



RTSP-242/2019/WPL

Warszawa, dnia 19 lipca 2019 r.

Pan

Dr hab. Adam Bodnar

Rzecznik Praw Obywatelskich

Al. Solidarności 77

00-090 Warszawa

Szanowny Panie Rzeczniku

nawiązując do spotkania 16 lipca 2019 r. oraz art. 1 ust. 2b ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich¹, który stanowi, że w sprawach mikroprzedsiębiorców oraz małych i średnich przedsiębiorców w rozumieniu ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców² Rzecznik Praw Obywatelskich współpracuje z Rzecznikiem Małych i Średnich Przedsiębiorców, przekazuję materiały dotyczące:

1. dobrowolności ZUS w Polsce – założenia do projektu zmian w ustawach z V posiedzenia Rady Przedsiębiorców, która odbyła się 9 maja 2019 r. (pozostałe materiały: <https://rzecznikmsp.gov.pl/prezentacje-i-reportaz-nt-dobrowolnosci-zus-w-polsce-v-posiedzenie-rady-przedsiębiorców/>);

2. składania sprawozdań finansowych w postaci elektronicznej (pisma z dni: 5 marca 2019 r., 27 marca 2019 r., 5 kwietnia 2019 r., 29 kwietnia 2019 r., 30 kwietnia 2019 r., 17 czerwca 2019 r., 28 czerwca 2019 r., 11 lipca 2019 r.);

3. tematu „wspólnika iluzorycznego” (materiał także przesłany poprzez e-mail 19 lipca 2019 r. przez Panią dr Annę Zarębę-Faracik, Dyrektora Wydziału Interwencyjno-Procesowego do Pana Piotra Mierzejewskiego Dyrektora Zespołu Prawa Administracyjnego i Gospodarczego).

¹ T.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 2179.

² T.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1292.



Biuro Rzecznika
Małych i Średnich Przedsiębiorców

Biorąc powyższe pod uwagę, jeszcze raz dziękuję za spotkanie i za deklarację współpracy na rzecz przedsiębiorców.

Z poważaniem

Z up. Rzecznika Małych i Średnich Przedsiębiorców

RADCA RZECZNIKA

Wydział Prawno-Legislacyjny

Marek Woch

Dr n. pr. Marek Woch

Dobrowolność ZUS w Polsce

Założenia do projektu zmian w ustawach



Biuro Rzecznika
Małych i Średnich Przedsiębiorców

Warszawa, 9 maja 2019 r.

Dr n. praw. Marek Woch
Radca Rzecznika

Biuro Rzecznika Małych i Średnich Przedsiębiorców

Wysokość składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne, Fundusz Pracy i Solidarnościowy Fundusz Wsparcia Osób Niepełnosprawnych * Składki za styczeń - grudzień 2019 r.

Rodzaj składki	Z dobrowolnym ubezpieczeniem chorobowym	Bez dobrowolnego ubezpieczenia chorobowego
Ubezpieczenia społeczne **	904,60 zł	834,55 zł
Ubezpieczenie zdrowotne	342,32 zł	342,32 zł
Fundusz Pracy i Solidarnościowy Fundusz Wsparcia Osób Niepełnosprawnych	70,05 zł	70,05 zł
SUMA	1316,97 zł	1246,92 zł

* dotyczy osób prowadzących pozarolniczą działalność, dla których minimalną podstawę wymiaru stanowią (60% prognozowanego przeciętnego wynagrodzenia miesięcznego, przyjętego do ustalenia kwoty ograniczenia rocznej podstawy w Biuro Rzecznika²⁰¹⁹)

** kwota składki na ubezpieczenie wypadkowe obliczona stopą procentową w wysokości 1,67% właściwą dla płatników sk potrzednim roku kalendarzowym do ubezpieczenia wypadkowego przeciętnie miesięcznie nie więcej niż 9 osób



Koszty FUS

Ze środków Funduszu są finansowane przede wszystkim wypłaty świadczeń na rzecz ludności, w tym: emeryt dodatki do emerytur i rent (pielęgnacyjne, dla sierot zupełnych i za tajne nauczanie) oraz zasiłki (m.in. c macierzyńskie, pogrzebowe).

Koszty Funduszu na 2019 r. zaplanowano w łącznej kwocie 246 260 366 tys. zł, tj. o 5,7% większej niż w p.w. 2018 r. W 2019 roku wydatki poszczególnych funduszy wyodrębnionych w ramach FUS zaplanowano w kwotach:

- **165 255 425 tys. zł** – fundusz emerytalny, z którego są finansowane przede wszystkim wypłaty emerytur oraz środków z subkonta2,
- **46 651 133 tys. zł** – fundusz rentowy, z którego są finansowane wypłaty rent z tytułu niezdolności do rodzinnych, dodatków wypłacanych przy emeryturach i rentach, wypłaty niektórych emerytur przyznanych z rencie z tytułu niezdolności do pracy, zasiłków pogrzebowych, a także zadania w zakresie prewencji rentowej,
- **23 785 644 tys. zł** – fundusz chorobowy, z którego są finansowane świadczenia z tytułu niezdolność spowodowanej chorobą lub macierzyństwem,

Kwoty wypłat w latach 2015-2018 r. (w mln zł)

	2015	2016	2017	2018
Zasiłki chorobowe	9 826,9	10 615,2	11 309,7	11 532,9
Zasiłki macierzyńskie	7 555,7	7 745,3	7 863,6	8 263,2
	17 382,6	18 360,4	19 173,2	19 796,0

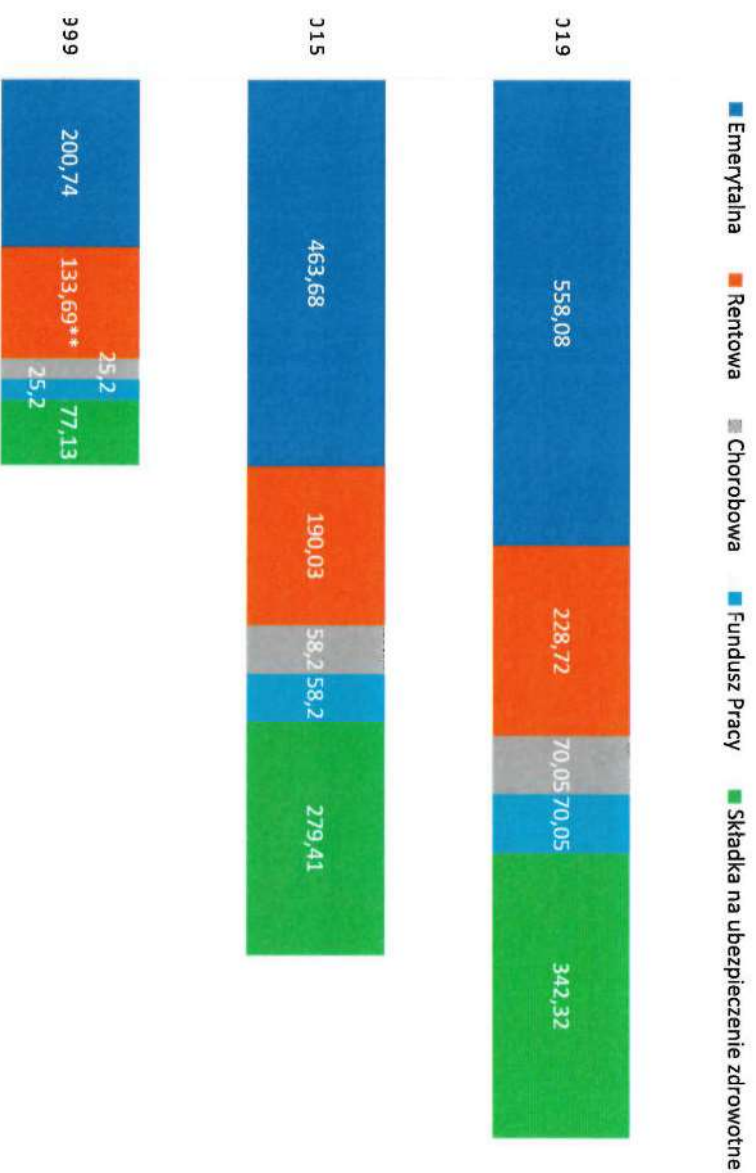
- **5 224 870 tys. zł** – fundusz wypadkowy, z którego są finansowane świadczenia z tytułu wypadków przy pracy zawodowych wraz z prewencją wypadkową.



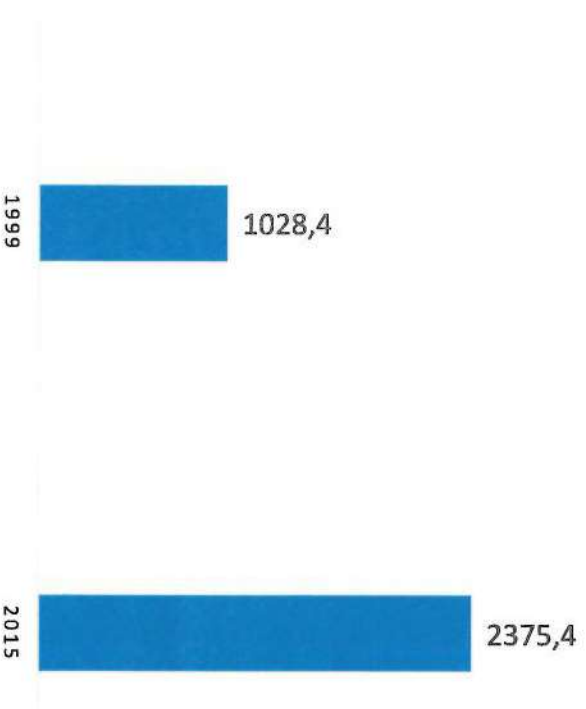
Biurow Rzeczniika
Małych i Średnich Przedsiębiorców

Ewolucja składek 1999 - 2019

WYSOKOŚĆ SKŁADEK W ZŁ 1999 – 2019*



PODSTAWA WYMIARU SKŁADEK W 1999 - 2019



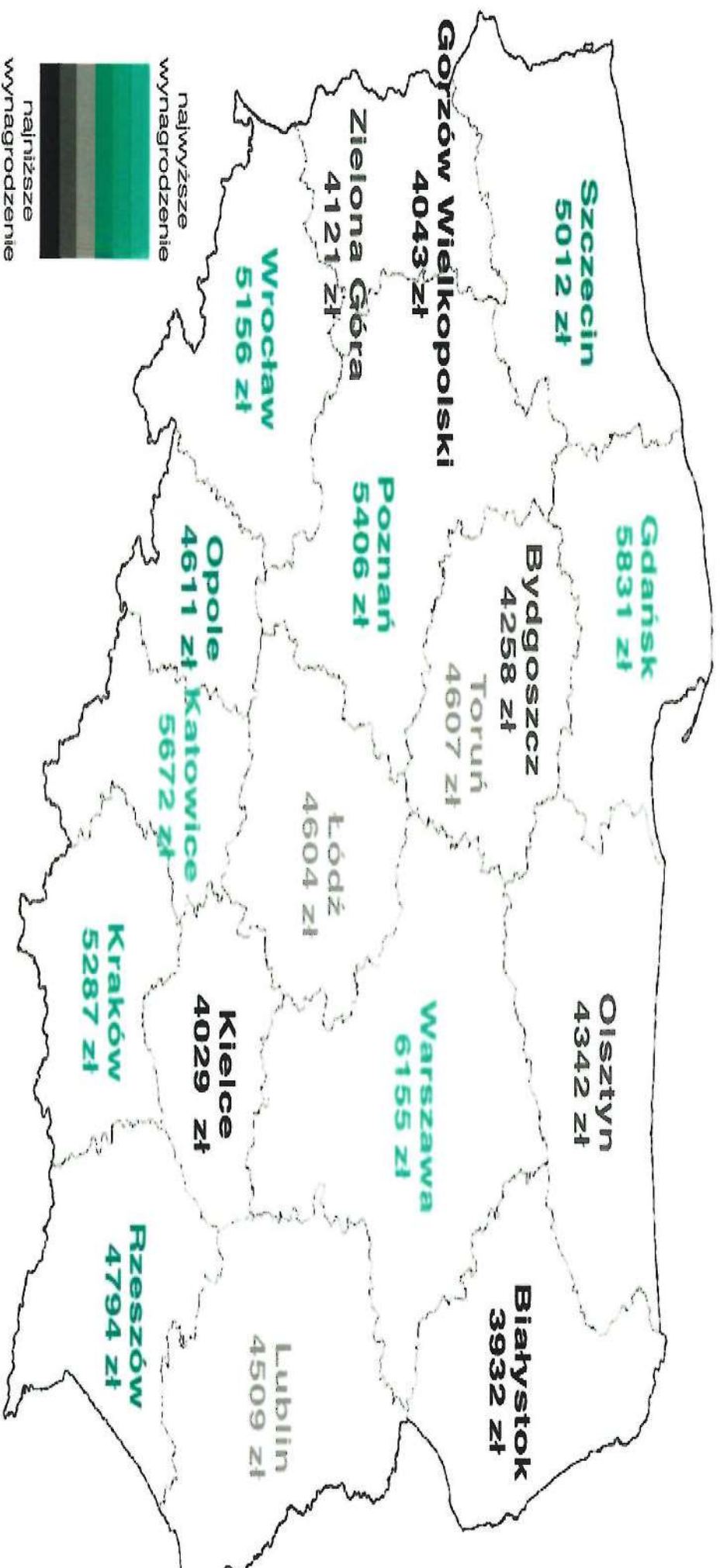
Biuro Rzecznika
Małych i Średnich Przedsiębiorców



* Dodatkowo należy doliczyć składkę wypadkową, której % wymiaru podstawy zmieniła się: 1999 r. – 1,62%; 2015 r. – 0,4% – 3,33%.

** W 1999 r. % podstawy wymiaru wynosił 13%, a w 2015 r. i w 2019 r. wynosił 8%.

PRZECIĘTNE MIESIĘCZNE WYNAGRODZENIE 2018 W MIASTACH WOJEWÓDZKICH



Biurowiec Rzecznika

Młodych i Średnich Przedsiębiorców

Źródło – opracowanie GUS

Wpływy składek oszacowano na kwotę
185 290 130 tys. zł, tj. o 4,4% wyższą niż
w 2018 r.

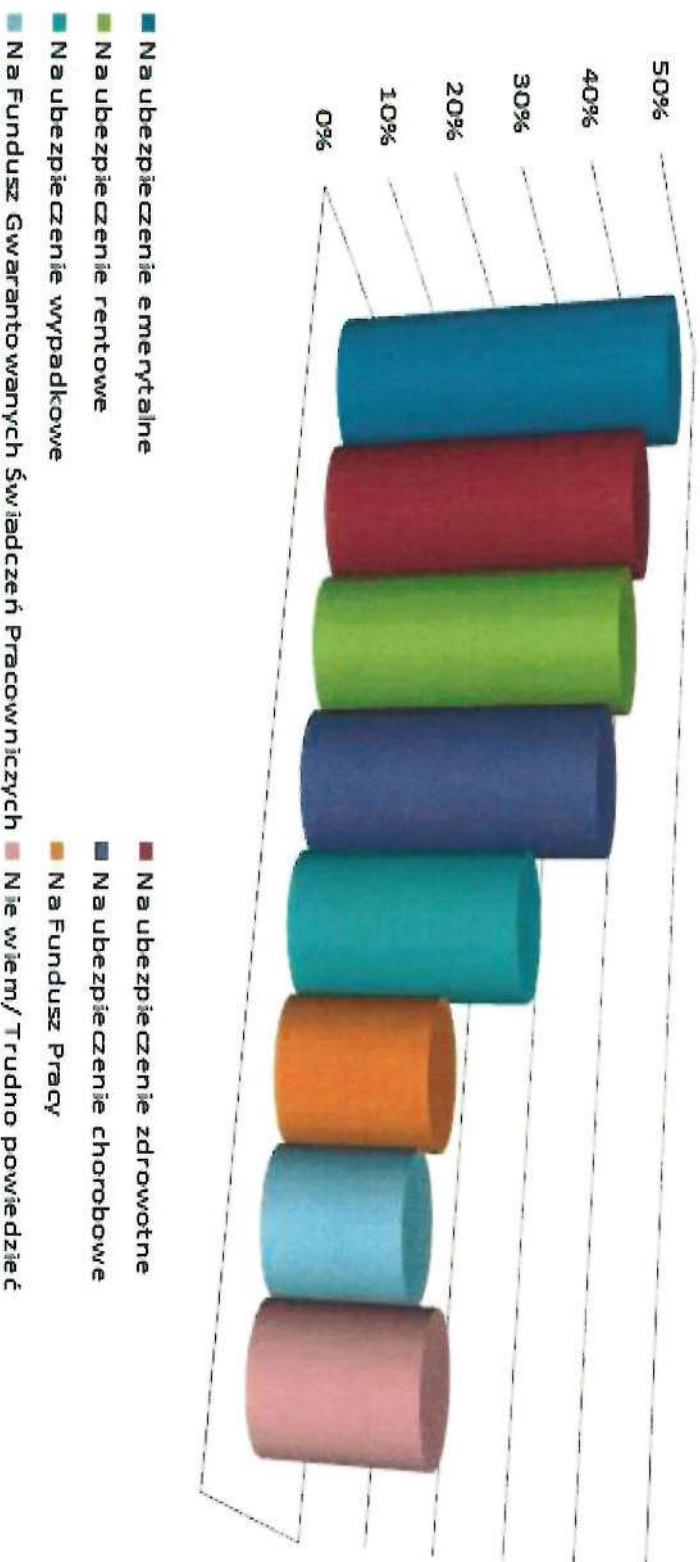
Plan FUS 2019 r. **244 981 507** tys. zł,
Dochody budżetu państwa w 2019 r. **387,7** mld
zł, a wydatki **416,2** mld zł.



Najlepiej znane są uprawnienia wynikające z opłacania składki na ubezpieczenie emerytalne – trzy czwarte Polaków wskazuje, że efektem opłaty emerytura, a błędne odpowiedzi wskazywane są przez mniej niż 10% respondentów. Niewiele mniej, bo dwie trzecie, potrafi powiązać z zasiłkiem chorobowym, chociaż tutaj zarazem prawie jedna czwarta sądzi, że z tej składki pokrywane są koszty leczenia, a 16% z tytułu niezdolności do pracy. Polacy najwyraźniej mylą ubezpieczenie chorobowe ze zdrowotnym – tylko połowa Polaków uważa, że ubezpieczenia finansowane są koszty leczenia, ale wielu sądzi, że także zasiłek chorobowy. Ponad jedna czwarta Polaków (27%) traktuje składkę zdrowotną tak, jak na ubezpieczenia emerytalne, rentowe lub chorobowe.

Znajomość składek na ubezpieczenia społeczne

Proszę wskazać te spośród niżej wymienionych składek, które są składkami na ubezpieczenia społeczne?



Opracowanie własne na podstawie: Przegląd Emerytalny. Bezpieczeństwo dzięki odpowiedzialności 2016 r. Zakład Ubezpieczeń Społecznych

Główne założenia propozycji dobrowolnych ubezpieczeń społecznych

- Zmiana w ramach ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (ustawa systemowa).
- Swoboda wyboru przez „beneficjentów” dobrowolnego ZUS, który z ubezpieczeń społecznych chce podlegać i w jakim okresie.
- Możliwość wyboru podlegania wszystkim lub żadnemu z ubezpieczeń społecznych.



Historia ułatwień dla przedsiębiorców w zakresie obowiązkowego opłacania ubezpieczenia społecznego

- 24 sierpnia 2005 r. – „Preferencyjny ZUS”, możliwość zadeklarowania kwoty składki na ubezpieczenie emerytalne i rentowe w wysokości nie więcej niż 30% kwoty minimalnego wynagrodzenia przez pierwsze 24 miesiące prowadzenia działalności gospodarczej.
- 30 kwietnia 2018 r. – Pakiet „Konstytucja Biznesu”
 - Działalność nieewidencjonowana
 - Ulga na start przez pierwsze 6 miesięcy
- 1 stycznia 2019 r. – „Mały ZUS”, możliwość zadeklarowania podstawy składki na ubezpieczenie emerytalne i rentowe w wysokości uzależnionej od przychodu.



Kto może korzystać z ułatwień w zakresie obowiązku opłacani ubezpieczeń społecznych

Preferencyjny ZUS – tylko osoby fizyczne prowadzące jednoosobną działalność gospodarczą (w tym wspólnicy spółek cywilnych)

Ulga na start – tylko osoby fizyczne prowadzące jednoosobną działalność gospodarczą (w tym wspólnicy spółek cywilnych)

Działalność nieewidencjonowana – osoby fizyczne, których przy w żadnym miesiącu nie przekracza kwoty 50% minimalnego wynagrodzenia i które w okresie 60 miesięcy nie wykonywały działalności gospodarczej

Mały ZUS – tylko osoby fizyczne prowadzące jednoosobową działalność gospodarczą (w tym wspólnicy spółek cywilnych)



Zakres podmiotowy

Osoby fizyczne prowadzące pozarolniczą działalność gospodarczą

Ustawa z dnia 6 marca 2018 r. o Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej i Punkcie Informacji dla Przedsiębiorcy, Dz. U. 2018 r. poz. 647.



Biurow Rzeczniika
Małych i Średnich Przedsiębiorców

Zakres przedmiotowy

- Ubezpieczenie emerytalne
- Ubezpieczenie rentowe
- Ubezpieczenie chorobowe *
- Ubezpieczenie wypadkowe **
- Fundusz Pracy *** (wówczas brak np. zasiłku dla bezrobotnych w przypadku „duży ZUS”)

* Ubezpieczenie chorobowe jest już dzisiaj dobrowolne (zasiłek chorobowy przysługuje ubezpieczonemu, który wskutek choroby jest niezdolny do pracy. Inne: świadczenia rehabilitacyjne - przysługują prawo do zasiłku a wymagają dalszego leczenia lub rehabilitacji; zasiłek wyrównawczy - kompensuje różnice w wynagrodzeniu z powodu czasowej i częściowej niezdolności do pracy; zasiłek macierzyński

** W przypadku utraty zdolności do pracy w wyniku wypadku przy pracy lub choroby zawodowej, podleganie ubezpieczeniu wypadkowemu daje prawo do szczególnych świadczeń typu: zasiłek rehabilitacyjny, zasiłek wyrównawczy, jednorazowe odszkodowanie, renta z tytułu niezdolności do pracy, renta z tytułu szkoleniową, renta rodzinna, dodatek do renty rodzinnej, dodatek pielęgnacyjny, pokryciem z zakresu stomatologii i szczyptę ochronnych oraz zaopatrzenia w przedmioty ortopedyczne w zakresie określonym ustawą.

*** Fundusz Pracy nie jest ubezpieczeniem społecznym. (Pieniądze te przeznaczone są w szczególności na aktywizację osób bezrobotnych, czyli: zasiłki dla bezrobotnych, prace interwencyjne, re i przekwalifikowanie bezrobotnych, rozwój pośrednictwa zawodowego, rozwój systemów informatycznych, badania rynku pracy. Stan środków pieniężnych na koniec grudnia 2018 r. **15 717 115,7 mln zł**



Biurowisko Rzeczni
Małych i Średnich Przedsiębiorców

Zakres przedmiotowy

Jak jest obecnie

- Ubezpieczenie emerytalne - **obowiązkowe**
- Ubezpieczenie rentowe - **obowiązkowe**
- Ubezpieczenie chorobowe - **dobrowolne**
- Ubezpieczenie wypadkowe - **obowiązkowe**
- Fundusz Pracy - co do zasady **obowiązkowy**
- Ubezpieczenie zdrowotne - **obowiązkowe**

Proponowane zmiany

- Ubezpieczenie emerytalne - **dobrowolne**
- Ubezpieczenie rentowe - **dobrowolne**
- Ubezpieczenie chorobowe - **dobrowolne**
- Ubezpieczenie wypadkowe - **dobrowolne**
- Fundusz Pracy - **dobrowolne**
- Ubezpieczenie zdrowotne - **obowiązkowe**



Zmiany dostosowawcze

Proponowane rozwiązanie oprócz nowelizacji ustawy system wymagałoby m.in. zmian w:

- ustawie z dnia 30 października 2002 r. o ubezpieczeniu społec: z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych;
- ustawie z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Func Ubezpieczeń Społecznych;
- ustawie z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawod i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych;
- ustawie z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudn i instytucjach rynku pracy.



Zmiany systemowe

Ubezpieczenia społeczne to nie tylko ustawa systemowa. Wobec powyższego proponowana zmiana będzie również działań o charakterze systemowym, związanych w pierwszej kolejności z zapoczątkowaniem sytuacji polegających na „wpychaniu” ludzi w samozatrudnienie oraz ograniczaniu klina podatkowego, który już dzisiaj są zjawiskami coraz bardziej problematycznymi.

Minister Teresa Czerwińska na pytanie „co zatem państwo zrobi z pracownikami już wypchniętymi w samozatrudnienie? Odpowiedziała: „na pewno nie podejmujemy działań – czy to legislacyjnie, administracyjnych – ze skutkami wstecznymi. Będziemy walczyli z umowami śmieciowymi, o to by mieć lepszą pozycję wobec pracodawcy. Mam nadzieję, że szara strefa też się zmniejszy. Będzie szerszemu celowi społecznemu. Doszliśmy do wniosku, że po trudnych latach transformacji budżetowej gospodarki przyszedł czas na większą troskę o rynek pracy”^{*}.



Biuro Rzecznika
Małych i Średnich Przedsiębiorców

^{*} P. Ruchowicz, A. Stec, *Nie zaszkodzimy uczciwym*, Rzeczpospolita, 7 maja 2019 r., s. A16.

W dniu 24 kwietnia 2019 r. Rada Ministrów przyjęła Wieloletni Plan Finansowy Państwa na lata 2019-2022.

5.1. Uszczelnienie kwalifikacji przychodów do źródła „pozarolnicza działalność gospodarcza”

Cel: ograniczenie skali zjawiska nieuprawnionego kwalifikowania przychodów otrzymanych przez osoby fizyczne do źródła „pozarolnicza działalność gospodarcza” i w tym celu ograniczenie arbitrażu podatkowego i dualizmu rynku pracy. Ministrem Finansów, po porozumieniu z Ministrem Przedsiębiorczości i Technologii, Ministrem Inwestycji i Rozwoju oraz Radą Dialogu Społecznego wypracują konsensualne regulacje uszczelniające kwalifikację przychodów do źródła „pozarolnicza działalność gospodarcza”, minimalizując ingerencję w swobodę wyboru modelu, w którym przedsiębiorcy prowadzą swoją aktywność gospodarczą.

Narzędzia: zmiana ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz inne przepisy uszczelniające kwalifikację przychodów do źródła „pozarolnicza działalność gospodarcza”.

Adresaci: osoby fizyczne oraz podmioty zatrudniające takie osoby.

Organ odpowiedzialny: Minister Finansów, Szef Krajowej Administracji Skarbowej, Minister Przedsiębiorczości i Technologii, Minister Inwestycji i Rozwoju.

Termin: planowane wejście w życie rozwiązania – 1 stycznia 2020 r.



Jak wyjaśniło, już po przyjęciu WPF, w odpowiedzi na pytania money.pl Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii, "dziś mamy już rozwiązania, które pozwalają na ograniczenia w zakresie samozatrudniania mrozące krew w żyłach niemal 3 mln samozatrudnionych w Polsce. Resort uspokaja jednak o ustawę o podatku dochodowym, która wyklucza prowadzenie działalności gospodarczej w sytuacji, gdy spełnione są łącznie trzy wymienione w jej treści warunki.

Mowa o przeniesieniu odpowiedzialności na zlecającego, wykonywanie prac pod kierownictwem w miejscu i czasie wyznaczonym przez zlecającego oraz braku ryzyka gospodarczego po stronie przedsiębiorcy. MPiT zapewnia, że prace nad realizacją założenia zapisanego w WPF będą prowadzone w taki sposób, by "nie utrudniać życia przedsiębiorcom". Z drugiej strony przyznaje, że w razie dostrzeżenia luk w przepisach dopuszcza możliwość stworzenia "nowych obostrzeń", by po chwili znów łagodzić ton.

"Nie możemy też zgodzić się z tezą, że samozatrudnieni nie ponoszą ryzyka gospodarczego. Jest on:

- czytamy w odpowiedzi otrzymanej z biura prasowego MPiT. Resort odrzuca także w której posiadanie tylko jednego kontrahenta będzie automatycznie uznane za nadużycie.

"Praktyka gospodarcza jest dużo bardziej skomplikowana niż nam się wydaje w teorii" - podsumowuje prasowe MPiT.

M. Lis, Testu przedsiębiorcy może i nie będzie, ale samozatrudnieni będą sprawdzani. "Mamy rozwiązania", 7.04.2019, <https://www.money.pl/podatki/testu-przedsiębiorcy-moze-i-nie-bedzie-ale-samozatrudnieni-beda-sprawdzani-mamy-rozwiazania-6378078643> dostęp: 8.05.2019.



Dziękuję za uwagę

Marek Woch



Biuro Rzecznika
Małych i Średnich Przedsiębiorców

Kraków, dnia 25 lutego 2019 r.

Sz. P. Mecenass

dr Anna Zaręba – Faracik

Dyrektor Wydziału Interwencyjno – Procesowego

Biuro Rzecznika Małych i Średnich Przedsiębiorców

ul. Wilcza 46

00-679 Warszawa

Szanowna Pani Mecenass,

W nawiązaniu do Pani zlecenia opracowania opinii dotyczącej instrumentów prawnych, z jakich Rzecznik Małych Średnich i Przedsiębiorców (dalej: „RMŚP”) może skorzystać w celu zwalczania stosowania pojęcia tzw. „wspólnika iluzorycznego” w kontekście uprawnień, jakie wynikają z ustawy o Rzeczniku Małych i Średnich Przedsiębiorców z dnia 6 marca 2018 r. (Dz.U. z 2018 r. poz. 648) (dalej: ustawa o Rzeczniku MŚP”, „Ustawa”) i innych możliwości prawnych, poniżej przedstawiam opinię w tym zakresie.

I. Działania ustawowe, jakie może podjąć Rzecznik Małych i Średnich Przedsiębiorców w celu eliminacji stosowania w wykładni prawa (dokonywanej w szczególności przez ZUS i sądy powszechne) pojęcia „wspólnika iluzorycznego”.

1. Zgodnie z art. 1 ustawy o Rzeczniku MŚP Rzecznik Małych i Średnich Przedsiębiorców, stoi na straży praw mikroprzedsiębiorców oraz małych i średnich przedsiębiorców, w szczególności poszanowania zasady wolności działalności gospodarczej, pogłębiania zaufania przedsiębiorców do władzy publicznej, bezstronności i równego traktowania, zrównoważonego rozwoju oraz zasady uczciwej konkurencji i poszanowania dobrych obyczajów oraz słuszných interesów przedsiębiorców.
2. Na podstawie art. 9 ust. 1 Ustawy w zakresie ochrony praw przedsiębiorców Rzecznikowi przysługują następujące instrumenty prawne:

- 1) może występować do właściwych organów z wnioskami o podjęcie inicjatywy ustawodawczej albo wydanie lub zmianę innych aktów normatywnych w sprawach dotyczących działalności gospodarczej;



Poland
L&E GLOBAL

www.l-e-global.com

A. Sobczyk i Współpracownicy. Kancelaria Radcy Prawnego | Kraków - Warszawa.
31-525 Kraków, ul. Bohdana Zaleskiego 8/3b | tel: (12) 410 54 10 | fax: (12) 411 53 98.
NIP: 949 - 098 - 73 - 07 | Konto nr: 82 1020 2892 0000 5102 0020 6995
e-mail: krakow@sobczyk.com.pl | warszawa@sobczyk.com.pl | www.sobczyk.com.pl

- 2) może występować do właściwych organów z wnioskiem o wydanie objaśnień prawnych, o których mowa w art. 33 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców, jeśli przepisy będące przedmiotem wniosku budzą wątpliwości w praktyce lub ich stosowanie wywołało rozbieżności w rozstrzygnięciach wydawanych przez właściwy organ administracji publicznej;
 - 3) może informować właściwe organy nadzoru lub kontroli o dostrzeżonych nieprawidłowościach w funkcjonowaniu organów administracji publicznej;
 - 4) może występować do właściwego ministra lub organu upoważnionego ustawowo do opracowywania i wnoszenia do rozpatrzenia przez Radę Ministrów projektów aktów normatywnych z wnioskiem, o którym mowa w art. 69 ust. 1 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców;
 - 5) może występować do Sądu Najwyższego z wnioskiem, o którym mowa w art. 83 § 1 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. z 2018 r. poz. 5 i 650);
 - 6) może wnosić skargę nadzwyczajną, na podstawie art. 89 § 2 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym;
 - 7) może występować do Naczelnego Sądu Administracyjnego z wnioskami o podjęcie uchwały mającej na celu wyjaśnienie przepisów prawnych, których stosowanie wywołało rozbieżności w orzecznictwie sądów administracyjnych;
 - 8) może zwrócić się o wszczęcie postępowania administracyjnego, wnosić skargi i skargi kasacyjne do sądu administracyjnego, a także uczestniczyć w tych postępowaniach - na prawach przysługujących prokuratorowi;
 - 9) może żądać wszczęcia przez uprawnionego oskarżyciela postępowania przygotowawczego w sprawach o przestępstwa wszczynane z urzędu;
 - 10) może informować właściwe organy o dostrzeżonych barierach i utrudnieniach w zakresie wykonywania działalności gospodarczej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.
3. W ramach powyższych ustawowych instrumentów prawnych, jakie przysługują RMSP można w niniejszej sytuacji potencjalnie rozważać działania z pkt 2, pkt 4, pkt 5, pkt 6 oraz pkt 10 art. 9 Ustawy.
4. Ze względu na specyfikę sprawy nie będą mieć zastosowania następujące uprawnienia ustawowe RMSP:
- pkt 1, gdyż w praktyce wątpliwości budzi rozszerzająca wykładnia tego przepisu dokonywana przez ZUS i sądy, a nie sama jego treść;
 - pkt 3, gdyż w tym przypadku nie mamy do czynienia z nieprawidłowościami w funkcjonowaniu organów administracji publicznej;
 - pkt 7, 8 i 9, gdyż w niniejszej sprawie nie mamy do czynienia z postępowaniami sądowoadministracyjnymi ani karnymi.

5. Poniżej zostanie zaprezentowana ocena zasadności skorzystania każdego z instrumentów prawnych przewidzianych w ustawie o Rzeczniku MŚP, które potencjalnie mogłoby mieć zastosowanie do przedstawionego stanu faktycznego, ze szczególnym uwzględnieniem poddawanego przez Państwo analizie uprawnienia w zakresie możliwości wniesienia wniosku o rozstrzygnięcie rozbieżności w wykładni prawa na podstawie art. 83 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (Dz. U. z 2018 r. poz. 5 z późn. zm.) – dalej: „ustawa o SN”.

II. Możliwość wniesienia wniosku o rozstrzygnięcie rozbieżności w wykładni prawa (art. 83 ustawy o SN)

1. [Analiza przesłanek z art. 83 ustawy o SN] W przedstawionej sprawie szczegółowej analizy wymaga w pierwszej kolejności sugerowana przez Państwa możliwość złożenia wniosku o rozstrzygnięcie rozbieżności w wykładni prawa (art. 83 ustawy o SN). Na podstawie art. 9 ust. 1 pkt 5 ustawy o Rzeczniku MŚP w zakresie ochrony praw przedsiębiorców RMŚP jest legitymowany do występowania do Sądu Najwyższego z w/w wnioskiem.

W tym celu konieczna jest szczegółowa analiza przesłanek art. 83 ustawy o SN, zgodnie z którym przedstawienie wniosku o rozstrzygnięcie zagadnienia prawnego jest dopuszczalne, jeśli:

- 1) istnieje rozbieżność w wykładni prawa;
 - 2) wykładnia dotyczy przepisów będących podstawą orzekania przez dany sąd (w tym przypadku byłby to art. 8 ust. 6 pkt 4 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 1778),
 - 3) rozbieżność wystąpiła w orzecznictwie sądów powszechnych, sądów wojskowych lub Sądu Najwyższego,
 - 4) celem wniosku jest zapewnienie jednolitości orzecznictwa.
2. Powyższe przesłanki powinny być ponadto spełnione łącznie. W omawianym stanie faktycznym istnieją wątpliwości co do występowania przesłanek z pkt 1, 3 i 4.
 3. W pierwszej kolejności analizy wymaga przesłanka występowania „rozbieżności” w orzecznictwie. Celem omawianej instytucji prawnej jest ich eliminowanie, bowiem niekorzystnie z punktu widzenia wymiaru sprawiedliwości, jego praworządności i skuteczności, jest akceptowanie utrzymywania się w systemie prawnym orzeczeń, które oparte są na wzajemnie znoszących się rezultatach interpretacyjnych (postanowienie SN z 24.11.2010 r., I KZP 21/10, OSNKW 2010/11, poz. 95).
 4. Sąd Najwyższy dość restrykcyjnie interpretuje wymóg zaistnienia rozbieżności w orzecznictwie uzasadniających złożenie wniosku o rozstrzygnięcie zagadnienia prawnego. Podstawowym wymogiem jest przede wszystkim to, aby rozbieżności wynikały z ukształtowanych, sprzecznych wobec siebie linii orzeczniczych. Przesłanka ta nie będzie spełniona, jeżeli odnotowano pojedyncze, incydentalne odstępstwa od

ugruntowanej linii orzeczniczej (postanowienie SN z 14.10.2015 r., I KZP 10/15, OSNKW 2015/11, poz. 89; por. też J. Izydorczyk, *Glosa do postanowienia SN z 25.02.2016 r., I KZP 18/15*, OSP 2016/11, poz. 101). Jak zauważył Sąd Najwyższy, rozpatrując jeden z wniosków o rozstrzygnięcie rozbieżności: „Wskazanie jedynie dwóch przeciwnych rozstrzygnięć sądów powszechnych (nawet jeżeli wydane zostały przez ten sam sąd, w tym wypadku Sąd Okręgowy w Opolu) jest niewystarczające dla wykazania zaistnienia rozbieżności w orzecznictwie sądowym, nawet jeżeli te dwa orzeczenia miałyby być reprezentatywne dla sprzeczności występujących w orzecznictwie sądów powszechnych. Taka rozbieżność, w istotnym zakresie, musi być bowiem każdorazowo wykazana, gdyż tylko w takim wypadku aktualizuje się uprawnienie podmiotów określonych w art. 60 ustawy o Sądzie Najwyższym do wystąpienia z wnioskiem oraz kompetencja Sądu Najwyższego do podjęcia uchwały” (postanowienie SN z 14.10.2015 r., I KZP 10/15, OSNKW 2015/11, poz. 89).

5. Rozbieżność zauważona w orzecznictwie sądów ma nie tyle dotyczyć samych różnic w stosowaniu prawa, ile wynikać bezpośrednio z odmiennej wykładni prawa dokonywanej przez sądy (uchwała SN z 29.10.2012 r., I KZP 17/12, OSNKW 2012/12, poz. 123). Podstawą wniosku nie mogą być rozbieżności między orzecznictwem i wypowiedziami doktryny (postanowienie SN z 25.02.2005 r., I KZP 33/04, LEX nr 142537) ani wątpliwości co do interpretacji przepisów czy próba zweryfikowania zapadłego orzeczenia (R.A. Stefański, *Glosa do uchwały SN z 29.10.2012 r., I KZP 17/12*, „Prokuratura i Prawo” 2013/9, s. 187 i n.).
6. W praktyce Sąd Najwyższy różnicuje standard oceny zasadności wniosku o rozstrzygnięcie rozbieżności w orzecznictwie, w zależności od tego, czy rozbieżności powstały w orzecznictwie Sądu Najwyższego, czy też w orzecznictwie sądów powszechnych lub sądów wojskowych: „W przypadku rozbieżności w orzecznictwie sądów powszechnych lub wojskowych reakcja Sądu Najwyższego może nastąpić dopiero przy zaistnieniu większej liczby, zróżnicowanych w zakresie wykładni danego przepisu, orzeczeń. Gdy jednak chodzi o rozbieżności w orzecznictwie Sądu Najwyższego, to reakcja ta powinna być szybsza, jako że orzecznictwo to kształtuje ex auctoritate orzecznictwo sądów powszechnych i wojskowych. O rozbieżności i potrzebie reakcji na nią można tu zatem mówić także wtedy, gdy jest to nawet tylko jedno orzeczenie, ale prezentujące całkowicie odmienną, od dotychczas reprezentowanej w tym orzecznictwie interpretację określonych przepisów, zwłaszcza gdy jest to interpretacja wadliwa, ale nie wsparta należyłą argumentacją ani nie wynikająca np. ze zmiany stanu prawnego. Dopuszczenie bowiem do funkcjonowania takiego orzeczenia Sądu Najwyższego grozi potencjalnie pojawieniem się podobnych interpretacji w orzecznictwie sądów powszechnych lub wojskowych, a obowiązek zapewnienia przez Sąd Najwyższy jednolitości tego orzecznictwa, to nie tylko reakcja na zaistniałe tam już rozbieżności w wykładni norm prawnych, ale także eliminowanie w ramach nadzoru judykacyjnego możliwości pojawienia się takich rozbieżności w oparciu o interpretacje zawarte w orzeczeniach Sądu Najwyższego” (uchwała SN z 27.10.2005 r., I KZP 38/05, OSNKW 2005/11, poz. 103; por. R.A. Stefański, *Przegląd uchwał Izby Karnej Sądu Najwyższego*

w zakresie prawa karnego procesowego za 2005 r., „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2006/2, s. 123; tenże, *Glosa do uchwały SN z 29.10.2012 r., I KZP 17/12*, s. 192).

7. Ponadto, wykładnia musi dotyczyć przepisów prawa będących podstawą orzekania przez sądy powszechne lub Sąd Najwyższy. W analizowanym tu przypadku mamy do czynienia właśnie z taką sytuacją albowiem art. 8 ust. 6 pkt 4 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych jest niewątpliwie przedmiotem orzekania przez sądy powszechne i Sąd Najwyższy.
8. Celem wniosku musiałoby być ujednolicenie orzecznictwa. Problem w tym, że aby mówić o ujednoliceniu, najpierw konieczne jest zaistnienie rozbieżności, co pozostaje naszym zdaniem bardzo wątpliwe.
9. [Dotychczasowe orzecznictwo w kontekście art. 83 ustawy o SN w opisanym stanie faktycznym] W pierwszej kolejności zauważyć należy, iż poglądów orzeczniczych, które zostały wypracowane dotychczas na tle pojęć „wspólnika iluzorycznego” oraz „niemal jednoosobowej sp. z o.o.” nie można stosować wprost do opisanego przez Państwa stanu faktycznego. Dotychczasowa linia orzecznicza, która dotyczyła „wspólnika iluzorycznego” i „niemal jednoosobowej spółki z o.o.” została wykształcona przede wszystkim na gruncie szeregu stanów faktycznych dotyczących zatrudnienia pracowniczego w ramach jednoosobowej i „niemal” jednoosobowej spółki z o.o. Stosunkowo nieliczne orzeczenia, i to przede wszystkim na poziomie sądów apelacyjnych, dotyczą traktowania „niemal” jednoosobowego wspólnika sp. z o.o. niezatrudnionego pracowniczego, jako osoby prowadzącej jednoosobową działalność gospodarczą w rozumieniu art. 8 ust. 6 pkt 4 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie - III Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 19 lipca 2017 r., III AUa 410/16).
10. Główne założenia linii orzeczniczej dotyczącej pojęcia „wspólnika iluzorycznego” oraz „niemal jednoosobowej sp. z o.o.”, wykształconej na tle zatrudnienia pracowniczego przez Sąd Najwyższy oraz sądy apelacyjne, sprowadzają się do następujących dwóch grup twierdzeń:
 - 1) brak elementu podporządkowania, stanowiącego konstytutywną (niezbędną) cechę stosunku pracy, gdy udział w kapitale zakładowym spółki innych wspólników pozostaje iluzoryczny (np. 99/100 do 1/100) nie zezwala na zatrudnienie pracownicze - zob. np. wyrok SN z 3 sierpnia 2011 r. I UK 8/11; wyrok SN z 7 kwietnia 2010 r. II UK 177/09 (w którym SN stwierdził, iż podporządkowanie miało abstrakcyjny, sztuczny charakter); wyrok SN z 14 września 2017 r. III UK 190/16; wyrok SA w Białymstoku z 15 marca 2018 r. III AUa 810/17. Podporządkowanie pracownicze nie występuje wtedy, kiedy jedna i ta sama osoba wyznacza zadania pracownicze, a następnie sama je wykonuje (por. wyrok SN z 12 maja 2011 r., sygn. akt II UK 20/11, OSNP rok 2012, nr 11-12, poz. 145);
 - 2) mieszanie się elementu właścicielskiego (kapitału) i pracowniczego (pracy) - w takim przypadku status wykonawcy pracy (pracownika) zostaje „wchłonięty” przez status właściciela kapitału (pracodawcy) - oraz istnienie wątpliwości co do odpłatnego

charakteru pracy – zob. np.: wyrok SN z 11 września 2013 r. II UK 36/13; wyrok SA w Lublinie z 29 listopada 2016 r. III AUa 513/16; wyrok SA w Szczecinie z 24 listopada 2015 r. III AUa 129/15; wyrok SN z 12 maja 2011 r. II UK 20/11; wyrok SN z 17 października 2017 r., II UK 451/16; wyrok SN z 10 kwietnia 2018 r., II UK 10/17; wyrok SN z 15 marca 2018 r. I UK 212/17; wyrok SN z 13 marca 2018 r., I UK 27/17 (w którym Sąd orzekł, że w istocie nie zachodzi przesłanka odpłatności pracy, skoro do przesunięcia majątkowego dochodzi w ramach majątku samego wspólnika).

11. Sąd Najwyższy dostrzega dopuszczalność zatrudnienia w jednoosobowej spółce z o.o. jej jedyne go wspólnika jedynie w przypadku, gdy (wyrok SN z 13 września 2016 r. III UK 226/15), gdy:
 - 1) zatrudnienie takie ma miejsce na stanowisku specjalistycznym, związanym z prowadzoną przez spółkę działalnością;
 - 2) ustalenia potwierdzają zapotrzebowanie na pracę wspólnika dla spółki na takim stanowisku;
 - 3) jedyny wspólnik nie angażuje się w bieżącą działalność zarządczą spółki;
 - 4) jedyny wspólnik podlega faktycznie przy wykonywaniu pracy na rzecz spółki poleceniom osób zarządzających spółką lub kierujących jej poszczególnymi działaniami.
12. Podkreślić należy, iż we wszystkich powyższych orzeczeniach argumentacja sądów apelacyjnych i Sądu Najwyższego sprowadzała się do tego, iż jedyny lub "niemal jedyny" wspólnik spółki z o.o. nie podlega pracowniczemu ubezpieczeniu społecznemu, albowiem wątpliwe jest istnienie w takim przypadku stosunku pracy. W opisywanej przez Państwa sytuacji powyższe poglądy orzecznicze nie mają co do zasady zastosowania, gdyż nie mamy w niej do czynienia z zagadnieniem zatrudnienia większościowego „wspólnika-pracownika” w spółce z o.o. („niemal jednoosobowej”).
13. Jednym z nielicznych orzeczeń, w których sąd apelacyjny wykorzystał powyższy nurt orzeczniczy dotyczący stanu faktycznego bez elementu pracowniczego jest wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie - III Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z 19 lipca 2017 r., III AUa 410/16. Trudno jednak doszukiwać się rozbieżnych stanowisk orzeczniczych także na tej płaszczyźnie.
14. [Analiza zaistnienia przesłanek z art. 83 ustawy o SN w kontekście opisanego zagadnienia „wspólnika iluzorycznego”] Jedynym polem poszukiwania rozbieżności orzeczniczych mogłoby być ustalenie, od jakiej wielkości udziału mamy do czynienia z „niemal jednoosobowym wspólnikiem” czy „wspólnikiem iluzorycznym”. W dotychczasowym orzecznictwie okoliczności te były jednak badane przez sądy każdorazowo co do danej sytuacji. Jak podkreślił Sąd Najwyższy w wyroku z 7 marca 2018 r., I UK 575/16, skala tej większości (przewagi), jak również sposób jej wykorzystywania mogą w okolicznościach konkretnego przypadku usprawiedliwiać ocenę, iż status wykonawcy pracy został „wchłonięty” przez status właściciela kapitału.
15. Dlatego trudno będzie, w naszym przekonaniu, znaleźć konkretne i istotne rozbieżności w orzecznictwie (zarówno sądów powszechnych, jak i Sądu Najwyższego), od jakiego

poziomu rozkładu udziałów mamy do czynienia z pojęciem „wspólnika iluzorycznego” i „niemal jednoosobowej spółki z o.o.”. Co więcej, rysuje się nawet pewna jednolitość stanowisk w tym zakresie. Na ogół w przypadku proporcji udziałów 99:1, 98:2 – sądy uznawały, że nie mamy do czynienia z zatrudnieniem pracowniczym i choć można spojrzeć na mniejsze proporcje, to nie odbiegają one jednak zasadniczo od tego standardu.

16. Świadczą o tym następujące rozkłady proporcji udziałów wspólników, gdzie sądy uznawały, że mamy do czynienia z „niemal jednoosobową sp. z o.o.”:

- 99:1 - wyrok SA w Białymstoku z 21 listopada 2012 r. III AUa 667/12; wyrok SA w Białymstoku z 15 marca 2018 r. III AUa 810/17; wyrok SA w Białymstoku z 20 grudnia 2017 r. III AUa 636/17; wyrok SN z 7 kwietnia 2010 r. II UK 177/09;
- 98:100 - wyrok SN z 14 września 2017 r. III UK 190/16;
- 80:20 - wyrok SA w Białymstoku z 20 marca 2018 r. III AUa 18/18;
- 100:2 - wyrok SA w Szczecinie z 24 listopada 2015 r. III AUa 129/15;
- 94:6 - wyrok SA w Lublinie z 29 listopada 2016 r. III AUa 513/16.

17. Jednocześnie w przypadku rozkładu udziałów większościowego wspólnika na poziomie poniżej 80 % sądy powszechne, a zwłaszcza Sąd Najwyższy, na ogół już przyjmują, że nie mamy do czynienia z „niemal jednoosobowym wspólnikiem” czy „wspólnikiem iluzorycznym” i istnieje możliwość zatrudnienia pracowniczego wspólnika większościowego. Przykładem są:

- wyrok SN z 7 marca 2018 r. I UK 575/16 – stosunek udziałów: 56:24;
- wyrok SN z 16 grudnia 2008 r. I UK 162/08 – stosunek udziałów: 74:26;
- wyrok SN z 10 kwietnia 2018 r. II UK 10/17 - stosunek udziałów 300:80:10;
- wyrok SN z 12 maja 2011 r., II UK 20/11 - stosunek udziałów: 51:49.

18. Elementem przesadzającym na tle analizowanych orzeczeń jest jednakże niemożliwość zatrudnienia pracowniczego ze względu na brak cech charakterystycznych dla stosunku pracy, a nie samoistny (a więc w oderwaniu od zatrudnienia pracowniczego) fakt bycia „niemal jednoosobowym wspólnikiem spółki z o.o.”, czyli „wspólnikiem iluzorycznym”.

19. Mając zatem na uwadze, że dotychczas wykształcona linia orzecznicza stoi raczej na jednolitym stanowisku, że zatrudnienie pracownicze nie jest możliwe w sytuacji „niemal jednoosobowej sp. z o.o.” ze względu na brak elementu podporządkowania i brak faktycznej odpłatności pracy, elementy te są badane każdorazowo w danym stanie faktycznym, nie występują istotne rozbieżności w stanach faktycznych pomiędzy uznawaniem danego wspólnika za iluzorycznego - trudno będzie w naszej ocenie wykazać przesłanki do wniesienia przez RMŚP wniosku w trybie art. 83 § 1 i 2 ustawy o SN. Ponadto, orzeczenia dotyczące spraw nie dotyczących elementu pracowniczego są stosunkowo nieliczne. Równocześnie trudno doszukiwać się na ich tle istotnych rozbieżności co do samego pojęcia „wspólnika iluzorycznego”.

III. Analiza innych możliwych działań prawnych RMSP wynikających z ustawy

1. Do rozważenia pozostają jeszcze inne możliwości prawne RMSP wynikające z art. 9 pkt 2, 10 i 11 ustawy, które choć ze swej istoty będą mniej skuteczne, mogą jednak ugruntować pewne pole do poszerzenia dyskusji nad istniejącym w praktyce problemem.
2. Zgodnie z art. 9 ust. 1 pkt 2 Ustawy, RMSP może wystąpić do właściwego ministra z wnioskiem o wydanie objaśnień prawnych, o których mowa w art. 33 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców, jeśli przepisy będące przedmiotem wniosku budzą wątpliwości w praktyce lub ich stosowanie wywołało rozbieżności w rozstrzygnięciach wydawanych przez właściwy organ administracji publicznej (w tym przypadku – ZUS). Właściwi ministrowie oraz organy, które na podstawie odrębnych przepisów są upoważnione do opracowywania i przedkładania Radzie Ministrów projektów aktów prawnych, dążą do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów prawa z zakresu działalności gospodarczej, w szczególności wydając, w zakresie swojej właściwości, z urzędu lub na wniosek Rzecznika Małych i Średnich Przedsiębiorców wyjaśnienia przepisów regulujących podejmowanie, wykonywanie lub zakończenie działalności gospodarczej, dotyczące praktycznego ich stosowania (objaśnienia prawne), przy uwzględnieniu w szczególności orzecznictwa sądów, Trybunału Konstytucyjnego i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.
3. W omawianej sytuacji stosowanie przepisu art. 8 ust. 6 pkt 4 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych budzi w praktyce wątpliwości (trudniej byłoby wykazać już rozbieżności, ale są to przesłanki niezależne), gdyż nie ma w nim mowy o wspólniku „niemal jednoosobowej sp. z o.o.”, ale o wspólniku „jednoosobowej sp. z o.o.”, a organy i sądy mimo to przyjmują rozszerzającą interpretację. Należy się jednak liczyć z tym, że objaśnienie wydane w tym przypadku przez ministra może być zbieżne z dotychczasową linią orzeczniczą, co może jednak stanowić dodatkowe pole do zainicjowania dyskusji nad problemem praktycznym w tym zakresie i zwrócenia się do kolejnych organów.
4. Kolejną możliwością jest wystąpienie do właściwego ministra lub organu upoważnionego ustawowo do opracowywania i wnoszenia do rozpatrzenia przez Radę Ministrów projektów aktów normatywnych z wnioskiem, o którym mowa w art. 69 ust. 1 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców (Dz.U. z 2018 r. poz. 646 z późn. zm.).
5. Zgodnie z tym przepisem przesłankę wszczęcia procedury oceny funkcjonowania aktu normatywnego określającego zasady podejmowania, wykonywania lub zakończenia działalności gospodarczej bądź jego części stanowi ujawnienie istotnych rozbieżności w wykładni danego aktu lub wystąpienie okoliczności wskazujących na znaczne ryzyko, że ten akt normatywny powoduje istotne negatywne skutki gospodarcze lub społeczne. W tym przypadku możemy mówić przede wszystkim o negatywnych skutkach gospodarczych. Adresatem wniosku Rzecznika Małych i Średnich Przedsiębiorców może być właściwy minister lub organ upoważniony ustawowo do opracowywania i wnoszenia do rozpatrzenia przez Radę Ministrów projektów aktów normatywnych. Niezależnie od tego, który z podmiotów opracował projekt danego aktu normatywnego, ocena jego

stosowania pod kątem wskazanych wyżej przesłanek należy do wyłącznej właściwości Rady Ministrów lub jej organów. Ponadto, zgodnie z art. 69 ust. 2 Prawa przedsiębiorców, wniosek Rzecznika Małych i Średnich Przedsiębiorców nie ma charakteru wiążącego. Organ, do którego został skierowany, może przygotować ocenę funkcjonowania całości lub części aktu normatywnego oznaczonego we wniosku albo odmówić dokonania takiej oceny, uzasadniając niecelowość jej przygotowania.

6. Dodatkowo RMSP może poinformować właściwe organy o dostrzeżonych barierach i utrudnieniach w zakresie wykonywania działalności gospodarczej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Zgodnie z art. 11 Ustawy Rzecznik może zwracać się do właściwych organów, organizacji lub instytucji publicznych z ocenami i wnioskami o podjęcie działań zmierzających do zapewnienia skutecznej ochrony praw przedsiębiorców oraz usprawnienia trybu załatwiania spraw w tym zakresie. Jako barierę można wskazać wątpliwości związane ze stosowaniem art. 8 ust. 6 pkt 4 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych, które stanowią istotne utrudnienie przy wykonywaniu działalności gospodarczej w ramach „niemal jednoosobowej” spółki z o.o. Organy, organizacje lub instytucje publiczne, do których Rzecznik zwrócił się o podjęcie działań, o których mowa w ust. 1, są obowiązane niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 30 dni, poinformować Rzecznika o podjętych działaniach lub zajętych stanowisku. Do rozważenia pozostaje ewentualne zwrócenie się np. do właściwego ministra (ministra przedsiębiorczości i technologii, inwestycji i rozwoju czy ministra pracy) o zajęcie stanowiska w tym zakresie. Działania w tym zakresie będą miały z reguły charakter postulatywny lub informacyjny.
7. Możliwość wniesienia skargi nadzwyczajnej do Sądu Najwyższego zostanie omówiona w ostatnim punkcie opinii.

IV. Podstawy do wniesienia skargi konstytucyjnej

1. Niezależnie od powyższego w omawianej sytuacji do rozważenia pozostaje wniesienie do Trybunału Konstytucyjnego skargi konstytucyjnej przez osobę, wobec której wydano decyzję/wyrok (skarga *in concreto* – art. 79 Konstytucji) lub wniosku o zbadanie zgodności z Konstytucją analizowanego przepisu prawa przez uprawniony podmiot (skarga *in abstracto* – art. 188 pkt 1 Konstytucji). Na tle analizowanego przypadku mamy bowiem do czynienia z problemem natury konstytucyjnej.
2. Specyfiką niniejszej sprawy jest jednocześnie to, że nie mamy do czynienia z niekonstytucyjnością samego przepisu, który w świetle literalnego brzmienia budzi wątpliwości natury konstytucyjnej, ale z jego utrwaloną w orzecznictwie interpretacją. Dlatego też do rozważenia pozostaje kwestionowanie przed TK przyjętej interpretacji przepisu.
3. [Wyroki interpretacyjne TK] Możliwość wydawania przez TK wyroków interpretacyjnych i zakresowych jest w dużej mierze utrwalona w praktyce i w doktrynie, aczkolwiek była kwestionowana przez Sąd Najwyższy. Wyrok interpretacyjny jest orzeczeniem, w sentencji którego TK stwierdza zgodność lub niezgodność z Konstytucją

przepisu prawnego w określonym jego rozumieniu. Jego zadaniem nie jest usuwanie niejednorodności i rozbieżności wykładni przepisów prawa ani eliminacja samego przepisu, lecz eliminacja tego, spośród możliwych wariantów interpretacyjnych kontrolowanego przepisu, który jest niezgodny z Konstytucją. Podobnie wyrok zakresowy jest orzeczeniem, w sentencji którego TK stwierdza zgodność albo niezgodność z Konstytucją przepisu prawnego w określonym (podmiotowym, czasowym lub przedmiotowym) zakresie jego zastosowania. Wyroki takie na równi z innymi orzeczeniami TK wyposażone są w moc powszechnie obowiązującą i są ostateczne (art. 190 ust. 1 konstytucji) – tak: wyrok TK z dnia 11 grudnia 2011 r., sygn. SK 16/00, OTK 2001, nr 8, poz. 257.

4. Przykładem wyroku interpretacyjnego jest wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 27.11.2007 r. (SK 18/05, OTK-A 2007, Nr 10, poz. 128), w którym orzekł on, iż art. 58 w związku z art. 300 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz.U. z 1998 r. Nr 21, poz. 94, ze zm.), rozumiany w ten sposób, że wyłącza dochodzenie innych, niż określone w art. 58 Kodeksu pracy, roszczeń odszkodowawczych, związanych z bezprawnym rozwiązaniem umowy o pracę bez wypowiedzenia, jest niezgodny z art. 64 ust. 1 w związku z art. 2 Konstytucji oraz nie jest niezgodny z art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji.
5. W dotychczasowej praktyce zdarzały się jednak spory pomiędzy Sądem Najwyższym a Trybunałem Konstytucyjnym o możliwość wydawania tzw. wyroków interpretacyjnych. Przykładem jest uzasadnienie uchwały SN z dnia 17 grudnia 2009 r., III PZP 2/09, w której SN uznał, iż orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego stwierdzające w sentencji niezgodność z Konstytucją określonej wykładni aktu normatywnego, które nie powoduje utraty mocy obowiązującej przepisu, nie stanowi podstawy do wznowienia postępowania przewidzianej w art. 401¹ k.p.c.
6. Dlatego też pomimo w dużej mierze utrwalonej praktyki wydawania tego rodzaju wyroków, nie można także wykluczyć stanowiska o braku ich dopuszczalności.
7. Tryb wnoszenia skargi konstytucyjnej w przypadku żądania wydania orzeczenia interpretacyjnego pozostaje taki sam jak przy tradycyjnej skardze konstytucyjnej.
8. [Skarga abstrakcyjna] W przypadku skargi abstrakcyjnej uprawniony na mocy Konstytucji podmiot może wystąpić o zbadanie zgodności art. 8 ust. 6 pkt 4 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych z Konstytucją. W takiej sytuacji nie obowiązuje termin na wniesienie skargi, jednakże mamy ściśle określony krąg podmiotów, które mogą wnieść skargę, tj.:
 - 1) Prezydent Rzeczypospolitej, Marszałek Sejmu, Marszałek Senatu, Prezes Rady Ministrów, 50 posłów, 30 senatorów, Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego, Prezes Naczelnego Sądu Administracyjnego, Prokurator Generalny, Prezes Najwyższej Izby Kontroli, Rzecznik Praw Obywatelskich,
 - 2) Krajowa Rada Sądownictwa w zakresie, o którym mowa w art. 186 ust. 2 Konstytucji,
 - 3) organy stanowiące jednostek samorządu terytorialnego,

- 4) ogólnokrajowe organy związków zawodowych oraz ogólnokrajowe władze organizacji pracodawców i organizacji zawodowych,
- 5) kościoły i inne związki wyznaniowe,
- 6) podmioty określone w art. 79 Konstytucji w zakresie w nim wskazanym.

Zastosowanie powyższej drogi weryfikacji wymagałoby więc zwrócenia się do któregoś z wyżej wskazanych podmiotów o wystosowanie wniosku.

9. [Skarga indywidualna] Z kolei przed wniesieniem skargi indywidualnej należy wyczerpać wszelkie środki zaskarżenia w zwykłym trybie. Zgodnie z art. 79 ust. 1 Konstytucji każdy, czyje konstytucyjne wolności lub prawa zostały naruszone, ma prawo, na zasadach określonych w ustawie, wnieść skargę do Trybunału Konstytucyjnego w sprawie zgodności z Konstytucją ustawy lub innego aktu normatywnego, na podstawie którego sąd lub organ administracji publicznej orzekł ostatecznie o jego wolnościach lub prawach albo o jego obowiązkach określonych w Konstytucji.
10. Kwestionowanym przepisem ustawy, na podstawie którego sąd lub organ administracji publicznej orzekł ostatecznie o określonych w Konstytucji wolnościach lub prawach albo obowiązkach i w stosunku do którego domagać się można stwierdzenia niezgodności z Konstytucją, byłby art. 8 ust. 6 pkt 4 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych. Można argumentować, iż przepis ten rozumiany w ten sposób, że również „niemal jednoosobowy wspólnik sp. z o.o.” w „prawie jednoosobowej sp. z o.o.” podlega obowiązkowym ubezpieczeniom społecznym emerytalnym i rentowym jest niezgodny z konstytucyjną wolnością działalności gospodarczej, ochroną prawa własności oraz wolnością i autonomią woli jednostki (art. 20, art. 22, art. 31 ust. 1 i 2, 64 Konstytucji). Jednocześnie prezentowana przez sądy wykładnia tego przepisu prowadzi do naruszenia zasady państwa prawa i zasady praworządności (art. 2 i 7 Konstytucji).
11. Jako argumenty za niekonstytucyjnością prezentowanej wykładni wskazanego przepisu Ustawy można wskazać m.in.:
 - 1) Art. 8 ust. 6 pkt 4 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych został wprowadzony na mocy nowelizacji ustawy o zmianie ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw z dnia 18 grudnia 2002 r. (Dz.U. Nr 241, poz. 2074). Celem było objęcie tytułem ubezpieczeniowym (którego wcześniej brakowało) wspólników prowadzących jednoosobowe spółki z o.o. poprzez zaliczenie ich do kręgu osób prowadzących jednoosobową działalność gospodarczą. Prezentowana przez sądy wykładnia tego przepisu konstruuje pojęcie „wspólnika iluzorycznego” zmierzając do wywołania skutków odwrotnych od zamierzonych, a więc narzucania obowiązkowego tytułu ubezpieczeniowego dla takich osób.
 - 2) Obecne brzmienie art. 8 ust. 6 pkt 4 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych przesadza, że wspólnik jednoosobowej spółki z o.o. podlega ubezpieczeniu społecznemu z tytułu prowadzenia działalności pozarolniczej. Jednocześnie brzmienie to nie przesadza w żaden sposób, że ubezpieczonego należy traktować jak

jedynego wspólnika spółki, mimo że formalnie pozostaje on jedynie większościowym udziałowcem. W orzecznictwie sądy pozostawiają bowiem bez odpowiedzi zasadnicze pytanie: w jakich warunkach spółka jest „niemal jednoosobowa”, a w jakich można przyjąć, że już jest „wielooosobowa”, innymi słowy: kiedy składki ZUS trzeba płacić, a kiedy nie trzeba. Stwarza to zarazem stan dużej niepewności prawnej i stanowi to podstawę do uznania niekonstytucyjności przepisu ze względu na jego sprzeczność z zasadą państwa prawnego wyrażoną w art. 2 Konstytucji oraz zasadą praworządności z art. 7 Konstytucji.

- 3) Ponadto, taka wykładnia pozostaje w literalnej sprzeczności z przepisem ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, a w prawie ubezpieczeń społecznych nie ma miejsca na wykładnię z analogii. Przepisy dotyczące odprowadzania należności publicznoprawnych powinny charakteryzować się precyzyjnością i jasnością. Art. 217 Konstytucji statuuje zasadę wyłączności ustawowej w prawie daninowym. Brak jasnej definicji zastosowanych pozaustawowych terminów „niemal jedynego wspólnika” oraz „udziałowca iluzorycznego”, przy jednoczesnym braku wskazania chociażby ogólnych wskazówek interpretacji, pozostaje w sprzeczności również z powyższą zasadą konstytucyjną. Taka interpretacja otwiera drogę do dokonywana wykładni pozaustawowych pojęć w kolejnych orzeczeniach, co w konsekwencji powoduje brak pewności prawa dla spółek kapitałowych.
- 4) Powyższe pozostaje w szczególności kontrowersyjne w przypadku braku elementu pracowniczego, jak również braku wykazania pozorności innych czynności prawnych, które spowodowały, że mamy do czynienia ze wspólnikiem większościowym, który na gruncie prezentowanej wykładni przez organy administracyjne i sądy jest również traktowany jako wspólnik spółki jednoosobowej. Zauważyć należy, że pozycję dominującą wspólnika mogą, niezależnie od liczby posiadanych przez niego udziałów, determinować przyznane mu przez umowę spółki osobiste uprawnienia. Dodatkowo, w określonych sytuacjach nawet stosunkowo niewielkie zmiany w składzie wspólników bądź liczbie posiadanych przez nich udziałów mogą powodować zyskiwanie albo utratę przez konkretnych wspólników pozycji dominującej w spółce, czasem nawet bez bezpośredniej aktywności tych wspólników (np. przy dobrowolnym umorzeniu udziałów). Co więcej, zmiany takie mogą mieć charakter jedynie przejściowy (np. nabycie udziałów, a następnie ich zbycie).
- 5) Ingerencja w swobodę wyboru tytułu ubezpieczeniowego dla wspólników jednoosobowych sp. z o.o. polegająca na rozszerzającej wykładni obowiązku podlegania ubezpieczeniom społecznym jest ewidentnym ograniczeniem konstytucyjnej wolności działalności gospodarczej przedsiębiorców, prawa własności, jak również konstytucyjnej wolności i autonomii jednostki. W ramach rozpoczynania i prowadzenia działalności gospodarczej, przy równoczesnym posiadaniu innego tytułu ubezpieczeniowego, mieści się bowiem również wybór podstawy tytułu ubezpieczenia, jeśli istnieje tytuł alternatywny. Ponadto, osoba prowadząca działalność powinna mieć pewność co do tytułu ubezpieczeniowego, któremu podlega, a przy prezentowanej wykładni może być w wielu przypadkach

zaskakiwana przez organy oceną charakteru jej większościowego statusu udziałowca. W szczególności kontrowersyjne mogą być różne stany chwilowe lub przejściowe w zakresie liczby udziałowców spółek z o.o.

12. [Wskazanie wzorca kontroli] Jako wzorce konstytucyjnej kontroli w skardze można wskazać:

1) zasadę wolności działalności gospodarczej (art. 22 Konstytucji), która jest podstawową wartością konstytucyjną, a jej ograniczenia są dozwolone przy spełnieniu dwóch warunków, tj. ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny - prezentowana interpretacja przepisu ubezpieczeniowego godzi w prawo własności przedsiębiorców, co nie znajduje oparcia w akcie rangi ustawowej, jak również nie znajduje uzasadnienia ze względu na brak spełnienia przesłanki „ważnego interesu publicznego”.

2) prawo do własności (art. 64 Konstytucji), które zgodnie z art. 64 ust. 3 Konstytucji może zostać ograniczone tylko w drodze ustawy i tylko w zakresie, w jakim nie narusza to istoty prawa własności - przy prezentowanej wykładni nie mamy aktu rangi ustawowej ograniczającego prawo własności przedsiębiorców; możemy również mówić o naruszeniu „istoty prawa własności”.

3) zasadę autonomii woli i wolności jednostki (art. 31 ust. 1-2 Konstytucji), zgodnie z którą wolność człowieka podlega ochronie prawnej, a każdy jest obowiązany szanować wolności i prawa innych. Nikogo nie wolno zmuszać do czynienia tego, czego prawo mu nie nakazuje. Na podstawie art. 31 ust. 3 Konstytucji ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw. W omawianym przypadku nie mamy zarówno aktu rangi ustawowej, jak również nie zostały spełnione przesłanki ograniczenia wolności przedsiębiorców;

4) zasadę wyłączności ustawowej prawa nakładającego daniny publiczne (art. 217 Konstytucji), zgodnie z którą nakładanie podatków, innych danin publicznych, określanie podmiotów, przedmiotów opodatkowania i stawek podatkowych, a także zasad przyznawania ulg i umorzeń oraz kategorii podmiotów zwolnionych od podatków następuje w drodze ustawy - w analizowanej sytuacji nie mamy aktu rangi ustawowej wyraźnie określającego powstanie obowiązku składowego;

5) zasadę państwa prawnego (art. 2 Konstytucji), według której Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej - stniejący stan niepewności prawnej godzi w powyższą zasadę;

6) zasadę praworządności (art. 7 Konstytucji), według której organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa - prezentowana przez organy i sądy tak daleko idąca wykładnia, odbiegająca od literalnego brzmienia przepisu, pozostaje w sprzeczności z tą zasadą.

13. W tym kontekście narzucenie przy prezentowanej wykładni przepisu ubezpieczeniowego obowiązkowego tytułu ubezpieczeniowego dla wspólników „niemal jednoosobowych” sp. z o.o. uznać należy za nieproporcjonalne. Po pierwsze, sama ustawa nie przewiduje wprost takiego ograniczenia. Po drugie, przy takim ograniczeniu interes publiczny lub inne przesłanki musiałyby zostać proporcjonalnie wyważone z interesem prywatnym (zakres ingerencji w wolność działalności gospodarczej i inne prawa wolnościowe nie może wypaczać ich istoty), co zostało zaniechane na gruncie prezentowanej wykładni.
14. **[Tryb wnoszenia indywidualnej skargi konstytucyjnej]** W przypadku indywidualnej skargi konstytucyjnej ważne jest najpierw wyczerpanie wszelkich zwyczajnych środków zaskarżenia na drodze administracyjnej i sądowej. Wyczerpanie wszelkich środków zaskarżenia, włącznie ze skargą kasacyjną do SN, jest także rekomendowane z tego powodu, iż dotychczasowe orzecznictwo na gruncie art. 8 ust. 6 pkt 4 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych odnosi się głównie do wspólnika „niemal jednoosobowego” z elementem zatrudnienia pracowniczego. Orzeczenia o podobnym, jak prezentowany, stanie faktycznym są stosunkowo nieliczne i wydawane były głównie przez sądy apelacyjne, które powielały tezy orzeczeń dotyczących zatrudnienia pracowniczego w kontekście pojęcia „wspólnika iluzorycznego” i „niemal jednoosobowej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością”, co nie znajduje w naszej ocenie bezpośredniego przełożenia na takie sytuacje. Można twierdzić, iż w tym zakresie linia orzecznicza jest jeszcze stosunkowo świeża.

V. **Możliwość wniesienia skargi nadzwyczajnej**

1. Do rozważenia pozostaje także możliwość wniesienia tzw. skargi nadzwyczajnej w trybie art. 89 ust. 2 ustawy o SN, która jest nowym instrumentem prawnym. Zgodnie z art. 89 ustawy o SN, jeżeli jest to konieczne dla zapewnienia zgodności z zasadą demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej, od prawomocnego orzeczenia sądu powszechnego lub sądu wojskowego kończącego postępowanie w sprawie może być wniesiona skarga nadzwyczajna, o ile:
 - 1) orzeczenie narusza zasady lub wolności i prawa człowieka i obywatela określone w Konstytucji, lub
 - 2) orzeczenie w sposób rażący narusza prawo przez błędną jego wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie, lub
 - 3) zachodzi oczywista sprzeczność istotnych ustaleń sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego
- a orzeczenie nie może być uchylone lub zmienione w trybie innych nadzwyczajnych środków zaskarżenia.
2. Skargę nadzwyczajną może złożyć w zakresie swojej samodzielnej właściwości m.in. Rzecznik Małych i Średnich Przedsiębiorców.
3. Szczegółowe wymogi i przesłanki formalne skargi nadzwyczajnej określają art. 89-97 ustawy o SN.

4. Skarga nadzwyczajna jest środkiem alternatywnym do skargi konstytucyjnej. Dotyczyć może jednak tylko orzeczeń sądów powszechnych (nie dotyczy orzeczeń Sądu Najwyższego). W przypadku skargi nadzwyczajnej celem jest ocena m.in. konstytucyjności danego orzeczenia, a nie samego przepisu i jego interpretacji. W uzasadnieniu można przytoczyć tę samą argumentację w zakresie naruszenia konstytucyjnych praw i wolności człowieka i obywatela oraz dodatkowo wskazać na rażące naruszenie wykładni prawa.

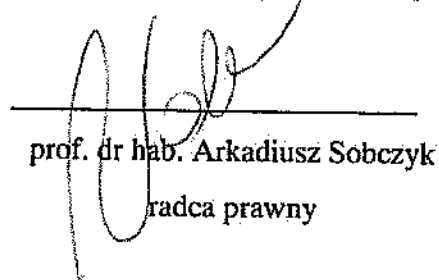
Konkluzje:

1. Istnieją słabe podstawy do wniesienia wniosku do SN w trybie art. 83 ustawy o SN ze względu na stosunkowo jednolitą linię orzeczniczą reprezentowaną przez sądy.
2. Rekomendowane jest wyczerpanie w pierwszej kolejności możliwej drogi instancyjnej w przedmiotowej sprawie, a następnie wniesienie przez osobę uprawnioną skargi konstytucyjnej w odniesieniu do prezentowanej przez ZUS i sądy powszechne interpretacji art. 8 ust. 6 pkt 4 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, jako naruszającej wskazane wolności, prawa i zasady konstytucyjne.
3. Alternatywnie do rozważenia pozostaje instytucja skargi nadzwyczajnej z art. 89 ustawy o SN, przy spełnieniu przesłanek z tego przepisu.

* * *

W razie jakichkolwiek wątpliwości uprzejmie proszę o kontakt.

Z poważaniem,



prof. dr hab. Arkadiusz Sobczyk
radca prawny