

## **Obowiązywanie prawa UE w polskim porządku prawnym w świetle wyroku Sądu Najwyższego z dnia 4.06.2014 (II UK 565/13). Problematyka delegowania pracowników tymczasowych**

### **1. Uwagi wprowadzające**

Prezentowane rozważania dotyczą prawnych i społecznych skutków wyroku Sądu Najwyższego z dnia 4 czerwca 2014 r. (sygnatura akt II UK 565/13)<sup>1</sup>, pokazując jednocześnie pewne mankamenty lakoniczności przepisów Konstytucji RP dotyczących obowiązywania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przepisów stanowionych przez organizację międzynarodową (art. 91 ust. 3 Konstytucji RP). Ufam, że powołane orzeczenie pozwoli też czytelnikowi ukształtować pewien pogląd na temat aktywności polskiej judykatury w zakresie klarowania rozumienia spornych przepisów szeroko pojętego prawa międzynarodowego.

W innych okolicznościach można by pominąć milczeniem jedno raptem orzeczenie, chociażby z chęci unikania zarzutu o budowanie obrazu stosowania prawa Unii Europejskiej (dalej: UE) w polskim porządku prawnym na jednostkowych przykładach. Niemniej jednak trudno przejść do porządku dziennego nad tytułowym wyrokiem z trzech zasadniczych powodów, do których zaliczam:

- 1) ustrojową rangę Sądu Najwyższego (dalej: SN), najwyższego organu sprawującego wymiar sprawiedliwości w sprawach pracy i ubezpieczeń społecznych (zob. art. 183 ust. 1 w zw. z art. 175 ust. 1 Konstytucji RP oraz art. 1 pkt 1 i art. 3 § 1 pkt 3 ustawy z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym<sup>2</sup>),
- 2) oparcie rozstrzygnięcia SN na „podstawie prawnej”, która rodzi istotne wątpliwości co do możliwości przypisywania jej powszechnego obowiązywania (w rozumieniu art. 87 ust. 1 Konstytucji RP<sup>3</sup>), przy widocznej powściągliwości SN w korzystaniu

<sup>1</sup> Pełna treść wyroku wraz z uzasadnieniem została opublikowana w internetowej bazie orzeczeń Sądu Najwyższego, dostępnej pod adresem <http://www.sn.pl/orzecznictwo/SitePages/Baza%20orzecze%C5%84.aspx> [dostęp 16.12.2014].

<sup>2</sup> Dz.U. z 2013 r., poz. 499 - tekst jednolity z późn. zm.

<sup>3</sup> Pod pojęciem powszechnego obowiązywania aktu normatywnego rozumiem jego obowiązywanie w uniwersalnym aspekcie personalnym. Kryterium podziału na akty prawne wewnętrznie bądź powszechnie obowiązujące stanowi „charakterystyka adresata norm wyrażonych w danym akcie. Zgodnie

z kompetencji określonej w art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: TFUE)<sup>4</sup>,

- 3) potencjalne skutki społeczne decyzji administracyjnych wydawanych przez organy rentowe (Zakład Ubezpieczeń Społecznych, dalej: ZUS) oraz orzeczeń sądów powszechnych odpowiedzialnych za kontrolę ZUS; orzecznictwo Sądu Najwyższego ma szczególne znaczenie wobec funkcjonowania w naszym porządku prawnym swoistego „precedensu formalnie niewiążącego” (precedensy *de facto*)<sup>5</sup>; poglądy Sądu Najwyższego z istoty rzeczy cieszą się uwagą (a co za tym idzie – uznaniem) sądów podlegających jego nadzorowi judykacyjnemu, co pozwala domniemywać, iż rozstrzygnięcie w tej sprawie określa model postępowania nie tylko w warunkach procesowego związania rozstrzygnięciem sądu przełożonego (zob. art. 398<sup>20</sup> ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego<sup>6</sup>, dalej: KPC).

Świadomy dostępności tytułowego wyroku w bazie orzeczeń SN *Supremus*, pozwałam sobie pominąć szczegółową charakterystykę stanu faktycznego, który legł u podstaw rozstrzygnięcia. Przypomnę jedynie, że sprawa rozpoczęła swój bieg na skutek odmowy ZUS (w drodze decyzji administracyjnej) wydania tzw. zaświadczenia o podleganiu polskiemu systemowi ubezpieczeń społecznych. Jest to rozwiązanie określone w art. 12 ust. 1 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego<sup>7</sup>, a następnie uszczegółowione przez Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r. dotyczące wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego<sup>8</sup>. Powołane akty prawne wprowadzają rozwiązanie umożliwiające podjęcie

---

ze stanowiskiem doktryny akty prawa powszechnie obowiązujące mogą zawierać normy adresowane do każdego człowieka, a także jednostek organizacyjnych tworzonych przez ludzi: osób prawnych, organów państwa, organów samorządu terytorialnego, związków zawodowych, partii politycznych, stowarzyszeń itd.”, W. Płowiec, *Koncepcja aktu prawa wewnętrznego w Konstytucji RP*, Poznań 2006, s. 51 i literatura tam powołana.

<sup>4</sup> Dz. U. z 2004 Nr 90, poz. 864/2. Zgodnie z powołanym przepisem „Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej jest właściwy do orzekania w trybie prejudycjalnym: a) o wykładni Traktatów; b) o ważności i wykładni aktów przyjętych przez instytucje, organy lub jednostki organizacyjne Unii.

W przypadku gdy pytanie z tym związane jest podniesione przed sądem jednego z Państw Członkowskich, sąd ten może, jeśli uzna, że decyzja w tej kwestii jest niezbędna do wydania wyroku, zwrócić się do Trybunału z wnioskiem o rozpatrzenie tego pytania.

W przypadku gdy takie pytanie jest podniesione w sprawie zawisłej przed sądem krajowym, którego orzeczenia nie podlegają zaskarżeniu według prawa wewnętrznego, sąd ten jest zobowiązany wnieść sprawę do Trybunału.

Jeżeli takie pytanie jest podniesione w sprawie zawisłej przed sądem krajowym dotyczącej osoby pozbawionej wolności, Trybunał stanowi w jak najkrótszym terminie”.

<sup>5</sup> L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2008, s. 86.

<sup>6</sup> Dz. U. z 2014 r., poz. 101 – tekst jednolity ze zm.

<sup>7</sup> Dz. Urz. UE L 200 z 7.06.2004 r., s. 1.

<sup>8</sup> Dz. Urz. UE L 284 z 30.10.2009 r., s. 1.

pracy w innym państwie członkowskim przy jednoczesnej możliwości zachowania przynależności do systemu ubezpieczeń społecznych państwa pochodzenia pracownika. Rozwiązanie nie ma charakteru nieograniczonego, znajduje pod pewnymi warunkami zastosowanie również do pracodawcy będącego agencją pracy tymczasowej<sup>9</sup>, co zresztą obrazuje stan faktyczny powołany w uzasadnieniu faktycznym omawianego wyroku SN. Spółce (agencji pracy tymczasowej) odmawiano powiązania jej pracowników delegowanych (w okolicznościach sprawy do Francji) z polskim systemem ubezpieczeń, wychodząc z założenia, że w świetle powołanych przepisów prawa pochodnego nie spełnia ona warunków do uzyskania tego zaświadczenia. Organ rentowy stanął na stanowisku, że spółka nie mieści się w pojęciu „pracodawcy, który normalnie prowadzi tam [w państwie członkowskim – przyp. M.B.] swą działalność” użytym w art. 12 ust. 1 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. Kwestionując kryterium „normalnego prowadzenia działalności” spółki, organ rentowy oparł swoje stanowisko na kryterium rocznego obrotu spółki na terenie Polski (tzn. min. 25%) przy czym – i to przesądza o kontrowersyjności omawianej sprawy – kryterium nie zostało wysłowione w przepisach prawa powszechnie obowiązującego stanowiącego przez polskie organy prawodawcze, a także nie zostało określone przez organy UE w akcie prawnym (akcie prawa pochodnego) o charakterze ustawodawczym. Organ rentowy uznał, że dokument pt. „Poradnik praktyczny – Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej (UE), Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) i Szwajcarii” w zakresie, w jakim posługuje się przykładem obrotu na poziomie 25%<sup>10</sup>, stanowi prawnie kryterium bezwzględnie wiążące sąd państwa członkowskiego oraz obywateli (i inne podmioty prawa prywatnego) państwa członkowskiego niezbędne do przypisania statusu „pracodawcy zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności”, o którym mowa w art. 14 ust. 2 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej nr 987/2009.

<sup>9</sup> W polskim porządku prawnym podstawową regulacją prawną dla tego typu działalności jest ustawa z dnia 9 lipca 2003 r. o zatrudnianiu pracowników tymczasowych (Dz. U. z 2003 r. Nr 166, poz. 1608 ze zm.).

<sup>10</sup> „Jakie kryteria stosuje się do ustalenia, czy pracodawca normalnie prowadzi swoją działalność w państwie delegującym? [...] obroty osiągnięte przez delegujące przedsiębiorstwo w państwie delegującym i w państwie zatrudnienia w odpowiednim typowym okresie (np. obrót wynoszący około 25 proc. całkowitego obrotu w państwie delegującym może być wystarczającym wskaźnikiem, ale przypadki, w których obrót jest niższy niż 25 proc., wymagać będą pogłębionej analizy)”, zob. *Poradnik praktyczny – Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej (UE), Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) i Szwajcarii*, listopad 2012, s. 7–8/45, dokument w postaci elektronicznej dostępny pod adresem URL <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=4944&langId=pl> lub pod adresem URL Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w wersji ze stycznia 2011 r. <http://zus.pl/pliki/poradniki/Praktyczny%20Poradnik.pdf>, strona 7-8/45 [dostęp 16.12.2014 r.].

W ocenie ZUS spółka nie osiągnęła minimalnego poziomu obrotu, w związku z czym nie może korzystać z możliwości ubiegania się o włączenie pracowników delegowanych do polskiego systemu ubezpieczeń społecznych. Negatywne stanowisko ZUS zostało zakwestionowane wyrokiem Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 18 lipca 2013 r. (III AUa 662/13)<sup>11</sup>, który odszedł od absolutyzowania kryterium obrotu jako głównej determinanty „normalnej działalności” pracodawcy. Od wyroku sądu apelacyjnego organ rentowy wywiódł skargę kasacyjną rozstrzygniętą omawianym wyrokiem (II UK 565/13).

W ocenie Sądu Najwyższego – co poddawane jest szczegółowej ocenie w niniejszym artykule – liczbowe kryterium 25% obrotu na terenie państwa-siedziby pracodawcy delegującego ma jednak zasadnicze znaczenie. Jednocześnie dochodząc do tej konkluzji, Sąd Najwyższy nie znalazł przesłanek, aby poszukiwać rozstrzygnięcia wątpliwości stron postępowania w trybie pytania prejudycjalnego (art. 267 TFUE), czemu zresztą dał jasno wyraz w uzasadnieniu wyroku<sup>12</sup>.

## **2. Kwestia „europejska” czy „konstytucyjna”? Dopuszczalność i obowiązek złożenia pytania prejudycjalnego**

Zgodnie z art. 9 Konstytucji RP Rzeczpospolita Polska przestrzega wiążącego ją prawa międzynarodowego. Cytowana zasada ustrojowa umieszczona w kontekście prawa UE oznacza, że na terenie Rzeczypospolitej Polskiej obowiązuje porządek prawny składający się z dwóch odmiennych rodzajowo źródeł prawa: prawa stanowionego przez organy prawotwórcze RP oraz prawa stanowionego bez udziału tych organów, lecz obowiązujące na terytorium RP. System prawny obowiązujący w Polsce od 1 maja 2014 r. został scharakteryzowany jako „wieloskładnikowy” (tak też Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 11 maja 2005 r. o sygn. K 18/04<sup>13</sup> dot. konstytucyjności traktatu akcesyjnego).

<sup>11</sup> Niepubl., dostępny na wniosek złożony w trybie ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. z 2014 r., poz. 782 – tekst jednolity z późn. zm.).

<sup>12</sup> Zob. s. 6 uzasadnienia wyroku: „Nie został uwzględniony wniosek skarżącego [organu rentowego składającego skargę kasacyjną – przyp. M.B.] o wystąpienie z pytaniem prejudycjalnym do Trybunału Sprawiedliwości UE z tej przyczyny, że na etapie skargi kasacyjnej znaczenie ma ocena zastosowania prawa, którego treść (wykładnia) nie budzi istotnych wątpliwości. Spór koncentruje się na obrocie jako kryterium znacznej części działalności w kraju delegowania w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 w związku z art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009”.

<sup>13</sup> Zob. teza 2.2. uzasadnienia prawnego wyroku TK w sprawie K18/04 z powołaniem na A. Wasilkowski, *Prawo krajowe – prawo wspólnotowe – prawo międzynarodowe. Zagadnienia wstępne*, [w:] *Prawo międzynarodowe i wspólnotowe w wewnętrznym porządku prawnym*, Warszawa 1997, s. 15 ([www.trybunal.gov.pl](http://www.trybunal.gov.pl) [dostęp: 16.12.2014]).

W rozdziale III Konstytucji RP skonkretyzowano tylko dwa rodzaje źródeł prawa międzynarodowego (umowy międzynarodowe wymagające albo niewymagające ratyfikacji w określonym trybie oraz lakoniczna kategoria „prawa stanowionego przez organizację międzynarodową” wymieniona w art. 91 ust. 3 Konstytucji RP). Konstytucja RP zakłada współlistnienie tych dwóch porządków prawnych, jednak nie precyzuje hierarchii źródeł prawa i mechanizmów rozstrzygnięcia kolizji między nimi (z wyjątkiem art. 91 ust. 3 Konstytucji RP), a tym bardziej nie określa zasad wykładni źródeł prawa międzynarodowego (w tym prawa UE).

Ten ostatni wątek zasługuje na szczególne podkreślenie, ponieważ wyrok SN oparł się w całości na wykładni i stosowaniu prawa materialnego UE (rozporządzenie nr 883/2004 oraz rozporządzenie nr 987/2009 obowiązującego w Polsce bezpośrednio i wprost) będącego „prawem stanowionym przez organizację międzynarodową” (zob. art. 47 Traktatu o Unii Europejskiej<sup>14</sup>, dalej: TUE), o którym mowa w art. 91 ust. 3 Konstytucji RP. Artykuł 91 ust. 3 Konstytucji RP jest uznawany za źródło zasady bezpośrednio i (względnie<sup>15</sup>) prymatu prawa UE w polskim porządku prawnym. Sam przepis nie określa jednak szczegółowych zasad wykładni, a także tzw. reguł preferencji (tzn. wyboru spośród różnych konkurujących reguł wykładni w przypadkach budzących wątpliwości). Niemniej jednak konsekwencją transferu suwerennych kompetencji (art. 90 ust. 1 Konstytucji RP) i włączenia źródeł prawa UE do krajowego porządku prawnego (art. 87 ust. 1, art. 90 ust. 1–3 Konstytucji RP) było uznanie tzw. zasady obowiązku interpretowania przez sądy prawa krajowego zgodnie z prawem europejskim. Zasada wykładni przychylniej (ewentualnie „przyjaznej”) prawu Unii Europejskiej (zwanej również „wykładnią zgodną” lub „zasadą proeuropejskiej wykładni prawa krajowego”) została uznana, zaakceptowana i omówiona częściowo w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego w wyroku z dnia 27 kwietnia 2005 r. (P 1/05)<sup>16</sup>. Niezależnie od art. 9 Konstytucji RP jej źródła należy poszukiwać w zasadzie lojalnej współpracy zawartej w art. 4 ust. 3 TUE. Stosowanie tej wykładni w sprawach konstytucyjnych nie stoi na przeszkodzie przełożeniu jej na grunt spraw, w których sąd powszechny stosuje prawo UE w sposób wolny od dylematów dotyczących zgodności z aktem hierarchicznie wyższym. Niezależnie bowiem, czy rozstrzygamy sprawę przed Trybunałem Konstytucyjnym, czy też przed sądem powszechnym, początkiem procesu jest ustalenie znaczenia aktu prawnego prawa UE, więc wszelkie zabiegi analityczne podejmowane w tym kierunku powinny uwzględniać zasady wykładni przyjmowane przez instytucje Unii Europejskiej, a w szczególności przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE).

<sup>14</sup> Dz. U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/30.

<sup>15</sup> Granicą tego prymatu jest zasada określona w art. 8 ust. 1 Konstytucji RP.

<sup>16</sup> Zob. teza nr 3.3 uzasadnienia prawnego wyroku TK w sprawie P 1/05 ([www.trybunal.gov.pl](http://www.trybunal.gov.pl) [dostęp: 16.12.2014]).

Wyrok SN w sprawie II UK 565/13 zapadł na skutek odejścia od zasad wykładni prawa UE, a przez to naruszył traktatową zasadę efektywności określoną w art. 4 ust. 3 TUE (*effet utile*). Treścią zasady efektywności jest nakaz „nadawania normom prawnym prawa takiej treści, która pozwoli na optymalne osiągnięcie wyznaczonych przez prawo celów”<sup>17</sup> o szczególnym znaczeniu w prawie Unii Europejskiej. Nie można mówić o efektywności prawa Unii Europejskiej, jeśli wskutek rozbieżnej interpretacji dokonywanej w państwach członkowskich norma prawna uzyskuje różne, a nierzadko skrajnie odmienne znaczenie. Identyczne zagrożenie dla zasady efektywności, a także zasady lojalnej współpracy, zachodzi w sytuacji, w której organy państwa członkowskiego przypisują niektórym instrumentom instytucji UE charakter prawa wiążącego. Podobnie i krytycznie należy ocenić koncepcję zwalczania rzekomego „dumpingu ekonomicznego (socjalnego)” (s. 9 uzasadnienia wyroku w sprawie II UK 565/13) imputowaną przez SN jako główny cel rozporządzenia nr 883/2004 bez najmniejszej próby powiązania jej z celami wyartykułowanymi w motywach tego rozporządzenia (takiego celu nie wymieniono w motywach rozporządzenia), a tym bardziej bez próby ważenia ewentualnej kolizji interesów prawnych (zasada swobody przepływu obywateli UE z zasadą przynależności do systemu prawnego jednego państwa członkowskiego; zob. motyw 1 i 15 rozporządzenia nr 883/2004).

Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie II UK 556/13 otwiera drogę do różnicowania zakresu przedmiotowego art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 w porównaniu z innymi państwami UE. Ocena prawna SN dotycząca wykładni rozporządzenia nr 883/2004 jest odmienna od efektów gramatycznej wykładni tego aktu i przepisów wykonawczych, które ponad wszelką wątpliwość nie wprowadzają gradacji kryteriów, a w szczególności nie przewidują sztywnych, liczbowych progów obrotu pracodawcy z państwa delegującego pracownika. Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie II UK 565/13 z pewnością daje wręcz mechaniczne, klarowne kryterium oceny „normalnej działalności”, ale w dążeniu do maksymalnej określoności tych kryteriów zdaje się naruszać prawo UE:

- 1) w aspekcie materialnym poprzez
  - a) wprowadzenie zasady prymatu kryterium wysokości obrotów na poziomie 25% wbrew językowemu brzmieniu rozporządzenia nr 883/2004 i rozporządzenia nr 987/2009, a także punktu 1 akapit 5 decyzji nr A2 Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego z dnia 12 czerwca 2009 r.,
  - b) uznanie, że treść dokumentu pt. „Poradnik praktyczny – Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej (UE), Europejskim

<sup>17</sup> S. Biernat, *Zasada efektywności prawa wspólnotowego w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, [w:] S. Biernat (red.), *Studia z prawa Unii Europejskiej*, Kraków 2000, s. 71.

Obszarze Gospodarczym (EOG) i Szwajcarii” w zakresie, w jakim ten dokument posługuje się przykładem obrotu na poziomie 25% stanowi kryterium prawnie wiążące jednostkę<sup>18</sup> i podmioty władzy publicznej państw UE stosujących rozporządzenia nr 883/2004 oraz rozporządzenie nr 987/2009, podczas gdy powołany dokument jest instrumentem nieformalnym, niewiążącym prawnie i nie spełnia cech uniwersalności przypisywanych źródłom prawa powszechnie obowiązującego na terytorium Polski;

- 2) w aspekcie proceduralnym wskutek zaniechania obowiązku wykonania przez Sąd Najwyższy odesłania prejudycjalnego określonego art. 267 akapit 3 TFUE<sup>19</sup>, w sytuacji, w której w zawisłej sprawie (ale i polskiej praktyce orzeczniczej) wyłoniło się istotne zagadnienie prawne (obrot jako kryterium rozstrzygające).

Rekapitulując dotychczasowe spostrzeżenia, należy stwierdzić, co następuje:

1. Wykładnia prawa UE dokonana przez Sąd Najwyższy narusza zasadę państwa prawnego (będącej zasadą ustrojową Unii Europejskiej określoną w art. 2 TUE), ponieważ kreuje autonomiczną metodykę rozstrzygania o kwalifikacjach pracodawcy (przedsiębiorcy) delegującego niemającą oparcia w dotychczasowym dorobku orzeczniczym TSUE oraz brzmieniu powoływanych uprzednio aktów prawa pochodnego UE (rozporządzenie nr 883/2004, rozporządzenie nr 987/2009, decyzja nr A2). Jest to dość drażniąca zmiana z perspektywy pracodawcy delegującego, jeśli dodamy do tego okoliczność, że dotychczasowe orzecznictwo sądów polskich (sądów UE) potwierdzało jego prawo do uzyskiwania zaświadczeń, co zresztą stanowiło częściowe wykonanie obowiązku określonego w motywie 9. decyzji nr A2<sup>20</sup>.

Praktyka pozwalała na tezę, że obowiązujące prawo gwarantuje pracodawcy delegującemu indywidualną ocenę jego sytuacji (ilekroć działalność przyjmuje atypowy charakter) i nie jest ona uzależniona od ścisłej wysokości minimalnego obrotu. Co więcej, Sąd Apelacyjny we Wrocławiu III Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych

<sup>18</sup> Punkt 7 *in fine* uzasadnienia wyroku SN w sprawie II UK 565/13 (s. 11 uzasadnienia).

<sup>19</sup> „W przypadku gdy takie pytanie [o wykładnię traktatów; o ważności i wykładni aktów przyjętych przez instytucje, organy lub jednostki organizacyjne Unii – przyp. M.B.] jest podniesione w sprawie zawisłej przed sądem krajowym, którego orzeczenia nie podlegają zaskarżeniu według prawa wewnętrznego, sąd ten **jest zobowiązany** [podkreślenie własne - M.B.] wnieść sprawę do Trybunału”. Wątpliwości dotyczące doboru kryteriów oceny w tej sprawie sygnalizował pełnomocnik organu rentowego w skardze kasacyjnej z 7 października 2013 r. od wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 18 lipca 2013 r. (AUa 662/13). Przypomnę, że w uzasadnieniu wyroku w sprawie II UK 565/13 Sąd Najwyższy podkreślił, że nie uwzględnił wniosku pełnomocnika organu rentowego, ponieważ „treść (wykładnia) [prawa – przyp. M.B.] nie budzi istotnych wątpliwości”. Tymczasem rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego kreuje wątpliwości dotyczące wykładni zgodnej z prawem UE i paradoksalnie zwiększa wątpliwości konstytucyjnoprawne na innej płaszczyźnie (uznanie nieformalnego poradnika Komisji za źródło prawa o charakterze uniwersalnym).

<sup>20</sup> „Pracownik i pracodawca muszą być należycie poinformowani o warunkach, pod którymi zezwala się na to, by pracownik delegowany nadal podlegał ustawodawstwu państwa, z którego został oddelegowany”.

w okresie od września 2013 r. do czerwca 2014 r. wydał 68 wyroków nakazujących wydanie zaświadczeń potwierdzających, że pracownicy delegowani przez Spółkę do pracy w innych państwach członkowskich podlegają polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczenia społecznego w okresie wykonywania przez nich pracy na terytorium danego państwa członkowskiego. Sąd Apelacyjny we Wrocławiu podnosił w szczególności, że z decyzji nr A2 nie wynika, aby obrót odgrywał pierwszoplanową rolę przy ocenie, czy przedsiębiorstwo prowadzi na terytorium państwa oddelegowującego „znaczną działalność” i stanowił rozstrzygającą determinantę dla tego typu spraw<sup>21</sup>. W treści uzasadnień uprzednio powołanych wyroków Sądu Apelacyjnego wskazywano cel, którym jest maksymalne wspieranie swobodnego przepływu pracowników, a także eliminacja niepotrzebnych i kosztownych komplikacji administracyjnych.

2. Zgodnie z art. 398<sup>20</sup> KPC Sąd Apelacyjny we Wrocławiu związany jest wykładnią prawa dokonaną przez Sąd Najwyższy w sprawie II UK 565/13. W szczególności nie można oprzeć skargi kasacyjnej od orzeczenia wydanego po ponownym rozpoznaniu sprawy na podstawach sprzecznych z wykładnią prawa dokonaną w tej sprawie przez Sąd Najwyższy. Tymczasem zastosowanie się do oceny prawnej dokonanej przez Sąd Najwyższy powoduje petryfikację określonego rozumienia art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004 i art. 14 ust. 2 rozporządzenia 987/2009 w praktyce urzędowania Zakładu Ubezpieczeń Społecznych i orzecznictwie sądów powszechnych. W istocie oznacza to upowszechnienie restrykcyjnej wykładni prawa UE ograniczającej zasadę swobody przepływu pracowników. Wyrok może wywoływać również skutki zewnętrzne (nie tylko wobec pracowników polskich delegowanych poza Polskę, lecz pracowników innych państw UE podejmujących pracę w Polsce), ponieważ zasada lojalnej współpracy będzie wymagała, aby Zakład Ubezpieczeń Społecznych dążył do wzruszenia domniemania spełnienia kryteriów we współpracy z organami ubezpieczeniowymi państw obcych, ilekroć np. obrót pracodawcy zagranicznego spada poniżej kontrowersyjnego kryterium 25%.

Wydawać się może, że jedynym rozwiązaniem klarującym sytuację prawną jednostki w niniejszej sprawie jest zastosowanie zasady prymatu prawa pierwotnego UE – ratyfikowanej umowy międzynarodowej za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie (TFUE) przed polską ustawą procesową (KPC) i wystąpienie przez Sąd Apelacyjny we Wrocławiu z pytaniem prawnym do TSUE. Zgodnie z treścią art. 267 akapit 2 TFUE „w przypadku gdy pytanie z tym związane [o wykładnię traktatów; o ważności i wykładni aktów przyjętych przez instytucje, organy lub jednostki organizacyjne Unii – przyp.

<sup>21</sup> Chodzi m.in. o sprawy rozpoznane przez tenże Sąd pod sygnaturami III AUa: 668/13, 978/13, 1063/13, 1152/13, 1205/13, 1249/13, 1317/13, 1415/13, 1477/13, 1631/13, 1724/13, 1868/13, 1974/13, 2063/13, 2246/13, 2369/13, 2447/13, 2511/13, 2726/13.



M.B.] jest podniesione przed sądem jednego z Państw Członkowskich, sąd ten może, jeśli uzna, że decyzja w tej kwestii jest niezbędna do wydania wyroku, zwrócić się do Trybunału z wnioskiem o rozpatrzenie tego pytania”.

Efektywność normy prawa UE wymaga, aby jego interpretacja w państwach członkowskich przebiegała w zbliżony sposób. Pytanie prejudycjalne jest podstawowym środkiem służącym do osiągnięcia tego celu. W niniejszej sprawie rysuje się wyraźny konflikt między brzmieniem prawa pochodnego a rezultatem wiążącej wykładni Sądu Najwyższego. Jego rozstrzygnięcie powinno odbyć się jednak z uwzględnieniem roli Trybunału Sprawiedliwości UE jako naczelnego organu władzy sądowniczej Unii Europejskiej.

Należy przyjąć, że nie uchybia związaniu oceną prawną Sądu Najwyższego wykonanie odesłania prejudycjalnego przez sądy niższych instancji, chociażby w postępowaniu o wystąpieniu sąd pytający formułował alternatywne w stosunku do Sądu Najwyższego supozycje odnośnie do rozumienia norm prawa UE. Oczywiście tworzy to wrażenie, jakoby sąd niższej instancji dążył do uniknięcia procesowych skutków orzeczenia kasacyjnego, ale warto podkreślić, że zachęta do stosowania pytania prejudycjalnego przez sądy związane wykładnią sądu przełożonego – jak na ironię – wynika wprost z orzecznictwa SN. W postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 2010 r. (III CZP 3/10) stwierdzono dość kategorycznie: „w judykaturze Trybunału Sprawiedliwości przyjęto bowiem, że istnienie w prawie krajowym unormowania przewidującego związane sądu niższej instancji wykładnią prawa unijnego (wspólnotowego) dokonaną przez sąd wyższej instancji, a więc także w warunkach określonych w art. 386 § 6 i 398<sup>20</sup> k.p.c., nie może pozbawiać sądu niższej instancji uprawnienia do wystąpienia z pytaniem prejudycjalnym”<sup>22</sup>. Wprawdzie cytowane postanowienie Sądu Najwyższego dotyczyło kolizji ustawy z prawem unijnym, której rozstrzygnięcie wymagało wykładni prawa UE, niemniej jednak w zakresie skutków związania wykładnią sądu przełożonego nad sądem orzekającym poglądy te poddają się konwersji na grunt relacji procesowych między sądem apelacyjnym a Sądem Najwyższym. W świetle cytowanego postanowienia Sądu Najwyższego trudno przypisywać wykładni Sądu Najwyższego (w rozumieniu art. 398<sup>20</sup> KPC) charakter zakazu korzystania z normy kompetencyjnej art. 267 akapit 2 TFUE, a nawet jeśli postawić wniosek o kolizji norm, to zgodnie z art. 91 ust. 1 i 2 Konstytucji RP Sąd Apelacyjny we Wrocławiu może wystąpić w pytaniem prejudycjalnym z pominięciem przepisów art. 398<sup>20</sup> KPC.

<sup>22</sup> OSNC 2010/11/155 z powołaniem na wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 16 stycznia 1974 r., nr 166/73, w sprawie *Rheinmühlen-Düsseldorf v. Einfuhr und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Zb. Orz. 1974, s. 33, pkt 4.

Należy również zwrócić uwagę na kwestię ściśle konstytucyjną, jaka wynika z hipotetycznego naruszenie zasady wyłączności ustawy w sferze praw jednostki. To zaś otwiera możliwość podejmowania tego wątku przed Trybunałem Konstytucyjnym w trybie art. 193 Konstytucji RP<sup>23</sup>. Zasadniczo w Polsce nie dotyka nas problem krzyżowania się zakresów przedmiotowych pytania prawnego do TK (art. 193 Konstytucji RP) oraz pytania prejudycjalnego (art. 267 TFUE). Trudno dziś twierdzić, aby norma art. 193 Konstytucji (w tym dotychczasowa praktyka stosowania) pozostawała w kolizji ze standardami określonymi wyrokiem TK z dnia 22 czerwca 2010 r. (C-188/10) w sprawie *Melki* (tzn. utrudniała polskiemu sądowi możliwość składania pytań prejudycjalnych w trybie art. 267 TFUE, ilekroć w sprawie wyłania się również krajowe zagadnienie konstytucyjne<sup>24</sup>).

### 3. Przesłanka niezbędności orzeczenia prejudycjalnego

Zgodnie z treścią art. 267 akapit 2 TFUE konieczną przesłanką pytania prejudycjalnego jest „zależność pomiędzy pytaniem sądu krajowego a przedmiotem postępowania przed sądem krajowym. Innymi słowy, sąd krajowy stosuje w danym postępowaniu konkretną normę prawa unijnego, a jej wykładnia lub stwierdzenie (nie)ważności są niezbędne do wydania rozstrzygnięcia”<sup>25</sup>.

Jeśli przyłożyć te kryteria do skutków wywołanych tytułowym wyrokiem SN, to w sprawie nie zachodzi żadna z przesłanek negatywnych:

- 1) ewentualne pytanie nie ma charakteru hipotetycznego; jest pytaniem retrospektywnym, ponieważ przed Sądem Najwyższym doszło już do ukonstytuowania określonego rozumienia normy prawa UE przed sądami krajowymi, a w szczególności

<sup>23</sup> Pomijam w tym miejscu istotny wątek możliwości wystąpienia ze skargą konstytucyjną (art. 79 Konstytucji RP) w wariacie interpretacyjnym lub zakresowym na domniemany akt normatywny UE (zob. precedensowy wyrok TK z dnia 16 listopada 2011 r. w sprawie SK 45/09, dostępny w bazie orzeczeń na stronie [www.trybunal.gov.pl](http://www.trybunal.gov.pl)). Nie jest to teoretycznie wykluczone, ale ze względu na wymóg ostateczności rozstrzygnięcia trzeba się zastanowić, czy każdy przedsiębiorca-pracodawca delegujący będzie w stanie złożyć i popierać skargę. Chodzi o względy czysto pragmatyczne: oparcie agencji pracy tymczasowej na konstrukcji osoby prawnej prawa prywatnego powoduje, że w perspektywie czasu może ona (ze względów czysto ekonomicznych) przestać istnieć (np. wskutek upadłości likwidacyjnej). Ponadto można też toczyć rozważania na temat interesu prawnego, osobistego osoby prawnej (pracodawcy delegującego) na gruncie wymogów podmiotowych wynikających z art. 79 i właściwych przepisów rozdziału II Konstytucji RP.

<sup>24</sup> Szerzej o krajowych prejudykatach w kontekście art. 267 TFUE pisze M. Szpunar, *Teza nr 267.7 w komentarzu do art. 267 TFUE*, [w:] D. Kornobis-Romanowska, J. Łacny, A. Wróbel (red.), *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz, t. III*. Art. 223–358, Warszawa 2012.

<sup>25</sup> M. Szpunar, *Teza nr 267.8 w komentarzu do art. 267 TFUE*, [w:] D. Kornobis-Romanowska, J. Łacny, A. Wróbel (red.), *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz, t. III*. Art. 223–358, Warszawa 2012.

przypisano dokumentowi Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego wiążący charakter;

- 2) w sprawie nie stosuje się prawa krajowego, które odsyła do prawa unijnego lub które powiela rozwiązania przewidziane w prawie UE; materialną podstawą rozstrzygnięcia sądów obu instancji oraz Sądu Najwyższego były wyłącznie samowystarczalne przepisy prawa UE (rozporządzenia i decyzja), stosowane samoistnie i wprost bez potrzeby transpozycji do krajowego porządku prawnego w drodze klasycznych, krajowych źródeł prawa (ustawa lub rozporządzenie wykonawcze w rozumieniu art. 92 Konstytucji RP);
- 3) rozpatrywana sprawa nie polega na stosowaniu prawa unijnego w tzw. sporach fikcyjnych; innymi słowy: nie ma żadnych dowodów podważających założenie, że spór z organem administracji państwowej ma charakter realny, tzn. żadna ze stron postępowania nie kreowała umyślnie stanu faktycznego w celu wszczęcia sporu i uzyskania w ten sposób *quasi*-autentycznej wykładni prawa; w przypadku delegowania za granicę przez jednego tylko pracodawcę liczba postępowań z udziałem zainteresowanych pracowników może sięgać setek, stąd trudno racjonalnie zakładać, że intencją przedsiębiorcy jest kreowanie konfliktu prawnego kosztem własnych pracowników delegowanych i własnego personelu administracyjnego;
- 4) w sprawie nie stosuje się reguł prawa UE w odniesieniu do stanów faktycznych wykraczających poza temporalny zakres jego obowiązywania.

## 4. Przedmiot pytania prejudycjalnego

### 4.1. Wykładnia aktów przyjętych przez instytucje, organy lub jednostki organizacyjne Unii Europejskiej

Zgodnie z art. 267 akapit 1 b TFUE sąd krajowy może zwracać się z wnioskiem o dokonanie wykładni aktów przyjętych przez instytucje, organy lub jednostki organizacyjne Unii. Artykuł 13 ust. 1 i 2 Traktatu o Unii Europejskiej wymienia szczegółowo podmioty zaliczane do instytucji, organów lub jednostek organizacyjnych Unii Europejskiej.

Nie można mieć jakichkolwiek wątpliwości, że rozporządzenie 883/2004 i rozporządzenie 987/2009 pochodzą od organów wymienionych w art. 13 ust. 1 *tiret* pierwsze (Parlament) i *tiret* trzecie (Rada) TUE. Decyzja nr A2 została wydana przez organ zaliczany do grupy określonej w art. 13 ust. 2 TUE. „Poradnik praktyczny – Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej (UE), Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) i Szwajcarii” jest dokumentem wytworzonym przez organ zaliczany do grupy wymienionej w art. 13 ust. 2 TUE.

## 4.2. Zagadnienie materialnoprawne budzące wątpliwości w sprawie

Istota sporu zawisłego przed sądami sprowadza się do dwóch podstawowych zagadnień.

Pierwszym z nich jest metodyka wyboru kryteriów pozwalających przypisać albo wykluczyć cechę znacznej działalności przedsiębiorcy delegującego. Przepisy nie precyzują w żadnej mierze, czy brak poszczególnych kryteriów(ium) może mieć charakter rozstrzygający.

Przepis art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 nie formułuje szczegółowych kryteriów, ponieważ posługuje się lakonicznym pojęciem pracodawcy, który „normalnie prowadzi [...] swą działalność”. Rozporządzenie nr 883/2004 jest tzw. rozporządzeniem podstawowym, nie reguluje wyczerpująco kwestii koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego. Na mocy art. 89 tego rozporządzenia i w oparciu o art. 251 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (obecny art. 294 TFUE) wydano akt o równorzędnej mocy prawnej – rozporządzenie nr 987/2009 (zwane rozporządzeniem wykonawczym, aczkolwiek należy podkreślić, że nie jest to nazwa wskazująca na hierarchię aktów prawnych, lecz wyłącznie na podział merytoryczny poszczególnych zagadnień pomiędzy oba rozporządzenia). Artykuł 14 ust. 2 rozporządzenia nr 897/2009 stanowi, że „sformułowanie «który normalnie tam prowadzi swą działalność» odnosi się do pracodawcy zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności, innej niż działalność związana z samym zarządzeniem wewnętrznym, na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, z uwzględnieniem wszystkich kryteriów charakteryzujących działalność prowadzoną przez dane przedsiębiorstwo. Odnośne kryteria muszą zostać dopasowane do specyficznych cech każdego pracodawcy i do rzeczywistego charakteru prowadzonej działalności”.

Z przytoczonych przepisów nie można jednak wywieść żadnych szczegółowych kryteriów, ani reguł ich przypisywania do „specyficznych cech każdego pracodawcy”. W praktyce kryteria są efektem sądowej wykładni i zostały po raz pierwszy sformułowane przed akcesją Polski do UE w tezie nr 43 uzasadnienia wyroku TSUE z 10 lutego 2000 r. w sprawie *Fitzwilliam Executive Search Ltd przeciwko Bestuur van het Landelijk instituut sociale verzekeringen* (sprawa nr C-202/97)<sup>26</sup>. Wprawdzie wyrok ten zapadł na gruncie nieobowiązującego już art. 14 (1)(a) rozporządzenia EWG nr 1408/71, ale ze względu na analogiczne brzmienie tamtej normy w stosunku do obowiązującego art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004 poglądy TSUE zachowują aktualność. Analiza uzasadnienia wyroku w sprawie C-202/97<sup>27</sup> (*nota bene* wydanego wskutek pytania prejudycjalnego)

<sup>26</sup> European Court reports 2000 Page I-00883.

<sup>27</sup> „Those criteria include the place where the undertaking has its seat and administration, the number of administrative staff working in the Member State in which it is established and in the other Member State, the place where posted workers are recruited and the place where the majority of contracts with

nie pozostawia wątpliwości, że instrukcyjna wypowiedź Trybunału została w późniejszym okresie dość wiernie przełożona na grunt prawa stanowionego, tzn. do akapitu 5. ustępu 1 decyzji nr A2 Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego. Pomijając nieistotne różnice stylistyczne, akapit 5 ustępu 1 decyzji nr A2 dąży do powtórzenia egzemplifikacji trybunału w sprawie C-202/97<sup>28</sup> i zawiera analogiczną konkluzję: „Wykaz ten nie jest wyczerpujący, ponieważ kryteria powinny być dostosowane do każdego konkretnego przypadku i powinny uwzględniać charakter działalności prowadzonej przez przedsiębiorstwo w państwie, w którym ma ono siedzibę”.

Powołane przepisy obu rozporządzeń cechują się dużą powściągliwością, jeśli idzie o ustalenie precyzyjnych kryteriów, zaś w przypadku ich konkretyzacji w decyzji nr A2 duży nacisk położono na ich elastyczną adaptację. Komisja Administracyjna ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia społecznego nie zdecydowała się na tworzenie kryteriów i procedur nieznanymi dotychczasowemu orzecznictwu.

W dotychczasowym orzecznictwie TSUE dotyczącym pracodawców delegujących nie pojawiła się również żadna wypowiedź uznająca 25% wymóg obrotu jako tożsamy znaczeniowo z „obrotem w odpowiednio typowym okresie w każdym z państw członkowskich”. Nie nastąpiło to również w decyzji nr A2, która cechuje się największym stopniem szczegółowości. Brzmienie przepisów rozporządzeń, przytoczona treść decyzji nr A2 nie zawiera również hierarchii poszczególnych kryteriów, nie przypisuje im cech domniemań prawnych. W szczególności nie ma podstaw, aby zakładać, że brak wymogu obrotów na nieokreślonym normatywnie poziomie wyklucza zastosowanie wyjątku od zasady *lex loci laboris*. Cechy działalności określone w akapicie 5 ustępu 1 decyzji nr A2 Komisji Administracyjnej nie mają charakteru kumulatywnego, a brak jednej z nich nie wyklucza zachowania związków z macierzystym systemem zabezpieczenia społecznego. Odmienne stanowisko zaprezentował Sąd Najwyższy. W uzasadnieniu wyroku w sprawie II UK 565/14 (s. 7) pada stwierdzenie, iż „można by się zgodzić [z tezą Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu w sprawie III AUa 662/13 – przyp. M.B.]”, że obrót w kraju delegowania nie ma charakteru rozstrzygającego, ale za chwilę pada odmienne i kategoryczne stanowisko: „obróć nie może być pomijany jako kryterium

---

clients are concluded, the law applicable to the employment contracts concluded by the undertaking with its workers, on the one hand, and with its clients, on the other hand, and the turnover during an appropriately typical period in each Member State concerned. That list cannot be exhaustive; the choice of criteria must be adapted to each specific case”, *ibidem*, teza nr 43.

<sup>28</sup> „[...] miejsce, w którym przedsiębiorstwo ma swą zarejestrowaną siedzibę i administrację, liczebność personelu administracyjnego pracującego w państwie członkowskim, w którym pracodawca ma siedzibę, oraz w drugim państwie członkowskim, miejsce, w którym rekrutowani są pracownicy delegowani, i miejsce, w którym zawierana jest większość umów z klientami, prawo mające zastosowanie do umów zawartych przez przedsiębiorstwo z jednej strony z pracownikami i z drugiej strony z klientami, obroty w odpowiednio typowym okresie w każdym z państw członkowskich, których rzecz dotyczy, oraz liczbę umów wykonanych w państwie wysyłającym”.

w ogóle bez znaczenia. Zwłaszcza, że obrót ustalony w sprawie jest o ponad połowę niższy niż wymagany (12% i 25%)” (*ibidem*, s. 7). Ostatecznie Sąd Najwyższy stwierdza, że „odpowiedź [na pytanie, czy niższy obrót może być równoważony (kompensowany) wartością innego kryterium – przyp. M.B.] powinna być w przeważającej mierze negatywna, gdyż pozostałe kryteria są rodzajowo odmienne i dotyczą czego innego” (punkt 3 uzasadnienia wyroku w sprawie II UK 565/13, s. 8). Obie tezy Sądu Najwyższego odchodzą od elastycznego traktowania poszczególnych kryteriów (w tym obrotu przedsiębiorcy-pracodawcy delegującego) na rzecz absolutyzowanego kryterium obrotu w precyzyjnej liczbowo wysokości minimalnej, podczas gdy nakaz elastycznego stosowania kryteriów wynika z dotychczasowej wykładni rozporządzenia 883/2004, rozporządzenia 987/2009, a także gramatycznej wykładni decyzji nr A2.

Drugi wątek o zasadniczym znaczeniu prawnym, polega na przypisaniu – odpowiednio przez ZUS i SN – dokumentowi o charakterze czysto informacyjnym waloru źródła prawa UE powszechnie obowiązującego na terenie Polski. Aby przekonać się o utożsamianiu kryterium obrotu na poziomie 25% z normą prawną, należy zwrócić uwagę na następujące wypowiedzi Sądu Najwyższego w sprawie II UK 565/13:

- punkt 3 uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego powołuje się na „wymagany obrót” na poziomie 25% (s. 7 uzasadnienia), po czym to kryterium o „uniwersalnym walorze” traktuje jako punkt odniesienia „dla wszystkich adresatów (firm, przedsiębiorstw) z różnych państw”,
- „obrotu na poziomie 25% w kraju delegowania, czyli 1/4 całego obrotu” został nazwany „wymaganą granicą obrotu” (punkt 3, s. 8 uzasadnienia wyroku),
- „agencja pracy tymczasowej [...], może być uznana, za pracodawcę zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności, innej niż działalność związana z samym zarządzaniem wewnętrznym na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, [...], przy czym ocena w tym zakresie powinna uwzględniać wymagany obrót z prowadzonej działalności, osiągany w kraju delegowania na poziomie 25% całego jej obrotu” (punkt 7, s. 11 uzasadnienia wyroku). Jak wykazano poprzednio, źródła prawa pochodnego przyjmowane w procedurze ustawodawczej nie zawierają takiego wymogu. Nie zawiera go również decyzja nr A2.

Dokonując oceny prawnej, Sąd Najwyższy powołuje się – analogicznie do metodyki organu rentowego – na „Poradnik praktyczny – Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej (UE), Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) i Szwajcarii” (na s. 8 uzasadnienia wyroku). Wcześniej (w ramach charakterystyki stanu faktycznego) pojawia się wtrącenie, iż poradnik ten został opracowany na podstawie decyzji A2 (s. 3 uzasadnienia wyroku).

Należy bardzo stanowczo podkreślić, że decyzja nr A2 Komisji Administracyjnej stanowi wykonanie kompetencji prawotwórczej zawartej w art. 72 a rozporządzenia (podstawowego) nr 883/2004. Przepis wyraźnie stwierdza, że do kompetencji Komisji Administracyjnej należy „rozpatrywanie wszelkich spraw administracyjnych lub dotyczących wykładni, wynikających z przepisów niniejszego rozporządzenia lub rozporządzenia wykonawczego, jak i każdej umowy lub uzgodnień, zawartych w ramach tych rozporządzeń”, jednak zaraz pada sformułowanie „bez uszczerbku dla uprawnień władz, instytucji i osób zainteresowanych do korzystania z procedur i sądów przewidzianych przez ustawodawstwo Państw Członkowskich, przez niniejsze rozporządzenie lub przez Traktat”. Przepisy rozporządzenia podstawowego pozostawiają ocenę faktyczną i prawną statusu przedsiębiorcy (pracodawcy delegującego) w gestii organów władzy sądowiczej, mimo aktywności Komisji na tym obszarze. Jeżeli po stronie Komisji Administracyjnej występowałoby przekonanie, że posiada ona kompetencje do autentycznej i prawotwórczej wykładni rozporządzenia podstawowego i wykonawczego, wraz z liczbowym określeniem wymaganego obrotu, ilości zawartych umów, itp., to wymogi te pojawiłyby się chociażby w decyzji nr A2. Tymczasem takiego zabiegu nie dokonano, co daje się względnie prosto wytłumaczyć: kompetencja do wydania decyzji musi realizować cel upoważnienia prawotwórczego (delegacji) określony przez Parlament i Radę jako „rozpatrywanie spraw administracyjnych” lub „rozpatrywanie spraw dotyczących wykładni”. Brak spornego kryterium 25% w decyzji nr A2 należy odczytywać jako poszanowanie nakazu wykładni odtwórczej (a nie prawotwórczej) i prymatu TSUE przy interpretacji prawa pochodnego UE podkreślonego w art. 72 a rozporządzenia 883/2004 *in fine*.

Kryterium 25% obrotu pochodzi wyłącznie ze wspomnianego poradnika. Jego publikacja i rozpowszechnianie w sieci Internet jest wykonaniem obowiązków określonych w art. 89 (Informowanie) rozporządzenia 987/2009. Zgodnie z powołanym przepisem Komisja Administracyjna „opracowuje niezbędne informacje, aby zapewnić zainteresowanym stronom możliwość zapoznania się z ich prawami oraz formalnościami administracyjnymi wymaganymi w celu egzekwowania tych praw. Informacje te są rozpowszechniane, w miarę możliwości, drogą elektroniczną przez umieszczenie na ogólnodostępnych stronach internetowych. Komisja Administracyjna zapewnia regularną aktualizację tych informacji oraz kontroluje jakość usług świadczonych klientom”. Praktyczny poradnik powoływany w niniejszej sprawie jest tylko i wyłącznie prezentacją poglądów, próbą unifikacji postępowania krajowych organów administracji publicznej w trakcie udzielania informacji o działalności.

Z oczywistych względów nie należy stawiać znaku równości między działalnością informacyjną a prawotwórczą organu administracji publicznej. Jednakże w momencie,

w którym Sąd Najwyższy przywołuje tego rodzaju materiał urzędowy w sposób charakterystyczny dla źródeł prawa pochodnego wiążących państwa UE i ich obywateli, konieczne staje się rozstrzygnięcie ich charakteru prawnego w sposób przecinający wątpliwości. Jasność i pewność sytuacji prawnej obywateli (niezależnie od indywidualnych dolegliwości lub korzyści stanowiących następstwo orzeczenia TSUE) jest konstytucyjnym i traktatowym prawem obywateli UE. Jest to o tyle uzasadnione, że w przeszłości Sąd Najwyższy prezentował dużo bardziej powściągliwe stanowisko. Tytułem przykładu: w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 listopada 2009 r. (II UK 99/09)<sup>29</sup> wyraźnie podważano wiążący charakter decyzji nr 181 Komisji Administracyjnej Wspólnot Europejskich do Spraw Zabezpieczenia Społecznego Pracowników-Migrantów z 13 grudnia 2000 r., dotyczącej interpretacji art. 14 ust. 1, art. 14 a ust. 1 oraz art. 14 b ust. 1 i 2 nieobowiązującego już rozporządzenia nr 1408/71. Sąd Najwyższy odsyłał tam do orzecznictwa Trybunału (zob. tezę nr 4 uzasadnienia prawnego wyroku w sprawie II UK 99/09 z powołaniem na wyroki ETS z 5 grudnia 1967 r. Nr 19/67 w sprawie *Bestuur der sociale Verzekeringsbank c. Van der Vecht* i z 14 maja 1981 r. Nr 98/80 w sprawie *Giuseppe Romano przeciwko Institut national d'assurance maladie – invalidité*), aby podkreślić, że „zaprezentowana w nich [decyzjach Komisji – przyp. M.B.] wykładnia nie jest wiążąca”. Sąd Najwyższy odnotował jednak z miejsca, że wytyczne interpretacyjne Komisji powinny być respektowane w momencie, w którym uzyskały potwierdzenie w praktyce orzeczniczej Trybunału (*ibidem*, z powołaniem na wyrok ETS z 26 stycznia 2006 r., C-2/05 w sprawie *Rijksdienst voor Sociale Zekerheid przeciwko Herbosch Kiere* i wspomniany już wyrok w sprawie C-202/97 *Fitzwilliam*). Powołane stanowisko Sądu Najwyższego z 2009 r. silnie kontrastuje z omawianym tu wyrokiem 4 czerwca 2014 r. w sprawie II UK 565/13, skoro orzecznictwo TSUE i ustawodawstwo UE nie posunęło się do kwantyfikacji obrotu pracodawców delegujących, a tym bardziej uznania go za warunek *sine qua non*.

Wspomniany poradnik nie przybrał formy prawnej decyzji (art. 288 akapit 4 TFUE), która może mieć w pewnych wyjątkowych sytuacjach charakter konkretny, lecz niekoniecznie indywidualny (jest to tzw. zasięg ogólny występujący w przypadku decyzji pozbawionych adresata). Jeśli zaś potraktować poradnik jako zalecenie, to art. 288 akapit 5 TFUE wyraźnie odbiera zaleceniom i opiniom moc wiążącą. Niemniej jednak Sąd Najwyższy zdaje się przypisywać poradnikowi cechy właściwe takim źródłom prawa pochodnego jak decyzja. Sąd Najwyższy powołał kryterium 25% jako „uniwersalne» dla podmiotów prawa prywatnego. Sąd Najwyższy wyraźnie użył sformułowania o pozanormatywnych 25% obrotu jako punkcie odniesienia dla «wszystkich adresatów (firm, przedsiębiorstw)»”, a nie wyłącznie unijnych i krajowych organów administracji

<sup>29</sup> Opubl. w OSNP z 2011 r., nr 11–12, s. 162.



publicznej. Jeśli takie sformułowanie pada w uzasadnieniu konstytucyjnego, naczelnego organu władzy sądowniczej sprawującego wymiar sprawiedliwości w RP, to nie można przejść obok takiego stwierdzenia obojętnie.

## **5. Podsumowanie**

Nie wydaje się, aby klauzula delegacji kompetencji prawotwórczych (art. 90 ust. 1 Konstytucji RP) dopuszczała przeniesienie uprawnień władzy ustawodawczej do kształtowania sytuacji prawnej jednostki na rzecz administracyjnych jednostek organizacyjnych Unii Europejskiej. Życzliwa dla Unii Europejskiej interpretacja rozporządzenia podstawowego nr 883/2004 i rozporządzenia wykonawczego nr 987/2009, a także wspomnianej decyzji nr A2 dokonywana przez pryzmat założeń polskiego systemu źródeł prawa nakazuje traktować wymienione akty prawa pochodnego UE jako jedyne źródła prawa znajdujące zastosowanie do nieograniczonej klasy adresatów (źródła powszechnie obowiązujące). Nie uważam za takie źródło publikacji informacyjnej pt. „Poradnik praktyczny – Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej (UE), Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) i Szwajcarii”, a mimo to w praktyce stosowania prawa na terytorium Polski przypisano mu funkcję uzupełniania norm prawa powszechnie obowiązującego w sposób typowy dla innych wiążących, ustawodawczych źródeł prawa pochodnego UE. Wprawdzie artykuł 91 ust. 3 Konstytucji RP ma nieco odmiennie skonstruowaną hipotezę, aniżeli art. 91 ust. 2 („Jeżeli wynika to z ratyfikowanej przez Rzeczpospolitą Polską umowy konstytuującej organizację międzynarodową”), co zdaje się uniezależniać „prawo stanowione przez organizację międzynarodową” od krajowego, konstytucyjnego kryterium powszechnego obowiązywania, to jednak nawet na gruncie prawa traktatowego (pierwotnego) UE nie da się przypisać opisywanemu poradnikowi cechy aktu ustawodawczego.

Stanowisko Sądu Najwyższego w sprawie II UK 565/13 powinno być skonfrontowane ze stanowiskiem TSUE w trybie pytania prejudycjalnego sądów niższych instancji, co nie zmienia dokuczliwego dla stron faktu, że w postępowaniu sądowym są one zdane na dyskrecjonalne uznanie sądu powszechnego i SN o konieczności takiego wystąpienia. Nie jest też wykluczone skumulowanie zagadnienia europejskiego i konstytucyjnego za pomocą pytania prawnego do TK, a także autonomiczna ocena sądów powszechnych pozostająca w sprzeczności z omówionym stanowiskiem SN. Z perspektywy „unijnej” jest to prawdopodobny i racjonalny model orzekania, co pokazały sprawy dotyczące odpowiedzialności karnoskarbowej (art. 107 § 1 ustawa z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karny skarbowy) w przypadku tzw. wady notyfikacyjnej ustawy z dnia

19 listopada 2009 r. o grach hazardowych<sup>30</sup>. Reakcje (niektórych) sądów karnych<sup>31</sup> po wydaniu postanowienia SN z dnia 28 listopada 2013 r. (I KZP 15/13)<sup>32</sup> oraz wyroku TSUE z dnia 19 lipca 2012 r. w połączonych sprawach *Fortuna sp. z o.o.* (C-213-11), *Grand sp. z o.o.* (C-214/11) i *Forta sp. z o.o.* (C-217/11)<sup>33</sup> można podsumować jako krytyczne (wobec stanowiska SN), akcentujące obowiązek odmowy zastosowania nie-notyfikowanych przepisów ustawy i silnie zakorzenione w zasadzie jedności i efektywności prawa UE.

<sup>30</sup> Dz. U. z 2009 r. Nr 201, poz. 1540 z późn. zm.

<sup>31</sup> Interesujące rozważania polemiczne w tej sprawie przeprowadzono w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 12 marca 2014 r. (V Ka 1599/13). Uzasadnienie jest dostępne w Portalu Orzeczeń Sądu Okręgowego w Łodzi pod adresem <http://orzeczenia.lodz.so.gov.pl/> [dostęp: 14.12.2014 r.].

<sup>32</sup> Dostępne w bazie orzeczeń Supremus na stronie [www.sn.pl](http://www.sn.pl) [dostęp: 14.12.2014 r.]. W powołanym postanowieniu Sąd Najwyższy nie dopatrył się związku pomiędzy wadliwym (z punktu widzenia UE) procesem stanowienia prawa krajowego a odpowiedzialnością adresata normy karnoprawnej. Adresatem ewentualnych wątpliwości sądów karnych w zakresie obowiązywania tak uchwalonej normy ustawowej uczynił Trybunał Konstytucyjny. Szerzej na temat krajowej kontroli naruszenia procedur notyfikacyjnych w procesie ustawodawczym pisze P. Radziejewicz, *Kontrola obowiązku notyfikowania ustawy w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym* [Cz. I i II], artykuł z dnia 22.12.2014 r. dostępny na stronach Obserwatora Konstytucyjnego, <http://www.obserwatorkonstytucyjny.pl/debaty/kontrola-obowiazku-notyfikowania-ustawy-w-postepowaniu-przed-trybunalem-konstytucyjnym-cz-ii/> [dostęp: 1.01.2015]. Obecnie przed Trybunałem Konstytucyjnym toczy się postępowanie wszczęte na skutek pytań prawnych złożonych (w kilku sprawach) przez Sąd Rejonowy w Tomaszowie Mazowieckim II Wydział Karny oraz Sąd Rejonowy dla Krakowa-Śródmieścia w Krakowie Wydział II Karny (sprawy P 17/14, P 28/14, P 29/14 połączone pod wspólną sygnaturą P 15/14), [www.trybunal.gov.pl](http://www.trybunal.gov.pl) [dostęp: 1.01.2015 r.].

<sup>33</sup> Wyrok dostępny pod sygnaturą C-213/11 w bazie orzeczeń *InfoCuria* – *Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości* pod adresem <http://curia.europa.eu/> [dostęp: 14.12.2014 r.].