

Sygn.akt III AUa 800/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 stycznia 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku, III Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych

w składzie:

Przewodniczący: SSA Marek Szymanowski (spr.)

Sędziowie: SA Alicja Sołowińska

SA Dorota Elżbieta Zarzecka

Protokolant: Magda Małgorzata Gołaszewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 stycznia 2015 r. w B.

**sprawy z odwołania K. Ś. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Agencja (...)
przy udziale zainteresowanej E. S.**

przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddział w B.

o ustalenie ustawodawstwa właściwego

na skutek apelacji K. Ś. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Agencja (...)

od wyroku Sądu Okręgowego w Suwałkach III Wydziału Pracy i Ubezpieczeń Społecznych

z dnia 28 lutego 2014 r. sygn. akt III U 932/13

oddala apelację.

Sygn. akt III AUa 800/14

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 28 listopada 2012 r. Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w B., powołując się na art. 83 i 83b ust. 1 oraz art. 123 ustawy z dnia 13.10.1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (t.j. Dz. U. z 2013r. poz. 1442) w zw. z art. 11 ust. 3a, art. 12 ust. 1 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29.04.2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz. Urz. UE nr L 166/1 z 30.04.2004 ze zm.) odmówił K. Ś. poświadczenia formularza A1 stwierdzającego, że w okresie od 31.10.2012 r. do 31.12.2012 r. tj. w okresie delegowania do pracy w (...) pracownika E. S. w zakresie zabezpieczenia społecznego ma zastosowanie ustawodawstwo polskie.

W odwołaniu K. Ś. domagała się zmiany decyzji i wydania poświadczenia na formularzu A1. Podniosła, iż E. S. wykonywała proste prace niewymagające specjalnej wiedzy czy umiejętności. Jej zdaniem decyzja organu rentowego mogła być wynikiem niedoprecyzowania przez nią zakresu obowiązków pracowników, a które zobligowała się poprawić.

Postanowieniem z dnia 09.01.2013 r. do udziału w sprawie w charakterze zainteresowanej została wezwana E. S..

Wyrokiem z dnia 13.02.2013 r. Sąd Okręgowy w Suwałkach zmienił zaskarżoną decyzję i zobowiązał Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w B. do wydania zaświadczenia dotyczącego ustawodawstwa właściwego A1 o podleganiu polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych za czas delegowania E. S. w okresie od 31.10.2012 r. do 31.12.2012 r. do Niemiec. W wyniku apelacji organu rentowego Sąd Apelacyjny w Białymstoku wyrokiem z dnia 12.11.2013 r. uchylił wyrok Sądu Okręgowego z dnia 13.02.2013 r. i sprawę przekazał do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Suwałkach, pozostawiając mu rozstrzygnięcie o kosztach za II instancję. Sąd II instancji stwierdził, iż orzeczenie w sprawie było przedwczesne, gdyż zapadło bez przeprowadzenia postępowania dowodowego. W sprawie wyjaśnienia wymagało istnienie bądź nieistnienie przesłanek do zastosowania art. 12 ust. 1 rozporządzenia Nr 833/2004, a zwłaszcza czy zainteresowana w ogóle pracowała przed jej delegowaniem do Niemiec na rzecz odwołującej Agencji oraz czy nie została wysłana do Niemiec w celu zastąpienia innej delegowanej osoby.

Po ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd Okręgowy w Suwałkach wyrokiem z dnia 28 lutego 2014 r. odwołanie oddalił

Sąd Okręgowy ustalił, iż A. Ś. (1) prowadzi agencję pracy tymczasowej, pod nazwą Agencja (...) w S.. W ramach tej działalności zajmuje się m.in. oddelegowywaniem pracowników do świadczenia usług opieki nad osobami niepełnosprawnymi i w podeszłym wieku.

W dniu 06.04.2012 r. odwołująca zawarła z A. M. umowę o opiekę nad R. M. w jej miejscu zamieszkania tj. w Niemczech. Osoba oddelegowana miała zamieszkać z małżeństwem M.. Do obowiązków opiekuna (§3 umowy k.7- 12 akt ZUS) należało świadczenie wszelkich usług opiekuńczych, niezbędnych w danym przypadku, a w szczególności: bezpośrednia opieka fizyczna np. mycie, nacieranie kremem, masaże, gimnastyka, opieka duchowa, spacer, gry towarzyskie etc.; w przypadku ograniczenia ruchowego lub konieczności leżenia w łóżku wykonywanie wszystkich zabiegów zaleconych przez lekarzy, jednak bez świadczenia usług medycznych; prowadzenie w wymaganym zakresie gospodarstwa domowego i wykonywanie wszystkich prac domowych takich jak sprząatanie, mycie (w tym okien) zakupy, gotowanie, pranie, prasowanie, zmiana pościeli, opieka nad roślinami ewentualnie zwierzętami domowymi. Po wykonaniu tych obowiązków opiekun miał obowiązek pozostawać do dyspozycji zleceniodawcy (na wezwanie). Z postanowień umowy wynika, iż zleceniodawca posiadał wiedzę, że opiekun nie posiada kwalifikacji ani uprawnień do wykonywania usług medycznych i w związku z tym nie ma on (opiekun) prawa podawać lekarstw, wykonywać infuzji ani zastrzyków i porównywalnych zabiegów.

W dniu 01.11.2012 r. doszło do zawarcia drugiej umowy o opiekę tym razem nad A. M.. Zgodnie z zapisem umowy do obowiązków opiekuna (§3 umowy k. 39-48) należało świadczenie usług opiekuńczych niezbędnych w danym przypadku i na bieżąco dostosowane do potrzeb zleceniodawcy, które miały być określone indywidualnie dla każdego pracownika, w ramach usług, które obejmowały czynności wymienione w umowie z dnia 6 kwietnia 2012r.

Obowiązki opiekuna u R. i A. M. wykonywały kolejno świadek Ł. Ś. od 01.09.2012 r. do 31.10.2012 r. i zainteresowana E. S. od 31.10.2012 r. do 31.12.2012 r. R. i A. M. mieszkali sami, ale mieli dzieci, w tym syna, który był lekarzem i sprawował osobiście codzienny nadzór i opiekę medyczną nad matką.

W dniu 14.08.2012 r. świadek Ł. Ś. zawarła z odwołującą umowę o pracę. Szczegóły stosunku pracy, w tym wymiar czasu pracy, wysokość wynagrodzenia i miejsce wykonywania pracy zostały uregulowane w załączniku nr 1 i 2 do umowy. Wynika z nich, iż umowę zawarto na czas określony - od 16.08.2012r. do 15.08.2013r. W przypadku świadczenia pracy w S. świadek zajmowała stanowisko konsultanta i jej wymiar czasu pracy wynosił 1/8 etatu, a wynagrodzenie 187,50 zł. Świadek miała służyć wiedzą i doświadczeniem, jakim dysponuje jako pielęgniarka (zeznania odwołującej K. Ś. 41:48-54:20). Natomiast w przypadku delegowania za granicę świadek miała pracować jako opiekun osoby niepełnosprawnej w pełnym wymiarze czasu pracy, za wynagrodzeniem 1,500 zł wraz z ryczałtem za nadgodziny. Ł. Ś. (emerytka) ukończyła studium pielęgniarskie i posiadała uprawnienia do wykonywania zawodu pielęgniarki na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej (k.4-5).

W okresie od 01.09.2012r. do 31.10.2012r. świadek Ł. Ś. w ramach wyjazdu służbowego za granicę została oddelegowana do opieki nad R. M.. Do jej obowiązków, jako opiekunki osoby niepełnosprawnej, należały następujące czynności: spacer, ruch na świeżym powietrzu wspomagające rehabilitację podopiecznego; pomoc w wykonywaniu ćwiczeń zalecanych przez rehabilitanta; pielęgnacja ciała: mycie, korzystanie z prysznicy, pielęgnacja zębów, czesanie, golenie, kontrola i pomoc przy czynnościach fizjologicznych; pomoc w odżywianiu: przygotowywanie posiłków w sposób łatwy do przyjęcia i pogryzienia, pomoc w karmieniu i pomoc w mobilności: przy wstawaniu, chodzeniu, staniu, ubieraniu i rozbieraniu, wchodzeniu po schodach, przyprowadzaniu i odprowadzaniu do domu (k.13 akt ZUS).

Ł. Ś. przez czas trwania umowy nie pracowała w Polsce, a tylko za granicą. W ramach delegowania do opieki nad R. M. świadek wykonywała czynności typowo pielęgnacyjne. W tym okresie jej mąż - A. M. był osobą samodzielną, mobilną i nie wymagał pomocy przy podstawowych czynnościach. R. M. była po trepanacji czaszki, wymagała pomocy przy poruszaniu się. Świadek Ł. Ś. wykonywała wszystkie czynności przewidziane zakresem czynności w tym iniekcje ze środków na rozrzedzenie krwi (w brzuch). Jej zdaniem czynności, które wykonywała u małżeństwa M. mogła wykonywać inna osoba, bez wykształcenia pielęgnarskiego. Przez czas pobytu za granicą świadek była w kontakcie telefonicznym z odwołującą. Informowała ją o przebiegu pracy i miała możliwość zgłaszania zastrzeżeń czy uwag. Podczas jej pobytu u Państwa M. codziennie odwiedzał ich syn, który jest lekarzem i też wspomagał świadka przy opiece nad R. M..

Ł. Ś. opiekę nad R. M. sprawowała przez 2 miesiące i po tym czasie wracała do Polski, gdzie nie podejmowała żadnej pracy. W sumie u Państwa M. pracowała przez 4 miesiące w systemie - 2 miesiące pracy, 2 miesiące odpoczynku. Ostatnio po 2-miesięcznej przerwie planowała kolejny wyjazd za granicę, za pośrednictwem agencji odwołującej (zeznania świadek Ł. Ś. 10:05-23:25). Świadek uzyskała zaświadczenie A1 o ustawodawstwie właściwym do zabezpieczenia społecznego za okres od 01.09.2012 r. do 31.10.2012 r. (k.22 akt ZUS).

Zainteresowana E. S. umowę o pracę z odwołującą zawarła w dniu 11 czerwca 2012 r. W tym przypadku również dopiero w załącznikach do umowy o pracę sprecyzowano warunki dotyczące wymiaru czasu pracy, wynagrodzenia, miejsca pracy i stanowiska. Zainteresowana zajmowała stanowisko opiekuna osoby starszej i konsultanta. Wymiar czasu pracy w S. wyniósł 1/8 etatu przy wynagrodzeniu 187 zł brutto. Natomiast z tytułu wykonywania zadań służbowych za granicą przysługiwała jej dieta dzienna, przy pełnym wymiarze czasu pracy i wynagrodzeniu w wysokości 1.500 zł. W przypadku nadgodzin przysługiwał jej ryczałt w wysokości 10% wynagrodzenia brutto. Załączniki do umowy zostały podpisane w tym samym dniu co umowa o pracę. Do jej podstawowych obowiązków jako opiekun osób starszych należało: robienie zakupów, przygotowywanie potraw, zmywanie naczyń, zmiana pościeli, pranie, prasowanie ubrań, uzgadnianie terminów z lekarzami (w razie potrzeby), dotrzymywanie towarzystwa w przypadku spotkań towarzyskich, dbanie o higienę podopiecznych, dbanie o dobry stan psychiczny (k. 28 akt ZUS).

W okresie od 31.10.2012 r. do 31.12.2012 r. zainteresowana została skierowana do pracy w Niemczech w ramach wyjazdu służbowego. Do jej zadań należała opieka nad A. M., gdyż w tym okresie stan R. M. był na tyle poważny, że opiekę przejął jej syn i służby medyczne. W dniu 12.12.2012r. R. M. zmarła.

Zainteresowana wykonywała czynności związane z prowadzeniem domu, jak gotowanie, sprzątanie, opieka nad A. M.. W trakcie trwania umowy sama zobowiązała się również do robienia podstawowych zakupów. Większymi zakupami zajmowały się dzieci państwa M.. U zleceniodawcy zainteresowana była przez 2 miesiące i po tym czasie wracała do Polski na 2-miesięczną przerwę. Średnio w roku pracowała za granicą przez 7-8 miesięcy, a resztę czasu stanowiła przerwa (urlop) (zeznania zainteresowanej 25:10-39:29).

W trakcie tej przerwy do opieki nad Państwem M. wyjeżdżał inny pracownik agencji. Podczas trwania procesu zainteresowana zakończyła wyjazd służbowy, w trakcie którego była u A. M.. Po powrocie nastąpiła u niej przerwa - urlop, po której planowała kolejny dwumiesięczny wyjazd do tego samego zleceniodawcy. W trakcie procesu zainteresowana i odwołująca wskazały, iż E. S. również w Polsce wykonywała proste prace domowe u klientów agencji, jak sprzątanie czy robienie zakupów. Z zeznań odwołującej i zainteresowanej wynika, iż były to zdarzenia incydentalne.

Wynika to m.in. z niewielkiego zainteresowania i możliwości finansowych potencjalnych klientów agencji na terenie S..

Powyższe ustalenia faktyczne Sąd Okręgowy odniósł do przepisów prawa materialnego wskazując, iż zgodnie z treścią art. 11 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29.04.2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz.U. UE.I. z 2004r. 166.1) osoby, do których stosuje się niniejsze rozporządzenie, podlegają ustawodawstwu tylko jednego Państwa Członkowskiego. Zapis ten gwarantuje, iż przemieszczająca się w obrębie Unii nie będzie pozbawiona ochrony socjalnej (wyłączona z systemu zabezpieczenia społecznego jakiegokolwiek państwa członkowskiego), z drugiej strony za niedopuszczalne uznaje podwójne obciążanie zainteresowanego z racji konieczności podlegania systemowi zabezpieczenia społecznego więcej niż jednego państwa członkowskiego. Podleganie ustawodawstwu oznacza objęcie danej osoby systemem zabezpieczenia społecznego według zasad obowiązujących w danym państwie członkowskim.

Natomiast z treści art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 wynika, że 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. Przepisy dotyczące delegowania znajdują zastosowanie również w przypadkach zatrudniania pracownika w celu delegowania, jeśli bezpośrednio przed delegowaniem pracownik taki podlega ustawodawstwu państwa, z terytorium którego został delegowany (art. 14 ust. 1 rozporządzenia nr 987/2009).

Przy dokonywaniu analizy zapisu art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 Sąd uwzględnił wytyczne zawarte w decyzji Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego Nr A2 z dnia 12.06.2009 r. 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.U.UE. nr 106/C z 2010 r.). Z decyzji tej wynika m.in. iż celem przepisów art. 12 rozporządzenia (WE) nr 883/2004, które wprowadzają wyjątek od ogólnej reguły ustanowionej w art. 11 ust. 3 lit. a) rozporządzenia nr 883/2004, jest w szczególności ułatwienie korzystania ze swobody świadczenia usług z myślą o pracodawcach, którzy delegują pracowników do państw członkowskich innych niż te, w których mają siedzibę, jak również ułatwienie pracownikom korzystania ze swobody przemieszczania się do innych państw członkowskich. Z tego względu pierwszym decydującym warunkiem dla zastosowania art. 12 ust. 1 wspomnianego rozporządzenia jest istnienie bezpośredniego związku między pracodawcą a zatrudnionym przez niego pracownikiem. W celu ustalenia takiego związku i przyjęcia, że pracownik nadal podlega zwierzchnictwu pracodawcy, który go oddelegował, uwzględnieniu podlega szereg elementów, w tym odpowiedzialność za rekrutację, umowę o pracę, wynagrodzenie (niezależnie od ewentualnych umów między pracodawcą w państwie wysyłającym a przedsiębiorstwem w państwie zatrudnienia, dotyczących wynagradzania pracowników) i zwalniania oraz prawo do określania charakteru pracy. Istotne jest również wykazanie więzi między pracodawcą a państwem członkowskim, w którym ma on swoją siedzibę. Możliwość delegowania pracowników powinna się ograniczać wyłącznie do przedsiębiorstw, które normalnie prowadzą swą działalność na terytorium państwa członkowskiego, którego ustawodawstwu nadal podlega pracownik delegowany. Z tego powodu przyjmuje się, że powyższe przepisy mają zastosowanie jedynie do przedsiębiorstw, które zazwyczaj prowadzą znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego, w którym mają siedzibę.

Problematyka prowadzenia znacznej części działalności była przedmiotem rozstrzygnięć ETS oraz Sądu Najwyższego, który wskazuje, iż pracownik przedsiębiorstwa, które zajmuje się wyłącznie działalnością polegającą na wysyłaniu pracowników do innych państw i które w państwie wysyłającym wykonuje wyłącznie czynności administracyjne, podlega ubezpieczeniu społecznemu państwa, w którym pracuje (por. wyrok z dnia 25.05.201 Or., sygn. I UK 1/10, LEX nr 602670).

Zdaniem Sądu Okręgowego wykładnia przepisu art. 12 rozporządzenia nr 883/2004 daje podstawę do sformułowania stanowiska, iż zastosowanie tej normy jest uzależnione od łącznego wystąpienia następujących warunków związanych z delegowaniem pracownika: pracownik w okresie delegowania w dalszym ciągu wykonuje pracę w imieniu swego pierwotnego pracodawcy, pracodawca delegujący pracownika za granicę normalnie prowadził swoją działalność na terytorium państwa wysyłającego, delegowanie ma charakter tymczasowy i nie przekracza 24 miesięcy a pracownik delegowany nie jest wysyłany do pracy za granicą w zastępstwie innego pracownika.

Odnosząc powyższe do sprawy niniejszej Sąd Okręgowy wskazał, iż materiał dowodowy zgromadzony w sprawie prowadzi do wniosku, iż umowa o pracę zawarta z zainteresowaną, ale również ze świadkiem Ś. , była realizowana w ramach zasady, iż pracownik agencji będzie delegowany do pracy za granicą na okres 2 miesięcy i po tym czasie będzie miał wolne (urlop), a w jego miejsce zostanie oddelegowany inny pracownik, który po 2 miesiącach zostanie zastąpiony przez innego pracownika. W trakcie procesu odwołująca zaprzeczała takiej formie realizacji tej umowy jednakże zdaniem Sądu pierwszej instancji - ustalenia Sądu mają potwierdzenie w materiale dowodowym. W pierwszej kolejności Sąd Okręgowy wskazał na zeznania zainteresowanej oraz świadka Ł. Ś.. Obie potwierdziły, iż w ciągu roku przebywały u zleceniodawców przez kilka miesięcy, ale w określonym systemie delegacji - 2-miesięcznym, po którym następowały przerwy na odpoczynek. W czasie ich urlopowania opiekę przejmował inny pracownik, również w tym samym systemie. Taki system pracy strony zakładały już w momencie zawierania umowy o pracę, co potwierdzają aneksy do tych umów. Ich treść wskazuje na jaskrawą dysproporcję pomiędzy wymiarem czasu pracy w Polsce a za granicą.

Nie potwierdziła się również zdaniem Sądu Okręgowego wersja, iż świadek Ś. z uwagi na wykształcenie była osobą, której nie można było zastąpić. Z treści obu umów o opiekę wynika wprost, iż zleceniodawca nie mógł oczekiwać od opiekuna wykonania jakichkolwiek czynności medycznych. Na marginesie należy zaznaczyć, iż świadek Ś. miała uprawnienia do wykonywania zawodu pielęgniarki tylko na terenie Rzeczypospolitej Polskiej. Co więcej, zakresy czynności obu pracownic - zainteresowanej i świadek Ś. - przeczą, aby miały obowiązek wykonywania czynności medycznych, nawet tych najprostszych, jakimi wydają się być iniekcje. W toku procesu wątek ten był uwypuklany przez odwołującą, jednak odnosił się do konkretnego rodzaju środków medycznych - na rozrzedzenie krwi - podawanych domięśniowo, których aplikację pacjent może wykonać samodzielnie. Są to tego typu zastrzyki, których wykonanie nie wymaga wiedzy medycznej. Ponadto inne czynności jakie zostały zlecone zainteresowanej i świadkowi, oceniane pod kątem zakresów czynności każdej z nich, wskazują, iż były niemal identyczne. Różnice wynikają z użycia różnych sformułowań opisujących te same czynności, czy też szczegółowego lub ogólnikowego sprecyzowania czym są np. czynności związane z pielęgnacją czy codzienną higieną. W rzeczywistości były one takie same, gdyż obie miały obowiązek zajmowania się zleceniodawcą, sprawowania nad nim codziennej pieczy, pomocy w zakresie, jaki wyznaczała dana sytuacja, a ponadto wykonywania czynności domowych czy przyrządzania posiłków.

Zdaniem Sądu Okręgowego w sprawie niniejszej o zastępstwie pracownika świadczy nie tylko przyjęty przez odwołującą system pracy (dwumiesięczny z przerwą), ale również zakres obowiązków pracowników, które w rzeczywistości były identyczne. Przy ocenie czynności zleconych nie miał znaczenia poziom wykształcenia, gdyż, jak już wcześniej wskazano, żadna z pracownic nie mogła wykonywać zabiegów medycznych. Co znamienne, obie potwierdziły, iż stroną medycznej opieki nad R. M. zajmował się jej syn - lekarz. Powyższej oceny nie zmienia treść umowy zawartej o opiekę nad A. M.. Treść jej była identyczna, jak ta zawarta wcześniej o opiekę nad R. M.. Wskazać należy na datę zawarcia umowy o opiekę nad A. M. - 30.10.2012 r. i fakt, iż w tym czasie żyła jeszcze jego żona. Również zeznania świadka Ś., którą zastąpiła zainteresowana, świadczą o tym, iż czynności które wykonywała u zleceniodawcy mogła wykonywać inna pracownica, gdyż nie były one szczególne. Ponadto o tym, że zakresy obowiązków opiekunów realizujących umowę o opiekę zawartą z R. M. czy nawet z A. M., są takie same, wskazuje zapis umowy głównej, czyli umowy o opiekę zawartej przez odwołującą ze zleceniodawcą. Zakresy czynności były przez odwołującą traktowane w sposób dowolny, o czym świadczy zdaniem Sądu już treść odwołania.

Istotne w sprawie jest również to, że zatrudniane osoby po okresie delegowania za granicę, nie wykonywały pracy na terenie Polski. Przerwę w delegacji obie pracownice nazywały „urlopem”. Zainteresowana E. S. twierdziła wprawdzie,

że wykonywała prace porządkowe na terenie S., ale nie potrafiła wskazać bliższych danych osoby, u której świadczyła usługi. Informacji tych nie udzieliła również odwołująca. Ponadto w umowie określono obowiązki pracownika jako konsultanta z wymiarem czasu pracy 1/8 i odpowiednio niskim wynagrodzeniem.

W tym stanie rzecz zdaniem Sądu Okręgowego delegowanie zainteresowanej E. S. do pracy w spornym okresie miało na celu zastąpienie innej pracownicy - Ł. Ś. i nie ma podstaw do zastosowania zasady wyrażonej w art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004, co skutkowało oddaleniem odwołania na podstawie art. 477¹⁴ §1 k.p.c.

Odwołująca K. Ś. wywiodła od tego wyroku apelację zaskarżając go w całości zarzucając mu:

1. naruszenie prawa materialnego przez 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 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.) na skutek dokonania przez Sąd I instancji rozszerzającej interpretacji przesłanek określonych w art. 14 ust. 1 rozporządzenia 987/2009 i art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004, na skutek dokonania przez Sąd I instancji zawężającej interpretacji przesłanek określonych w art. 14 ust. 1 rozporządzenia 987/2009 i art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004, czego konsekwencją była odmowa uznania E. S., pracującej w Niemczech (państwie zatrudnienia) w okresie od 31.10.2012 r. do 31.12.2012 r., za pracownika delegowanego w myśl przywołanych przepisów, pomimo spełnienia przesłanek wynikających z art. 12 ust. 1 ww. rozporządzenia; w wyniku czego odmówiono wnioskodawczyni wydania zaświadczenia dotyczącego ustawodawstwa właściwego A1 o podleganiu polskiemu ustawodawstwu w żądanym przez nią zakresie,

2. naruszenie prawa materialnego przez niewłaściwe zastosowanie 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. UE L 284/1 z 30.10.2009r.), poprzez nie uwzględnienie, iż wymóg, do którego odnoszą się słowa „bezpośrednio przed rozpoczęciem zatrudnienia” jest spełniony, jeżeli dana osoba podlega przez co najmniej miesiąc ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym pracodawca ma swoją siedzibę,

3. naruszenie art. 228 § 2 i 1 k.p.c., co miało istotny wpływ na wynik sprawy, poprzez przyjęcie, iż K. Ś. w państwie wysyłającym wykonuje wyłącznie czynności administracyjne bądź incydentalne oraz pominięcie praktyki stosowanej przy wyborze opiekuna do pracy w Niemczech, dotyczącej zapotrzebowania na pracownika o konkretnym profilu, pomimo znanych Sądowi z urzędu faktów dotyczących faktycznego przedmiotu działalności gospodarczej wnioskodawczyni oraz wymagań po stronie niemieckiej dotyczących zapotrzebowania na pracownika o określonym uprzednio profilu, znanych Sądowi z urzędu ze sprawy III U182/13 Sądu Okręgowego w Suwałkach,

4. naruszenie art. 472 § 1 k.p.c., co miało istotny wpływ na wynik sprawy, poprzez nie zażądanie od pracodawcy akt osobowych Ł. Ś. i E. S., w celu poczynienia ustaleń dotyczących okresów pracy ww. osób w Niemczech oraz w Polsce, jak też czynności przez nie wykonywanych podczas delegacji w państwie zatrudnienia oraz w Polsce,

5. naruszenie przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na wynik sprawy - art. 233 k.p.c. w zw. z art. 328 § 2 k.p.c., poprzez dokonanie przez Sąd dowolnej oceny zgromadzonego w sprawie materiały dowodowego, a mianowicie zeznań Ł. Ś. i twierdzeń E. S. oraz K. Ś. w przedmiocie czynności wykonywanych przez ww. pracownice w Niemczech w okresie od 01.09.2012 r. do 31.12.2012 r. i tym samym przyjęcie, iż „w rzeczywistości były one takie same”, podczas gdy, obowiązki wykonywane przez ww. pracownice różniły się istotnie, wiążąc się nierozzerwalnie z umiejętnościami i wykształceniem oraz odpowiednio z osobą R. M. bądź osobą A. M., co oznacza, iż E. S. w okresie od 31.10.2012 r. do 31.12.2012 r. nie została delegowana do pracy w Niemczech w celu zastąpienia innej osoby, czego Sąd nie rozważył w treści uzasadnienia,

6. naruszenie przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na wynik sprawy - art. 233 k.p.c. w zw. z art. 328 § 2 k.p.c., poprzez ocenę dowodów zgromadzonych w sprawie, która doprowadziła do sprzeczności ustaleń z zebranych w sprawie materiałem dowodowym, polegającej na przyjęciu, iż obowiązki opiekuna u R. i A. M. wykonywały

kolejno świadek Ł. Ś. i zainteresowana E. S., podczas, gdy Ł. Ś. wyłącznie opiekowała się R. M., a E. S. A. M. oraz wykonywaniem obowiązków domowych, co też wynika z umów o opiekę z R. M. z dnia 6.04.2012 r. oraz A. M. z dnia 1.11.2012 r., oraz niewskazanie przyczyn, dla których nie uwzględniła rzeczywistego okresu pracy E. S. na rzecz podmiotowej agencji pracy tymczasowej,

7. naruszenie przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na wynik sprawy - art. 233 k.p.c. w zw. z art. 328 § 2 k.p.c., poprzez dokonanie przez Sąd dowolnej oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, poprzez całkowite pominięcie kart szkolenia w dziedzinie (...), zapotrzebowania koordynatorów po stronie niemieckiej odnośnie czynności, które miały odpowiednio wykonywać: Ł. Ś. i E. S. - profili opiekunek, zaświadczeń o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej K. Ś., która na dzień wydania przedmiotowego wyroku powodziła działalność gospodarczą, jako Agencja Pracy (...) K. Ś., załączonych do pisma przygotowawczego wnioskodawczyni z dnia 11 lutego 2014 r., które to dokumenty potwierdzają zasadność wydania wnioskodawczyni zaświadczenia dotyczącego ustawodawstwa właściwego AI o podleganiu polskiemu ustawodawstwu w żądanym przez nią zakresie.

Wskazując na powyższe apelacja wносиła o zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez uwzględnienie odwołania wnioskodawczyni i zobowiązanie Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w B. do wydania zaświadczenia dotyczącego ustawodawstwa właściwego AI o podleganiu polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych za czas delegowania E. S. w okresie od 31.10.2012 r. do 31.12.2012 r. do Niemiec oraz zasądzenie kosztów procesu. Jako wniosek ewentualny apelacja wносиła o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Suwałkach - przy uwzględnieniu kosztów postępowania apelacyjnego według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja podlegała oddaleniu.

Sąd Okręgowy poczynił w sprawie prawidłowe ustalenia faktyczne w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia i zastosował właściwe przepisy prawa materialnego. Jak wiadomo podstawą rozstrzygnięcia Sądu odwoławczego stanowi materiał dowodowy zebrany przed Sądem pierwszej instancji oraz w postępowaniu apelacyjnym. W niniejszej sprawie Sąd Apelacyjny uwzględnił w wnioski dowodowe zgłoszone przez wnioskodawczynię w postępowaniu apelacyjnym i dopuścił dowód z dokumentów (k. 184,211), co jednak nie wpłynęło na zmianę ustaleń faktycznych dokonanych przez Sąd Okręgowy w zakresie mającym znaczenie dla rozstrzygnięcia. Dopuszczone dowody z dokumentów w postaci: przelewów S. z 28.03.2014r., wyroku Sądu Okręgowego w Suwałkach wydanego w dniu 28.06.2013 roku sygn. III U 182/13, umowy z dnia 18.11.2010 roku dot. K. N.; dopuścić dowód z dokumentów zgromadzonych w aktach sprawy III AUa 1490/13 (przedstawionej ze skargą kasacyjną), których odpisy sporządzono (k.200-202), akt osobowych dotyczących E. S. i Ł. Ś., akt Powiatowego Urzędu Pracy w S. dotyczących E. S. – nie podważają dokonanych przez Sąd Okręgowy ustaleń faktycznych. Dowody te w znaczenie części albo dotyczyły okoliczności niespornych albo mających drugorzędne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Inaczej mówiąc uzupełniony materiał dowodowy nie podważył prawidłowości ustaleń Sądu pierwszej instancji, które to ustalenia Sąd Apelacyjny przyjmuje również za podstawę swojego orzeczenia.

Wprawdzie apelacja w pierwszej kolejności formułuje zarzuty obraży prawa materialnego to rozważania Sądu Apelacyjnego wypada rozpocząć od oceny trafności zarzutów prawa procesowego. Przestrzeganie bowiem przepisów prawa procesowego przez Sąd pierwszej instancji ma bowiem wpływ na prawidłowe ustalenie stanu faktycznego. Nie bez znaczenia jest też to, że tylko prawidłowo ustalony stan faktyczny może stanowić podstawę do oceny poprawności zastosowania prawa materialnego. Sąd Apelacyjny stoi wręcz na stanowisku, iż zarzut naruszenia prawa materialnego w zasadzie można skutecznie podnosić jedynie wówczas, gdy nie kwestionuje się dokonanych przez Sąd pierwszej instancji ustaleń faktycznych. Zarzut naruszenia prawa materialnego winien być bowiem odnoszony do określonego stanu faktycznego - który skarżący akceptuje – a do którego to stanu faktycznego wadliwie zastosowano prawo materialne. Naruszenie zatem prawa materialnego nie może nigdy polegać na niezastosowaniu przepisów tego prawa

do stanu faktycznego postulowanego przez apelację, którego to ale którego to stanu Sąd orzekający nie przyjął za podstawę swego orzeczeniu.

Przechodząc do podniesionych zarzutów obrazy prawa procesowego nie można podzielić ich trafności. 3 z podniesionych zarzutów procesowych dotyczą obrazy art. 233 k.p.c. w związku z art. 328 §2 k.p.c. Co się tyczy zarzutu przekroczenia granic swobodnej oceny dowodów, to poza sporem winno być, przepis art 233 §1 k.p.c. , w utrwalonym orzecznictwie interpretowany jest w ten sposób, że wyraża on nakaz - nie doznający wyjątku, aby wyrażona ocena w aspekcie wiarygodności dokonana była na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału w sprawie oraz uwzględnienie wszystkich dowodów przeprowadzonych w postępowaniu (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 18 lipca 2002 r. IV CKN 1256/00 lex nr 80267 ; wyrok SN z dnia 26 stycznia 2000 r. III CKN 562/98 (...); postanowienie SN dnia 23 stycznia 2002 r. II CKN 691/99 LEX nr 54339, Prok.i Pr.-wkl. (...)). Sąd Okręgowy sprostął obowiązkowi wynikającemu z art. 233 § 1 k.p.c.; ocenił cały zebrany w sprawie materiał dowodowy, dokonał jego wartościowania, a sama okoliczność, iż skarżącą spodziewała się innej, korzystnej dla siebie oceny dowodów i tym samym ustalenie innego stanu faktycznego nie jest podstawą do stwierdzenia, że mamy do czynienia z wadliwą oceną dowodów przez Sąd pierwszej instancji. Przeprowadzone w sprawie dowody w tym dowody z zeznań świadka Ł. Ś., zeznań zainteresowanej E. S. oraz odwołującej się K. Ś. i odniósł do reszty materiału dowodowego- w tym zawartych umów o opiekę nad A. i R. M.. Sąd Okręgowy wskazał dlaczego uznał, iż zarówno E. S. jak Ł. Ś. w istocie realizowały tę samą umowę, którą Agencja miała zawartą ze stroną niemiecką. Nie da się też podważać ustaleń Sądu Okręgowego, iż z góry przewidziany był cykliczny charakter wyjazdów pracowników Agencji do Niemiec do tej rodziny ,tak aby w istocie nie było przerwy w świadczeniu usług przez Agencję małżeństwu M.. Podkreślanie zawodu pielęgniarki Ł. Ś. nie ma w sprawie większego znaczenia, skoro uprawnienia do wykonywania tego zawodu dotyczą tylko Polski a zatem jej umiejętności pielęgniarki nie miały znaczenia dla wykonania umowy zawartej przez Agencję.

Podnoszone wady uzasadnienia Sądu Okręgowego nawet gdyby przyznać rację skarżącej nie podważają trafności ustaleń faktycznych Sądu Okręgowego w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia. Godzi się zresztą nadmienić, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, wady sporządzonego uzasadnienia z reguły nie mają wpływu na treść wyroku, gdyż uzasadnienie sporządzane jest po jego wydaniu (por. wyroki z dnia 1 lipca 1998 r., I PKN 220/98, OSNAPiUS 1999 nr 15, poz. 482; z dnia 9 lipca 1998 r., I PKN 234/98, OSNAPiUS 1999 nr 15, poz. 487; z dnia 7 kwietnia 1999 r., I PKN 653/98, OSNAPiUS 2000 nr 11, poz. 427 oraz z dnia 5 września 2001 r., I PKN 615/00, OSNP 2003 nr 15, poz. 352). Aby zatem zarzut obrazy art. 328 §2 k.p.c. uznać za skuteczny, koniecznym jest - wykazanie, iż wady uzasadnienia są tak istotne, że uniemożliwiają całkowicie dokonanie oceny prawidłowości zapadłego wyroku. Taka sytuacja w niniejszej sprawie nie ma miejsca.

Przechodząc na grunt prawa materialnego ustalenia faktyczne poczynione sprawie w sprawie należało odnieść do przepisów Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29.04.2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz. Urz. UE nr L 166/1 z 30.04.2004 ze zm.) i rozstrzygnąć, czy właściwe ustawodawstwo dla E. S. w okresie jej pracy w Niemczech objętym wnioskiem o wydanie poświadczenia A1 (31.10-31.12.2012 r.) określić należy według ogólnej reguły (lex loci laboris) wyrażonej w art. 11 ust.3 a). rozporządzenia , czy też według wyjątku od tej reguły opisanego w art.12 ust.1. umożliwiającego podleganie dotychczasowemu ustawodawstwu - czyli w tym przypadku ustawodawstwu polskiemu.

Słusznie Sąd Okręgowy zauważa, iż celem art.12 ust.1 rozporządzenia jest ułatwienie pracodawcom świadczenia usług w innym państwie członkowskim oraz ułatwienie pracownikom korzystania za swobody przemieszczania się. Celem tym jednak nie jest wykorzystywanie przez pracodawców różnic w wielkości obciążeń składkowych w poszczególnych państwach. Przy wykładni art.12 ust. 1 rozporządzenia trzeba zatem z jednej strony cele, którym przepis ten służy, z drugiej natomiast to, że jak każdy przepis o charakterze wyjątku od zasady nie może on być wykładany rozszerzająco. Nawiązując do wykładni tego przepisu dokonanej w orzecznictwie sądowym oraz przez Komisję Administracyjną w decyzji nr (...) można przyjąć, iż nie budzi większych problemów to, iż czas delegowania nie może przekraczać 24 miesięcy, bo jest kryterium precyzyjne. Problemy interpretacyjne nasuwają się natomiast, gdy analizuje się pozostałe przesłanki delegowania, dające się z tego przepisu wyodrębnić, które zawierają w sobie pojęcia

nieostre i niedookreślone, co stara się też wykorzystać wniesiona apelacja. Powszechnie przyjmuje się, że skuteczność delegowania wymaga :

- delegowania przez pracodawcę, który normalnie wykonuje działalność

na terytorium państwa wysyłającego;

- dalszego wykonywania pracy przez pracownika na rzecz delegującego go

pracodawcy ;

- delegowanie pracownika nie powoduje zastąpienia wcześniej

delegowanego pracownika.

Z uzasadnienia zaskarżonego wyroku wynika, iż Sąd Okręgowy wyraźnie przyjął, iż delegowanie E. S. miało na celu zastąpienie wcześniej wysłanej pracownicy – świadka Ś. i stanowisko to Sądu Okręgowego jest uzasadnione w okolicznościach niniejszej sprawy. Z uzasadnienia Sądu wynika też , iż co najmniej wątpliwym jest spełnienie przez odwołującą przesłanki normalnego wykonywania działalności na terytorium państwa wysyłającego. Zasadniczo Sąd Okręgowy nie rozważał szerzej spełnienia przesłanki wykonywania dalszego pracy przez delegowaną na rzecz delegującego ją pracodawcy. Okoliczność ta nie miała większego znaczenia bowiem przesłanki delegowania muszą zaistnieć łącznie , a zatem niespełnienie którejkolwiek z nich czyni w zasadzie zbędnym rozważanie pozostałych.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego podzielić należy pogląd Sądu Okręgowego, iż w świetle ustaleń faktycznych tego Sądu odwołująca w istocie delegowała E. S. w celu zastąpienia świadka Ś.. Sąd Okręgowy w sposób logiczny i wyczerpujący uzasadnił swoje stanowisko w tym zakresie, a argumentację tę Sąd Apelacyjny podziela. Zeznania zainteresowanej i świadka Ś., na których Sąd Okręgowy się oparł w tym względzie jednoznacznie wskazują na z góry zaplanowaną cykliczność wyjazdów zainteresowanej oraz świadka Ś.. Z góry były wiadomym, że A. Ś. (2) przebywać będą w Niemczech 2 miesiące a po 2 miesiącach wróci do kraju , a w jej miejsce na okres 2 miesięcy wyjedzie E. S.. Tak też się stało A. Ś. (2) pełniła obowiązki opiekuna U R. i A. M. od 01.09.2012r. do 31.10.2012 r. a E. S. od 31.10.2010 r. do 31.12.2012 r. Odwołująca się starała podkreślać, iż inny był zakres obowiązków Ś. i S., ale w istocie Sąd Okręgowy zasadnie twierdzenia te zakwestionował, wskazując w szczególności ,iż Ś. nie miała nawet uprawnień pielęgniarских na terenie Niemiec, a nadto obie Panie w istocie realizowały te samą umowę , która miała zawartą Agencja z M..

Jak wspomniano Sąd Okręgowy zakwestionował też to - czy w sprawie mamy do czynienia z delegowaniem przez pracodawcę, który normalnie wykonuje działalność na terytorium państwa wysyłającego. Zdefiniowanie pojęcia normalnego wykonywania działalności na terytorium państwa wysyłającego wypada rozpocząć od stanowiska Komisji Administracyjnej Nr A2 z dnia 12 czerwca 2009 r. gdzie wskazano ,że pod pojęciem tym chodzi o przedsiębiorców mających więz z państwem, w którym mają swoją siedzibę i w państwie tym prowadzą znaczną część działalności. Pojęcie prowadzenia znacznej części działalności w państwie wysyłającym przez pracodawcę delegującego było przesłanką delegowania jeszcze pod rządami poprzedniego rozporządzenia Rady (EWG) nr 1408/71 z dnia 14 czerwca 1971 r. w sprawie stosowania systemów zabezpieczenia społecznego w stosunku do pracowników najemnych, osób prowadzących działalność na własny rachunek oraz ich rodzin przemieszczających się we Wspólnocie (Dz. Urz. WE z 5 lipca 1971 r., L 149, s. 2 ze zm.) wypracowaną przez orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (por. wyrok z dnia 10 lutego 2000 r., w sprawie F. (C-202/97, (...) /1- (...), LEX nr 82707), do którego to orzecznictwa nawiązał też polski Sąd Najwyższy. W świetle wyroku Sądu Najwyższego z dnia z dnia 6 maja 2010 r. II UK 359/09 (LEX nr 604228), wydanego na tle starego rozporządzenia można przyjąć, iż po pierwsze prowadzenie znacznej części działalności nie oznacza konieczności prowadzenia w tym państwie działalności przeważającej. Po drugie warunku prowadzenia znacznej części działalności w państwie wysyłającym nie spełnia pracodawca, który w państwie wysyłającym prowadzi tylko czysto wewnętrzne działania zarządzającymi, cała jego działalność prowadzona jest w państwie delegowania.

W rozporządzeniu wykonawczym nr 987/2009 dotyczącym wykonywania rozporządzenia nr 883/2004 w sprawie koordynacji zabezpieczenia społecznego gdzie w art. 14 ust. 2 przyjęto, iż 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.

W wyrokach z dnia 4 czerwca 2014 r. (II UK 565/13 i II UK 550/13) wydanych już pod rządami nowego rozporządzenia Sąd Najwyższy przyjął, iż agencja pracy tymczasowej, delegująca zatrudnianych pracowników do pracy za granicą, może być uznana, za pracodawcę zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności, innej niż działalność związana z samym zarządzaniem wewnętrznym na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, czyli w rozumieniu przepisów rozporządzeń Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (art. 12 ust. 1) oraz nr (...) dotyczącego wykonywania rozporządzenia nr 883/2004 w sprawie koordynacji zabezpieczenia społecznego (art. 14 ust. 2), przy czym ocena w tym zakresie powinna uwzględniać wymagany obrót z prowadzonej działalności, osiągnany w kraju delegowania na poziomie 25% całego jej obrotu.

Odnosząc powyższe do Agencji prowadzonej przez odwołującą , a zatem uwzględniając specyfiką działalności, jej rozmiary, potrzebę zatrudniania pracowników na zlecenia w Polsce i Niemczech (w Polsce Agencja zatrudniała tylko na 1/8 etatu), osiągnane przychody ze zleceń w Polsce i Niemczech trudno jest przyjąć, iż przedmiotowa Agencja prowadzi w Polsce znaczną część działalności w Polsce. W każdym razie zebrany materiał dowodowy w sprawie prowadzi do ustalenia, iż Agencja w Polsce nie prowadzi znacznej części działalności. W sprawie bezspornym było bowiem (k.211v.) , iż wartość obrotu w Polsce Agencji wynosi około 10%, podczas gdy obrót osiągnany w Niemczech stanowił 90%.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego niezależnie od powyższego nie jest w sprawie też bez znaczenia właściwe rozumienie zwrotu użytego w treści art. 12 ust.1 rozporządzenia nr 883/2004 „nadal podlega ustawodawstwu pierwszego państwa członkowskiego ” (wysyłającego). Interesujące rozważania w tym zakresie znaleźć można w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z 6 sierpnia 2013 r. (sygn. akt II UK 116/13). Sąd Najwyższy przypomniał w tym względzie, iż poprzednio kwestię to podobnie regulował art. 14 ust. 1 lit. a i b Rozporządzenia Rady (EWG) Nr 1408/71 z dnia 14 czerwca 1971 r. Na gruncie tego przepisu utrwalił się pogląd, w myśl którego użyty w nim zwrot „podlega nadal ustawodawstwu” wskazuje, że pracownik przed delegowaniem powinien podlegać ubezpieczeniu społecznemu z tytułu zatrudnienia w firmie kierującej go do pracy na terytorium innego Państwa. Sąd Najwyższy wskazał, że ze względu na istotne podobieństwo uregulowań zawartych w obecnie obowiązujących przepisach Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. oraz Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r. dotyczącego wykonania pierwszego z wymienionych Rozporządzeń, przedstawione poglądy zachowują aktualność również pod rządami tych przepisów. Sąd Najwyższy podkreślił, iż użyte w obu omawianych przepisach sformułowanie „podlega ustawodawstwu państwa członkowskiego”, ze względu na tożsamość regulacji nimi objętych, muszą być wykładane w taki sam sposób. Kontekst, w jakim zostało ono użyte w art. 12 ust. 1 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. wskazuje zaś wyraźnie, że poprzez uzupełnienie go słowem „nadal”, określa on sytuację, w której osoba oddelegowana przez pracodawcę do innego państwa członkowskiego do wykonywania pracy w imieniu tego pracodawcy „nadal” będzie podlegać ustawodawstwu pierwszego państwa członkowskiego, a zatem jej status prawny nie ulegnie żadnej zmianie, co oznacza że będzie „nadal” podlegać szeroko pojmowanemu ubezpieczeniu, analogicznie jak przed oddelegowaniem. W świetle decyzji Komisji Administracyjnej Nr A2 z 12 czerwca 2009 r. koniecznym jest podleganie ubezpieczeniu przez okres co najmniej 1 miesiąca przed delegowaniem. W okolicznościach niniejszej sprawy trudno przyjąć , iż w ogóle wykazany zostało ,iż przed delegowaniem E. S. podlegała ubezpieczeniom społecznym z tytułu zatrudnienia u delegującego ją pracodawcy (Agencji (...)). Wprawdzie posiadała ona umowę

o pracę z Agencją zawartą w dniu 11 czerwca 2012 r., w której wymiar czasu pracy w S. wyniósł 1/8 etatu przy wynagrodzeniu 187 zł brutto ale w okolicznościach niniejszej sprawy trudno jest przyjąć, iż pracę bezpośrednio przed delegowaniem w Polsce świadczyła. Świadek Ś. (k.95) jak podała w ogóle nie pracowała na rzecz Agencji w Polsce przed jej delegowaniem. Natomiast zainteresowana E. S. twierdziła wprawdzie, że i w Polsce pracowała na rzecz Agencji, ale nie była w stanie wymienić ani jednego nazwiska osoby u której pracowała. Przypomniła sobie jedynie imię Pani (...). Nadto z jej zeznań wynika, iż w przedmiotowej Agencji zatrudniła się ona ponownie po dłuższej przerwie pracując także dla innych agencji. Z jej zeznań niekoniecznie musi wynikać praca na rzecz odwołującej się Agencji bezpośrednio przed delegowaniem, a już na pewno trudno jest na podstawie jej zeznań uznać, iż chodzi o pracę w miesiącu poprzedzającym delegowanie. Wprawdzie K. Ś. (z trudem) wymieniła nazwiska 3 pań, na rzecz których E. S. miała świadczyć prace w Polsce, ale z jej zeznań również nie wynika wiarygodnie, czy miało to miejsce w pierwszym okresie zatrudnienia, czy w drugim, w którym doszło do delegowania. Reasumując – materiał dowodowy czyni wątpliwym, aby rzeczywiście w okresie poprzedzającym delegowanie również i ona pracowała na rzecz odwołującej się Agencji. Nie powinno budzić wątpliwości na gruncie art. 6 ust. 1 pkt 1, art. 8 ust.1 i 13 pkt 1 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 1442 jednolity tekst), że pracowniczy tytuł do ubezpieczeń społecznych nie powstaje z tytułu samego zawarcia umowy o pracę, ale faktycznego podjęcia zatrudnienia.

W tym stanie rzeczy Sąd Apelacyjny na zasadzie art. 385 k.p.c. oddalił apelację.