

Sygn. akt III AUa 15/15

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 września 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Łodzi III Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych w składzie:

Przewodniczący: SSA Joanna Baranowska

Sędziowie: SSA Iwona Szybka

SSA Beata Michalska (spr.)

Protokolant: st. sekr. sąd. Joanna Sztuka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 września 2015 r. w Ł.

sprawy **M. M.**

przeciwko **Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych I Oddziałowi w Ł.**

o podleganie ubezpieczeniom

na skutek apelacji M. M.

od wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi

z dnia 28 października 2014 r. sygn. akt VIII U 5908/13

- 1. zmienia zaskarżony wyrok oraz poprzedzającą go decyzję organu rentowego i stwierdza, że M. M. podlega, jako osoba prowadząca pozarolniczą działalność gospodarczą, obowiązkowo ubezpieczeniom: emerytalnemu, rentowym, wypadkowemu i dobrowolnemu ubezpieczeniu chorobowemu od 13 maja 2013 roku;**
- 2. zasądza od Zakładu Ubezpieczeń Społecznych I Oddziału w Ł. na rzecz M. M. kwotę 30 (trzydzieści) złotych tytułem zwrotu kosztów procesu.**

Sygn. akt III AUa 15/15

## UZASADNIENIE

Ubezpieczona M. M. w dniu 4 października 2013r. odwołała się od decyzji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych I Oddział w Ł. z 4 września 2013 r. stwierdzającej, że nie podlega, jako osoba prowadząca pozarolniczą działalność gospodarczą, od 13 maja 2013 r. obowiązkowo ubezpieczeniom : emerytalnemu, rentowym, wypadkowemu oraz dobrowolnie ubezpieczeniu chorobowemu. Wniosła o zmianę zaskarżonej decyzji, wskazując, że w dniu 13 maja 2013 r. rozpoczęła i nadal prowadzi działalność gospodarczą polegającą na udzielaniu korepetycji z języka francuskiego i angielskiego oraz na tworzeniu i sprzedaży biżuterii, na co wskazują świadkowie i dowody.

Organ rentowy wniósł o oddalenie odwołania. W jego ocenie ubezpieczona faktycznie nie wykonywała działalności gospodarczej, a jej zgłoszenie do ubezpieczeń społecznych miało na celu jedynie uzyskanie ochrony ubezpieczeniowej, gdyż z dniem 11 lipca 2013 r. wystąpiła z roszczeniem o wypłatę zasiłku macierzyńskiego.

Sąd Okręgowy wyrokiem z 28 października 2014r., w sprawie o sygn. akt VIII U 5908/13, oddalił odwołanie.

Rozstrzygnięcie zapadło po następujących ustaleniach faktycznych i prawnych:

M. M., ur. (...), posiada wykształcenie wyższe - ukończyła studia licencjackie z filologii romańskiej. Jako datę rozpoczęcia działalności gospodarczej wskazała 13 maja 2013 r. Wcześniej nie prowadziła działalności gospodarczej i będąc studentką, pozostawała na utrzymaniu rodziców. W chwili dokonywania wpisu wiedziała, że jest w ciąży. Za maj oraz czerwiec 2013 r. określiła podstawę wymiaru składek na ubezpieczenia społeczne w wysokości po 9.225,75 zł za każdy miesiąc. Jak ustalił Sąd Okręgowy, przedmiotem działalności gospodarczej miało być udzielanie korepetycji z języków obcych oraz produkcja i sprzedaż biżuterii. Lekcje odbywały się dwa razy w tygodniu, a koszt jednej 60-minutowej lekcji wynosił 30 zł. Nadto udzielała korepetycji z języka angielskiego za 40 zł. W okresie od 1 czerwca 2013 r. do 7 czerwca 2013 r. M. M. wystawiła w sumie 15 rachunków za świadczoną usługę. Wg ustaleń Sądu Okręgowego, wytwarza też biżuterię ze szkła oraz metalu. Utworzyła stronę internetową służącą do sprzedaży wytworzonej biżuterii i kilkakrotnie wystawiała stoiska z biżuterią na okazjonalnych kiermaszach. Świadkowie dokonali zakupu pojedynczych sztuk biżuterii za kwoty: 10-20 zł. i 40 zł. Ubezpieczona dokonała zakupu półfabrykatów do produkcji biżuterii na kwotę 122,86 zł. oraz kwotę 130,32 zł. Wg ustaleń Sądu pierwszej instancji, w maju 2013r. wartość sprzedanych towarów i usług wyniosła 395,00 zł, zakup towarów handlowych i materiałów wg cen zakupu wyniósł 121,82 zł, a koszty uboczne zakupu 8,50 zł., w czerwcu 2013r. odpowiednio – sprzedaż : 1475 zł., zakup: 114,36 zł. i koszty uboczne zakupu 8,50 zł. Ubezpieczona wykazała wydatki w kwocie 3169,05 zł. W dniu (...) urodziła dziecko i wystąpiła z roszczeniem o wypłatę zasiłku macierzyńskiego. W oparciu o dowody z dokumentów i zeznania świadków: K. T., N. M., A. W. oraz odwołującej się ustalono charakter spornej działalności. W ocenie Sądu Okręgowego, czynnościom wykonywanym przez ubezpieczoną nie można nadać przymiotu działalności gospodarczej, ponieważ nie mogła przynieść takich dochodów, jakie zadeklarowała dla celów ubezpieczeniowych. Ubezpieczona zarejestrowała działalność, będąc już w ciąży z wysoką podstawą wymiaru składek. W ocenie Sądu, charakter prowadzonej działalności sprowadzający się do wyrobu artystycznych ozdób oraz udzielania incydentalnie lekcji języka obcego w domu osobom znajomym, przy uwzględnieniu zaawansowania ciąży nie mógł przynieść faktycznie tak wysokich dochodów, aby uzasadniały one zadeklarowanie wysokiej podstawy wymiaru składek ani nie wskazywał na ciągłość podejmowanych działań. Zarejestrowanie działalności gospodarczej bezpośrednio przed okresem długotrwałej niezdolności do pracy wynikającej z ciąży, porodu i okresu sprawowania osobistej opieki nad dzieckiem świadczy, iż zadeklarowanie wysokiej podstawy wymiaru składek miało jedynie na celu uzyskanie jak najwyższych świadczeń z ubezpieczenia społecznego.

W uzasadnieniu stanu prawnego przywołano art. 6 ust. 1 pkt 5 ustawy z 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (j.t.: Dz. U z 2015r., poz.121), zgodnie z którym obowiązkowo ubezpieczeniom emerytalnemu i rentowym podlegają osoby fizyczne, które na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej prowadzą pozarolniczą działalność. Zgodnie z art. 8 ust. 6 pkt 1 za osobę prowadzącą pozarolniczą działalność uważa się osobę prowadzącą pozarolniczą działalność gospodarczą na podstawie przepisów o działalności gospodarczej. W myśl art. 11 ust. 2 dobrowolnie ubezpieczeniu chorobowemu podlegają na swój wniosek osoby objęte obowiązkowo ubezpieczeniami emerytalnym i rentowymi, wymienione w art. 6 ust. 1 pkt 5. Nadto powołano art.2 ustawy z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (j.t.: Dz.U z 2013 r., poz.672 z późn. zm.) , w myśl którego działalnością gospodarczą jest zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalni ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły.

Zdaniem Sądu Okręgowego, ubezpieczona faktycznie nie wykonywała działalności gospodarczej. Dla uznania określonej działalności za działalność gospodarczą konieczne jest łączne spełnienie trzech jej cech: zarobkowości, zorganizowania i ciągłości. Brak którejkolwiek z nich oznacza, że dana działalność nie może być zakwalifikowana do kategorii działalności gospodarczej. Natomiast działalności ubezpieczonej nie można przypisać przymiotu ciągłości ani zarobkowego charakteru. Udzielenie kilkunastu korepetycji osobom znajomym czy też sprzedaż kilku sztuk własnoręcznie wytworzonej biżuterii zbliża te czynności nie do działalności gospodarczej, a do świadczenia usług i tym właśnie w ocenie Sądu były te czynności. Dana działalność jest zarobkowa, jeżeli jest prowadzona w celu osiągnięcia dochodu ("zarobku") – rozumianego, jako nadwyżka przychodów nad nakładami (kosztami) tej działalności. Brak przedmiotowej cechy przesądza, iż w danym przypadku nie można mówić o działalności gospodarczej. Całokształt

materiału dowodowego wskazuje, że jedynym celem było uzyskanie ochrony ubezpieczeniowej. Pomimo braku jakiegokolwiek doświadczenia w prowadzeniu działalności gospodarczej i możliwości prowadzenia działalności na korzystniejszych zasadach (składka obliczana od niższej podstawy) zdecydowała się określić wysokość podstawy na 9.225,75 zł. Takie działanie było więc sprzeczne z zasadami ekonomii. Wskazana wysokość podstawy wymiaru składki nie odpowiadała rzeczywistości i godziła w zasady współżycia społecznego. Ubezpieczona do maja 2013r. była osobą niepracującą, nie wykonywała żadnej działalności gospodarczej. Dopiero fakt ciąży, zbliżającego się porodu i przewidywanej niezdolności do pracy wynikającej z tych okoliczności skłonił ją do podjęcia kroków mających na celu zapewnienie świadczeń z ubezpieczenia społecznego. Gdyby nawet przyjąć, iż czynności wykonywane przez ubezpieczoną stanowiły prowadzenia działalności gospodarczej, to w konkretnych okolicznościach sprawy jej postępowanie należy ocenić, jako sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Każda osoba mająca nawet przeciętne rozeznanie w rzeczywistości nie mogłaby spodziewać się, iż wykonywane czynności przyniosą dochód pozwalający wskazać tak wysoką podstawę wymiaru składek a następnie świadczeń. Wyplata świadczeń obliczonych od tej podstawy stanowiłaby ewidentne naruszenie zasad współżycia społecznego i interesów innych ubezpieczonych, którzy latami odprowadzają składki od realnie uzyskiwanych przychodów. Działanie takie godzi nie tylko w sam system ubezpieczeń społecznych, ale pośrednio także w innych ubezpieczonych. (...) ubezpieczeń społecznych jest bowiem systemem opartym m.in. na zasadzie solidaryzmu społecznego. Jeśli zatem podejmuje działania mające na celu jak najmniejszym kosztem uzyskanie wysokich świadczeń to umniejsza w ten sposób środki systemowe na zabezpieczenie społeczne. Na potwierdzenie swojego stanowiska Sąd pierwszej instancji powołał wyrok Sądu Najwyższego z 9 stycznia 2008r., sygn. akt III UK 75/07. W rezultacie tych rozważań na podstawie art. 477<sup>14</sup> § 1 kpc, odwołanie oddalono.

Powyższy wyrok zaskarżyła w całości ubezpieczona. Zarzuciła Sądowi pierwszej instancji błędy w ustaleniach faktycznych. Po pierwsze, nie wystąpiła o zasiłek chorobowy tylko macierzyński. Ponadto w uzasadnieniu wyroku Sąd odnosi się do składki od podstawy 9.225,75 zł, którą ubezpieczona skorygowała do minimalnego wymiaru. Wadliwie ustalono też, że udzielała incydentalnie lekcji języka obcego, gdy w rzeczywistości lekcje były udzielane regularnie. Nadto wskazała, że nadal prowadzi działalność i opłaca składki na ubezpieczenie społeczne z tego tytułu. Na rozprawie przed Sądem Apelacyjnym ubezpieczona dodatkowo wyjaśniła, że w 2014r. utrzymywała się z prowadzonej działalności gospodarczej i pomocy rodziców. Fakt, że działalność początkowo przynosiła straty, nie może decydować o tym, że była fikcyjna ( wyjaśnienia ubezpieczonej – 3:21-9:41 min. na płycie DVD –k.100 akt sprawy). W konkluzji swojego stanowiska apelująca wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku albo o jego uchylenie i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania do Sądu pierwszej instancji.

### **Sąd Apelacyjny zważył:**

Apelacja ubezpieczonej jest uzasadniona, a podniesione zarzuty skutkowały w rezultacie zmianą zaskarżonego wyroku i orzeczeniem co do istoty sprawy. Zarzuty sformułowane osobiście przez stronę sprowadzały się w rezultacie do naruszenia prawa procesowego przez dokonanie wadliwych ustaleń faktycznych co do incydentalności podjętych czynności w ramach prowadzonej działalności gospodarczej i kwoty zadeklarowanej podstawy wymiaru składek, co doprowadziło do ustalenia, że podjęte przez ubezpieczoną od 13 maja 2013r. czynności nie miały cech konstytutywnych „działalności gospodarczej”.

Na wstępie należy zauważyć, że osoby posiadające tytuł do obowiązkowego ubezpieczenia emerytalnego i rentowego, do obowiązkowego lub dobrowolnego ubezpieczenia chorobowego, a także ubezpieczenia wypadkowego wymienione są w przepisach art. 6 ust. 1, art. 11 ust. 1 i 2 oraz art. 12 ustawy z 13 października 1998r. o systemie ubezpieczeń społecznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 121 z zm.). Zgodnie z treścią art. 6 ust. 1 pkt 5, obowiązkowo ubezpieczeniom emerytalnym i rentowym podlegają osoby fizyczne, które na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej są osobami prowadzącymi pozarolniczą działalność. W myśl art.8 ust.6 pkt 1 u.s.u.s., za osobę prowadzącą pozarolniczą działalność uważa się osobę prowadzącą pozarolniczą działalność gospodarczą na podstawie przepisów o działalności gospodarczej lub innych przepisów szczególnych.

Należy w tym miejscu przypomnieć, że postępowanie apelacyjne ma charakter merytoryczny, w związku z czym sąd drugiej instancji nie może ograniczać się do oceny zarzutów apelacyjnych, lecz musi - niezależnie od ich treści -

dokonać ponownych własnych ustaleń, a następnie poddać je ocenie pod kątem prawa materialnego (zob. uchwałę składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 2008 r., III CZP 49/07, OSNC 2008, Nr 6, poz. 55). Może także przeprowadzić ponowną ocenę dowodów zgromadzonych w pierwszej instancji. Jednak, na co Sąd Najwyższy zwrócił uwagę w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 23 marca 1999 r. (III CZP 59/98, OSNC 1999/7-8/124), nieistnienie ograniczeń w odniesieniu do możliwości zmiany podstawy faktycznej rozstrzygnięcia sprawy przez sąd drugiej instancji prowadzi do wniosku, iż mimo obowiązywania zasad bezpośredniości i instancyjności, sąd ten zasadniczo może dokonywać ustaleń faktycznych sprzecznych z ustaleniami stanowiącymi podstawę zaskarżonego wyroku, nawet na podstawie zeznań świadków lub stron przesłuchanych wyłącznie w trakcie postępowania pierwszoinstancyjnego, jednak każdorazowo musi tak stosować przepisy kodeksu postępowania cywilnego, ażeby nie doszło do uszczerbku w prawidłowości merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy. Musi więc w swojej działalności harmonizować ogólne (art. 227-315 k.p.c.) i szczególne (art. 381-382 k.p.c.) reguły postępowania dowodowego (por. też postanowienie Sądu Najwyższego z 21 maja 2014r., II CZ 21/14). Zgodnie z postanowieniem Sądu Najwyższego z 28 stycznia 2009r., IV CSK 341/08, Sąd drugiej instancji nie narusza art. 386 § 1 k.p.c., jeżeli zmienia zaskarżone orzeczenie i orzeknie co do istoty sprawy na podstawie oceny, że apelacja jest zasadna. W uzasadnieniu postanowienia podkreślono, że sąd drugiej instancji może zmienić ustalenia faktyczne stanowiące podstawę orzeczenia sądu pierwszej instancji, ma jednak obowiązek dokonać własnej oceny wyników postępowania dowodowego i objąć nią wszystkie przeprowadzone dowody. Również w wyroku z 12 grudnia 2008r., II CSK 387/08 podniesiono, że Sąd drugiej instancji może wydać orzeczenie reformatoryjne po dokonaniu własnych ustaleń na podstawie materiału zebranego w postępowaniu w pierwszej instancji oraz w postępowaniu apelacyjnym. Sąd ten ma jednak nie tylko uprawnienie, ale wręcz obowiązek rozważenia na nowo całego zebranego w sprawie materiału, oraz dokonania jego własnej, samodzielnej i swobodnej oceny, w tym oceny zgromadzonych w postępowaniu przed sądami obu instancji dowodów. Ponadto w wyroku z 4 czerwca 2008r., II PK 323/07 wskazano, że Sąd drugiej instancji może zmienić wyrok sądu pierwszoinstancyjnego mimo braku własnych ustaleń faktycznych, odmiennych od ustaleń Sądu pierwszej instancji. Może to być następstwem odmiennej oceny przez Sąd odwoławczy przeprowadzonych dowodów, może jednak być również konsekwencją dokonania przez sąd drugiej instancji odmiennej oceny materialnoprawnej ustalonych faktów. Sąd drugiej instancji musi więc samodzielnie dokonać jurystycznej oceny dochodzonego żądania i skonfrontowania jej z zaskarżonym orzeczeniem oraz stojącymi za nim motywami; zarzuty mają charakter pomocniczy i nie ograniczają swobody sądu.

Odnosząc powyższe do okoliczności niniejszej sprawy, trzeba zauważyć, że Sąd Okręgowy dokonał nieprawidłowych ustaleń faktycznych, ponieważ pominął okoliczności istotne w sprawie, jak też w rezultacie wyprowadził błędne wnioski. Istota sprawy sprowadzała się do ustalenia, czy ubezpieczona w spornym okresie rzeczywiście prowadziła działalność gospodarczą i tym samym podlegała ubezpieczeniom społecznym z tego tytułu. Słusznie wskazał Sąd Okręgowy, że aby to rozstrzygnąć, należy przesądzić, czy podjęte przez nią niespornie od 13 maja 2013r. czynności w ramach zgłoszonej formalnie do ewidencji działalności gospodarczej spełniają przesłanki działalności gospodarczej w rozumieniu ustawy z 2 lipca 2004r. o swobodzie działalności gospodarczej (j.t.: Dz.U. z 2015r., poz.111). Zgodnie z art. 2 ww. ustawy 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. Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 6 grudnia 1991 r. (III CZP 117/91, OSNCP 1992, Nr 5, poz. 65), wskazał specyficzne cechy działalności gospodarczej, tj.: zawodowy, a więc stały charakter, związaną z nią powtarzalność podejmowanych działań, podporządkowanie zasadzie racjonalnego gospodarowania, uczestnictwo w obrocie gospodarczym. Właściwości cechujące działalność gospodarczą, które powinny występować łącznie to działanie stałe, nieamatorskie i nieokazjonalne, z elementem organizacji, planowania i zawodowości rozumianej jako fachowość, znajomość rzeczy oraz specjalizacja (por. uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 18 czerwca 1991 r. w sprawie o sygn. akt III CZP 40/91, OSNC 1992/2/17, lex numer 3682, tak również "Ustawa o systemie ubezpieczeń społecznych. Komentarz", red. B. Gudowska J. Strusińska-Żukowska, C.H. Beck, Warszawa 2011).

W pierwszej kolejności warto zwrócić uwagę na okoliczności niesporne, wynikające wprost z wpisu do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej (...). Ubezpieczona z dniem 13 maja 2013r. zgłosiła rozpoczęcie działalności gospodarczej, przy czym przeważająca działalność miała polegać na „pozostałych pozaszkolnych formach

edukacji, gdzie indziej niesklasyfikowanych” oraz dodatkowo na innych formach działalności. Warto wskazać, że ocena, czy działalność gospodarcza rzeczywiście jest wykonywana, należy do sfery ustaleń faktycznych, a istnienie wpisu w ewidencji oczywiście nie przesądza o faktycznym prowadzeniu działalności gospodarczej, jednakże wpis ten prowadzi do domniemania prawnego, według którego osoba wpisana do ewidencji, która nie zgłosiła zawiadomienia o zaprzestaniu prowadzenia działalności gospodarczej, jest traktowana, jako prowadząca taką działalność (por. postanowienie Sądu Najwyższego z 18 października 2011r., III UK 43/11, wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 29 stycznia 2013 r., III AUa 802/12, LEX nr 1271809).

Sąd Okręgowy ustalił, że ubezpieczona po dokonaniu wpisu działalności gospodarczej do (...) faktycznie podjęła czynności w ramach zadeklarowanego przedmiotu działalności – w maju i czerwcu 2013r. wystawiła w sumie 15 rachunków za wykonaną usługę – lekcje języka angielskiego i francuskiego, ponadto dokonywała zakupów półproduktów do produkcji biżuterii, wystawiała ją do sprzedaży ( po wyprodukowaniu ) na kiermaszach i w Internecie . Według ustaleń Sądu Okręgowego, w maju 2013r. wartość sprzedanych towarów i usług wyniosła 395 zł., zakup towarów handlowych i materiałów wg cen zakupu wyniósł 121,82 zł., koszty uboczne zakupu 8,50 zł., a w czerwcu 2013r. odpowiednio – sprzedaż : 1475 zł., zakup: 114,36 zł. i koszty uboczne zakupu 8,50 zł. Uznał jednak , że tym ustalonym wyżej czynnościami nie można przypisać przymiotu działalności gospodarczej z powodu ich incydentalności oraz dysproporcji między zadeklarowaną składką na ubezpieczenie społeczne ( 9.225,75 zł. ) , a osiągniętym przychodem z tej działalności, jak też z uwagi na jej podjęcie w zaawansowanej ciąży. Innymi słowy, zdaniem Sądu Okręgowego, działalność ubezpieczonej nie posiada cech koniecznych działalności gospodarczej, jakimi są ciągłość i zarobkowy charakter. Odnosząc się do ustaleń faktycznych Sądu Okręgowego będących podstawą ww. wniosków, należy podnieść, co pominął Sąd Okręgowy, że 20 października 2014r. ubezpieczona złożyła deklaracje korygujące dotyczące podstawy wymiaru składek za sporne miesiące maj - czerwiec 2013r., deklarując minimalną składkę na poziomie 60% prognozowanego przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia (pismo procesowe ZUS z 27 października 2014r. -k.71 akt sprawy). W rezultacie rozważania Sądu Okręgowego odnoszące się do ewentualnych dysproporcji między spodziewanym zyskiem z działalności gospodarczej a zadeklarowaną podstawą wymiaru składek winny odnosić się również do stanu faktycznego z daty wyrokowania, kiedy była to kwota minimalna. Natomiast Sąd pierwszej instancji tę okoliczność w swoich ustaleniach i dalszych rozważaniach pominął. W tym miejscu warto przypomnieć, że w uchwale składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 21 kwietnia 2010 r., II UZP 1/10 (OSNP 2010 nr 21-22, poz. 267) stwierdzono, że Zakład Ubezpieczeń Społecznych nie jest uprawniony do kwestionowania kwoty zadeklarowanej przez osobę prowadzącą pozarolniczą działalność, jako podstawy wymiaru składek na ubezpieczenia społeczne, jeżeli mieści się ona w granicach określonych ustawą o systemie ubezpieczeń społecznych. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały jasno wyłożył, że po stronie płatnika-przedsiębiorcy istnieje uprawnienie do zadeklarowania dowolnej kwoty, w ustawowych granicach, jako podstawy wymiaru składek, jest to jego wyłączna decyzja i jakakolwiek ingerencja w tę sferę ZUS jest niedopuszczalna, niemożliwe jest także kwestionowanie zadeklarowanej podstawy z powołaniem się na art. 58 k.c. czy art. 5 k.c., gdyż deklaracja podstawy wymiaru składek nie jest czynnością prawa cywilnego (zob. także: Maciej Łaga, glosa do uchwały z dnia 21 kwietnia 2010 r., GSP-Prz.Orz. 2010 nr 3-4, s. 189-196). W rezultacie argumentację Sądu Okręgowego odnoszącą się do wysokości zadeklarowanej początkowo składki na ubezpieczenie społeczne na poziomie 9.225,75 zł. należy uznać za chybioną z dwóch powodów – jako niezgodną z ustalonym ostatecznie stanem faktycznym , jak też bezprzedmiotową w świetle cyt. uchwały składu 7 sędziów Sądu Najwyższego.

Wracając do głównego zagadnienia, Sąd Okręgowy zakwestionował stałość i zarobkowy charakter działalności nieprzynoszącej dochodu ( rozumianego jako nadwyżki przychodu nad kosztami ) , a polegającej na udzielaniu lekcji języka angielskiego i francuskiego przez osobę w zaawansowanej ciąży .W istocie samo rozpoczęcie działalności gospodarczej przez kobietę w ciąży, niezależnie od tego, czy jest to ciąża początkowa czy zaawansowana, nie może świadczyć o braku woli do prowadzenia tej działalności. Taka wola każdorazowo podlega badaniu w oparciu o całokształt okoliczności sprawy. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 16 stycznia 2014r., I UK 235/13, podjęcie i prowadzenie działalności gospodarczej w 8 miesiącu ciąży nie stanowi przeszkody do podlegania ubezpieczeniom społecznym w aspekcie wykonywania jej w sposób ciągły (art. 2 ustawy z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej). Zamiaru ciągłego prowadzenia działalności gospodarczej nie podważa przewidywanie jej zawieszenia

ze względu na ciężę albo konieczność opieki nad dzieckiem. W uzasadnieniu wyroku wskazano, że ciągłość w działalności gospodarczej ma dwa aspekty. Pierwszy to powtarzalność czynności, tak aby odróżnić prowadzoną działalność gospodarczą od jednostkowej umowy o dzieło lub zlecenia albo umowy o świadczenie usługi, które same w sobie nie stanowią lub nie składają się jeszcze na działalność gospodarczą. Drugi aspekt, wynikający zresztą z pierwszego, to zamiar niekrótkiego prowadzenia działalności gospodarczej. Oba aspekty zależą od zachowania osoby podejmującej działalność gospodarczą. W przypadku wątpliwości, co do rozpoczęcia i prowadzenia działalności gospodarczej decyduje więc sfera faktów, gdyż również wola czy zamiar strony należą do ustaleń stanu faktycznego w sprawie.

W niniejszej sprawie wybór działalności gospodarczej (lekcje języka obcego czy produkcja biżuterii) czyni go realnym i możliwym do wykonywania przez osobę w ciąży (również zaawansowanej). Potwierdza to też niesporna okoliczność, że prawie do końca ciąży ubezpieczona podejmowała czynności w ramach tej działalności (ostatni rachunek za udzielenie korepetycji z 28 czerwca 2013r., 11 lipca 2013r. urodziła dziecko). Co istotne, zasadnicza działalność była zgodna z posiadanym przez ubezpieczoną wykształceniem (filologia romańska – język angielski i francuski), to z kolei spełnia warunek fachowości. Nadto, jak wynika z kopii podatkowej księgi przychodów i rozchodów za okres do października 2014r. (na k.58-69 akt sprawy), ubezpieczona w 2014r. nadal prowadziła działalność w tym samym zakresie, osiągając przychód w każdym miesiącu (w styczniu -270 zł., w lutym – 412 zł., w marcu- 867 zł., w kwietniu – 934 zł., w maju- 870 zł., w czerwcu-720 zł., w lipcu-1184 zł. w sierpniu-417 zł., we wrześniu- 356 zł.). Powyższe okoliczności, pominięte w ustaleniach Sądu pierwszej instancji, mają o tyle istotne znaczenie, że wskazują, iż ubezpieczona, mimo podjęcia działalności gospodarczej w zaawansowanej ciąży, kontynuowała ją również po urodzeniu dziecka. Podobnie należy ocenić kolejną okoliczność, nieuwzględnioną przez Sąd Okręgowy, dotyczącą regularnego opłacania przez odwołującą się składek na ubezpieczenie społeczne za okres od maja 2013r. do sierpnia 2014r. (wydruk komputerowy z 30 września 2014r. na k.40 akt ZUS). Akcentowany przez Sąd Okręgowy brak cechy stałości działalności gospodarczej, jej incydentalny charakter pozostaje w sprzeczności z ww. okolicznościami faktycznymi - bezspornym kontynuowaniem przez odwołującą się działalności po urodzeniu dziecka i opłacanie z tego tytułu składek na ubezpieczenie społeczne przez kolejny rok. Z załączonej podatkowej księgi przychodów i rozchodów wynika przy tym, że działalność była prowadzona regularnie, przez szereg miesięcy, wykonywane czynności miały powtarzalny i zarobkowy charakter, a jak wyżej wskazano była to działalność w ramach posiadanego wykształcenia, zgodna z zasadą fachowości. Te ustalenia przeczą ocenie Sądu pierwszej instancji, że zamiarem odwołującej się nie było rzeczywiste prowadzenie działalności, tylko uzyskanie tytułu do objęcia ubezpieczeniem społecznym celem skorzystania ze świadczeń przysługujących w związku z urodzeniem dziecka. W tym miejscu warto też zauważyć, że zgodnie z ugruntowanym poglądem judykatury podjęcie zatrudnienia (czy jak w tym wypadku działalności gospodarczej) nawet gdyby głównym motywem było uzyskanie świadczeń z ubezpieczeń społecznych nie jest naganne, ani tym bardziej sprzeczne z prawem, jeżeli praca ta była faktycznie wykonywana (por. wyrok S.N. z dnia 6 lutego 2006 r. w sprawie III UK 156/05, publik. LEX nr 272549,2 sierpnia 2006 r., I UK 61/06, LEX nr 1001285). W ocenie Sądu pierwszej instancji, nie można uznać, że działalność gospodarcza była faktycznie wykonywana również dlatego (obok braku ciągłości), że nie miała charakteru zarobkowego. Niski przychód osiągany w ramach działalności powiązany z małą ilością udzielanych lekcji i sprzedanej biżuterii oraz przyjęcie nadmiernie wysokiej podstawy wymiaru składek na ubezpieczenie, zdaniem Sądu Okręgowego, przeczy zasadom ekonomii. Należy zgodzić się z Sądem pierwszej instancji, że z treści art.2 cyt. ustawy o swobodzie działalności gospodarczej wynika wprost, że świadczenie usług czy działalność wytwórcza (jak w niniejszej sprawie) winny być wykonywane w wyraźnym celu zarobkowym, a więc powinien jej towarzyszyć (po stronie usługodawcy, wytwórcy) jednoznaczny zamiar wypracowywania (osiągania) konkretnych zysków (wymiernych korzyści majątkowych). Ów cel zarobkowy (przejawiający się między innymi, choć niewyłącznie, przez odpłatność wykonywanych świadczeń) pozwala uznać daną działalność za aktywność ekonomiczną (por. wyrok Sądu Najwyższego z 25 kwietnia 2013r., I UK 604/12). Zarobkowy charakter działalności oznacza zatem, że zamiarem (celem) jej podjęcia jest osiągnięcie zysku, ale nie można z tego wywodzić, że brak zysku (strata) oznacza, że określona działalność, spełniająca warunki z cyt. art.2, nie może być uznana za działalność gospodarczą. Reasumując, o zarobkowym charakterze działalności gospodarczej, wykonywanej w sposób zorganizowany i ciągły, świadczy zamiar osiągnięcia konkretnych zysków, czego przejawem w niniejszej sprawie jest przede wszystkim świadczenie cyklicznych odpłatnych usług przez znaczący okres czasu oraz

działalność wytwórcza nakierowana na sprzedaż wykonanych produktów, a rezultatem – osiągnięty przychód . W tej sytuacji trzeba przyjąć, że w spornym okresie ubezpieczona prowadziła pozarolniczą działalność gospodarczą i dlatego nie ma podstaw faktycznych ani prawnych do skutecznego zakwestionowania tytułu do objęcia jej z dniem 13 maja 2013r. obowiązkowo ubezpieczeniami: emerytalnym, rentowymi, wypadkowym , stosownie do art. 6 ust. 1 pkt 5 i art. 12 ust. 1 oraz art. 13 pkt 4 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych oraz dobrowolnym ubezpieczeniem chorobowym w oparciu o art.11 ust 2 cyt. ustawy.

Mając na uwadze powyższe na podstawie art.386§ 1 k.p.c. , jak też przy uwzględnieniu art.477<sup>14</sup>§2 k.p.c. należało zmienić zaskarżony wyrok oraz poprzedzającą go decyzję organu rentowego i orzec , jak w sentencji. W przedmiocie kosztów postępowania Sąd Apelacyjny orzekł stosownie do zasady odpowiedzialności za wynik procesu wyrażonej w art. 98 § 1 k.p.c., zasądzając od organu rentowego na rzecz odwołującej się zwrot poniesionych kosztów stosownie do art.36 ustawy z 28 lipca 2005r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych ( j.t: Dz.U. z 2010, Nr90, poz.594 ze zm.) .