

Sygn. akt III AUa 564/18

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 grudnia 2018 r.

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

Przewodniczący: SSA Dorota Rzeźniowiecka

Sędziowie: SSA Anna Szczepaniak-Cicha (spr.)

SSA Iwona Szybka

Protokolant: sekr. sąd. Kamila Zientalak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 grudnia 2018 r. w Ł.

sprawy J. G. (1)

przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddział w P.

o podleganie polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych

na skutek apelacji J. G. (1)

od wyroku Sądu Okręgowego w Płocku

z dnia 1 marca 2018 r. sygn. akt VI U 1189/17

- 1. uchyla zaskarżony wyrok oraz poprzedzającą go decyzję organu rentowego i sprawę przekazuje do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w P. do ponownego rozpoznania;**
- 2. zasądza od Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w P. na rzecz J. G. (1) kwotę 240 (dwieście czterdzieści) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.**

Sygn. akt III AUa 564/18

UZASADNIENIE

W dniu 20 lipca 2016 r. J. G. (1) wystąpił do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w P. o wydanie zaświadczenia o ustawodawstwie właściwym dla osoby, która wykonuje działalność na własny rachunek w dwóch lub więcej państwach członkowskich UE, obejmującego okres od 25 lipca 2016 r. do 24 lipca 2017 r. W dniu 25 lipca 2016 r. Zakład Ubezpieczeń Społecznych wydał J. G. (2) zaświadczenie (formularz A1) potwierdzające, że dla wnioskodawcy we wskazanym okresie w zakresie zabezpieczenia społecznego właściwe jest ustawodawstwo polskie. Zaświadczenie to organ rentowy przesłał do wiadomości niemieckiej i szwedzkiej instytucji ubezpieczeniowej. Następnie ZUS wezwał wnioskodawcę do złożenia dokumentów potwierdzających zakres działalności na terenie poszczególnych państw. Badając złożone dokumenty Zakład nie kontaktował się z instytucjami ubezpieczeniowymi na terenie innych państw.

Decyzją z dnia 25 września 2017 r. Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w P. uchylił zaświadczenie z dnia 25 lipca 2016 r. oraz stwierdził, że dla wnioskodawcy w okresie od 25 lipca 2016 r. do 24 lipca 2017 r. właściwe jest

ustawodawstwo niemieckie. W uzasadnieniu ZUS wskazał, że normalną pracą najemną wnioskodawca wykonywał na terenie Niemiec, zaś praca na terenie Polski miała charakter marginalny.

Decyzją z dnia 17 listopada 2017 r. Zakład zmienił decyzję z dnia 25 września 2017 r. i uchylił zaświadczenie A1 potwierdzające, że w okresie od 25 lipca 2016 r. do 24 lipca 2017 r. do wnioskodawcy zastosowanie znajdowało ustawodawstwo polskie oraz stwierdził, że J. G. (1) nie podlegał ustawodawstwu polskiemu w okresie od 25 lipca 2016 r. do 24 lipca 2017 r. Decyzja ta wydana została na podstawie art. 83a ust. 1 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych.

J. G. (1) w odwołaniu z dnia 25 października 2017 r. zakwestionował decyzję Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddziału w P. z dnia 25 września 2017 r., zaś w odwołaniu z dnia 22 grudnia 2017 r. zakwestionował decyzję Zakładu z dnia 17 listopada 2017 r.

Zakład Ubezpieczeń Społecznych domagał się oddalenia odwołań.

Postanowieniem z dnia 2 lutego 2018 r. Sąd Okręgowy połączył do wspólnego rozpoznania i rozstrzygnięcia sprawy o sygn. akt VI U 89/18 i VI U 1189/17, zarządzając wspólne ich prowadzenie pod sygn. akt VI U 1189/17.

Sąd Okręgowy w Płocku wyrokiem z dnia 1 marca 2018 r. oddalił oba odwołania J. G. (1).

Sąd Okręgowy ustalił, że J. G. (1) we wniosku o wydanie zaświadczenia potwierdzającego zastosowanie polskich przepisów w zakresie ustawodawstwa właściwego z dnia 20 lipca 2016 r. oszacował, że obrót/dochód w Polsce będzie kształtował się na poziomie 55%, czas pracy 55% a liczba świadczonych usług 6 w Niemczech obrót/dochód 45%, czas pracy 45%, liczba świadczonych usług 6, w Szwecji obrót/dochód 3%, czas pracy 3%, liczba świadczonych usług 1 i w Danii obrót/dochód 2%, czas pracy 2%, liczba świadczonych usług 1. Jednocześnie wnioskodawca oświadczył, że miejscem zamieszkania jest M. (...).

J. G. (1) na podstawie umowy o świadczenie usług zawartej 8 lipca 2016 r. z firmą (...) zajmował się organizacją zbiórki odzieży używanej na terenie Niemiec, Szwecji i Danii. Umowa została zawarta na czas nieokreślony. W umowie z dnia 29 lipca 2016 r., nr (...), za wykonanie prac na terenie Niemiec strony ustaliły kwotę 13.293,31 zł, z dnia 8 sierpnia 2016 r., nr (...), strony ustaliły za wykonanie prac na terenie Szwecji kwotę 615,00 zł, z dnia 21 września 2016 r., nr (...), strony ustaliły za wykonanie prac na terenie Niemiec kwotę 13940,40 zł, z dnia 16 listopada 2016 r., nr (...), za wykonanie prac na terenie Niemiec strony ustaliły kwotę 13.767,32 zł, z dnia 28 grudnia 2016 r., nr (...), za wykonanie prac na terenie Niemiec strony ustaliły kwotę 7.667,38 zł, z dnia 25 lutego 2017 r., nr (...), za wykonanie prac na terenie Niemiec strony ustaliły kwotę 10.885,33 zł, z dnia 22 kwietnia 2017 r., nr (...), za wykonanie prac na terenie Niemiec strony ustaliły kwotę 13.755,21 zł, z dnia 17 czerwca 2017 r., nr (...), za wykonanie prac na terenie Niemiec strony ustaliły kwotę 8.115,45 zł.

Po wydaniu decyzji o ustaleniu jako właściwego ustawodawstwa niemieckiego, Zakład Ubezpieczeń Społecznych w dniu 22 sierpnia 2017 r. zwrócił się do Urzędu Skarbowego w S. z wnioskiem o podanie wysokości obrotów J. G. (1) z deklaracji VAT 7 w okresie od 1 lipca 2016 r. do 31 lipca 2017 r. z rozbiciem na obroty osiągnięte w Polsce i za granicą w poszczególnych krajach w poszczególnych miesiącach. Urząd Skarbowy przesłał informację, że J. G. (1) dokonywał rejestracji jako podatnik VAT w okresie od 1 sierpnia 2015 r. Odwołujący składał deklaracje dla podatku od towarów i usług (...) od miesiąca sierpnia 2015 r. do sierpnia 2016 r. W deklaracjach uwzględnione były kwoty dostaw towarów oraz usług tylko na podstawie faktur wystawionych na rzecz nabywcy J. A..

J. G. (1) do odwołania załączył aneks do umowy świadczenia usług na terenie Niemiec, Szwecji i Danii z dnia 1 sierpnia 2016 r. zawarty z firmą (...), w którym rozszerzył zakres świadczonych usług o prace przygotowawcze świadczone na terenie Polski. Ponadto złożył noty korygujące, w których wpisał dodatkowo treść „prace przygotowawcze na terenie Polski w okresie 15-17.08.2016r. oraz od 15-16.09.2016r. Prace przygotowawcze w Polsce w każdym miesiącu zajmowały 5 dni, zaś w pozostałe dni w miesiącu J. G. (1) wykonywał zbiórkę odzieży używanej na terenie Niemiec. Prace przygotowawcze w Polsce polegały na poznawaniu tras, na których znajdowały się kontenery. Sąd ustalił, że trasy

i miejsca wnioskodawca ustalał wspólnie z J. A. trzy dni przed wyjazdem a następnie dwa dni po przyjeździe rozliczał się z J. A. z wykonanej pracy. Praca odwołującego polega głównie na opróżnianiu kontenerów i wywożeniu odzieży do bazy w Niemczech. Czasami w razie potrzeby odwołujący w bazie w Niemczech naprawiał kontenery. Powyższe zadania odwołujący wykonywał od poniedziałku do piątku. Sporadycznie zbiórki odzieży dokonywał w Danii lub Szwecji.

Powyższy stan faktyczny Sąd Okręgowy ustalił na podstawie dokumentów zgromadzonych w aktach organu rentowego, aktach sprawy oraz w oparciu o zeznania J. A. i zeznania odwołującego.

Sąd podkreślił, że spór w sprawie dotyczył ustalenia, czy odwołujący wykonywał znaczną część działalności w Polsce, czy też w innym kraju członkowskim Unii Europejskiej. Od tych ustaleń zależne jest bowiem podleganie przez skarżącego obowiązkowym ubezpieczeniom społecznym z tytułu pozarolniczej działalności gospodarczej.

J. G. (1) występując o wydanie zaświadczenia o ustawodawstwie właściwym zadeklarował, że 55% usług i 55% obrotu będzie wykonywał i osiągał na terytorium RP. Natomiast z przedstawionych faktur i faktur korygujących opisanych w stanie faktycznym wynika, że wnioskodawca większość usług wykonywał w Niemczech. Na 5 dni pracy tzw. czynności przygotowawcze do wyjazdów obejmowały trzy dni ustalania trasy w jednym miesiącu i dwa dni na rozliczenia usługi między stronami. Wynika z tego, że czynności w Polsce miały charakter marginalny dla wykonywanych usług. Sąd stwierdził, że czynności wprowadzone aneksem z dnia 1 sierpnia 2016 r. miały na celu zapewnienie wykonawcy prawidłowe wykonanie umowy, planowanie, zapoznanie się z kontenerami, sprawdzenie stanu technicznego, przy czym rozliczenie wyjazdu i wykorzystanych materiałów to czynności związane z prowadzeniem księgowości przez przedsiębiorcę. Ponadto czynności te, jak przyjął organ rentowy, z pewnością nie stanowią 25% wartości zlecenia. Odwołujący nie wykonywał żadnej innej działalności w Polsce oprócz tych prac, które wynikały z umowy z J. A..

W tak ustalonych stanie faktycznym Sąd zważył, że odwołania od obu decyzji nie są zasadne. Zgodnie z art. 13 ust. 2 rozporządzenia 883/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego z 29 kwietnia 2004 r. (Dz.U.UE L z 30.04.2004 r.) osoba, która normalnie pracuje na własny rachunek w dwóch lub w kilku państwach członkowskich podlega:

- ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym ma miejsce zamieszkania, jeżeli wykonuje znaczną część swojej pracy w tym państwie członkowskim;
- ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym znajduje się centrum zainteresowania dla jej działalności, jeżeli nie ma ona miejsca zamieszkania w jednym z państw członkowskich, w którym wykonuje znaczną część swojej pracy.

Charakter wykonywanej przez wnioskodawcę pracy - zbiórka odzieży używanej - dotyczył wyłącznie pracy za granicą. Główna aktywność przedsiębiorcy był nakierowana na usługi w Niemczech. W Polsce wykonywał on tylko czynności przygotowawcze, które jakkolwiek były bardzo pomocne dla wykonywanej działalności, to jednak miały charakter organizacyjny, a faktyczna działalność skupiona była na terenie Niemiec. Praca o charakterze marginalnym oraz praca pomocnicza, które mają niewielkie znaczenie pod względem czasu oraz zysku ekonomicznego, a takie były wykonywane przez odwołującego na terenie Polski, nie dają podstawy do stosowania ustawodawstwa państwa członkowskiego, w którym ma miejsce zamieszkania, bowiem nie wykonywał znacznej części swojej pracy w tym państwie członkowskim.

W związku z tym, że J. G. (1) wykonywał działalność gospodarczą głównie na terenie Niemiec, to nie jest podmiotem, który normalnie wykonuje pracę najemną w dwóch lub kilku Państwach Członkowskich. W związku z tym nie spełnia warunków do podlegania polskiemu ustawodawstwu i potwierdzenia formularza A1 na podstawie art. 13 ust. 2 Rozporządzenia Parlamentu i Rady (WE) Nr 883/2004. Biorąc powyższe pod uwagę na podstawie art.477¹⁴ §1 k.p.c. Sąd Okręgowy odwołanie oddalił.

Apelację od tego wyroku w całości wywiódł J. G. (1), zastąpiony profesjonalnie, formułując zarzut naruszenia art. 13 ust. 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 833/2004 z dnia 29 kwietnia 2004r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego poprzez jego niezastosowanie w związku z przyjęciem, że

ubezpieczony wykonywał działalność gospodarczą głównie na terenie Niemiec, a w konsekwencji nie spełniał warunków do podlegania ustawodawstwu polskiemu i potwierdzenia formularza A1.

Wskazując na powyższe wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i poprzedzających go decyzji organu rentowego z dnia 25 września 2017 r. i z dnia 17 listopada 2017 r. uchylających zaświadczenie A1 i potwierdzających, że w okresie od 25 lipca 2016 r. do 24 lipca 2017 r. zastosowanie znajdowało ustawodawstwo polskie w zakresie zabezpieczenia społecznego oraz stwierdzających, że ubezpieczony nie podlegał ustawodawstwu polskiemu w okresie od 25 lipca 2016 r. do 24 lipca 2017 r. Wniósł także o zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny w Łodzi zważył, co następuje:

Apelacja ubezpieczonego okazała się skuteczna, prowadząc do rozstrzygnięcia kasatoryjnego.

Ustalanie właściwego ustawodawstwa w zakresie zabezpieczenia społecznego dla osób wykonujących pracę najemną na terenie Unii Europejskiej odbywa się na podstawie przepisów rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz.U.U.E. (...).166.1, Dz.U.U.E-sp.05-5-72 - rozporządzenie podstawowe) oraz rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r. dotyczącego wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz.U.U.E. (...).284.1 - rozporządzenie wykonawcze).

Koordynacja systemów zabezpieczenia społecznego państw członkowskich Unii Europejskiej opiera się na zasadzie, według której osoby przemieszczające się na terytorium Unii podlegają systemowi zabezpieczenia społecznego tylko jednego państwa członkowskiego - art. 11 rozporządzenia podstawowego. Z tego względu art. 13 ust. 3 rozporządzenia podstawowego zawiera normę kolizyjną, wskazującą na ustawodawstwo właściwe dla ubezpieczenia społecznego osoby normalnie wykonującej pracę najemną i pracę na własny rachunek w różnych państwach członkowskich, zgodnie z którą osoba, która normalnie wykonuje pracę najemną i pracę na własny rachunek w różnych państwach członkowskich podlega ustawodawstwu państwa członkowskiego, w którym wykonuje swą pracę najemną, z zastrzeżeniem wynikającym z art. 14 ust. 5b rozporządzenia wykonawczego, a mianowicie takim, że praca o charakterze marginalnym nie będzie brana pod uwagę do celów określenia mającego zastosowanie ustawodawstwa. Praca o dodatkowym i marginalnym charakterze, która pod względem czasu i osiąganego zysku jest nieznaczna, nie powinna być uwzględniana przy określaniu mającego zastosowanie ustawodawstwa na podstawie Tytułu II rozporządzenia podstawowego.

W celu zastosowania zasady wyrażonej w art. 13 ust. 3 rozporządzenia podstawowego, przepis art. 16 rozporządzenia wykonawczego określa procedurę postępowania wyznaczonych instytucji ubezpieczeniowych zainteresowanych państw członkowskich. Z art. 14 ust. 5b rozporządzenia wykonawczego wynika, że wydanie w sprawach koordynacji decyzji tymczasowej nie musi uwzględniać wniosku ubezpieczonego, a korzystne rozstrzygnięcie (o ustawodawstwie państwa wnioskodawcy) następuje tylko wtedy, gdy praca w tym państwie nie cechuje się charakterem marginalnym. Ostateczną decyzję wydaje instytucja ubezpieczenia społecznego kraju, w którym złożono wniosek o ustalenie właściwego ustawodawstwa, ale w takiej sprawie powinno najpierw dojść do ustalenia właściwego ustawodawstwa w drodze decyzji tymczasowej, doręczonej właściwemu organowi zagranicznemu na podstawie art. 16 ust. 1 rozporządzenia wykonawczego. Dopiero po zaakceptowaniu (również milczącym) przez zagraniczną instytucję ubezpieczeniową decyzji tymczasowej lub przeprowadzeniu wzajemnych uzgodnień w drodze procedury concyliacji, możliwe jest wydanie decyzji ostatecznej. Stwierdzenia spełnienia warunków ubezpieczenia społecznego oraz marginalnego charakteru pracy najemnej w systemie prawnym państwa wykonywania pracy, podlegającym koordynacji na podstawie rozporządzenia podstawowego, dokonują organy właściwe do stosowania tego prawa. Nie może budzić wątpliwości, że instytucja miejsca zamieszkania osoby ubiegającej się o ustalenie ubezpieczenia społecznego w innym państwie może powziąć wątpliwości co do określenia mającego zastosowanie ustawodawstwa z uwagi na marginalny charakter takiej pracy w jednym z państw unijnych, lecz trzeba podkreślić, że może chodzić jedynie o wątpliwości co do określenia ustawodawstwa mającego zastosowanie do ubezpieczonego, z uwzględnieniem art. 13 rozporządzenia podstawowego i odpowiednich przepisów art. 14 rozporządzenia wykonawczego. Jak wyłożył

Sąd Najwyższy w motywach wyroku z dnia 22 sierpnia 2018 r., III UK 115/17, wątpliwości tych instytucja miejsca zamieszkania ubezpieczonego nie może sama rozstrzygać, lecz musi dostosować się do trybu rozwiązywania sporów co do ustalenia ustawodawstwa właściwego, wskazanego w szczególności w art. 6, 15 oraz 16 rozporządzenia wykonawczego, które to przepisy nakazują zwrócić się, w przypadku istnienia wątpliwości bądź rozbieżności, do instytucji innego państwa członkowskiego. Poinformowanie przez osobę wykonującą pracę w dwóch lub więcej państwach członkowskich instytucji wyznaczonej przez właściwą władzę państwa członkowskiego, w którym ma miejsce zamieszkania, jest podstawą do niezwłocznego, lecz tylko wstępnego i tymczasowego ustalenia dla niej ustawodawstwa właściwego, stosownie do zasad kolizyjnych ustalonych w art. 13 rozporządzenia podstawowego. O tymczasowym określeniu prawa, według którego obejmuje się tę osobę ubezpieczeniem społecznym, instytucja miejsca zamieszkania ubezpieczonego informuje wyznaczone instytucje państwa, w którym wykonywana jest praca. Od tej chwili biegnie dwumiesięczny termin, w którym przynajmniej jedna z zainteresowanych instytucji może poinformować instytucję miejsca zamieszkania o niemożności zaakceptowania ustalonego ustawodawstwa lub o swojej odmiennej opinii w tej kwestii. Gdy to nie nastąpi, tymczasowe określenie ustawodawstwa staje się ostateczne (Legalis nr 1832865; zob. także wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 czerwca 2017 r., II UK 179/17, LEX nr 25010202). Przyjmuje się przy tym, że „wspólne porozumienie” w rozumieniu art. 16 ust. 2 rozporządzenia wykonawczego może polegać na poinformowaniu przez instytucję miejsca świadczenia pracy o swoim stanowisku odnośnie do nieistnienia ważnego tytułu do ubezpieczenia społecznego na terytorium jej państwa, wydaniu przez instytucję właściwą miejsca zamieszkania decyzji (o charakterze tymczasowym - w trybie art. 16 ust. 2) o stosowaniu ustawodawstwa krajowego i zaakceptowaniu (nawet milczącym) tej decyzji przez instytucję właściwą dla miejsca świadczenia pracy (niewniesienie zastrzeżeń).

Gdy zaś chodzi o „pracę marginalną”, to wykonywanie pracy za granicą w rozmiarze kilku godzin w okresie miesiąca było już niejednokrotnie oceniane w judykaturze jako niewątpliwie stanowiące pracę o charakterze marginalnym (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 września 2017 r., I UK 328/16, Legalis nr 1692565). Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 13 lipca 2017 r., C-89/16, Radosław Szoja v. S. poisťovňa ((...)) wyjaśnił, że „wykładni art. 13 ust. 3 rozporządzenia (WE) nr 883/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego, zmienionego rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr (...) z dnia 22 maja 2012 r., należy dokonywać w ten sposób, że w celu określenia ustawodawstwa krajowego mającego zastosowanie na podstawie tego przepisu do osoby takiej jak skarżący w postępowaniu głównym, który zwykle wykonuje pracę najemną i prowadzi działalność na własny rachunek w różnych państwach członkowskich, należy wziąć pod uwagę wymogi ustanowione w art. 14 ust. 5b oraz w art. 16 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r. dotyczącego wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/2004, zmienionego rozporządzeniem nr 465/2012”. A zatem dokonywana przez właściwe instytucje ocena charakteru pracy najemnej jako marginalnej w rozumieniu art. 14 ust. 5b rozporządzenia wykonawczego w niczym nie uchybia regułom kolizyjnym wyrażonym w art. 13 ust. 1 i 3 rozporządzenia podstawowego.

Zważyć przy tym należy, że z zasady terytorialności wynika niedopuszczalność oceny stosunku prawnego, stanowiącego tytuł ubezpieczenia społecznego w innym państwie członkowskim przez instytucję miejsca zamieszkania osoby wnoszącej o ustalenie właściwego ustawodawstwa. Pogląd ten jest w judykaturze ugruntowany (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 czerwca 2013 r., II UK 333/12, OSNP 2014 nr 3, poz. 47, wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 26 kwietnia 2018 r., III AUa 162/18, LEX nr 2507703). Instytucja miejsca zamieszkania może zatem wydać decyzję, że ustala ustawodawstwo właściwe jej państwa członkowskiego, albo decyzję stwierdzającą, że ustawodawstwo jej państwa nie jest właściwe (tak K. Ś. „Ustalanie ustawodawstwa tymczasowego na podstawie rozporządzeń 883/2004 oraz 987/2009”, (...) 2014 nr 7). Polski organ rentowy, jako instytucja właściwa według miejsca zamieszkania danej osoby, nie ma zatem kompetencji do samodzielnej oceny spełnienia warunków objęcia tej osoby ubezpieczeniem społecznym w innym państwie członkowskim z tytułu wykonywania tam pracy najemnej. Innymi słowy, do organu rentowego, jak i do sądu polskiego, należy ustalenie, czy osoba uprawniona podlega ubezpieczeniu społecznemu w Polsce, a nie ustalenie, czy zachodzą podstawy faktyczne i prawne do objęcia jej ubezpieczeniem społecznym w innym państwie członkowskim.

Wniosek o ustalenie ustawodawstwa właściwego oznacza z zasady poddanie tej kwestii procedurze przewidzianej w art. 16 rozporządzenia wykonawczego, której efektem jest wspólne porozumienie państw członkowskich, zapobiegające podwójnemu (lub wielokrotnemu) podleganiu ubezpieczeniu społecznemu albo nieobjęciu ubezpieczeniem w żadnym państwie członkowskim. Natomiast jeśli intencją zainteresowanego jest uzyskanie potwierdzenia podlegania wskazanemu przez niego ustawodawstwu, to temu służy wniosek o wydanie poświadczenia na formularzu A1, którego podstawę stanowi art. 19 ust. 2 rozporządzenia wykonawczego. Przepis ten stanowi, że na wniosek zainteresowanego lub pracodawcy instytucja właściwa państwa członkowskiego, którego ustawodawstwo ma zastosowanie zgodnie z przepisami tytułu II rozporządzenia podstawowego, poświadcza, że to ustawodawstwo ma zastosowanie oraz w stosownych przypadkach wskazuje, jak długo i na jakich warunkach ma ono zastosowanie. Ocena takiego wniosku należy zatem do organów i instytucji właściwych tego państwa członkowskiego, którego ustawodawstwo ma być zastosowane (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 kwietnia 2017 r., II UK 248/16, Legalis nr 1618096).

Taki właśnie wniosek złożył J. G. (1) w dniu 20 lipca 2016 r. i Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w P., na mocy art. 19 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 987/2009, wydał ubezpieczonemu potwierdzenie zastosowania do niego we wskazanym okresie ustawodawstwa polskiego. W prawie wspólnotowym nie ma żadnych przepisów uniemożliwiających organowi rentowemu, wskutek ujawnienia nowych okoliczności, zmianę stanowiska w zakresie stosowania ustawodawstwa właściwego. Przepis art. 5 ust. 1 rozporządzenia wykonawczego wprost stanowi, że dokumenty poświadczające sytuację danej osoby są akceptowane przez instytucje pozostałych państw tak długo, jak długo nie zostaną wycofane lub uznane za nieważne przez państwo członkowskie, w którym zostały wydane.

Decyzją z dnia 25 września 2017 r. (...) Oddział w P. uchylił zaświadczenie A1 wydane wnioskodawcy w dniu 25 lipca 2016 r., z powołaniem się na art. 83a ust. 1 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1778). Jak stwierdzono wyżej, uchylenie zaświadczenia A1 mieści się w kompetencjach Zakładu. Jednocześnie jednak ZUS decyzją z dnia 25 września 2017 r. stwierdził, że dla J. G. (1) właściwe jest ustawodawstwo niemieckie. Zakład Ubezpieczeń Społecznych nie wszczął przy tym procedury koncyliacyjnej przewidzianej w art. 16 rozporządzenia wykonawczego z niemiecką instytucją ubezpieczeniową i w wyniku własnych ustaleń wydał decyzję stwierdzającą, że dla wnioskodawcy właściwe jest ustawodawstwo niemieckie, ponieważ pracę wykonywaną w Polsce ocenił jako marginalną. Jednakże instytucja miejsca zamieszkania może tylko wydać decyzję, że ustala ustawodawstwo właściwe jej państwa członkowskiego (w rozpatrywanym przypadku - ustawodawstwo polskie) albo decyzję ustalającą, że ustawodawstwo jej państwa nie jest właściwe. Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w P. zapewne z tego powodu zmienił decyzję z dnia 25 września 2017 r. przez stwierdzenie w punkcie drugim decyzji z dnia 17 listopada 2017 r., że w okresie od 25 lipca 2016 r. do 24 lipca 2017 r. J. G. (1) nie podlegał ustawodawstwu polskiemu. Mimo to, w ocenie Sądu Apelacyjnego, decyzja z dnia 17 listopada 2017 r. nie może się ostać jako prawidłowa.

Okoliczności sprawy świadczą, że organ rentowy po wydaniu J. G. (1) zaświadczenia o podleganiu ustawodawstwu polskiemu przeprowadził postępowanie wyjaśniające, gdyż miał wątpliwości co do zasadności wydanego poświadczenia ustawodawstwa. W efekcie tego postępowania ZUS doszedł do wniosku, że skoro ubezpieczony wykonywał pracę głównie na terenie Niemiec, to nie ma do niego zastosowania art. 13 rozporządzenia wykonawczego, dotyczący pracy na terenie kilku państw członkowskich, ale art. 11 ust. 3 tego rozporządzenia, zgodnie z którym osoba wykonująca pracę na terenie państwa członkowskiego podlega ustawodawstwu tego państwa. Sąd Okręgowy stanowisko to zaaprobował.

Problem, czy w sytuacji, gdy organ rentowy po przeprowadzeniu kontroli dochodzi do wniosku, że poprzednio wydane zaświadczenie jest nieprawidłowe i ubezpieczony nie powinien podlegać polskiemu systemowi ubezpieczeń społecznych, może samodzielnie wydać decyzję stwierdzającą, że osoba ta nie podlega polskiemu systemowi ubezpieczeń społecznych bez wszczęcia procedury koordynacji, o której mowa w art. 16 rozporządzenia podstawowego, stanowił już przedmiot analiz w judykaturze. W postanowieniu z dnia 20 października 2016 r., I UZ 22/16, Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że Zakład Ubezpieczeń Społecznych oraz sąd ubezpieczeń społecznych są

pozbawieni kompetencji do samodzielnej oceny stosunku prawnego stanowiącego tytuł ubezpieczenia społecznego w innym państwie członkowskim wobec osoby wnoszącej o ustalenie właściwego ustawodawstwa. Instytucja miejsca zamieszkania osoby ubiegającej się o ustalenie ubezpieczenia społecznego w innym państwie może powziąć wątpliwości co do określenia mającego zastosowanie ustawodawstwa, lecz może chodzić tylko o wątpliwości co do określenia ustawodawstwa właściwego, z uwzględnieniem art. 13 rozporządzenia podstawowego i odpowiednich przepisów art. 14 rozporządzenia wykonawczego, czyli wątpliwości co do tego, czy osoba wnosząca o ustalenie prawa właściwego jest objęta systemem zabezpieczenia społecznego w więcej niż jednym państwie członkowskim. Sąd Najwyższy stwierdził, że wątpliwości tych instytucja miejsca zamieszkania wnioskodawcy nie może rozstrzygać sama, lecz musi dostosować się do trybu rozwiązywania sporów w zakresie ustalania ustawodawstwa właściwego, wskazanego w art. 6, art. 15 oraz art. 16 rozporządzenia wykonawczego, które w razie wątpliwości nakazują zwrócić się do instytucji innego państwa członkowskiego. Instytucje współdziałających państw niezwłocznie dostarczają lub wymieniają między sobą wszystkie dane niezbędne dla ustanowienia i określenia praw i obowiązków osób, do których ma zastosowanie rozporządzenie podstawowe. Zastosowanie ma również decyzja Nr (...) Komisji Administracyjnej w sprawie ustanowienia procedury dialogu i koncyliacji w zakresie ważności dokumentów, określenia ustawodawstwa właściwego oraz udzielania świadczeń na mocy rozporządzenia wykonawczego (LEX nr 2159129, zob. również wyroki Sądu Najwyższego z dnia 6 czerwca 2013 r., II UK 333/12, OSNP 2014 nr 3, poz. 47; z dnia 11 września 2014 r., II UK 587/13, LEX nr 1545145).

Pogląd ten Sąd Najwyższy podtrzymał w sprawie II UZ 109/17. W uzasadnieniu postanowienia z dnia 19 grudnia 2017 r. podkreślił, iż w dotychczas badanych stanach faktycznych osoby, które wnosili o ustalenie podlegania polskiemu systemowi ubezpieczeń społecznych świadczyły pracę czy też innego rodzaju usługi na terenie innych państw członkowskich na podstawie zawieranych tam umów z tamtejszymi przedsiębiorcami, a zatem umowy te w istocie mogły być przedmiotem badania organów ubezpieczeniowych tych państw członkowskich. Natomiast w przywołanej sprawie (podobnie jak w sprawie niniejszej) wszystkie umowy zawierano na terenie Polski z polskim przedsiębiorcą, a zatem niemiecki organ ubezpieczeniowy nie byłby nawet w stanie zweryfikować prawdziwości zgłaszanych tytułów ubezpieczenia. W takiej sytuacji wątpliwości, które powstały po wydaniu przez polski organ rentowy poświadczenia polskiego ustawodawstwa, nie mogą być rozstrzygane przez polski organ rentowy samodzielnie. Taka sytuacja byłaby sprzeczna z zasadami koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego, z których wynika niedopuszczalność pozostawienia osoby poza jakimkolwiek systemem ubezpieczeń. Właśnie aby wykluczyć możliwość takich przypadków wprowadzono wymóg wzajemnych uzgodnień między instytucjami ubezpieczeniowymi państw członkowskich. Organ rentowy nie może bowiem pominąć sytuacji jaką sam stworzył wydając zaświadczenie na formularzu A1, które zawiera kluczową informację dla instytucji zabezpieczania społecznego w innych państwach członkowskich, że dana osoba podlega już ubezpieczeniom społecznym w Polsce. Jeżeli po wydaniu takiego zaświadczenia organ rentowy nabiera wątpliwości co rzeczywistego świadczenia usług (wykonywania pracy) na terenie Polski i podlegania ubezpieczeniom społecznym w Polsce, rozstrzygnięcie tych wątpliwości musi nastąpić w ramach współpracy z organami odpowiedniego państwa członkowskiego, które muszą mieć świadomość co do zmiany sytuacji wynikającej z wydanego wcześniej zaświadczenia A1 osoby podlegającej ubezpieczeniom. Zmiana stanowiska polskiego organu rentowego podjęta samodzielnie w tak istotnej kwestii jest niedopuszczalna, wymaga ona współpracy z instytucją właściwą w drugim państwie członkowskim, która może zakwestionować stanowisko ZUS, a w przypadku, gdy je podzieli, może wszcząć postępowanie o zapłatę zaległych składek (LEX nr 2427167). Sąd Apelacyjny stanowisko to w pełni podziela i uznaje za adekwatne dla rozstrzygnięcia sprawy niniejszej.

Przypomnieć należy, że regulacja dotycząca pracy marginalnej wprowadzona została do rozporządzenia wykonawczego rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr (...) z dnia 22 maja 2012 r. (Dz.U.U.E.L. 2012 nr 149, poz. 4). W myśl dodanego art. 14 ust. 5b rozporządzenia wykonawczego, praca o charakterze marginalnym nie będzie brana pod uwagę do celów określenia mającego zastosowanie ustawodawstwa na mocy art. 13 rozporządzenia podstawowego. Zatem konsekwencją ustalenia pracy jako marginalnej jest przyjęcie, że choć w praktyce wykonywana jest praca w dwóch państwach członkowskich, to osoba zainteresowana nie jest uznawana za normalnie wykonującą pracę w dwóch państwach członkowskich i związku z tym nie jest objęta normą kolizyjną z art. 13 rozporządzenia wykonawczego. Traktuje się ją jako osobę pracującą wyłącznie w jednym państwie członkowskim.

Jest to daleko idące ograniczenie sytuacji prawnej zwłaszcza takiej osoby, która legitymuje się ważnymi tytułami do ubezpieczeń w różnych państwach członkowskich. Na gruncie normy art. 14 ust. 5b rozporządzenia wykonawczego jawi się przeto problem, w jakiej relacji pozostaje brak możliwości oceny ważności tytułu do ubezpieczeń w innym państwie do oceny marginalnego charakteru wykonywanej pracy. Skoro uznaje się, że instytucja danego państwa nie ma kompetencji do kontrolowania oceny ważności tytułu w innym państwie, to rodzi się pytanie, czy przez ocenę marginalnego charakteru pracy nie dokonuje się pośrednio oceny ważności tytułu. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, jeśli wątpliwości są istotne, to organy właściwe rozstrzygać je mogą na gruncie zdania drugiego art. 14 ust. 5b rozporządzenia wykonawczego, w którym wprost nakazuje się stosowanie art. 16 tego rozporządzenia.

Odnosząc poczynione rozważania do okoliczności sprawy, w ocenie Sądu Apelacyjnego decyzja z dnia 17 listopada 2017 r., zmieniająca decyzję z dnia 25 września 2017 r., nie może się ostać. (...) Oddział w P. nie przeprowadził żadnej, ujmowanej nawet w sposób najbardziej uproszczonej, procedury określonej w art. 16 rozporządzenia wykonawczego. Nieprzeprowadzenie tej procedury jest niemożliwe do „naprawienia” w postępowaniu sądowym. Ocena Zakładu charakteru pracy jako marginalnej zasadniczo odnosi się do pracy wykonywanej w innych państwach. Jeśli zatem organ rentowy oceniłby pracę odwołującego wykonywaną na terenie Niemiec jako marginalną, nie miałby w tej kwestii żadnych wątpliwości i uznał wnioskodawcę za osobę wykonującą pracę najemną tylko w jednym kraju, tj. w Polsce, a wskutek tego poświadczył ustawodawstwo polskie, to taka decyzja byłaby formalnie prawidłowa. Nie jest natomiast właściwa ocena pracy wykonywanej w Polsce jako marginalnej i stwierdzenie, bez procedury koncyliacyjnej, po uchyleniu zaświadczenia A1, że nie jest wobec wnioskodawcy właściwe ustawodawstwo polskie, i to w sytuacji, gdy wszystkie umowy wnioskodawca jako podmiot gospodarczy zawierał na terenie Polski z polskim przedsiębiorcą. Oznacza to w istocie, że ZUS uznał wnioskodawcę za osobę wykonującą pracę najemną tylko w jednym, ale innym państwie, a więc dorozumiane przyjęcie, że właściwe jest ustawodawstwo innego państwa, a tego organ rentowy nie powinien czynić bez uruchomienia trybu z art. 16 rozporządzenia wykonawczego. Dosłowne brzmienie art. 14 ust. 5b rozporządzenia wykonawczego skłania do wykładni, że właściwa instytucja krajowa może pominąć pracę marginalną (w innym kraju) przy określaniu właściwego ustawodawstwa (własnego), a nie przy ustalaniu, że ustawodawstwo nie ma zastosowania (własne) wskutek oceny pracy w kraju własnym jako pracy marginalnej, a więc przy rozstrzygnięciu o ustawodawstwie w znaczeniu pozytywnym, a nie negatywnym. Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w P. nie uzyskując stanowiska instytucji właściwej państwa świadczenia pracy najemnej (instytucji niemieckiej) dokonał w istocie samodzielnej oceny stosunku prawnego, jako tytułu ubezpieczenia społecznego w innym państwie członkowskim wobec osoby wnoszącej o ustalenie właściwego ustawodawstwa. Tego rodzaju rozstrzygnięcie leży poza kompetencją organu rentowego, ale także nie stanowi decyzji co do istoty sprawy, którą wywołał wniosek o ustalenie ustawodawstwa mającego zastosowanie do skarżącego, obligujący do wspólnego porozumienia z instytucją właściwą państwa wykonywania pracy (por. powołane wyżej postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2016 r., I UZ 14/16, LEX nr 2153430 oraz z dnia 20 listopada 2016 r., I UZ 48/16, LEX nr 2203530).

Najistotniejszą wadą spornej decyzji jest pozostawienie wnioskodawcy poza jakimkolwiek systemem ubezpieczeń w okresie spornym, a jest to sprzeczne z podstawowymi zasadami koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego państw członkowskich Unii Europejskiej. Przypomnieć trzeba, że w sprawach z elementem transgranicznym wystarczające jest, że osoba wykonująca pracę najemną zwróci się o potwierdzenie ustawodawstwa do instytucji jednego tylko kraju, a dalsze obowiązki w celu ustalenia ustawodawstwa właściwego spoczywają na właściwych instytucjach państw członkowskich, zobowiązanych do wzajemnej współpracy. W sytuacji, gdy ubezpieczony informuje o podjęciu pracy w innym kraju unijnym organ rentowy traci możliwość wydawania na podstawie prawa krajowego decyzji określających podleganie ubezpieczeniu społecznemu z racji prowadzenia działalności pozarolniczej. Konieczne jest bowiem w pierwszym rzędzie wyłonienie ustawodawstwa właściwego, przy czym jest to możliwe wyłącznie według procedury określonej w rozporządzeniu wykonawczym (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 września 2017 r., I UK 328/16, LEX nr 2389586). Jak wyłożył Sąd Najwyższy w sprawie II UK 209/17 (wyrok z dnia 11 lipca 2018 r., LEX nr 2562119), w razie poinformowania przez zainteresowanego o wykonywaniu pracy najemnej w innym państwie członkowskim i nieprzedłożeniu przez niego poświadczenia na formularzu A1, potwierdzającym podleganie ustawodawstwu tego państwa, organ rentowy jest obowiązany do wszczęcia procedury

konciliacyjnej. Organ ten ani sądy nie mogą bowiem spowodować sytuacji, w której osoba prowadząca działalność gospodarczą i wykonująca pracę najemną w różnych państwach członkowskich Unii nie będzie podlegała żadnemu ustawodawstwu lub że będzie podlegała ustawodawstwu więcej niż jednego państwa. Taki skutek jest niezgodny z celem art. 48-51 TWE (art. 39 i 42 w tekście skonsolidowanym), którym jest zapewnienie, aby pracownicy wykonujący pracę najemną, w rezultacie wykorzystania prawa do swobodnego przepływu, nie tracili korzyści należnych im z zabezpieczenia społecznego na podstawie ustawodawstwa danego państwa członkowskiego (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 6 czerwca 2013 r., II UK 333/12, OSNP 2014 Nr 3, poz. 47 i powołane tam orzeczenia).

Wskazane okoliczności legły u podstaw uchylenia zaskarżonego wyroku wraz z poprzedzającą go decyzją organu rentowego i przekazania sprawy Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych celem ponownego rozpoznania, ponieważ istota sprawy nie została rozpoznana, gdyż istotą niniejszej sprawy było ustalenie ustawodawstwa właściwego w trybie art. 16 rozporządzenia wykonawczego. Sąd Apelacyjny orzekł kasatoryjnie na podstawie art. 477^{14a} k.p.c. w związku z art. 386 § 4 k.p.c. O kosztach procesu Sąd drugiej instancji rozstrzygnął na podstawie art. 102 k.p.c., zasądzając od organu rentowego na rzecz J. G. (1) koszty zastępstwa procesowego za postępowanie apelacyjne w wysokości określonej w § 10 ust. 1 pkt 2 w związku z § 9 ust. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 265). Sąd Apelacyjny uznał, że w sprawie zachodzi przypadek szczególnie uzasadniony w rozumieniu art. 102 k.p.c. uzasadniający zasądzenie tylko części należnych kosztów na rzecz strony skarżącej (koszty zastępstwa procesowego tylko za drugą instancję) z uwagi na fakt, że do uchylenia wyroku doszło z powodu naruszenia prawa materialnego, co Sąd drugiej instancji wziął pod uwagę z urzędu, uchybień tych nie dostrzegł zaś apelujący, przy czym Sąd Apelacyjny podziela ugruntowane w judykaturze zapatrywania, że przepis art. 102 k.p.c. znajduje zastosowanie także do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, który w ogólności realizuje ochronę interesu ubezpieczonych oraz funkcję ochrony interesu publicznego, co w indywidualnych okolicznościach danej sprawy może przemawiać przeciwko obciążaniu organu rentowego zwrotem pełnych kosztów procesu (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 5 grudnia 2017 r., III AUa 401/17, Legalis nr 1717295).