



Sygn. akt II UK 313/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 października 2016 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jerzy Kuźniar (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Bogusław Cudowski

SSN Krzysztof Staryk

w sprawie z wniosku W. Sp. z o.o. w W.

przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddziałowi w W.

z udziałem zainteresowanego R. G.

o wydanie zaświadczenia w sprawie z zakresu ubezpieczeń społecznych,

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń

Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 11 października 2016 r.,

skargi kasacyjnej wnioskodawcy od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)

z dnia 12 listopada 2014 r., sygn. akt III AUa (...),

**uchyła zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje Sądowi
Apelacyjnemu w (...) do ponownego rozpoznania oraz orzeczenia
o kosztach postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 12 listopada 2014 r., III AUa (...), Sąd Apelacyjny w (...) zmienił wyrok Sądu Okręgowego - Sądu Pracy i Ubezpieczeń Społecznych w W. z

dnia 10 marca 2014 r. i oddalił odwołanie W. Spółki z o.o. z siedzibą w W. (dalej także płatnik), od decyzji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddziału w W. z dnia 15 czerwca 2012 r., odmawiającej wydania zaświadczenia potwierdzającego, że w okresie wykonywania pracy na terenie Niemiec, zainteresowany R. G. w okresach od dnia 2 lipca do dnia 5 sierpnia 2012 r. oraz od dnia 20 sierpnia do dnia 21 grudnia 2012 r. podlegał polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych

Sąd drugiej instancji, odwołując się do decyzji Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego nr A2 z dnia 12 czerwca 2009 r. dotyczącej wykładni art. 12 rozporządzenia (WE) nr 883/2004 w sprawie ustawodawstwa mającego zastosowanie do pracowników delegowanych i osób wykonujących pracę na własny rachunek, tymczasowo pracujących poza państwem właściwym (Dz.U. UE. C. 2010.106.5; dalej „decyzja nr A2”) oraz opracowanego przez Komisję Administracyjną na podstawie tej decyzji Praktycznego poradnika: Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej (UE), Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) i Szwajcarii, porównał obroty z tytułu prowadzonej działalności osiągnięte przez wnioskodawcę w kraju i za granicą. Uwzględnił, że Spółka W. jest agencją pracy tymczasowej zajmującą się między innymi działalnością związaną z wyszukiwaniem miejsc pracy, pozyskiwaniem i udostępnianiem wykwalifikowanych pracowników przedsiębiorstwom z krajów Unii Europejskiej w branży budowlanej, konstrukcyjnej oraz turystycznej. Prowadzi w tym celu działalność rekrutacyjną, logistyczną i administracyjną. Ustalił, że z tytułu działalności prowadzonej w Polsce spółka uzyskała w spornym okresie obroty na poziomie 12% do 18% i zatrudniała w Polsce nieporównanie, mniej pracowników niż za granicą. Sąd drugiej instancji stwierdził, że prowadzenie tej działalności nie odpowiada warunkom przewidzianym w art. 12 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego, (Dz.U. UE. L. 2004.166.1; dalej „rozporządzenie nr 883/2004”) oraz art. 14 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r. dotyczącego wykonania rozporządzenia (WE) nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów

zabezpieczenia społecznego (Dz.U. UE. L. 2009.284.1; dalej „rozporządzenie nr 987/2009”).

Sąd drugiej instancji wskazał na orzeczenia Sądu Najwyższego, wydane w sprawach odwołującej się Spółki, a opartych na prawie identycznych stanach faktycznych (II UK 550/13, z dnia 4 czerwca 2014 r., oraz II UK 565/13, z dnia 6 sierpnia 2014 r., niepublikowane). W przytoczonych wyrokach Sąd Najwyższy w sposób jednoznaczny wskazał, że decydujące dla uznania, że pracodawca delegujący zatrudnianych pracowników do pracy za granicą, może być uznany za pracodawcę zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, jest kryterium osiągnięcia w kraju delegowania obrotu z prowadzonej działalności na poziomie co najmniej 25% całego swojego obrotu. Jak to stwierdził Sąd Najwyższy, „taki poziom wymaganego obrotu odpowiada regulacji prawnej, adresowanej do pracodawcy zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności, innej niż działalność związana z samym zarządzaniem wewnętrznym na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma siedzibę”. Stanowisko, że obrót stanowi kryterium odwołujące się do skali działalności przedsiębiorstwa, Sąd Najwyższy uznał w zasadzie za utrwalone i aktualne. Sąd ten podniósł, że jakkolwiek z Praktycznego poradnika: Ustawodawstwo mające zastosowanie od pracowników Unii Europejskiej, Europejskim Obszarze Gospodarczym i Szwajcarii wynika, że przypadki, w których obrót jest niższy niż 25% „wymagałyby pogłębionej analizy”, tak jednocześnie nie można tego interpretować w kierunku zniesienia warunku zastrzeżonego poziomu obrotu. Chodzi raczej o to, że odstępstwo powinno stanowić wyjątek oparty na racjonalnej podstawie. Sąd Najwyższy podkreślił takie wymaganie w szczególności w stosunku do agencji pracy tymczasowej, jaką jest wnioskodawca.

W rozpoznawanej sprawie z ustaleń faktycznych dokonanych przez Sąd pierwszej instancji wynika, że zainteresowany był zatrudniony wyłącznie w celu wykonywania pracy w Niemczech, a Spółka w spornym okresie na terenie Polski osiągała zaledwie 12% do 18% swoich dochodów. Co więcej, Spółka prowadzi działalność gospodarczą w zakresie pośrednictwa pracy i zajmuje się głównie delegacją pracowników do pracy za granicą, bo współpracuje z przedsiębiorstwami we Francji, w Niemczech i w Polsce. Działalność Spółki na terenie Polski ogranicza

się w zasadzie tylko do zarządzenia wewnętrznego i prowadzenia czynności administracyjnych. Zainteresowany był *de facto* pracownikiem pracodawcy niemieckiego i na jego rzecz świadczył pracę. Zainteresowany nie wykonywał bezpośrednio pracy na rzecz Spółki. Nie można w tym wypadku stwierdzić, aby pomiędzy stroną odwołującą się a zainteresowanym w sprawie istniała bezpośrednia więź, albowiem Spółka przez okres delegowania pracownika za granicę nie miała wpływu ani na przebieg, ani na warunki jego zatrudnienia. Fakt, iż administracja spółki, kadry, księgowość i marketing prowadzone są w Polsce, gdzie odbywa się również cały proces rekrutacyjny i wydawane są dokumenty związane z pracą, nie upoważnia do przyjęcia, że Spółka prowadzi w kraju znaczną część działalności. Jak to zostało wyżej wskazane, decydujące znaczenie ma bowiem generowanie co najmniej 25% obrotu w miejscu, gdzie znajduje się siedziba przedsiębiorstwa delegującego. Jakkolwiek taki próg nie wynika z aktów prawa powszechnie obowiązującego, to ma on racjonalne uzasadnienie w kontekście szczegółowo powołanych przez Sąd Okręgowy regulacji dotyczących zasad ustalania właściwego ustawodawstwa w zakresie ubezpieczeń społecznych. Wobec powyższego stwierdzenie, iż Spółka nie osiągnęła w spornym okresie w Polsce minimum 25% obrotu z całej prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej uniemożliwia uznanie, że oddelegowany do pracy w Niemczech pracownik podlega w tym czasie ustawodawstwu polskiemu.

Powyższy wyrok zaskarżył w całości skargą kasacyjną pełnomocnik płatnika, zarzucając naruszenie przepisów prawa materialnego – art. 11 ust. 2 lit. a i art. 12 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego oraz art. 14 ust. 1 i 2 oraz art. 19 ust. 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r. dotyczącego wykonywania rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego, a także ust. 1 akapit 5 Decyzji nr A2 Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego z dnia 12 czerwca 2009 r. dotyczącej wykładni art. 12 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 w sprawie ustawodawstwa mającego zastosowanie do pracowników delegowanych i osób wykonujących pracę

na własny rachunek, tymczasowo pracujących poza państwem właściwym (2010/C 106/02). Ponadto zarzucono naruszenie przepisów postępowania - art. 233 § 1 k.p.c. i art. 328 § 2 w związku z art. 391 k.p.c.

Pełnomocnik płatnika wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu, o przeprowadzenie rozprawy, orzeczenie o kosztach postępowania, w tym kosztach zastępstwa procesowego według norm przepisanych. W skardze kasacyjnej zawarto także wniosek o zadanie pytania prejudycjalnego do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości.

W odpowiedzi na skargę kasacyjną pełnomocnik organu rentowego wniósł o odmowę przyjęcia jej do rozpoznania, ewentualnie oddalenie skargi kasacyjnej wraz z orzeczeniem o kosztach zastępstwa procesowego.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna jest uzasadniona.

Przepisy będące materialnoprawną podstawą zaskarżonej decyzji organu rentowego i orzeczeń sądowych zapadłych w wyniku rozpoznania odwołania od niej były przedmiotem analizy Sądu Najwyższego w wyroku składu siedmiu sędziów z dnia 18 listopada 2015 r., II UK 100/14 (OSNP 2016 nr 7, poz. 88). Wyjaśniono w nim, że zgodnie z art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004, osoba, która wykonuje działalność jako pracownik najemny w państwie członkowskim w imieniu pracodawcy, który normalnie prowadzi tam swą działalność, a która jest delegowana przez tego pracodawcę do innego państwa członkowskiego do wykonywania pracy w imieniu tego pracodawcy, nadal podlega ustawodawstwu pierwszego państwa członkowskiego, pod warunkiem że przewidywany czas takiej pracy nie przekracza 24 miesięcy i że osoba ta nie jest wysłana, by zastąpić inną delegowaną osobę. Przepis ten wprowadza wyjątek od zasady, że pracownik podlega ustawodawstwu państwa, w którym wykonuje pracę (*lex loci laboris*), przyjętej w art. 11 ust. 3a rozporządzenia nr 883/2004. Przepisem wykonawczym do art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 jest między innymi art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009, który stanowi, że za pracodawcę, który normalnie

proceeds its activity should be understood as an employer „usually conducting a significant part of its activity, other than activity related to the internal management of the company, on the territory of the Member State, in which it has its seat, taking into account all criteria characterizing the activity conducted by the company. Relevant criteria must be adapted to the specific characteristics of each employer and to the factual character of the activity conducted”. The basic meaning is therefore the explanation of the concept „normal conduct of activity” (art. 12 para. 1 of Regulation No 883/2004) and explaining it by the definition „conduct by an employer usually of a significant part of its activity, other than activity related to the internal management of the company, on the territory of the Member State, in which it has its seat” (art. 14 para. 2 of Regulation No 987/2009). As indicated in the judgment of the Court of Justice of 5 October 2016, II UK 191/15 (unpublished), the content of the above provisions leaves no doubt, that when assessing whether an employer conducts normal activity, and thus a significant part of its activity other than activity related to the internal management of the company on the territory of the Member State, in which it has its seat, all criteria characterizing its activity should be taken into account. It is already an appeal to the term „all” in relation to the criteria, which should be taken into account when discussing the assessment, indicates, that it is inadmissible to recognize one criterion as decisive in this sense, that its non-compliance releases the competent institution, or the court, from examining the remaining characteristics characterizing the activity conducted by the company. Similarly, the question is addressed by decision A2 of the Administrative Tribunal for the Coordination of Social Security Systems. This act does not have the character of a source of law of the European Union in the treaty sense, but is an act of an administrative-aid nature, issued by the Administrative Tribunal on the basis of art. 72 lit. a and b of Regulation No 883/2004 within its tasks concerning the interpretation and uniform application of the law of the European Union. In the decision it is indicated, that the decisive condition for the application of art. 12 para. 1 of Regulation No 883/2004 is the existence of a link between the employer and the Member State, in which it has its seat. The possibility of delegating employees should therefore be limited exclusively to companies, which

normalnie prowadzą swą działalność na terytorium państwa członkowskiego, którego ustawodawstwu nadal podlega pracownik delegowany. Z tego względu przyjmuje się, że powyższe przepisy mają zastosowanie jedynie do przedsiębiorstw, które zazwyczaj prowadzą znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego, w którym mają siedzibę. Dlatego, w celu ustalenia, w razie potrzeby i w razie wątpliwości, czy pracodawca zazwyczaj prowadzi znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, instytucja właściwa w tym państwie zobowiązana jest zbadać wszystkie kryteria charakteryzujące działalność prowadzoną przez tego pracodawcę, w tym 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 przedmiotowej decyzji podkreśla się też, że „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” (pkt 1 decyzji A2). Podobnie zagadnienie to wyjaśnione zostało w publikacji Komisji Europejskiej pt. „Praktyczny poradnik: Ustawodawstwo mające zastosowanie do pracowników w Unii Europejskiej (UE), w Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) i w Szwajcarii” (s. 8). Stwierdza się w nim, że fakt prowadzenia znacznej części działalności w państwie delegującym można sprawdzić poprzez szereg obiektywnych czynników, przy czym następujące czynniki są szczególnie istotne: (-) miejsce, w którym delegujące przedsiębiorstwo ma swą zarejestrowaną siedzibę i administrację; (-) liczebność personelu administracyjnego delegującego przedsiębiorstwa pracującego w państwie delegującym i w państwie zatrudnienia, przy czym obecność wyłącznie personelu administracyjnego w państwie delegującym wyklucza możliwość zastosowania do tego przedsiębiorstwa przepisów dotyczących delegowania;

(-) miejsce, w którym rekrutowani są pracownicy delegowani; (-) miejsce, w którym zawierana jest większość umów z klientami; (-) prawo mające zastosowanie do umów zawartych przez delegujące przedsiębiorstwo z pracownikami i z klientami; (-) liczba umów wykonanych w państwie delegującym i w państwie zatrudnienia; (-) obroty osiągnięte przez delegujące przedsiębiorstwo w państwie delegującym i w państwie zatrudnienia w odpowiednio typowym okresie (np. obrót wynoszący około 25% całkowitego obrotu w państwie delegującym może być wystarczającym wskaźnikiem, ale przypadki, w których obrót jest niższy niż 25% wymagałyby pogłębionej analizy); (-) okres, przez jaki przedsiębiorstwo posiada siedzibę w delegującym państwie członkowskim. Przy ocenie znacznej części działalności prowadzonej w państwie delegującym instytucje muszą również sprawdzić, czy pracodawca wnioskujący o delegowanie jest faktycznym pracodawcą danego pracownika. Jest to szczególnie ważne w sytuacji, gdy pracodawca korzysta zarówno z personelu stałego, jak i personelu agencji pracy tymczasowej. W poradniku podkreślono, że powyższy wykaz 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. Konieczne może również być uwzględnienie innych kryteriów odpowiednich do określonych cech przedsiębiorstwa i rzeczywistego charakteru działalności przedsiębiorstwa w państwie, w którym ma ono siedzibę. Praktyczny poradnik nie ma waloru wiążącego, niemniej wskazuje na pewną unijną praktykę wykładni art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009 i z tego względu nie może być pomijany w procesie stosowania prawa, choćby ze względu na zasadę solidarności państw członkowskich. Uzyskiwanie 25% obrotu w państwie siedziby przedsiębiorstwa delegującego stanowi wyłącznie sugestię interpretacyjną, że osiągnięcie tego poziomu może uzasadniać przyjęcie faktycznego domniemania, że przedsiębiorstwo prowadzi normalną działalność, z jednoczesną sugestią, że jego nieosiągnięcie wymaga bardziej pogłębionej analizy pozostałych kryteriów. Z przedstawionych regulacji wynika zatem, że tylko w Praktycznym poradniku pojawia się kryterium 25% całkowitego obrotu w państwie delegującym. Sformułowanie wskaźnika uzyskiwania w państwie członkowskim miejsca rejestracji co najmniej 25% obrotu nie znajduje zatem oparcia ani w treści rozporządzenia

883/2004, ani rozporządzenia 987/2009, ani decyzji A2. Na gruncie rozporządzenia nr 987/2009 próg 25% odnosi się jedynie do kryteriów ilościowych branych pod uwagę przy ocenie, czy w danym państwie wykonywana jest znaczna część pracy najemnej lub działalności na własny rachunek, o której mowa w art. 13 ust. 1 i 2 (zob. art. 14 ust. 8 rozporządzenia nr 987/2009). Stąd też odnoszenie tego progu do kryterium wielkości obrotu, uwzględnianego przy ocenie, czy dane przedsiębiorstwo prowadzi znaczną część działalności na terytorium państwa członkowskiego w kontekście możliwości delegowania pracowników nie ma uzasadnienia. Na marginesie warto dodać, że także dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/67/UE z dnia 15 maja 2014 r. w sprawie egzekwowania dyrektywy 96/71/WE dotyczącej delegowania pracowników w ramach świadczenia usług, zmieniająca rozporządzenie (UE) nr 1024/2012 w sprawie współpracy administracyjnej za pośrednictwem systemu wymiany informacji na rynku wewnętrznym (dalej „dyrektywa 2014/67/UE”), której jednym z celów jest wskazanie metody oceny, czy przedsiębiorstwo delegujące za granicę pracowników rzeczywiście prowadzi w państwie członkowskim, z którego delegowani są pracownicy znaczącą działalność inną niż działalność zarządcza lub administracyjna o charakterze wyłącznie wewnętrznym, nie wprowadza kryterium poziomu 25% obrotu. Kryterium 25% nie znajduje również oparcia w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości (por. wyrok z dnia 10 lutego 2000 r. w sprawie C-202/97 *Fitzwilliam Executive Search Ltd v Bestuur van het Landelijk instituut sociale verzekeringen*, (European Court Reports 2000 I-00883; z dnia 17 grudnia 1970 r. w sprawie 35/70 (*Sarl Manpower przeciwko Caisse Promaire d' Assurance Maladie*, ECR 1970, s. 01251; dalej jako *Manpower* oraz z dnia 9 listopada 2000 r. w sprawie C-404/98 (*Josef Plum przeciwko Allgemeine Ortskrankenkasse Rheinland, Regionaldirektion Köln*, ECR 2000, s. I 09397, dalej jako *Plum*)).

Wobec powyższego Sąd Najwyższy stwierdził, że w celu ustalenia, że przedsiębiorstwo prowadzi normalną działalność (w rozumieniu art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004), czy też znaczną część działalności innej niż zarządzanie wewnętrzne (według art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009), należy uwzględnić wszystkie kryteria charakteryzujące jego działalność oraz charakter przedsiębiorstwa delegującego. Wybór kryteriów powinien być

dostosowany do konkretnego wypadku. Ocena ta powinna mieć charakter całościowy, a zatem stanowić ogólny wniosek wynikający z rozważenia wszystkich przyjętych kryteriów. Kryterium obrotu nie ma decydującego lub szczególnego znaczenia, jednakże osiągnięcie obrotu w państwie siedziby przedsiębiorstwa delegującego w wysokości ok. 25% całych obrotów może prowadzić do wniosku, że prowadzi ono w tym państwie znaczną część działalności, a więc normalnie prowadzi działalność. Ponadto, lista kryteriów, które zostały wymienione jedynie w aktach o charakterze interpretacyjnym (wyroku Fitzwilliam, decyzji A2 i Praktycznym poradniku), nie ma charakteru wyczerpującego, lecz przykładowy. Oznacza to, że organ rentowy (jako instytucja właściwa), a następnie sąd kontrolujący w postępowaniu cywilnym jej prawidłowość, mogą i powinny w razie potrzeby wziąć pod uwagę także inne kryteria i okoliczności. Między innymi, w razie występowania liczących się różnic w sile nabywczej walut państwa – siedziby pracodawcy delegującego i państwa – miejsca delegowania, prawidłowe stosowanie kryterium obrotu, jako miernika znaczącej działalności w państwie siedziby pracodawcy, bez uwzględnienia tej różnicy może prowadzić do zafałszowania oceny. Podstawowym celem wyżej wskazanej oceny jest ustalenie, czy przedsiębiorstwo delegujące prowadzi w Polsce normalnie swoją działalność (art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004, co oznacza prowadzenie w Polsce znacznej części działalności (art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009). Określenie „znaczna część działalności” należy przy tym, jak wynika z innych wersji językowych rozporządzenia nr 987/2009, a także z wyroku Fitzwilliam rozumieć jako „znacząca działalność”. Jest ono bowiem równoznaczne z użytymi w innych wersjach językowych art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009 i orzeczenia Fitzwilliam określeniami: ang. „substantial activities”, franc. „activités substantielles”, niem. „nennenswerte Tätigkeiten”, wł. „attività sostanziali”, czesk. „podstatné činnosti”. Należy dodać, że także w polskiej wersji językowej wyżej już wymienionej dyrektywy 2014/67/UE używa się określenia „znacząca działalność inna niż działalność zarządcza lub administracyjna o charakterze wyłącznie wewnętrznym” (np. art. 4. ust. 2). Wynika stąd, że pierwszoplanowe znaczenie ma obiektywne ustalenie, czy przedsiębiorstwo rzeczywiście prowadzi w państwie swojej siedziby normalną, rzeczywistą działalność, zaś porównanie skali tej działalności w państwie

siedziby i państwie miejsca wykonywania pracy przez pracownika delegowanego ma jedynie znaczenie pomocnicze. Jednocześnie, dla stwierdzenia, czy działalność ta jest znacząca we wskazanym sensie, instytucja właściwa, i ewentualnie sąd, powinny, jak wynika z literalnego brzmienia orzeczenia w sprawie Fitzwilliam (pkt 43), decyzji nr A2 (pkt 1 akapit 5) i Praktycznego poradnika, porównać liczebność personelu administracyjnego pracującego w państwie członkowskim, w którym pracodawca ma siedzibę, oraz w drugim państwie członkowskim, obroty w odpowiednio typowym okresie w każdym z państw członkowskich, których rzecz dotyczy (czy też jak to określa Praktyczny poradnik „w państwie delegującym i w państwie zatrudnienia”) oraz liczbę umów wykonanych w państwie delegującym i w państwie zatrudnienia delegowanego pracownika.

Należy też stwierdzić, że przedmiotowa ocena ma charakter ustalenia faktycznego i jeśli sąd rozważy, zachowując zasady postępowania cywilnego, wszystkie istotne w okolicznościach sprawy kryteria, to kasacyjny zarzut naruszenia przepisów prawa przez wydany w rezultacie takiej oceny wyrok nie będzie mógł być skutecznie postawiony.

W rozpoznawanej sprawie Sąd Apelacyjny błędnie przyjął, że uzyskiwanie w kraju obrotu poniżej 25% całkowitego obrotu prowadzi do wniosku o nieprowadzeniu przez skarżącą Spółkę normalnej działalności w państwie siedziby przedsiębiorstwa delegującego i niesłusznie uznał, iż w takim wypadku zbędna jest całościowa ocena, czy przedsiębiorstwo prowadzi faktyczną działalność w państwie wysyłającym.

Brak stosownych ustaleń i niedokonanie przez Sąd Apelacyjny takiej właśnie oceny działalności skarżącej Spółki czyni skargę kasacyjną uzasadnioną.

Uwzględniając to, Sąd Najwyższy orzekł, jak w sentencji (art. 398¹⁵ § 1 k.p.c.), a o kosztach postępowania kasacyjnego - na podstawie art. 108 § 2 k.p.c. w związku z 398²¹ k.p.c.