecznego winna podlegać niemieckiemu ustawodawstwu. Jednak podstawowa zasada decydująca o wyborze ustawodawstwa w zakresie systemu zabezpieczenia społecznego pracowników migrujących w celach zarobkowych doznaje też wyjątków, co wynika stąd, iż istota regulacji wspólnotowych, w tym i cytowanego rozporządzenia, zgodnie z jego preambułą, ma na celu maksymalne wspieranie swobodnego przepływu pracowników i w konsekwencji umożliwienie pracownikom, pracodawcom i instytucjom uniknięcia niepotrzebnych komplikacji administracyjnych, w szczególności wiążących się z delegowaniem do innego państwa członkowskiego na krótkie okresy czasu. Taki wyjątek zawiera z art. 12 ust. 1 powołanego wyżej rozporządzenia, w myśl którego osoba, która wykonuje działalność jako pracownik najemny w państwie członkowskim w imieniu pracodawcy, który normalnie tam prowadzi 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 w zastępstwie innej osoby. Możliwość zastosowania wyjątku od zasady *lex loci laboris* został ustanowiony wyłącznie dla pracodawcy, który prowadzi zwykłą działalność w państwie wysyłającym, z którego jest delegowany pracownik. Warunek normalnego prowadzenia takiej istotnej działalności w państwie wysyłającym został doprecyzowany w art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009, który 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. Odnośne kryteria muszą zostać dopasowane do specyficznych cech weryfikowanego pracodawcy i do rzeczywistego charakteru prowadzonej działalności.

Podkreślić także należy, że w rozpoznawanej sprawie niespornym było spełnienie wszystkich warunków wymienionych w art. 12 ust. 1 cytowanego wyżej rozporządzenia Nr 883/2004 w postaci: bezpośredniego związku pomiędzy delegującą spółką a pracownikiem polegającego na wykonywaniu przez pracownika w okresie delegowania pracy w imieniu swego pracodawcy, czasowego charakteru delegowania nie przekraczającego 24 miesięcy, oddelegowania pracownika nie mającego na celu zastąpienia innego pracownika, uprzedniego podlegania przez pracownika krajowemu systemowi zabezpieczenia społecznego. Jedyną kwestią sporną było dokonanie oceny, czy spełniona została także przesłanka normalnego prowadzenia przez delegującego pracodawcę - (...) sp. z o.o. w K. działalności na terenie państwa wysyłającego. Wymagało to poczynienia ustaleń faktycznych w przedmiocie rodzaju

i zakresu działalności gospodarczej faktycznie prowadzonej przez apelującą spółkę na terenie kraju wysyłającego i kraju delegowania.

W ocenie Sądu Apelacyjnego za zasadny uznać należało zarzut apelacji naruszenia przepisów postępowania, w tym art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów wobec braku wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału dowodowego. Sąd Okręgowy, ustalając na podstawie informacji przedstawionych przez apelującą spółkę organowi rentowemu w informacji w celu wydania zaświadczenia o ustawodawstwie właściwym dla zainteresowanej w spornym okresie, że proporcje obrotu uzyskiwanego przez spółkę za granicą i w Polsce w ciągu 12 miesięcy poprzedzających złożenie wniosku kształtowały się jak 97% do 3%, oraz, że w tym okresie liczba pracowników w Polsce (za wyjątkiem pracowników administracyjnych) wynosiła 12-13 w stosunku do 19-21 pracowników delegowanych, równocześnie uznał, że większa liczba umów czy kontraktów realizowanych w Polsce w stosunku do kontraktów realizowanych za granicą wynikała z zaniżenia liczby umów dotyczących usług świadczonych za granicą, albowiem do każdej umowy głównej zawierane były liczne aneksy. Sąd Okręgowy ustalił także, że sposób zawierania a następnie realizacji umów z osobami zatrudnianymi do opieki miał na celu stworzenie wrażenia, że zatrudnienie ma być realizowane w Polsce, podczas gdy zatrudniani pracownicy nigdy do pracy w Polsce nie byli kierowani i nie pozostawali w gotowości do wykonywania takiej pracy oraz, że pozostała działalność spółki prowadzona na terenie Polski była ograniczona do wykonywania wewnętrznych czynności administracyjnych związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa oraz realizacji krótkotrwałych umów w Polsce. Dokonując powyższych ustaleń Sąd Okręgowy uchylił się od oceny całokształtu przedstawionego przez apelującą spółkę materiału dowodowego, przyjmując, że skoro średni obrót uzyskiwany w Polsce wynosi zaledwie 3%, jest to równoznaczne z faktem nie prowadzenia znaczącej części działalności na terenie kraju delegującego.

Tymczasem, jak trafnie zarzuca apelujący, zgromadzony materiał dowodowy pozwalał na poczynienie dalej idących ustaleń co do rodzaju działalności i sposobu jej prowadzenia przez spółkę w Polsce i za granicą. Dlatego też, na podstawie dokumentów załączonych do akt niniejszej sprawy oraz sprawy VIII U 219/11 Sądu Okręgowego w Krakowie, dotyczącej analogicznej odmowy wydania przez organ rentowy zaświadczenia A1 dla innego z pracowników spółki, Sąd Apelacyjny dodatkowo ustalił, że od początku swego powstania w 2007 r. (...) sp. z o.o., początkowo z siedzibą w W., obecnie w K., prowadziła działalność gospodarczą, świadcząc, zgodnie z ujawnionym w Krajowym Rejestrze Sądowym przedmiotem działalności, usługi w zakresie opieki nad osobami starszymi w kraju oraz w Niemczech, pomocy domowej, pośrednictwa pracy, usługi relokacyjne, organizowanie szkoleń językowych oraz z zakresu opieki na osobami starszymi i udzielania pierwszej pomocy, działalność w zakresie wyjazdów dla młodych osób (...) do Niemiec i Wielkiej Brytanii. Apelująca spółka nie posiada swego oddziału za granicą (KRS (...)). Usługi w zakresie opieki nad osobami starszymi apelująca spółka świadczyła głównie na terenie Niemiec, na rzecz klientów indywidualnych - obywateli Niemiec, do których oddelegowywani byli pracownicy polscy. W okresie 12 miesięcy poprzedzających złożenie wniosku o wydanie zaświadczenia A1 dla zainteresowanej, liczba pracowników delegowanych do świadczenia w Niemczech pracy z zakresu opieki nad osobami starszymi wynosiła 17. Z osobami tymi zawierano umowy o pracę na czas określony. W tym samym czasie na stanowisku opiekunek lub personelu domowego zatrudnionych było także 6 pracowników wykonujących taką pracę w Polsce, z czego dwie osoby były zatrudnione od dłuższego czasu: M. S. (1) od 14 grudnia 2007 r. do nadal oraz J. O. od 19 listopada 2009 r. do 30 kwietnia 2010 r. i od 17 stycznia 2010 r. do nadal. Zarówno rekrutacja pracowników, mających wykonywać pracę czy to w Niemczech czy w Polsce, była prowadzona w Polsce, w Polsce także były zawierane z nimi umowy o pracę, poddane prawu polskiemu, pracownicy świadczyli pracę na rzecz apelującej spółki, która z kolei określała warunki zatrudnienia oraz wypłacała wynagrodzenie. Również umowy z klientami niemieckimi, dla których apelująca spółka świadczyła poprzez swoich pracowników, usługi z zakresu opieki, przygotowywane były w Polsce i poddane prawu polskiemu, przy czym treść umowy przesyłana była klientowi niemieckiemu do akceptacji a następnie pracownik delegowany zawoził umowę klientowi. W spornym okresie takich umów w Niemczech wykonywanych było 17. Realizacja tych umów przyniosła w 2010 r. obrót wynoszący 1.915.382,52 zł, przy czym, zgodnie ze stanowiskiem Naczelnika (...) Urzędu Skarbowego z dnia 6 października 2010 r. obrót ten jest wykazywany w deklaracjach VAT łącznie z obrotem uzyskiwanym z działalności wykonywanej w Polsce jako dochód „ze źródeł położonych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej” i w całości opodatkowany w Polsce. Spółka nie posiada bowiem oddziałów za granicą, a usługi w Niemczech

były świadczone na rzecz osób fizycznych. W analogicznym czasie apelującą łączyły dwie długoterminowe umowy na usługi w zakresie opieki w Polsce - z A. S. (1) od 11 grudnia 2007 r. do nadal oraz z l. J.od 7 grudnia 2009 r. do 30 listopada 2010 r. (bilans i umowy dołączone do akt VIII U 219/11 Sądu Okręgowego w Krakowie, obecna sygn. III AUa 1789/11 Sądu Apelacyjnego w Krakowie). Pozostała wymieniona wcześniej działalność prowadzona przez spółkę wykonywana była jedynie na terenie Polski. Działając jako agencja zatrudnienia i doradztwa personalnego, spółka w 2010 r. odnotowała liczbę 339 osób wpisanych do prowadzonej przez agencję ewidencji osób poszukujących zatrudnienia, z czego 38 osób za pośrednictwem agencji podjęło zatrudnienie z zakresu świadczenia usług domowych, opieki nad dziećmi lub z zakresu domowej opieki osobistej. Ponadto spółka w tym okresie współpracowała z 34 pracodawcami korzystającymi z jej usług z zakresu doradztwa personalnego oraz z 68 pracodawcami korzystającymi z jej usług w zakresie wskazywania źródeł i metod pozyskiwania kandydatów na określone stanowiska pracy (informacja o działalności agencji zatrudnienia za 2010 r. skierowana do marszałka województwa - k. 50-56, umowy - akta VIII U 219/11, zeznania świadka E. O. w sprawie VIII U 274/11 Sądu Okręgowego w Krakowie- (...)). Z kolei wykonując działalność jako instytucja szkoleniowa spółka organizowała i przeprowadzała odpłatne szkolenia z zakresu języka niemieckiego dla opiekunów osób starszych (42 godziny), kursy dla opiekunów osób starszych oraz niepełnosprawnych (38 godzin), kursy pierwszej pomocy (5 godzin) oraz szkolenia podnoszące kwalifikacje językowe w ramach programu A. P. (9 godzin) a także przeprowadzała egzaminy końcowe z kursów językowych oraz kursów opieki, przy czym w 2010 r. liczna osób przeszkolonych wyniosła 41. Celem prowadzenia działalności szkoleniowej spółka zatrudniała w 2010 r. 4 osoby, J. O., K. K. (1), E. S., U. R. na stanowisku opiekunki, M. B. na stanowisku personel domowy. Kolejnych pracowników na terenie Polski (z czego dwóch w 2010 r. - A. S. (2) i M. S. (2) a od stycznia 2011 r. trzeciego pracownika D. P.) spółka zatrudniała do działań związanych z usługami relokacyjnymi tj. świadczonymi na rzecz cudzoziemców przybywających do Polski usługami w zakresie pomocy w dopełnieniu formalności, znalezieniu domu lub mieszkania, zaaklimatyzowaniu się i organizacji powrotu do kraju. Współpracując z przedsiębiorcami spółka świadczyła także usługi z zakresu doradztwa i organizowania przedszkoli dla firm oraz opieki nad dziećmi dla pracowników firm. (umowy dołączone do akt VIII U 219/11 Sądu Okręgowego w Krakowie, zeznania świadka E. O.). Ponadto w oparciu o akta ZUS Sąd Apelacyjny ustalił, że zainteresowana M. P. od dnia 22 maja 2011 do 22 lipca 2011 r. była zatrudniona w (...) sp. z o.o. oraz została zgłoszona do ubezpieczenia i podlegała ubezpieczeniu społecznemu w Polsce, a apelująca spółka odprowadzała należne z tego tytułu składki.

Ustalając powyższy stan faktyczny Sąd Apelacyjny oparł się na treści powołanych wyżej, dokumentów zarówno zgromadzonych w niniejszej sprawie jak i w sprawie VIII U 219/11, których treść nie została zakwestionowana w toku postępowania przez organ rentowy. Również Sąd Okręgowy powołał się na dokumenty zawarte w aktach o wyżej podanej sygnaturze, jednakże ograniczył on swoje ustalenia jedynie do uwzględnienia treści załączonego do tych akt bilansu spółki. Spójne z treścią tych dokumentów pozostają także zeznania świadka E. O. złożone w sprawie VIII U 274/11 oraz A. W. złożone w sprawie VIII U 270/11, i z zeznań świadka B. P. K. złożone do sygn. VIII U 3269/11 z których to zeznań wynika, że jakkolwiek przeważająca część obrotu spółki pochodziła z realizacji umów wykonywanych w Niemczech, jednakże działalność spółki prowadzona w Polsce nie ograniczała się jedynie do działalności administracyjnej, ale polegała na świadczeniu wielorakiego rodzaju usług, przy czym pomiędzy działalnością prowadzoną w Polsce i w Niemczech zachodziła swoista zależność - obrót uzyskiwany z realizacji umów w Niemczech pozwalał na realizację coraz szerszego zakresu usług w Polsce - z kolei prowadzenie szkoleń merytorycznych i językowych w Polsce pozwalało na rekrutację odpowiedniej kadry opiekunów do pracy w Niemczech.

W świetle powyższych, uzupełnionych przez Sąd Apelacyjny ustaleń faktycznych, za zasadny uznać należało także podniesiony w apelacji zarzut naruszenia prawa materialnego przez wykładnię art. 12 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz. U. UE L 200 z 7 czerwca 2004 r.) w związku z art. 14 ust.1 i 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r. dotyczącego wykonywania rozporządzenia nr 883/2004 (Dz. U. UE L 284/1 z 30.10.2009 r.) przez przyjęcie, że apelująca spółka nie prowadzi ona na terenie Polski normalnej działalności i tym samym nie spełnia warunków oddelegowania pracowników umożliwiających pozostanie tychże pracowników w polskim systemie ubezpieczeń społecznych.

Jakkolwiek Sąd Okręgowy prawidłowo odwołał się do treści decyzji Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego nr A2 z dnia 12 czerwca 2009 r. dotyczącej interpretacji art. 12 rozporządzenia 883/2004, zgodnie z którą w celu ustalenia, czy pracodawca zazwyczaj prowadzi znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, instytucja właściwa w tym państwie zobowiązana jest zbadać wszystkie kryteria charakteryzujące działalność prowadzoną przez tego pracodawcę, w tym miejsce, w którym przedsiębiorstwo ma swą zarejestrowaną siedzibę i administrację, liczebność personelu administracyjnego pracującego w państwie członkowskim, w którym pracodawca ma siedzibę, oraz w drugim państwie członkowskim, miejsce, w którym rekrutowani są pracownicy delegowani, i miejsce, w którym zawierana jest większość umów z klientami, prawo mające zastosowanie do umów zawartych przez przedsiębiorstwo z jednej strony z pracownikami i z drugiej strony z klientami, obroty w odpowiednio typowym okresie w każdym z państw członkowskich, których rzecz dotyczy, oraz liczbę umów wykonanych w państwie wysyłającym, jednakże oceny, czy spółka (...) spełnia przesłanki określone w art. 12 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz. U. UE L 200 z 7 czerwca 2004 r.) w związku z art. 14 ust. 1 i 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r. dotyczącego wykonywania rozporządzenia nr 883/2004 (Dz. U. UE L 284/1 z 30.10.2009r.), a w szczególności, czy normalnie prowadzi swoją działalność w Polsce, dokonał wyłącznie przy uwzględnieniu jako decydującego kryterium wielkości obrotu uzyskiwanego w Polsce i za granicą. W istocie znacząca większość (97%) obrotu z działalności spółki była generowana z tytułu zatrudnienia pracowników za granicą, zauważyć jednak należy, jak trafnie podnosi się w apelacji, iż ani powołane wyżej przepisy wspólnotowe ani żaden inny obowiązujący akt prawny nie określa liczbowo ani procentowo wielkości obrotu decydującego o możliwości uznania, iż dany podmiot normalnie prowadzi działalność w państwie wysyłającym i pozostawienia pracownika delegowanego w systemie ubezpieczeń społecznych tego państwa. Kwestia wyboru kryteriów, w oparciu o jakie należy dokonywać oceny czy w świetle powyższych przepisów dany podmiot prowadzi normalnie (lub zwykle jak w art. 14 ust. 1a obowiązującego uprzednio rozporządzenia Rady (EWG) nr 1408/71), wielokrotnie zajmował się zarówno Europejski Trybunał Sprawiedliwości jak i Sąd Najwyższy, wypracowując zgodną zasadę, iż wykonywanie przez przedsiębiorcę w państwie wysyłającym wyłącznie wewnętrznych czynności administracyjnych związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa powoduje, iż wobec pracownika delegowanego przez takiego pracodawcę brak jest możliwości zastosowania wyjątku od zasady *lex loci laboris*. (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 6 maja 2010 r., II UK 362/09, Lex nr 610164, z dnia 5 maja 2010 r. II UK 395/09, OSNP 2011/21- 22/277). W sprawie M. (35/90, (...)) przesądzono o możliwości delegowania na podstawie art. 14 ust. 1a rozporządzenia 1408/71 pracowników agencji pracy tymczasowej albowiem w ocenie ETS przyjęcie takiego rozwiązania uzasadnia usunięcie trudności, jakie związane są z krótkotrwałym przemieszczaniem się pracowników delegowanych i zmianą systemu zabezpieczenia społecznego. W powołanym przez apelującego wyroku F. (C-202/97, (...) (...)- (...), LEX nr 82707) ETS stwierdził, że warunek prowadzenia zwykle działalności na terenie państwa wysyłającego jest spełniony, jeżeli przedsiębiorstwo stale wykonuje znaczącą działalność w państwie, w którym ma siedzibę. Z kolei w orzeczeniu w sprawie P. (...), LEX nr 83030) wyraźnie podkreślono, że zastosowanie art. 14 ust. 1a rozporządzenia 1408/71 nie dotyczy pracowników przedsiębiorstwa z siedzibą w jednym Państwie Członkowskim, wysyłanych do pracy na terytorium innego Państwa Członkowskiego, w którym, poza czysto wewnętrznymi działaniami zarządzającymi, to przedsiębiorstwo prowadzi całą swoją działalność. Natomiast Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 maja 2010 r. (II UK 379/09, Lex nr 611415), zajął stanowisko, które Sąd Apelacyjny w pełni podziela, iż „warunek, według którego przedsiębiorca oddelegowujący "zwykle" (zasadniczo) prowadzi działalność na terytorium kraju oddelegowującego, nie oznacza, że w kraju oddelegowującym działalność przedsiębiorstwa musi mieć charakter przeważający. Nie chodzi także o kryterium ilościowe, dotyczące osiąganego obrotu. Wymagane jest przede wszystkim faktyczne prowadzenie działalności w kraju oddelegowującym.”

W świetle powyższego, dokonując oceny, czy apelująca spółka prowadziła w spornym okresie normalnie znaczną część swojej działalności na terytorium Polski należało się odnieść do wszystkich kryteriów charakteryzujących prowadzoną przez nią działalność, w tym w szczególności kryteriów wymienionych w punkcie 1 decyzji Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego nr A2 z dnia 12 czerwca 2009 r. dotyczącej interpretacji art. 12 rozporządzenia 883/2004, zgodnie z którą należy wziąć pod uwagę miejsce siedziby i administracji

przedsiębiorstwa, liczbę osób zatrudnionych w administracji, miejsce zatrudnienia wysyłanych pracowników, miejsce, w którym zawierana jest większość umów o pracę, prawo, któremu podlegają zawierane umowy oraz obrót osiągnięty w każdym państwie członkowskim. Jak wynika z dokonanych ustaleń faktycznych, siedziba spółki znajduje się na terytorium Polski i tylko tu zatrudnieni byli pracownicy administracyjni, wyłącznie w Polsce rekrutowani byli pozostali pracownicy zarówno do pracy w kraju w charakterze opiekuna lub personelu domowego jak i w celu delegowania do pracy w Niemczech, w Polsce zawierane były z pracownikami umowy poddane prawu polskiemu, ilościowo większa liczba umów zawierana i wykonywana była na terenie Polski, w Polsce także realizowane były usługi pośrednictwa pracy, szkoleniowe, tłumaczeniowe, relokacyjne, organizacji wyjazdów, marketingowe dotyczące np. przedszkoli dla firm, stanowiące statutowy przedmiot działalności spółki. Działania te w 2010 r. przyniosły obrót w kwocie 68.468,28 zł, z czego zysk spółki wyniósł 15.500,00 zł. Z kolei na terenie Niemiec spółka przez swoich pracowników świadczyła tylko usługi z zakresu opieki i personelu domowego, realizując umowy zawarte z klientami niemieckimi, liczba pracowników delegowanych do pracy w Niemczech była dwukrotnie wyższa niż pracowników wykonujących pracę w Polsce (z wyłączeniem pracowników administracyjnych), obrót wynikający z działalności wykonywanej w Niemczech w 2010 r. wyniósł 1.915.382,52 zł a zysk 61.902,55 zł. Porównując zatem zakres działalności spółki wykonywany w Polsce i Niemczech zauważyć należy, że jedynie kryterium uzyskanego obrotu, na którym skupił się Sąd Okręgowy, powoduje, iż działalność prowadzoną w Niemczech można uznać za znacznie przeważającą. Wszystkie inne kryteria, łącznie z kryterium osiągniętego zysku stanowiącego ok. 25% zysku wypracowanego w Niemczech, pozwalają na przyjęcie, iż działalność spółki w Polsce ma charakter co najmniej znaczący („godny odnotowania”, „istotny”) dla realizacji działalności określonej w KRS jak również, poprzez odpowiednią rekrutację, szkolenia językowe i merytoryczne, dla możliwości realizacji umów w Niemczech i wykonywaniu w ten sposób działalności skutkującej osiąganiem przychodu. Ponadto, jak wynika z ustalonego stanu faktycznego, spółka rozszerza przedmiotowo zakres swojej działalności w Polsce poprzez podejmowanie kolejnych inicjatyw przy niezmiennym zakresie świadczonych usług w Niemczech, co w chwili obecnej nie znajduje odzwierciedlenia w zwiększeniu procentowym udziału obrotu uzyskiwanego w kraju w stosunku do całości obrotów spółki. Oczywiście przyznać należy Sądowi Okręgowemu rację, kiedy twierdzi, że dla podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą mającą ze swej istoty charakter zarobkowy, istotnym kryterium oceny tej działalności jest uzyskiwany przychód, jednakże nie sposób przy tym nie zauważyć, iż generująca zasadniczo niższy obrót działalność spółki w Polsce dała znaczący zysk, który nie pozwala na marginalizowanie znaczenia działalności wykonywanej w Polsce.

W ocenie Sądu Apelacyjnego warto także podkreślić, że podstawowym celem przepisów unijnych koordynujących systemy podlegania ubezpieczeniom społecznym jest objęcie delegowanego pracownika właściwym systemem zabezpieczenia społecznego w związku z korzystaniem ze swobody przemieszczania się pracowników, którym gwarantuje się - co do zasady - prawo podlegania i korzystania z uprawnień z zabezpieczenia społecznego w państwach wykonywania pracy, co w niektórych sytuacjach może prowadzić do nabycia przez polskich pracowników delegowanych do pracy w Państwie Członkowskim prawa do świadczeń z systemu zabezpieczenia społecznego tego państwa Członkowskiego, jednakże w sytuacji gdy okres delegacji trwa krótko, regulacje wspólnotowe winny zapewnić umożliwienie pracownikom, pracodawcom i instytucjom uniknięcia niepotrzebnych komplikacji i kosztów administracyjnych, w szczególności wiążących się z delegowaniem do innego państwa członkowskiego na krótkie okresy czasu. Ponadto pracownik zatrudniony przejściowo w innym państwie członkowskim zwykle także jest zainteresowany pozostaniem w swoim dotychczasowym systemie świadczeń socjalnych (T.Major, B.Pawłowska, Ubezpieczenie społeczne migrujących pracowników oraz osób prowadzących działalność gospodarczą, Wydawnictwo C.H.Beck 2010, str.141).

Należy nadto zauważyć niekonsekwencję w działaniu organu rentowego, który w tych samych okolicznościach, w sytuacji, gdy wykazywany przez spółkę obrót krajowy nie zmieniał się istotnie od końca 2009r. i wynosił od 2 do 5%, aż do pierwszej połowy 201 Or. wydawał dla pracowników spółki zaświadczenia E101 pomimo, iż uprzednio obowiązujące przepisy, analogicznie jak obecne, dla pozostawienia delegowanego pracownika w ustawodawstwie państwa wysyłającego, stanowiły wymóg prowadzenia przez pracodawcę zwykle znaczącej części działalności na terenie państwa wysyłającego.

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny uznał, że w niniejszej sprawie zarówno w odniesieniu do odwołującej spółki jak i zainteresowanej spełnione zostały łącznie wszystkie przesłanki umożliwiające pracownikowi delegowanemu dalsze podleganie ustawodawstwu państwa delegującego, określone w art. 12 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (DZ.U.U.E L 04.166.1) oraz art. 14 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r. dotyczącego wykonywania rozporządzenia nr 883/2004 (DZ.U.U.E.L.284.1) w związku z pkt 1 decyzji Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego nr A2 z dnia 12 czerwca 2009 r. dotyczącej interpretacji art. 12 rozporządzenia 883/2004, co skutkowało przyjęciem, że zainteresowana M. P. w spornym okresie podlegała polskiemu systemowi ubezpieczeń społecznych.

Uznając zatem za zasadne zarzuty apelacji, Sąd Apelacyjny zmienił zaskarżony wyrok i poprzedzając go decyzję organu rentowego i orzekł jak w sentencji wyroku na podstawie art. 386 § 1 k.p.c., o kosztach postępowania za obie instancje orzekając na podstawie art. 98 k.p.c. w związku § 11 ust. 2 i § 12 ust.1 pkt 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 z urzędu (Dz. U. z 2002 r. Nr 163, poz. 1349 ze zm.).

EB