



Sygn. akt II UK 514/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 2 sierpnia 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jerzy Kuźniar (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Bogusław Cudowski

SSN Małgorzata Wrębiakowska-Marzec

w sprawie z wniosku W. Sp. z o.o. w W.
przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych I Oddział w W.
przy udziale zainteresowanego J.S.
o wydanie zaświadczenia na formularzu A1,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń
Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 2 sierpnia 2017 r.,
skargi kasacyjnej wnioskodawcy
od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)
z dnia 30 grudnia 2015 r., sygn. akt III AUa (...),

**uchyla zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje Sądowi
Apelacyjnemu w (...) do ponownego rozpoznania i
rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 30 grudnia 2015 r., III AUa (...), Sąd Apelacyjny w (...) oddalił apelację W. Spółki z o.o. w W. (dalej także płatnik lub wnioskodawca) od

wyroku Sądu Okręgowego - Sądu Pracy i Ubezpieczeń Społecznych w W. z dnia 6 marca 2015 r., którym oddalono jej odwołanie od decyzji pozwanego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddziału w W. z dnia 18 marca 2013 r., odmawiającej wydania zaświadczenia A1 stwierdzającego, że uznany za zainteresowanego J.S. w okresie wykonywania pracy we Francji od dnia 14 stycznia do 17 marca 2013 r. podlegał polskiemu ustawodawstwu w zakresie ubezpieczeń społecznych. Podstawą wydania tej decyzji było stwierdzenie, że płatnik we wskazanym we wniosku okresie nie prowadził na terenie kraju „znaczej część działalności”, bowiem jego działalność na terytorium Polski była prowadzona „głównie w zakresie rekrutacji, szkoleń oraz rozbudowy struktur przedsiębiorstwa tj. w głównej mierze działalność związaną z zarządzaniem wewnętrznym”. Sąd Okręgowy zwrócił uwagę, że w wymienionym okresie obrót płatnika w kraju kształtował się na poziomie około 17% obrotów całkowitych. Dysproporcja ta, a także liczba umów i pracowników zatrudnionych w kraju i za granicą, nie świadczyły – w jego ocenie - o prowadzeniu przez spółkę działalności w znacznej części w Polsce. Na podstawie art. 11 ust. 2a i art. 12 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu 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”), przy uwzględnieniu decyzji A2 Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego z dnia 12 czerwca 2009 r. dotyczącej wykładni art. 12 rozporządzenia nr 883/2004, Sąd ten stwierdził, że nie zostały spełnione przesłanki do objęcia zainteresowanego ubezpieczeniami społecznymi w kraju.

Oddalając apelację płatnika, Sąd Apelacyjny podzielił jego ocenę, powołując się nadto na wyroki Sądu Najwyższego z dnia 4 czerwca 2014 r., II UK 550/13 oraz II UK 565/13, a także z dnia 16 grudnia 2014 r., II UK 93/14, w którym za decydujące uznano kryterium osiągania w kraju delegowania obrotu z prowadzonej działalności na poziomie co najmniej 25% całego obrotu. Sąd Apelacyjny stwierdził, że zainteresowany był zatrudniony wyłącznie w celu wykonywania pracy za granicą

(we Francji), a spółka w okresach wymienionych w decyzji, osiągała w kraju około 17% swoich obrotów. Wnioskodawca (spółka) prowadzi działalność w zakresie pośrednictwa pracy i zajmuje się głównie delegowaniem pracowników do pracy za granicą, a zainteresowany był *de facto* pracownikiem pracodawcy francuskiego. Decydujące dla przyjęcia prowadzenia znacznej działalności w kraju gdzie znajduje się siedziba przedsiębiorstwa delegującego, jest osiągnięcie co najmniej 25% obrotu.

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 nr 883/2004 oraz art. 14 ust. 1 i 2 i art. 19 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009, a także ust. 1 akapit 5 Decyzji nr A2 Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego. Ponadto zarzucił on 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 odpowiedzi na skargę pozwany organ rentowy wniósł o jej oddalenie z zasądzeniem kosztów postępowania kasacyjnego.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna jest uzasadniona, trafnie bowiem zarzuca, że Sąd Apelacyjny wydając zaskarżony wyrok zastosował przepisy prawa materialnego do nie w pełni ustalonego stanu faktycznego, nie ustalając wszystkich istotnych dla sprawy okoliczności. W utrwalonych poglądach judykatury, zastosowanie przepisów prawa materialnego do niedostatecznie ustalonego przez sąd drugiej instancji stanu faktycznego oznacza wadliwą (przedwczesną) subsumcję tego stanu do zawartych w nich norm prawnych, a brak stosownych ustaleń ostatecznie uzasadnia też zarzut kasacyjny naruszenia prawa materialnego przez jego niewłaściwe zastosowanie (por. np. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 7 grudnia 2016 r., II UK 460/15 oraz z dnia 10 marca 2011 r., II PK 241/10). Nie mają natomiast uzasadnienia zarzucane

w skardze naruszenie przepisów postępowania w sposób mający wpływ na rozstrzygnięcie sprawy. Zgodnie z art. 398¹³ § 1 i 2 k.p.c., Sąd Najwyższy rozpoznaje sprawę w granicach skargi kasacyjnej (jej podstaw) i jest związany ustaleniami faktycznymi stanowiącymi podstawę zaskarżonego orzeczenia, jeżeli skarga nie zawiera zarzutu naruszenia przepisów postępowania (bądź jeżeli taki zarzut okaże się niezasadny). Zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem w postępowaniu kasacyjnym nie może być w ogóle brany pod uwagę zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. i to także w powiązaniu z innymi przepisami (zob. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 czerwca 2016 r., V CSK 536/15), wobec czego Sąd Najwyższy nie rozpatrywał zarzutu opartego na wskazanym przepisie.

Trzeba też zauważyć, że w zakresie zarzutu naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. w związku z art. 391 k.p.c. uchybienie wymaganiom określonym w tym przepisie (art. 328 § 2 k.p.c.) może być ocenione jako mogące mieć wpływ na wynik sprawy tylko wyjątkowo, gdy braki w uzasadnieniu są tak znaczące, że uniemożliwiają kontrolę kasacyjną zaskarżonego orzeczenia (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 2015 r., IV CSK 149/15). W ocenianej sprawie sytuacja taka nie wystąpiła, bowiem uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego zawiera wszystkie niezbędne elementy, zatem i ten zarzut nie okazał się zasadny.

Powyższe ustalenia nie oznaczają jednak, że wskazywane przez skarżącego uchybienia w rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy nie rzutują na jej rozstrzygnięcie.

Wstępnie i w związku ze stanowiskiem zawartym w uzasadnieniu skarżonego wyroku trzeba zauważyć, że Sąd Najwyższy przedstawiał już określoną wykładnię prawa w takich samych sprawach z udziałem tego samego płatnika przyjmując, że agencja pracy tymczasowej, delegująca zatrudnianych pracowników do pracy za granicą, może być uznana, za pracodawcę zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności, innej niż działalność związana z samym zarządzaniem wewnętrznym na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, czyli w rozumieniu przepisów rozporządzeń nr 883/2004 - art. 12 ust. 1 oraz nr 987/2009 - art. 14 ust. 2, jeżeli obrót z prowadzonej działalności osiągany w kraju delegowania wynosi 25% całego jej obrotu (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 czerwca 2014 r., II UK 565/13). Zapoczątkowało to zgodną linię orzecniczą

(sprawy II UK 550/13, II UK 32/14, II UK 69/14, II UK 84/14, II UK 85/14). W orzecznictwie prezentowane było jednak również stanowisko, że obrót nie jest kryterium przesądzającym, bo sąd powinien rozważyć wszystkie istotne kryteria (sprawy II UK 388/09, I UK 1/10, II UK 170/13). Rozbieżność ta wywołała pytanie skierowane do składu powiększonego (III UZP 5/15), rozstrzygnięte ostatecznie wyrokiem Sądu Najwyższego (po przejęciu sprawy do rozpoznania) z dnia 18 listopada 2015 r., II UK 100/14, (OSNP 2016 nr 7, poz. 88), w którym Sąd Najwyższy wyjaśnił, 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 prowadzi swą działalność należy rozumieć pracodawcę „zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności, innej niż działalność związana z samym zarządzeniem wewnętrznym, na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, z uwzględnieniem wszystkich kryteriów charakteryzujących działalność prowadzoną przez dane przedsiębiorstwo. Odnosne kryteria muszą zostać dopasowane do specyficznych cech każdego pracodawcy i do rzeczywistego charakteru prowadzonej działalności”. Zasadnicze znaczenie ma więc wyjaśnienie pojęcia „normalne prowadzenie działalności” (art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004) i wyjaśniającego je określenia „prowadzenie przez pracodawcę zazwyczaj znacznej części działalności, innej niż działalność związana z samym zarządzeniem wewnętrznym, na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma on swoją siedzibę” (art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009). Jak wskazano w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 października 2016 r., II UK 191/15 (niepublikowany),

treść powyższych przepisów nie pozostawia wątpliwości, że przy ocenie, czy pracodawca prowadzi normalną działalność, a zatem znaczną część działalności innej niż działalność związana z samym zarządzaniem wewnętrznym na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, należy uwzględnić wszystkie kryteria charakteryzujące jego działalność. Już odwołanie się do zaimka „wszystkie” w odniesieniu do kryteriów, które należy uwzględnić przy omawianej ocenie, wskazuje, że niedopuszczalne jest uznanie jednego kryterium za decydujące w tym sensie, że jego niespełnienie zwalnia instytucję właściwą, bądź sąd, z badania pozostałych cech charakteryzujących działalność prowadzoną przez dane przedsiębiorstwo. Podobnie kwestię tę ujmuje decyzja A2 Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego. Akt ten nie ma charakteru źródła prawa Unii Europejskiej w rozumieniu traktatowym, lecz jest aktem informacyjno-pomocniczym, wydanym przez Komisję Administracyjną na podstawie art. 72 lit. a i b rozporządzenia nr 883/2004 w ramach jej zadań dotyczących wykładni i usprawniania jednolitego stosowania prawa Unii Europejskiej. W decyzji wskazuje się, że decydującym warunkiem dla zastosowania art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 883/2004 jest istnienie więzi między pracodawcą a państwem członkowskim, w którym ma on swoją siedzibę. Możliwość delegowania pracowników powinna zatem ograniczać się wyłącznie do przedsiębiorstw, które 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.

W związku z tym 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 zostało wyjaśnione przez Komisję Europejską w publikacji „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 prowadzenia znacznej części działalności 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 nadto 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. Co prawda poradnik ten 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, nie ma jednak 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 przeciwko 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 Primaire d' Assurance Maladie, ECR 1970, s. 01251 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).

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 3), 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.).

O kosztach orzeczono na podstawie odpowiednio stosowanego (art. 398²¹ k.p.c.) art. 108 § 2 k.p.c.