

**Sygn. akt: VIII U 1080/12**

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 03 kwietnia 2014 roku

**Sąd Okręgowy w Krakowie VIII Wydział Ubezpieczeń Społecznych**

w składzie:

Przewodniczący:	<b>SSO Bożena Adamus</b>
Protokolant:	stażysta Anna Zadęcka

po rozpoznaniu w dniu 03 kwietnia 2014 roku w Krakowie

sprawy Z. P.

przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddział w K.

przy uczestnictwie zainteresowanego Spółka(...)ZO.O z siedzibą w K.

o ubezpieczenie społeczne

na skutek odwołania Z. P.

od decyzji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w K.

z dnia 14 marca 2012r. , nr (...)

**I. oddala odwołanie**

**II. zasądza od Z. P. na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w K. kwotę 120 złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego**

**Sygn. akt VIII U 1080/12**

## UZASADNIENIE

Decyzją 14 marca 2012 r. Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w K. na podstawie art. 83 ust. 1, art. 6 ust. 1 pkt. 1, art. 8 ust. 1, art. 11 ust. 1, art. 12 ust. 1, art. 13 ust. 1 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. z 2009 r., Nr 205, poz. 1585 ze zm.) stwierdził, że Pan Z. P. jako pracownik u płatnika (...) Sp. z o.o. nie podlega obowiązkowo ubezpieczeniom emerytalnemu, rentowemu, chorobowemu i wypadkowemu od 1 stycznia 2010 r. z tytułu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę.

W odwołaniu od powyższej decyzji Z. P. domagał się zmiany zaskarżonej decyzji w części dotyczącej nieuzasadnionej odmowy ubezpieczenia od fikcyjnie przyjętej daty 1 stycznia 2010 r. oraz o stwierdzenie, że podstawą wymiaru składek na ubezpieczenie społeczne pracownika w okresie wskazanym w decyzji stanowi zgodnie z art. 18 ust. 1 i art. 4pkt 9 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych był przychód pracownika z tytułu

wykonywania umowy o pracę w firmie (...) Sp. z o.o. Podkreślił, że decyzja została wydana w wyniku przestępczego postępowania urzędnika decydującego o końcowym kształcie decyzji z wcześniej przyjętym zamiarem szkodenia podmiotowi.

Kolejną decyzją z dnia 5 lutego 2013 r. Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w K. na podstawie art. 83 ust. 1 w związku z art. 38 ust. 1, art. 6 ust. 1 pkt. 1, art. 8 ust. 1, art. 11 ust. 1, art. 12 ust. 1, art. 13pkt 1 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. z 2009 r. Nr 205, poz. 1585 ze zm.) stwierdził, że Z. P. jako pracownik u płatnika (...) Sp. o.o. nie podlega obowiązkowo ubezpieczeniu emerytalnemu, rentowemu, chorobowemu i wypadkowemu od 21 lipca 2012 r. z tytułu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę.

W odwołaniu Z. P. zaskarżonej decyzji zarzucił rażące naruszenie przepisów prawa materialnego, a to ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych, nieprzestrzeganie naczelnych zasad kodeksu postępowania administracyjnego oraz błąd w ustaleniach faktycznych .

W odpowiedziach na odwołania organ rentowy domagał się oddalenia odwołań z przyczyn wskazanych w uzasadnieniach zaskarżonych decyzji. Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w K. podkreślił, że podleganie ubezpieczeniu społecznemu wynika z prawdziwego zatrudnienia, a nie z samego faktu zawarcia umowy o pracę. Stosunek ubezpieczeniowy powstaje tylko wówczas, gdy stosunek pracy jest realizowany. Zdaniem pełnomocnika organu rentowego częste przebywanie na zasiłkach chorobowych lub urlopowach bezpłatnych Z. P. ma na celu wyłącznie uzyskanie nadmiernie wysokich świadczeń z ubezpieczenia społecznego z naruszeniem zasad współzycia społecznego, a nie ze świadczenie pracy na rzecz spółki (...).

Postanowieniem z dnia 21 września 2012 r. Sąd wezwał do udziału w sprawie w charakterze zainteresowanego (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K..

Zarządzeniem z dnia 23 maja 2013 r. Sąd połączył sprawę o sygn. VIII U 481/13 do wspólnego rozpoznania i rozstrzygnięcia ze sprawą VIII U 1080/12

### ***Sąd ustalił następujący stan faktyczny:***

Z. P. od 1 stycznia 1999 r. został zgłoszony do obowiązkowych ubezpieczeń społecznych z tytułu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w (...) Sp. z o.o.

Z tytułu zatrudnienia odwołujący w okresach od 1 lipca 2009 r. do 3 kwietnia 2010 r. przebywał w ciągłości na urlopie bezpłatnym, który przerywał bieg pracowniczego ubezpieczenia społecznego, natomiast za okres od 12 maja 2010 r. do 27 listopada 2010 r., od 14 stycznia 2011 r. do 29 stycznia 2011 r., od 9 lutego 2011 r. do 20 lipca 2011 r. , od 8 grudnia 2011 r. do 28 grudnia 2011 r. , od 23 stycznia 2012 r. do 31 stycznia 2012 r., od 1 lipca 2012 r. do 13 lipca 2012 r., od 26 listopada 2012 r. do 9 grudnia 2012 r. płatnik złożył raporty rozliczeniowe (...) z kodem świadczenia(...) oznaczającym wynagrodzenie za czas niezdolności do pracy z innych przyczyn niż wypadek przy pracy lub choroba zawodowa, finansowane ze środków pracodawcy lub z kodem świadczenia/przerwy (...) oznaczającym zasiłek chorobowy z ubezpieczenia chorobowego. Płatnik wykazał podstawę wymiaru składek na ubezpieczenia emerytalne i rentowe wyłącznie na raportach rozliczeniowych ZUS RCA za miesiące: grudzień 2010r., w kwocie 1968,27 zł., sierpień 2011 – 6984,18 zł, za miesiąc październik – listopad 2012 – 19682,70 zł, za miesiąc grudzień 2012 – 16.402,25 zł. W pozostałych miesiącach od stycznia 2010r. spółka deklarowała za Z. P. „zerową” podstawę wymiaru składek na ubezpieczenia społeczne w głównej mierze ze względu na okresy długotrwałych zwolnień lekarskich lub urlopu bezpłatnego.

Analiza konta płatnika składek wykazała, że ostatnia wpłata na Fundusz Ubezpieczeń Społecznych nastąpiła za kwiecień 2000r. W spółce (...) jest zatrudniony tylko jeden pracownik, który od 1 stycznia 2010 r. do 4 lutego 2011 r. oraz od 1 maja do 31 stycznia 2012 r. przebywał na urlopowach bezpłatnych. Z zeznań odwołującego wynika, że M. B. nadal przebywa na urlopie bezpłatnym.

(dowód: dokumenty zawarte w aktach ZUS, częściowo zeznania odwołującego k. 117 a.s)

Spółka (...) funkcjonuje w obrocie gospodarczym od 1990 r. , początkowo nosiła nazwę Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe – Handlowe (...) i została zarejestrowana w rejestrze handlowym pod nr (...). Akt notarialny założycielski spółki został sporządzony w dniu 17 maja 1990 r. w Państwowym Biurze Notarialnym w K. – Rep. A1 nr (...). Według Krajowego Rejestru Sądowego (stan z dnia 12.10.2012 r. ) spółka została wpisana do KRS-u w dniu 27 grudnia 2004 r. pod nr rejestru przedsiębiorców (...). Wysokość kapitału zakładowego w tym czasie wynosiło 50.400 zł. Przedmiotem działalności spółki było: prowadzenie wszelkiej działalności handlowej, usługowej i produkcyjnej na rachunek własny lub w pośrednictwie. W przedsiębiorstwie Z. P. pełnił również funkcję prezesa zarządu. Przedmiotem działalności spółki była m. in. sprzedaż hurtowa kwiatów i roślin, materiałów budowlanych i wyposażenia sanitarnego, maszyn wykorzystywanych w górnictwie, sprzedaż hurtowa i detaliczna owoców i warzyw, wykonywanie robót ogólnobudowlanych, instalacji wodnokanalizacyjnych, gazowych.

W piśmie procesowym z dnia 29 stycznia 2013 r. pełnomocnik organu rentowego doprecyzował treść zaskarżonej decyzji poprzez stwierdzenie, iż zaskarżone decyzje dotyczą wyłączenia z ubezpieczenia, a co za tym idzie kwestionuje istnienie stosunku ubezpieczenia odwołującego z tytułu zatrudnienia w spółce (...) sp. z o.o.

Natomiast odwołujący Z. P. w piśmie procesowym z dnia 18 lutego 2013 r. (data prezentaty Sądu Okręgowego w Krakowie) na wezwanie Sądu do zajęcia merytorycznego stanowiska w sprawie przedłożył szereg dokumentów ale dotyczących spółki (...), w której jest współnikiem razem z G.Ł.. Podczas prowadzonego przez organ rentowy postępowania wyjaśniającego odwołujący również nie przedstawił żadnych dokumentów, które stwierdzałyby zasadność podlegania ubezpieczeniom społecznym oraz wysokości podstawy wymiaru składek na ubezpieczenie społeczne od 01/2010. Wśród tych dokumentów nadesłanych w wyżej wzmiankowanym piśmie znajduje się kserokopia umowy o pracę z dnia 31 lipca 2002 r. zawarta pomiędzy J. N. pełnomocnikiem (...) z o.o. (obecnie (...)) a odwołującym Z. P.. Umowa ta jest zawarta na czas nieokreślony. Odwołujący miał pełnić funkcję Prezesa Zarządu, zatrudniony miał być na 0,5 etatu z wynagrodzeniem 7.000 zł brutto miesięcznie plus dodatek funkcyjny w wysokości 2.000 zł brutto miesięcznie. W aktach brak jest jakichkolwiek dokumentów, które stwierdzałyby zawarcie umowy z wynagrodzeniem wskazanym w zaskarżonych decyzjach. Brak jest umowy z 1997 r. z której wynikałoby, że odwołujący wykonuje pracę dyrektora. Na rozprawie w dniu 3 kwietnia 2014 r. odwołujący zeznając nie chciał doprecyzować co należało do jego obowiązków, kiedy pełnił funkcję dyrektora. Podkreślił, że wykonywał normalną pracę dyrektora spółki zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa handlowego, nie podał co należało do zakresu jego czynności, ponieważ bał się, „bo ZUS na to patrzy”.

Z. P. nie ustosunkował się do zarzucanych przez organ rentowy istotnych w sprawie okoliczności tj. przebywania na urloпах bezpłatnych i zwolnieniach chorobowych jako pracownik firmy (...).

Spółka (...) posiadała kapitały własne, które przez cały czas pozostawały niepokryte. Sytuacja majątkowa i finansowa spółki, oceniając ją na podstawie kapitału własnego, była ujemna, a starty z lat ubiegłych w dalszym ciągu nie zostały zmniejszone czy pokryte. Przy wysokich ujemnych kapitałach własnych jednostka finansowała się zobowiązaniami, nie tylko w postaci kredytów, pożyczek ale także z zobowiązań z tytułu dostaw i usług, zobowiązań z tytułu podatków, wynagrodzeń. Z zestawienia rachunku zysków i strat za lata od 2003 r. do 2009 r. za wyjątkiem roku 2005 wynika, że jednostka osiągała stratę na działalności podstawowej. Oznacza to, że prowadzona działalność gospodarcza w postaci sprzedaży usług i towarów nie była rentowna tzn. nie pokrywała kosztów działalności podstawowej. Spółka posiada duże obciążenie w postaci straty z lat ubiegłych, które na koniec 2010 r. wynosiło 1.382.192,62 zł.

Powyższy stan faktyczny został ustalony w oparciu o dokumenty zgromadzone w aktach rentowych i sądowych oraz zeznań strony odwołującej się. Ustalając sytuację finansową spółki Sąd oparł się na opiniach biegłej sądowej z zakresu finansów i rachunkowości zalegających w aktach VIII U 74/10, oraz II K 115/11/K. Opinie biegłej są wiarygodne, należyte uzasadnione i wyczerpujące.

Odwołujący się Z. P. nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność faktycznego wykonywania pracy w spornym okresie.

Dowód: zeznania odwołującego k. 117 a.s., akta ubezpieczeniowe, opinie biegłej z zakresu finanse i rachunkowość z akt o sygn. VIII U 74/10 znajdujące się w kopercie na k. 63 a.s., 5 ds. 211/08/S zalegające w kopercie na k. 111 a.s. oraz II K 115/11/K k. 111 a.s./

### **Sąd zważył co następuje:**

#### Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do treści art. 6 ust. 1, art. 11 ust. 1 i art. 12 ust. 1 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (tekst jednolity DZ.U. z 2009r., Nr 205, poz. 1585 z późn. zm.), ubezpieczeniom społecznym podlegają m.in. pracownicy. Z kolei pracownikiem zgodnie z art. 22 k.p. (DZ.U. z 1998r. Nr 21 poz. 94 z zm.) jest osoba zatrudniona na podstawie umowy o pracę, powołania, wyboru, mianowania lub spółdzielczej umowy o pracę.

Spółka (...) istnieje na rynku gospodarczym, jednak posiada ogromne zaległości z tytułu składek względem organu rentowego.

Odwołujący Z. P. ma ustalone wynagrodzenie w łącznej kwocie 19.682,63 zł (wynagrodzenie ryczałtowe za pracę w wysokości 14.761,97 zł brutto plus dodatek funkcyjny w kwocie 4.920,66 zł brutto). Wynagrodzenie to przewyższa możliwości finansowe spółki, bowiem na podstawie wszystkich opinii biegłej sądowej z zakresu finansów i rachunkowości, w szczególności dotyczących firmy (...) z 2010 r. i 2011 r., która po przeanalizowaniu także okresów wcześniejszej działalności firmy, (firma istnieje od 1990 r.) stwierdziła stałą tendencję malejącą. Zdaniem biegłej wypłata zasiłków chorobowych dla odwołującego od 2001 r. było konsekwencją wcześniejszego zatrudniania odwołującego i ustalonej wcześniej podstawy wysokości świadczenia wynikającego z oskładkowanych elementów jego wynagrodzenia. Z. P. przebywał na zasiłku chorobowym płaconym ze środków ZUS od 1 stycznia 2001 r. Wypłaty zasiłków chorobowych dla odwołującego pozostawały bez wpływu na koszty działalności jednostki, dlatego w tej sytuacji zasiłki chorobowe wypłacane przez ZUS nie wpływały na sytuację finansową firmy.

Sytuacja finansowa firmy zdaniem biegłej powinna obligować zarząd do powzięcia ustaleń, co do dalszego istnienia spółki, w tym przede wszystkim możliwości kontynuowania działalności gospodarczej. Takich działań nie podjął jednak prezes zarządu i jak wynika z przesłuchania go w charakterze strony nie ma zamiaru ich podjąć. Odwołujący nie przedstawił biegłej dokumentów księgowych, w związku z czym biegła nie miała możliwości symulacji wyników finansowych przy uwzględnieniu, że wszyscy pracownicy spółki pracowali i pobierali wynagrodzenie za pracę tzn. że pracowali.

Odwołujący unikał odpowiedzi na pytanie jakie czynności czy działania wykonywał na podstawie umowy o pracę – jako pracownik na podstawie art. 22 kodeksu pracy. Podkreślił, że przebywa na zwolnieniu lekarskim od 26 marca 2014 r. do nadal, ponieważ uległ wypadkowi. Na rozprawie w dniu 3 kwietnia zeznał, że korzysta z urlopów bezpłatnych w sytuacjach w których przewiduje zastój działalności, w ten sposób obniża koszty działalności.

W związku z tym na podstawie zgromadzonych dokumentów w tym danych dotyczących ilości absencji chorobowych czy urlopów bezpłatnych od 1 stycznia 2010 r. w powiązaniu z analizą wyników finansowych spółki za okres bezpośrednio wcześniejszy należy przyjąć, że działania dotyczące dalszego bytu spółki (...) na rynku gospodarczym były działaniami nieudolnymi, mającymi na celu utrzymanie podmiotu po to, aby uzyskać dostęp do świadczeń z ubezpieczeń społecznych przez Z. P.. Przy skali nieobecności w pracy trudno uznać aby odwołujący świadczył pracę w rozumieniu art. 22 kp. Zgodnie z § 1 ww. artykułu przez nawiązanie stosunku pracy pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca do zatrudniania pracownika z wynagrodzeniem.

Przystępując do rozważań prawnych należy w pierwszej kolejności sięgnąć do art. 22 § 1 kp. W ujęciu tej normy stosunek pracy to relacja prawna łącząca pracodawcę i pracownika, na której treść składają się wzajemne prawa i obowiązki. Zasadniczym elementem konstrukcyjnym stosunku pracy jest zobowiązanie pracownika do wykonywania pracy pod kierownictwem pracodawcy w czasie i miejscu przez niego wyznaczonym za wynagrodzeniem. Swoistość stosunku pracy wyraża się w jego cechach, które odróżniają go od stosunków cywilnoprawnych, a także administracyjno-prawnych, w ramach których świadczona jest praca. Do właściwości tych należą: dobrowolność zobowiązania, zarobkowy charakter stosunku pracy, osobisty charakter świadczenia pracy, podporządkowanie pracownika wyrażające się przede wszystkim w możliwości wydawania pracownikowi poleceń dotyczących pracy (por. wyrok SN z dnia 11 kwietnia 1997 r., I PKN 89/97, OSNAPiUS 1998, nr 2, poz. 35).

Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z dnia 18 października 2013 r. sygn. akt III AUa 98/13 zajął się czynnikami kwalifikującymi działalność jako wykonywanie pracy. W uzasadnieniu wyroku czytamy, że przez pojęcie: "praca" z art. 22 § 1 kp należy rozumieć działalność:

1. zarobkową (tj. wykonywaną za wynagrodzeniem),
2. wykonywaną przez pracownika osobiście (z możliwością wyłączenia się, za zgodą pracodawcy, inną osobą - przy dokonywaniu niektórych czynności);
3. Wykonywaną na ryzyko pracodawcy, który na ogół dostarcza pracownikowi narzędzi do wykonywania pracy, ale też ponosi ujemne konsekwencje niezawinionych błędów popełnianych przez pracownika (tzw. ryzyko osobowe), jak również ponosi ryzyko gospodarcze i ekonomiczne związane z prowadzoną działalnością (na ogół jest to działalność gospodarcza) - musi więc np. płacić pracownikom za niezawinione przez nich przestoje, wypłacać odprawy w przypadku likwidacji stanowisk pracy z przyczyn nie dotyczących pracowników itp.;
4. wykonywaną pod kierownictwem pracodawcy; w praktyce oznacza to, że pracownik jest zobowiązany do stosowania się do poleceń pracodawcy - o ile są one zgodne z prawem i dotyczą pracy świadczonej przez danego pracownika (przepis art. 100 § 1 KP); pracownik zobowiązany jest w czasie pracy pozostawać do dyspozycji pracodawcy w zakładzie pracy lub w innym miejscu wyznaczonym przez pracodawcę (przepis art. 128 KP). Podporządkowanie pracownika w stosunku do pracodawcy dotyczy wyłącznie podległości organizacyjnej, nie ma natomiast zastosowania do sytuacji prawnej pracobiorcy, która jest określona postanowieniami umowy o pracę oraz bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa pracy.

Umowa o pracę jest umową rezultatu i wypłata wynagrodzenia jest uzależniona od wykonania konkretnych czynności, do których zobowiązany jest pracownik. Nie mogą to być czynności wykonywane w dowolny sposób, w dowolnym czasie i w dowolnym miejscu, bo w takiej sytuacji nie ma mowy o podporządkowaniu pracownika pracodawcy, co jest zasadniczym elementem umowy o pracę.

Jak wynika z utrwalonej linii orzeczniczej osoba, która zawarła fikcyjną umowę o pracę, nie podlega ubezpieczeniu społecznemu i nie nabywa prawa do świadczeń wynikających z tego ubezpieczenia (zob. Sąd Najwyższy w wyrokach z dnia 17 grudnia 1996 r. (II UKN 32/96, OSNAPiUS1997, nr 15, poz. 275) i z dnia 17 marca 1998 r. (II UKN 568/97, OSNAPiUS 1999, nr 5, poz. 187)). Trzeba jednak zaznaczyć, iż o tym, czy strony danej umowy łączy stosunek pracy, decyduje charakter i sposób wykonywania pracy, a nie jej nazwa. Aby można był stwierdzić, że określone strony łączy stosunek pracy, muszą być spełnione łącznie następujące warunki: wykonywanie pracy określonego rodzaju, na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem (co oznacza, że pracownik działa na ryzyko pracodawcy, któremu jest podporządkowany i zobowiązany do wypełniania jego poleceń, nie może zatem samodzielnie kierować swoją pracą i podlega ciągłej kontroli ze strony pracodawcy), w określonym miejscu i czasie (czyli pracownik nie może dowolnie kształtować swojego czasu pracy oraz miejsca jej wykonywania; to pracodawca wyznacza mu miejsce i godziny pracy) za wynagrodzeniem.

Choć generalnie możliwym jest zawarcie umowy o pracę pomiędzy zarządem a prezesem zarządu, to jednak Z. P. będąc de facto jednoosobowym organem reprezentującym spółkę nie mógł pozostawać z nią w stosunku pracy, gdyż jednocześnie byłby swoim pracownikiem i pracodawcą. Taka sytuacja w naturalny sposób wyklucza możliwość podporządkowania.

Zacytować można również wyrok Sadu Najwyższego z dnia 23.09.1997 r. sygn. akt I PKN 276/97 stwierdzający, iż „Przyjęcie, że umowa o pracę pomiędzy spółką z ograniczoną odpowiedzialnością a jej wyłącznym udziałowcem i członkiem jednoosobowego zarządu, zawarta z zachowaniem wymagań określonych w art. 203 KH, jest nieważna jako sprzeczna z prawem, zmierzająca do obejścia prawa lub pozorna, wymaga oparcia takiej oceny na ustaleniach faktycznych dotyczących okoliczności zawarcia umowy, celów do jakich strony zmierzały oraz rodzaju wykonywanej pracy i zachowania koniecznego elementu stosunku pracy jakim jest wykonywanie pracy podporządkowanej”

Podkreślić należy, że odwołujący się Z. P. nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność faktycznego wykonywania pracy w spornym okresie. Fakt ten przemawia za przyjęciem, iż Z. P. faktycznie pracy tej nie wykonywał.

Mając na uwadze, iż sporna umowa obejmująca okres od 01.01.2010r. nie odpowiada właściwościom umowy o pracę, uznać należy, że nie powoduje ona powstania stosunku pracy, a tym samym obowiązku ubezpieczenia dla Z. P. z tego tytułu.

Umowa o pracę jest zawarta dla pozorów (art. 83 KC w zw. z art. 300 KP), a przez to nie stanowi tytułu do objęcia ubezpieczeniami społecznymi, jeżeli przy składaniu oświadczeń woli obie strony mają świadomość, że osoba określona w umowie jako pracownik nie będzie świadczyć pracy, a podmiot wskazany jako pracodawca nie będzie korzystać z jej pracy, czyli strony z góry zakładają, iż nie będą realizowały swoich praw i obowiązków wypełniających treść stosunku pracy. Bez znaczenia dla oceny czy odwołujący wykonywał pracę w reżimie pracowniczym ma fakt utrzymywania się na rynku podmiotu pod nazwą (...). Pozorność umowy o pracę ma bowiem również miejsce wówczas, gdy praca jest faktycznie świadczona, lecz na innej podstawie, niż umowa o pracę. (vide: orzeczenie Sadu Najwyższego z dnia 5 października 2006 r. sygn. akt I UK 120/2006, OSNP 2007/19-20/294). Pozorność czynności prawnej istnieje więc także wtedy, gdy strony stwarzają pozór dokonania jednej czynności prawnej, podczas gdy w rzeczywistości dokonują innej czynności prawnej. Istnieje zatem taka sytuacja, w której element ujawniony stanowi inny typ umowy, niż element ukryty. Na pytanie w jaki sposób odwołujący wykonuje zadanie pracownicze Z. P. zeznał, że jest możliwość wynajęcia innych podmiotów gospodarczych, którzy na zlecenie wykonają dla spółki prace, a (...) pobierze za to prowizję. Oczywiście prowadzenie w taki sposób działalności gospodarczej jest możliwe, ale nie na zasadzie umowy o pracę. Nie ma tu bowiem żadnego podporządkowania służbowego, czasu pracy ani oznaczonego miejsca wykonywania swych obowiązków. Jak zeznał odwołujący nie przebywa on w siedzibie firmy i nie wykonuje tam żadnych czynności, ponieważ aktualnie korzysta ze zwolnienia lekarskiego.

Zarówno w okresie sporu jak i wcześniej poczynając już od 2001 roku źródłem utrzymania Z. P. nie było wynagrodzenie za pracę, lecz zasiłki z ubezpieczenia społecznego, o wypłatę których walczył przed sądami.

Na koniec rozważań dotyczących braku elementów pracowniczych w umowie o pracę Z. P. podnieść należy, że skoro prowadzi on faktycznie firmę przebywając w przeważającej większości na zwolnieniach chorobowych bądź na urloпах bezpłatnych i jak przyznał jest chory, to nie ma zdolności do wykonywania pracy w reżimie pracowniczym, co powinno być poddane ocenie lekarza medycyny pracy. Po długotrwałej absencji poddanie pracownika badaniom lekarskim jest obowiązkowe, tymczasem w aktach brak jest danych na ten okoliczność czy w ogóle po absencjach chorobowych trwających kilka miesięcy Z. P. był badany przez lekarza z zakresu medycyny pracy na okoliczność, czy jego stan zdrowia pozwala mu na wykonywanie pracy prezesa zarządu w reżimie pracowniczym.

Wobec uznania dalej idącego skutku w postaci pozorności umowy o pracę Sąd nie zajmował się od strony formalnej kwestią adekwatności wynagrodzenia do możliwości finansowych spółki, ZUS bowiem nie zarzucił, tego w tezie decyzji i nie wniósł o stwierdzenie, że Z. P. podlega ubezpieczeniom ale z niższą ( jaką ) podstawą. Stanowisko doprecyzowujące, które wyraził pełnomocnik ZUS na pytanie Sądu zawiera wewnętrzną sprzeczność. W takiej sytuacji

wniosek idący dalej, czyli wyłączenie z ubezpieczenia w ogóle z uwagi na pozorność wyklucza wniosek o zmniejszenie podstawy wymiaru ( notabene nie zgłoszony ).

Kwestia wysokości wynagrodzenia powinna być podniesiona tylko w kontekście podstawy wymiaru świadczeń z ubezpieczenia społecznego, z których odwołujący zrobił sobie stałe źródło utrzymania, co tylko potwierdza pozorność jego oświadczenia woli w umowie o pracę .

Ogólnie można jedynie zawzmiankować, że skoro odwołujący nadal prowadzi firmę (...) to kwestię podlegania ubezpieczeniom społecznym można rozpatrywać na podstawie przepisów o prowadzeniu pozarolniczej działalności gospodarczej o ile Z. P. spełniłby warunki do uznania, że takową prowadzi w rozumieniu art. 13 p. 4 ustawy z dnia 13.10.1998 o systemie ubezpieczeń społecznych i przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, co wykracza poza przedmiot sporu rozpoznanej sprawy .

Mając na uwadze wskazane wyżej przepisy prawa oraz na zasadzie art. 477<sup>14</sup> § 1 KPC orzeczono jak punkcie I sentencji , a w pkt. II zasądził od Z. P. na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w K. kwotę 120 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego, na podstawie przepisu art. 98 ust. 1 k.p.c. oraz § 12 ust. 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28.09.2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez adwokatów ustanowionego z urzędu (Dz. U. z 2002 r., Nr 163, póź. 1348, z późn. zm.).