

Sygn.akt III AUa 674/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 listopada 2018 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku, III Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych

w składzie:

Przewodniczący: SSA Marek Szymanowski (spr.)

Sędziowie: SA Bożena Szponar - Jarocka

SA Teresa Suchcicka

Protokolant: Ewa Daniluk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 listopada 2018 r. w B.

sprawy z odwołania U. K. (1)

przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddział w B.

o ustalenie obowiązku ubezpieczenia

na skutek apelacji wnioskodawczyni U. K. (1)

od wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku V Wydziału Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 21 czerwca 2018 r. sygn. akt V U 309/18

I. zmienia zaskarżony wyrok i poprzedzającą go decyzję Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w B. z dnia 6 lutego 2018r. w ten sposób, że stwierdza, iż U. K. (1) jako osoba prowadząca pozarolniczą działalność gospodarczą podlega ubezpieczeniom: emerytalnemu, rentowemu i wypadkowemu oraz chorobowemu od dnia 26 września 2017r. ;

II. zasądza tytułem zwrotu kosztów procesu za obie instancje od Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w B. na rzecz U. K. (1) kwotę 450 (czteryście pięćdziesiąt) złotych.

SSA Bożena Szponar- Jarocka SSA Marek Szymanowski SSA Teresa Suchcicka

Sygn. akt III AUa 674/18

UZASADNIENIE

Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w B. decyzją z dnia 6.02.2018 r. stwierdził, że U. K. (1) od 26.09.2017 r. nie podlega ubezpieczeniom społecznym z tytułu prowadzenia pozarolniczej działalności gospodarczej. Organ rentowy ustalił, że 26.09.2017 r. zgłosiła w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej rozpoczęcie działalności gospodarczej w zakresie księgowości i doradztwa podatkowego. Jako główne miejsce wykonywania zarobkowej wskazała lokal nr (...) położony w B. przy ul. (...). W okresie od 11 do 13 października była chora, a następnie wносиła o przyznanie jej zasiłku macierzyńskiego od 14.10.2017r. do 12.10.2018r.

W czasie kontroli prowadzonej przez organ rentowy zeznała, że do 25.09.2017r. była zatrudniona w spółce (...) jako księgowa. Spółka znajduje się w stanie likwidacji i nie zatrudniała żadnych pracowników. Z uwagi na konieczność

zakończenia tego postępowania zobowiązała się, że od 1.10.2017 będzie nadal prowadzić księgowość tej spółki, ale na innej podstawie prawnej. Prowadzenie działalności zgłosiła około 3 tygodnie przed porodem. Wg O/ZUS w listopadzie uzyskała przychód w wysokości 407 zł, przy kosztach w wysokości 3.744 zł. Wysokość wynagrodzenia za 2 umowy zawarte z przyszłymi klientami przyniosło jej zysk w wysokości 400 zł. Zaawansowana ciąża wyklucza uznanie, że U. K. miała zamiar faktycznie prowadzić działalność gospodarczą, ale W 2017 r. miała ona charakter okazjonalny i dorywczy. Zgłoszenie jej do ewidencji zostało dokonane jedynie w celu umożliwienia skorzystania z zasiłków wyliczonych od wysokiej podstawy.

W odwołaniu od powyższej decyzji ubezpieczona zarzuciła naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 5, art. 12 ust. 1 i art. 11.ust. 2 w zw. z art. 13 pkt 4 ustawy z 13.10.1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych poprzez ich błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że od dnia 26.09.2017 r. pomimo zgłoszenia wpisu działalności gospodarczej do (...), nie prowadziła działalności gospodarczej w zakresie rachunkowości i doradztwa podatkowego oraz sprzedaży pierników i zabawek. Zarzut naruszenia art. 2 ustawy z dnia 2.07.2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej polega na uznaniu przez O/ZUS, że jej działalność miała charakter sporadyczny i dorywczy a nie ciągły i zorganizowany. Zgłoszenie się przez nią do (...) 26.09.2017 r. doprowadziło do powstania domniemania prawnego, zgodnie z którym została przedsiębiorcą. Złożone do sprawy dokumenty dotyczące prowadzonej działalności wskazują na jej ciągły i zorganizowany charakter. Prowadzi ją w swoim miejscu zamieszkania przy użyciu biurka i komputera. Obecnie opiekuje się dzieckiem. Umowę o pracę ze spółką (...) rozwiązała, ponieważ pracodawca nie był w stanie płacić jej wynagrodzenia. 1.10.2017 r. zawarła z nią umowę o świadczenie usług z zakresu rachunkowości do dnia zakończenia likwidacji spółki. Strony umówiły się, że spółka zapłaci jej za usługi dopiero po zakończeniu procesu likwidacji. Nie jest prawdą, że zawarcie 6 i 9 października 2017 r. umów o prowadzenie usług rachunkowych z 2 podmiotami służyło jedynie uwiarygodnieniu prowadzenia przez nią działalności. Przyszłych klientów pozyskiwała przy pomocy portalu F. i serwisów ogłoszeniowych (...) i Sprzedajemy.pl. (...) na kontynuowanie działalności gospodarczej są faktury wystawione w grudniu 2017 r. i styczniu 2018 r. oraz dokumenty podatkowe.

Na podstawie takich zarzutów ubezpieczona wniosła o zmianę decyzji i ustalenie, że od 26.09.2017 r. prowadziła działalność gospodarczą.

Wyrokiem z dnia 21 czerwca 2018r. Sąd Okręgowy Białymstoku odwołanie oddalił, i zasądził od odwołującej na rzecz organu rentowego kwotę 180 zło tytułem zwrotu kosztów procesu. Sąd Okręgowy ustalił w oparciu świadectwo pracy z 25.09.2017 r. , że ubezpieczona w okresie od 3.04.2003 do 25.09.2017 była zatrudniona w (...) sp. z.o.o. w likwidacji z tym, że od 1.12.2010 r. do 25.09.2017 r. pracowała w wymiarze 1/2 etatu. Spółka (...) od 1.07.2016 r. znajduje się w stanie likwidacji (KRS (...)). W dniu 1.10.2017 r. została zawarta pomiędzy biurem rachunkowym 3K U. K. (1) a (...) sp. z.o.o. w likwidacji umowa o usługowe prowadzenie ksiąg rachunkowych. Umowa została zawarta na czas określony – do dnia zakończenia likwidacji spółki, wg § 11 umowy wysokość jednorazowego wynagrodzenia zleceniobiorcy zostanie określona w oddzielnym dokumencie. 6 października 2017r. U. K. zawarła 2 umowy o usługowe prowadzenie ksiąg rachunkowych: z firmą (...) i firmą (...) s.c. A. S. (1), T. S.. Strony ustaliły, że zleceniobiorca przystąpi do realizowania księgowania od 1.01.2018 r. W obu wypadkach wynagrodzenie U. K. miało wynosić 200 zł (netto). Pierwsze wpłaty pieniężne na konto bankowe ubezpieczonej nastąpiły pod koniec stycznia 2018 r. Dowodem tego są faktury nr (...)/ (k.37 i 38). Wystawiła również paragony (k.42-44) W aktach sądowych znajdują się też sądowe potwierdzenia odbioru dokumentów elektronicznych dotyczących firmy (...) (k. 44-49) i firmy (...) (k.50-52).

Kserokopie stron internetowych potwierdzają prowadzenie przez U. K. sprzedaży pierników i zabawek (k. 57–61). Nabywcy zabawek mieszkają w C., S., Z., P., P., B.. Wszystkie transakcje odbyły się w grudniu 2017 r. i styczniu 2018 r. Na podstawie 2 faktur z 17.12.2017 r. wystawionych przez (...) (...) C. należy uznać, że U. K. w tym dniu wysłała 7 zestawów zabawek (wyciąg naciarski nr (...) - k.98 i 99) na kwotę 1282 zł. Sprzedała je przed datą zakupu. 2 zestawy takich zabawek kupiła też 15.12.2017 r. w sklepie (...) (k. 95) . Kosztowały one po 183 i 175 zł, a zostały sprzedane po około 195 zł.

Zdaniem sądu, aby przy pomocy handlu zabawkami uzyskać dochód w wysokości minimalnego wynagrodzenia ubezpieczona musiała prowadzić handel hurtowy, a nie detaliczny. Skala sprzedaży zabawek i pierników wskazuje w sposób jednoznaczny na działanie przez U. K. w celu wywołania wrażenia, że handlem zajęła się na poważnie, a nie dla pozorów. Teoretycznie początkujący handlowiec lub inny przedsiębiorca może ponosić straty. W każdym razie musi liczyć się z tym, że początki mogą być trudne. W swojej sytuacji ubezpieczona powinna była starać się płacić najniższą składkę, a nie deklarować najwyższą podstawę, chyba, że spodziewała się otrzymywać z ZUS szybko jak najwyższe świadczenie.

O/ZUS decyzją z 12.02.2018 r. odmówił przyznania U. K. zasiłku chorobowego od 11.10.2014 r. do 13.10.2017 r. i zasiłku macierzyńskiego za okres od 14.10.2017 r. do 12.10.2018 r. (k.20). Treść karty informacyjnej z 20.10.2017 r. wskazuje, że ubezpieczona 14.10.2017 r. urodziła przedwcześnie syna w 37 tygodniu. W szpitalu przebywała do 20.10.2018 r.

Na rozprawie w dniu 30.04.2018 r. U. K. wyjaśniła, że w ostatnich miesiącach pracy w spółce (...) nie otrzymywała wynagrodzenia. Jej wierzytelność wobec byłego pracodawcy wynosi około 18.000 zł. W lokalu przy ul. (...) mieszka z rodziną od 2010 r. Mieszkanie należy do jej teściów. Składa się z 3 pokoi. Obecnie ma 5 klientów. Z tytułu sprzedaży internetowej uzyskiwała w dochód w kwocie 600-700 zł. Przyznała, że do końca 2017 r. miała tylko jednego klienta – spółkę (...).

K. L. jest likwidatorem tej spółki. Jest ona stroną w sporze z Powiatową Służbą Drogową w O. o zapłatę. Pozytywny wynik procesu umożliwi zaspokojenie roszczeń ubezpieczonej. Siedzibą spółki jest „kącik” gdzie listonosz zostawia korespondencję, głównie rachunki. U. K. w biurze była po 3-4 godziny dziennie lub kilka dni w tygodniu.

Świadek A. S. zeznała, że zajmuje się wynajmem lokali przy ul. (...). W budynku znajduje się żłobek. Od stycznia 2018r. U. K. prowadzi jej księgowość. A. S. zna ją od około 10 lat. Jest siostrą jej synowej.

J. S. (1) prowadzi jednoosobową działalność gospodarczą w zakresie ślusarstwa. Z powodu zmiany przepisów finansowych musiał zlecić prowadzenie księgowości księgowej. Ubezpieczoną poznał na chrzcinach syna siostrzeńca. Faktury dostarcza osobiście na ul. (...). Nie wie czy U. K. ma lokal wydzielony na działalność.

M. S. (1) prowadzi jednoosobowy zakład instalatorstwa elektrycznego. Do końca 2017 r. żona zajmowała się jego księgowością. Od początku 2018 r. jej obowiązki przejęła U. K.. Raz w miesiącu zawozi jej faktury. Za taką usługę płaci 200 zł. W 2018 r. rozliczała ona podatek dochodowy R. Z., M. E., M. S. oraz podopiecznej J. B..

Zaskarżona decyzja została wydana 6.02.2018 r. i dotyczy obowiązku ubezpieczenia od 26.09.2017 r. Zgodnie z treścią art. 83 ust. 1 ustawy o s.u.s. Zakład wydaje decyzje w zakresie indywidualnych spraw dotyczących zgłaszania do ubezpieczeń społecznych i podleganiu ubezpieczeniu.

Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 5.10.2017 r. (I UK 395/16) wyjaśnił, że ciągłość w prowadzeniu działalności gospodarczej polega na powtarzalności czynności, pozwalającej na odróżnienie działalności od jednostkowej umowy o dzieło lub zlecenia oraz występowania zamiaru prowadzenia działalności. Cięża nie wyklucza ciągłości podjętej działalności. Braku cechu działalności można dopatrzeć się w przypadku, gdy od początku wątpliwe będzie rozpoczęcie i prowadzenie działalności długofalowej. Wprawdzie generowanie strat przez osobę prowadzącą staż pracy przez osobę prowadzącą działalność zamiast osiągania zysków nie przekreśla zarobkowego charakteru działalności, ale inaczej należy ocenić sytuację, w której od początku wymiernym, stałym i założonym z góry kosztem niezajmującym pokrycia w zyskach jest opłacanie składki na ubezpieczenia społeczne w maksymalnej wysokości.

Prowadzenie działalności stanowi tytuł podlegania ubezpieczeniom tylko wtedy, gdy ubezpieczony tę działalność wykonuje, choć stopień natężenia jego aktywności może być różny. Intencyjne zadeklarowanie wysokiej podstawy wymiaru składek może jedynie sugerować, że działalność nie była wykonywana w sposób ciągły i zorganizowany.

Podstawową działalnością prowadzoną przez U. K. mogła być działalność rachunkowo-księgową i doradztwo podatkowe. W 2017 r. zawarła 3 umowy z potencjalnymi klientami. Z byłym pracodawcą była bezpłatna a w przypadkach termin świadczenia został ustalony na początek 2018r. W rzeczywistości przez 3 miesiące w 2017 r. U. K. zajmowała się handlem zabawkami i piernikami. Efekt finansowy tego handlu określić jako bardzo skromny. Z tego powodu nie sposób uważać działalności za zorganizowany i ciągły.

W tym stanie rzeczy Sąd Okręgowy oddalił odwołanie na podstawie art. 447^{14§} 1 k.p.c. i orzekł o kosztach zastępstwa procesowego orzekł na mocy art.98§3k.p.c. , art.99 k.p.c. i § 9 ust.2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22.10.2015r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych.

Apelację od powyższego wyroku złożyła odwołująca, która wyrokowi temu zarzuciła :

I. sprzeczność ustaleń faktycznych ze zgromadzonym materiałem dowodowym

mającą wpływ na zaskarżony wyrok polegającą na uznaniu, że:

1. Rozpoczynając prowadzenie działalności gospodarczej w dniu 26.09.2017. U. K. (1), będąc w zaawansowanej ciąży, nie miała zamiaru prowadzenia wskazanej działalności, a swoim zachowaniem zmierzała jedynie do stworzenia pozorów jej prowadzenia celem otrzymania od (...) Oddział w B. zasiłku macierzyńskiego w jak najwyższej wysokości, podczas gdy wszelkie podjęte przez odwołującą czynności takie jak organizacja miejsca pracy, zakup narzędzi niezbędnych do prowadzenia usług księgowych takich jak program do usług księgowych, wykupienie ubezpieczenia OC, wyrobienie wizytówek i pieczętek, podjęcie czynności zmierzających do pozyskania klientów (ogłoszenia w Internecie, prowadzenie bloga o zmianach w przepisach rachunkowych), zawarcie umów z klientami dotyczących stałej obsługi księgowej, finalnie pozyskiwanie coraz większej ilości stałych klientów oraz świadczenie usług doraźnym klientom wskazuje, że U. K. (1) zamierzała prowadzić wskazaną działalność i że realnie prowadzi ją do chwili obecnej,

2. Zadeklarowanie przez U. K. (1) najwyższej podstawy składek na ubezpieczenia społeczne od razu przy rozpoczęciu działalności miało na celu uzyskanie od (...) Oddział w B. zasiłku macierzyńskiego w jak najwyższej wysokości, co świadczy o pozorności działalności gospodarczej, podczas gdy organ rentowy nie ma prawa wymuszać na płatniku wysokości deklarowanej podstawy wymiaru składek, jeżeli ubezpieczony działa na podstawie i w granicach prawa, ma on jedynie prawo skontrolowania czy wysokość składek została prawidłowo obliczona oraz odprowadzona do ZUS.

3. Działalność prowadzona przez U. K. (1) od dnia 26.09.2017. nie miała charakteru ciągłego i zorganizowanego, a dorywczy i okazjonalny, w sytuacji gdy U. K. (1) od chwili rozpoczęcia działalności gospodarczej świadczyła usługi księgowe i usługi sprzedaży internetowej pierników oraz zabawek, a usługi te polegały na wykonywaniu każdego miesiąca określonych, powtarzalnych czynności, nastawionych na osiąganie zysku, wobec czego odwołująca uzyskuje stały, coraz wyższy dochód, prowadząc działalność w sposób ciągły i zorganizowany.

4. W dniu 6 października 2017 roku odwołująca zawarła dwie umowy o usługowe prowadzenie ksiąg rachunkowych tj. z firmą (...) oraz z (...) s.c. A. S. (1), T. S., podczas gdy w dniu 6 października 2017 roku została zawarta jedynie umowa z B. J. S. (2), zaś umowa z (...) s.c. A. S. (1), T. S. została zawarta w dniu 9 października 2017 roku, co wskazuje na pobieżną analizę dokumentów złożonych w poczet materiału dowodowego.

5. W dniu 17.12.2017. odwołująca wysłała do klientów 7 zestawów zabawek na łączną kwotę 1282 zł i tego też dnia kupiła w sklepie (...) zabawki na podstawie 2 faktur oraz że sprzedała je przed datą zakupu, a także zakupiła ona 2 zestawy zabawek w dniu 15.12.2017. w sklepie (...) w kwotach po 183 i 175 zł, w sytuacji gdy ustalania te nie są dla Odwołującej zrozumiałe i z całą pewnością nie znajdują one potwierdzenia w złożonych do akt sprawy dokumentach księgowych, z których wynika, że U. K. (1) dokonywała zakupu zabawek już w miesiącu listopadzie 2017 roku oraz że żadne transakcje nie miały miejsca przed dokonaniem zakupu tych zabawek w sklepach typu(...), A., (...) (co jest nielogiczne), z kolei w grudniu 2017 roku odwołująca dokonała 25 (a nie 7) transakcji, zaś zabawki te zostały zakupione w następujących dniach:

- sklep (...).12.2017. (2 faktury na kwotę 1374,78 zł netto oraz 221 zł netto)
- sklep (...).12.2017. (2 faktury)
- sklep (...).12.2017. na kwotę 235,74 zł netto
- sklep (...) 15.12.2017. -149 zł, 16.12.2017.-192,60 zł, 17.12.2017. - 2 faktury na kwoty 447 zł oraz 596 zł
- sklep (...) -15.12.2017. na kwotę 790,20 zł.

6. W 2018 roku U. K. (1) rozliczała podatek dochodowy M. S. (1), w sytuacji gdy ani z dokumentów ani też z zeznań świadka nie wynika taka okoliczność, wręcz przeciwnie M. S. zeznał, że zeznanie o osiągniętym dochodzie /poniesionej stracie za 2017 roku składał on we własnym zakresie.

II. naruszenie przepisów prawa procesowego, które miało wpływ na zaskarżony wyrok, mianowicie art. 233 k.p.c. poprzez pobieżną, wybiórczą, jednostronnie niekorzystną i dowolną ocenę zgromadzonego materiału dowodowego w postaci dokumentów złożonych przez odwołującą, zeznań zawnioskowanych przez nią świadków oraz zeznań U. K. (1) przejawiających się poprzez:

1. Pominięcie zeznań odwołującej i świadka K. L. - likwidatora (...) Sp. z o.o. w likwidacji, z których wynikało jaka była przyczyna rozwiązania przez odwołującą umowy o pracę z dotychczasowym pracodawcą i rozpoczęcia w dniu 26.09.2017. własnej działalności gospodarczej, w sytuacji gdy okoliczności te są istotne z punktu widzenia oceny zamiaru prowadzenia przez U. K. (1) wskazanej działalności, a tego w istocie dotyczy meritum sporu w przedmiotowej sprawie.

2. Uznanie przez Sąd, że U. K. (1) świadczyła na rzecz (...) Sp. z o.o. w likwidacji bezpłatne usługi księgowe (strona 6 uzasadnienia wyroku), w sytuacji gdy z zawartej w dniu 01.10.2017. pomiędzy Odwołującą a (...) Sp. z o.o. w likwidacji umowy o świadczenie usług z zakresu rachunkowości wynika, że Spółka zapłaci U. K. (1) wynagrodzenie za usługi po zakończeniu procesu likwidacji na podstawie wystawionej przez nią faktury.

3. Pominięcie dokumentów oraz zeznań U. K. (1), z których wynika, że od dnia 26.09.2017r. odwołująca rozpoczęła czynności mające na celu organizację prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej m.in. zawarła z bankiem umowę o prowadzenie firmowego rachunku bankowego, wykonała wizytówki i firmowe pieczętki, zakupiła specjalistyczny program komputerowy do wykonywania usług księgowych, zawarła umowę ubezpieczenia

odpowiedzialności cywilnej w związku ze szkodami jakie mogą powstać w następstwie prowadzenia przez nią działalności gospodarczej, złożyła zgłoszenie rejestracyjne VAT-R, a także systematycznie umieszcza ogłoszenia na stronach internetowych i prowadzi blog celem pozyskiwania nowych klientów, zawiera kolejne umowy o świadczenie usług z zakresu rachunkowości m.in. z (...) J. S. (3), (...) s.c. A. S. (1), T. S. oraz świadczy usługi księgowe na rzecz indywidualnych klientów (np. roczne rozliczenia podatkowe),

4. Pominięcie dokumentów w postaci: 30 faktur wystawionych w miesiącu grudniu 2017 roku i styczniu 2018 roku tytułem sprzedaży zabawek oraz kosztów wysyłki zakupionego towaru do nabywcy, 8 faktur wystawionych tytułem zapłaty za zakup zabawek przez 3K U. K. (1) w miesiącu grudniu 2017 roku, faktury nr (...) z dn. 31.12.2017. wraz z zestawieniem adresów odbiorców przesyłek wystawiona przez firmę kurierską tytułem opłaty za usługi kurierskie świadczone na rzecz Odwołującej, która dostarczała nabywcom zakupiony towar, zestawienia sprzedaży bezrachunkowej pierników w miesiącu grudniu 2017 roku, deklaracji dla podatku od towarów i usług (...) -7 za miesiąc grudzień 2017 rok, rejestru sprzedaży VAT za miesiąc grudzień 2017 roku, podatkowej księgi przychodów i rozchodów za miesiąc grudzień 2017 roku, wydruku z rachunku bankowego 3K U. K. (1) za okres 01.12.2017.-31.12.2017., na który wpływały zapłaty za zakupione zabawki, deklaracji dla podatku od towarów i usług (...) -7 za miesiąc styczeń 2018 rok, ewidencji zakupów VAT za miesiąc styczeń 2018 rok, ewidencji VAT sprzedaży za miesiąc styczeń 2018 rok, podatkowej księgi przychodów i rozchodów za miesiąc styczeń 2018 rok, w sytuacji gdy analiza wskazanych

dokumentów prowadzi do wniosku, zgodnie z którym U. K. (1) prowadzi dodatkową działalność gospodarczą w postaci internetowej sprzedaży pierników i zabawek, która to działalność ma charakter ciągły, zorganizowany i odpłatny.

Wskazując na powyższe apelacja wносиła o zmianę zaskarżonego wyroku oraz poprzedzającej go decyzji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w B. z dnia 6 lutego 2018 roku poprzez stwierdzenie, że U. K. (1) jako osoba prowadząca pozarolniczą działalność gospodarczą podlega od dnia 26.09.2017r. obowiązkowemu ubezpieczeniu emerytalnemu, rentowemu i wypadkowemu, a także dobrowolnemu ubezpieczeniu chorobowemu i zasądzenie od Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w B. na rzecz U. K. (1) kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm prawem przepisanych, za obie instancje.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje

Apelacja odwołującej jest zasadna

Wobec zmienionego ostatnio stanu prawnego (jeszcze przed wyrokowaniem przez Sąd Okręgowy) wywód w sprawie wypada rozpocząć od przypomnienia, iż zgodnie z art. 2 ustawy dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U.2017.2168 j.t.) działalnością gospodarczą jest zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły. Przedmiotowa ustawa utraciła na mocy art. 192 z dnia 6 marca 2018 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo przedsiębiorców oraz inne ustawy dotyczące działalności gospodarczej (Dz.U.2018.650) z dniem 30 kwietnia 2018r. , albowiem zastąpiona została ona ustawą z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców (Dz.U.2018.646). Nie ulega jednak wątpliwości, iż do oceny podlegania przez odwołującą ubezpieczeniom społecznym z tytułu prowadzonej działalności znajdują zastosowanie przepisy obowiązujące w chwili wydania decyzji, a w istocie z chwili z której działalność ta miała być prowadzona, a zatem w jej przypadku nadal miarodajnym będzie rozumienie prowadzenia tej działalności w doktrynie i orzecznictwie ukształtowanym na tle art. 2 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U.2017.2168 j.t.). Zauważać jednak wypada, iż nowe regulacje wprowadzone ustawą z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców - powołaną wyżej dążą do określenia nie do końca ostrego pojęcie prowadzenia działalności gospodarczej zwartego w przepisach doczasowych poprzez jego powiązanie z elementami kwantytatywnymi, tak aby prowadzenie tej działalności miało widoczny na zewnątrz wymierny charakter. I tak w art. 3 nowej ustawy obowiązującej od 30 kwietnia 2018r. zawarto definicję działalności gospodarczej wskazując, iż jest nią zorganizowana działalność zarobkowa, wykonywana we własnym imieniu i w sposób ciągły.

Zgodnie jednak z art. 5 ust. 1 ustawy nie stanowi działalności gospodarczej działalność wykonywana przez osobę fizyczną, której przychód należny z tej działalności nie przekracza w żadnym miesiącu 50% kwoty minimalnego wynagrodzenia, o którym mowa w ustawie z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2017 r. poz. 847 oraz z 2018 r. poz. 650), i która w okresie ostatnich 60 miesięcy nie wykonywała działalności gospodarczej. Zgodnie art. 5 ust.3. jeżeli przychód należny z działalności, o której mowa w ust. 1, przekroczył w danym miesiącu wysokość określoną w ust. 1, działalność ta staje się działalnością gospodarczą, począwszy od dnia, w którym nastąpiło przekroczenie wysokości, o którym mowa w ust. 1. Artykuł 5 dopuszcza zatem prowadzenie tzw. „małej działalności”, z którą nie wiąże się obowiązek rejestracji działalności, a w konsekwencji taka działalność nie rodzi też skutków w prawie ubezpieczeń społecznych, bowiem przepisy ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców zsynchronizowano z relegacjami ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz.U.2017.1778 j.t.) . Jak wiadomo bowiem zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 5 obowiązkowo ubezpieczeniom emerytalnemu i rentowym podlegają, z zastrzeżeniem art. 8 i 9, osoby fizyczne, które na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej są osobami prowadzącymi pozarolniczą działalność oraz osobami z nimi współpracującymi. Zgodnie jednak z obowiązującym od 30 kwietnia 2018r. brzmieniem art. 8 ust. 6 pkt. 1 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych - za osobę prowadzącą pozarolniczą działalność uważa się:

osobę prowadzącą pozarolniczą działalność gospodarczą na podstawie przepisów ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców lub innych przepisów szczególnych. Oznacza to aktualnie, że podleganie przez osobę

prowadzącą działalność gospodarczą ubezpieczeniom społecznym powiązane jest nie tylko z wyczerpaniem definicji działalności gospodarczej z art. 3 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców ale również z przekroczeniem pułapu osiąganego przychodu wskazanego w powołanym wyżej art. 5. ust. 1 tejże ustawy, czy przekroczeniem 50% minimalnego wynagrodzenia, które od 1 stycznia 2017 r. wyniosło 2000 zł (Dz.U.2016.1456), a od 1 stycznia 2018 r. 2100 zł (Dz.U.2017.1747). Jak wcześniej wspomniano w stanie faktycznym niniejszej sprawy, przedmiot wyznacza decyzja organu rentowego z dnia 6 lutego 2018r. stwierdzająca niepodleganie ubezpieczeniom społecznym od dnia 26 września 2017r. , a zatem zastosowanie znajdują przepisy dotychczasowe w szczególności rozumienie prowadzenia działalności gospodarczej zdefiniowane w art. 2 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U.2017.2168 j.t.) działalnością gospodarczą. Nie oznacza to jednak, iż pewnego pomocniczego (orientacyjnego) znaczenia - dla oceny tego czy w istocie odwołująca prowadziła realną działalność gospodarczą, czy tylko wykonywała czynności mające upozorować w odbiorze zewnętrznym jej prowadzenie, czego celem uzyskanie świadczeń z ubezpieczenia społecznego, związanego z macierzyństwem, którego wystąpienie było już pewne – nie mogą mieć wskazywane wielkości przychodu.

Na tle art. 2 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej przyjmowano w orzecznictwie (por. w tym zakresie np.: uchwała SN z dnia 6 grudnia 1991 r., III CZP 117/91; uchwała SN z dnia 26 lutego 2015 r. III CZP 108/14 OSNC 2016/1/2; wyrok SN z dnia 19 marca 2007 r. III UK 133/06, OSNP 2008/7-8/114 ;) , iż przepis ten zawiera legalną definicję działalności gospodarczej - którą musi cechować się następującymi cechami:

- 1) zawodowy (a więc stały) charakter,
- 2) związaną z nim powtarzalność podejmowanych działań,
- 3) podporządkowanie zasadzie racjonalnego gospodarowania,
- 4) uczestnictwo w obrocie gospodarczym.

W orzecznictwie nie budzi też kontrowersji pogląd, iż sam wpis w ewidencji działalności gospodarczej (zarejestrowanie i wyrejestrowanie) ma przede wszystkim znaczenie w sferze ustaleń faktycznych, gdyż ma on charakter deklaratoryjny, a rozpoczęcie i prowadzenie działalności gospodarczej polega na podjęciu i wykonywaniu w celu zarobkowym działań określonych we wpisie do ewidencji (por. między innymi wyroki Sądu Najwyższego z dnia 21 czerwca 2001 r., II UKN 428/00, OSNAPiUS 2003 nr 6, poz. 158; z dnia 11 stycznia 2005 r., I UK 105/04, OSNP 2005 nr 13, poz. 198; z dnia 25 listopada 2005 r., I UK 80/05, OSNP 2006 nr 19-20, poz. 309; z dnia 30 listopada 2005 r., I UK 95/05, OSNP 2006 nr 19-20, poz. 311; z dnia 19 marca 2007 r., III UK 133/06, OSNP 2008 nr 7-8, poz. 114; z dnia 14 września 2007 r., III UK 35/07, niepublikowany; z dnia 12 listopada 2007 r., I UK 147/07, niepublikowany; z dnia 4 kwietnia 2008 r., I UK 293/07, niepublikowany).

Procesowo rzecz ujmując wpis do właściwej ewidencji stwarza tylko domniemanie faktyczne prowadzenia działalności i może być obalony (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 maja 2000 r., II UKN 568/99), jednak oznacza to przeniesienie ciężaru dowodu na drugą stronę, w tym przypadku na organ rentowy.

W orzecznictwie przyjmuje się też, że w przypadku sporadycznych zdarzeń gospodarczych np. w przypadku sporadycznej sprzedaży i uzyskiwania relatywnie niewielkich dochodów z tego tytułu nie można mówić o prowadzeniu działalności gospodarczej skutkującej podleganiem obowiązkowo ubezpieczeniom społecznym (por. wyrok SN z dnia 5 kwietnia 2016 r. I UK 196/15 LEX nr 2010791, wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 19 marca 1991 r., (...) SA 898/90, (...) 1992, nr 3-4, poz. 58 oraz z dnia 17 września 1997 r., (...) SA/Wa (...), Pr. Gosp. 1998, nr 1, s. 32). Orzecznictwu nie był też obcy problem prowadzenia działalności gospodarczej przez kobietę w okresie ciąży. Jednolicie przyjmuje się tu, że stan ciąży sam w sobie nie wyklucza ciągłości podjętej działalności, natomiast braku podstawowej cechy ciągłości działalności gospodarczej można dopatrzeć się w przypadku, gdy od początku wysoce wątpliwe będzie rozpoczęcie i prowadzenie działalności, a tę wątpliwość można wywieść ze stanu zdrowia osoby zgłaszającej się do ubezpieczenia społecznego, a przede wszystkim jej świadomości co do niemożliwości prowadzenia działalności. To zaś należy do sfery faktów (wyrok SN z dnia 5 grudnia 2017 r. II UK 573/16 LEX nr 2434455). Również w wyroku

SN z dnia 10 maja 2017 r. I UK 184/16 (LEX nr 2305920) zaakcentowano w kontekście ciąży osoby prowadzącej tę działalność, że dla zakwalifikowania danej działalności jako działalności gospodarczej istotne znaczenie ma jej ciągłość i zarobkowy charakter. Ciągłość w działalności gospodarczej ma dwa aspekty. Pierwszy to powtarzalność czynności, pozwalająca na odróżnienie działalności gospodarczej od jednostkowej umowy o dzieło lub zlecenia albo umowy o świadczenie usługi, które same w sobie nie składają się jeszcze na działalność gospodarczą, zaś drugi aspekt, wynikający zresztą z pierwszego, to zamiar niekrótkiego prowadzenia działalności gospodarczej. Stan ciąży sam w sobie nie wyklucza ciągłości podjętej działalności, natomiast braku podstawowej cechy ciągłości działalności gospodarczej można dopatrzeć się w przypadku, gdy od początku wysoce wątpliwe będzie rozpoczęcie i prowadzenie działalności, a tę wątpliwość można wywieść ze stanu zdrowia osoby zgłaszającej się do ubezpieczenia społecznego, a przede wszystkim jej świadomości co do niemożliwości prowadzenia działalności. Pomocniczy charakter przy ocenie tego czy mamy do czynienia z prowadzeniem działalności gospodarczej czy z jej pozorowaniem w celu uzyskania tytułu do ubezpieczenia może też mieć określenie podstawy wymiaru składek na ubezpieczenie na najwyższym poziomie w oderwaniu zasady racjonalnego gospodarowania, co przeczy zamiarowi osiągnięcia zysku z tej działalności. Na ten aspekt zwrócono uwagę w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 13 września 2016 r., w sprawie I UK 455/15 (LEX nr 2122404). Wprawdzie generowanie strat przez osobę prowadzącą działalność gospodarczą (zamiast spodziewanych zysków), z uwagi na koszty działalności przewyższające dochód, nie przekreśla jej zarobkowego charakteru, ale inaczej należy ocenić sytuację, w której od początku wymiernym, stałym i założonym z góry kosztem, nieznanym pokrycia w przewidywanych zyskach, staje się opłacanie składek na ubezpieczenia społeczne w maksymalnej wysokości. Takie multiplikowanie kosztów prowadzonej działalności, nieuzasadnione jest przecież potrzebą inwestowania w podjęte przedsięwzięcie celem jego perspektywicznego rozwoju. Wszystko to może prowadzić do wniosku, że z założenia wynik finansowy prowadzonej działalności jest nieistotny, a to już daje podstawę do przyjęcia intencji ubezpieczonej nie tyle podjęcia i wykonywania zarobkowej działalności gospodarczej, lecz włączenia do systemu ubezpieczeń społecznych w celu uzyskania wysokich świadczeń. Uwypukla się to szczególnie w sytuacji, gdy osoba rozpoczynająca działalność i deklarująca taką podstawę wymiaru składki, ma świadomość, że stan zdrowia czyni ją niezdolną do jej prowadzenia. Na przesłankę zarobkowego charakteru zwrócono też uwagę w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 20 lutego 2018 r. II UK 711/16, (LEX nr 2459704 uznając, iż jest ona spełniona wtedy, gdy prowadzenie działalności gospodarczej nastawione jest na uzyskanie dochodu, choć może się zdarzyć, że działalność ta w danym okresie przynosi straty. W tej mierze istotny jest jednak wyznaczony przez przedsiębiorcę cel, który przez realizację zamierzonych przedsięwzięć musi zakładać dany wynik finansowy. Zarobkowy charakter jest nastawiony na zysk, który powinien co najmniej pokryć koszty założenia i prowadzenia przedsięwzięcia (SN odesłał to do wyroku NSA z dnia 24 listopada 2008 r., (...), LEX nr 1102977). Z tego względu inaczej należy ocenić sytuację, w której od początku wymiernym, stałym i założonym z góry kosztem, nieznanym pokrycia w przewidywanych zyskach, staje się opłacanie składek na ubezpieczenia społeczne w wysokości znacznie przekraczającej obowiązujące minimum.

W okolicznościach niniejszej sprawy koniecznym jest w aspekcie podniesionych zarzutów procesowych dokonanie pewnej korekty i uzupełnienia ustaleń faktycznych pod kątem okoliczności faktycznych mających znaczenie do oceny czy odwołująca w istocie rozpoczęła prowadzenie działalności gospodarczych. W ocenie Sądu Apelacyjnego zgodzić się należy z apelacją, że materiał dowodowy nie zostało oceniony w sposób wszechstronny, co doprowadziło do częściowo niepełnych i nietrafnych ustaleń i rzutowało ostatecznie na ocenę, że odwołująca nie działalności gospodarczej nie prowadziła. Za punkt wyjścia do tych rozważań trzeba uznać nieprzywiązanie należytej uwagi do okoliczności, w których odwołująca zdecydowała się na podjęcie działalności gospodarczej, w aspekcie przyjętego przez sąd pozorowania jej prowadzenia. Odwołująca nie była bowiem osobą bierną (nieaktywną zawodową) przed podjęciem działalności gospodarczej, lecz do 25 września 2017r. pracowała jako księgową pozostając w stosunku pracy ze spółką (...), jako księgową od 2003, która była w likwidacji i zalegała jej z wypłatą wynagrodzenia na kwotę 18.00 zł (zeznania oddalającej k. 167). Brak wypłaty wynagrodzenia w bliskiej perspektywie przesądził o rozwiązaniu stosunku pracy i rozpoczęciu przez odwołującą działalności gospodarczej, w tym również na rzecz tejże spółki (umowa k. 22). Okoliczność te pełni potwierdził likwidator spółki K. L. (k. 168). W kontekście wszechstronnej oceny materiału dowodowego nie jest zatem bez znaczenia, że odwołująca od lat pozostawała w aktywności zawodowej, a jej formę ze stosunku pracy na prowadzenie działalności gospodarczej zmieniała pod wpływem sytuacji ekonomicznej swojego czasowego pracodawcy. Nie sposób nie dostrzec, że nie jest to typowe zachowanie przy pozorowaniu

prowadzenia działalności gospodarczej podjętej w celu i li tylko uzyskania świadczeń z ubezpieczeń społecznych, gdzie z reguły osoby to czyniące podejmują bardzo krótką aktywność (stosunek pracy/działalność gospodarcza), z reguły jest to pierwsza aktywność, po której następuje stan permanentnej niezdolności do pracy do momentu urodzenia dziecka. Decyzja zatem o podjęciu aktywności przez ubezpieczoną nie była nielogiczna, czy przypadkowa, a fakt, że podjęła ona działalność gospodarczą, a nie zatrudniła się u innego pracodawcy niewątpliwie mógł rzeczywiście wynikać z tego, iż mimo regulacji ochronnych w stosunku do kobiet w ciąży, w praktyce rynek pracy dla kobiet w ciąży jest ograniczony i niesprzyjający, co nie wymaga szerszych wywodów. Ze zeznań świadków A. S. i I. Ś. (k.168) wynika, że od 6.10.2017r. odwołująca podjęła się świadczyć usługi rachunkowe na rzecz J. S. (k. 24 umowa) a od 9.10.2017r. na rzecz małżonków S. (k. 26 umowa). Nie są trafne ustalenia Sądu Okręgowego w zakresie rozmiarów handlu prowadzonego przez odwołującą w ramach swojej działalności. Słusznie zatem apelacja uwypukla, że U. K. (1) dokonywała zakupu zabawek już w miesiącu listopadzie 2017 roku oraz że żadne transakcje nie miały miejsca przed dokonaniem zakupu tych zabawek w sklepach typu Makro, A., (...) , z kolei w grudniu 2017 roku odwołująca dokonała 25 (Sąd Okręgowy doliczył się 7) transakcji. Twierdzenia apelacji w tym zakresie rzeczywiście mają odbicie w dołączanych już do odwołania dokumentach, gdzie na (k.62-86) znajduje się 25 faktur potwierdzających sprzedaż zabawek przed odwołującą w miesiącu grudniu 2017r. oraz 5 faktur potwierdzających sprzedaż w styczniu 2018r. (k.87-91) oraz 8 faktur na zakupy sprzedawanych później rzeczy przez odwołującą w sieciach sklepów (k. 82-90) . Z znajdującego się w aktach rejestru sprzedaży VAT 2017 wynika, iż w miesiącu grudniu w rejestrze tym wykazano 43 transakcje (k. 109-110), zaś rejestr zakupów VAT za tenże miesiąc wykazuje 20 transakcji (k. 110). Z kolei z księgi przychodów i rozchodów za 2017r. wynika, iż w grudniu 2017r. przychód z działalności wyniósł 3948 zł (k. 114). Brak przychodu lub mniejszy przychód w miesiącach październiku i listopadzie 2017r. to niewątpliwie skutek organizowania dopiero działalności i załatwiania szeregu czynności mających na celu jej wykonywanie (zakupów pieczętek, programu komputerowego księgowego, zawarcie umowy odpowiedzialności oc). Nie bez znaczenia w tym zakresie był też fakt, iż do rozwiązania w przypadku odwołującej nastąpiło około miesiąca przed planowanym terminem porodu w dniu 14.10.2017r. , czego oczywiście nie można było przewidzieć, a co niewątpliwie miało wpływ na czasowe ograniczenie aktywności przez ubezpieczoną w październiku i listopadzie 2017r. . Nie bez znaczenia w tym zakresie było też poszukiwanie klientów, co nie podważa woli, zamiaru i realności prowadzenia działalności gospodarczej od chwili wskazanej organowi w zgłoszeniu do ubezpieczenia momentu jej zgłoszenie organowi rentowemu. W judykaturze trafnie wskazuje się, że wykonywanie (prowadzenie) działalności gospodarczej (pozarolniczej) obejmuje nie tylko faktyczne wykonywanie czynności należących do zakresu tej działalności, lecz także czynności zmierzających do zaistnienia takich czynności gospodarczych (czynności przygotowawcze). Na przykład, prowadzenie działalności gospodarczej występuje zarówno w okresach faktycznego wykonywania usług, jak też w okresach wykonywania innych czynności związanych z działalnością, takich jak poszukiwanie klientów, załatwianie spraw urzędowych, czy też, jak w rozpoznawanej sprawie, za czynności takie należy uznać obsługę, konserwację i naprawę samochodu. Wszystkie te czynności pozostają w ścisłym związku z działalnością usługową, bowiem zmierzają do stworzenia właściwych warunków do jej wykonywania (por postanowienie SN z 17 lipca 2003 r., II UK 11/03, Monitor Prawa Pracy - wkładka 2004 nr 7, poz. 16; wyrok SN z dnia 30 maja 2006 r. II UK 162/05, LEX nr 957395).

Wprawdzie w sprawach z zakresu ubezpieczeń społecznych istotne znaczenie ma stan rzeczy z chwili wydania decyzji, tym niemniej w kontekście ciągłości prowadzenia działalności nie jest bez znaczenia, że działalność przez odwołującą jest nadal prowadzona i ma charakter rozwojowy. W świetle zeznań odwołującej (k.235) i z złożonych 3 umów (k.226-234) odwołująca aktualnie obsługuje 8 podmiotów na umowy bezterminowe, nadal też handluje zabawkami i piernikami (przychód z handlu od 500 do 1500 miesięcznie). Z tytułu świadczonych usług księgowych osiąga dochody nawet wyższe, niż wynikające z kwot wymienionych w umowach, bo wynagrodzenia te są powiązane z ilością obsługiwanych w danym miesiącu dokumentów księgowych, w przypadku najważniejszego klienta (K. S.) wynagrodzenie to wynosi około 1000 zł miesięcznie (600 zł w umowie). Na potrzeby działalności odwołująca przedłużyła licencję programu księgowego, który w wersji pierwotnej nabyła przy rozpoczęciu działalności (Mała Księgowość) , nabyła jeszcze inny program oraz nabyła nowy komputer.

Wszystkie powyżej wskazane okoliczności oceniane łącznie i logicznie, zgodnie z zasadami doświadczenia życiowego prowadzą do wniosku, iż organ rentowy nie podważył domniemania prowadzenia działalności gospodarczej przez

odwołującą. Jej zaś prowadzenie skutkowało podleganiem przez nią ubezpieczeniom: emerytalnemu, rentowemu i wypadkowemu oraz chorobowemu od dnia 26 września 2017r. na podstawie art. 6 ust.1 pkt 5 art. 11 ust. 2, art. 12 ust.1 ,art. 13 pkt 4 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz.U.2017.1778 j.t.) .

W tym stanie rzeczy Sąd Apelacyjny na zasadzie art. 386 §1 k.p. dokonał stosownej zmiany zaskarżonego wyrok i poprzedzającej go decyzji.

O kosztach procesu w sprawie orzeczono na podstawie art. 98 §1 i 3 k.p.c. k.p.c. uwzględniając stawki wynagrodzenia radcy prawnego za obie instancje, o których mowa w § 9 ust. 2 i § 10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (Dz.U.2015 poz. 1800 z zm.) oraz wysokość opłaty sądowej od apelacji na podstawie art. 36 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U.2018.300 j.t.).