

1. Wspólny rynek i rynek wewnętrzny

1.1. Zagadnienia ogólne

Celem traktatów założycielskich było zapewnienie integracji gospodarczej państw członkowskich. Zasadniczym elementem tej integracji było utworzenie (w okresie przejściowym trwającym 12 lat, nie później jednak niż do 1973 r.) wspólnego rynku. Podstawę wspólnego rynku tworzyła unia celna, która obejmowała całą wymianę towarową, a zatem towary pochodzące nie tylko z państw członkowskich, lecz także znajdujące się w legalnym obrocie na ich terytorium towary pochodzące z państw trzecich. Unia celna, czyli zniesienie ceł i zakaz stosowania opłat o skutku podobnym do cła oraz ustanowienie wspólnej taryfy celnej, została urezeczywistniona przed upływem okresu przejściowego. Poważne trudności wystąpiły natomiast z zapewnieniem pełnego urezeczywistnienia swobód wspólnotowych, stanowiących strukturalny element wspólnego rynku. Po okresie względnej stagnacji KE przedstawiła w czerwcu 1985 r. Białą Księgę o rynku wewnętrznym, w której określiła m.in. szczegółowy program prac normodawczych, koniecznych do realizacji rynku wewnętrznego. Problematyka rynku wewnętrznego znalazła swoje odzwierciedlenie w nowelizacji traktatów założycielskich dokonanych JAE. W szczególności przepis art. 8a ust. 2 TWE wprowadził legalną definicję rynku wewnętrznego, zgodnie zaś z ust. 1 tego przepisu rynek wewnętrzny powinien zostać urezeczywistniony do 31 grudnia 1992 r. Istotna w tym kontekście jest „nowa strategia” KE, zgodnie z którą polityka harmonizacyjna Wspólnoty w zakresie zagadnień doniosłych dla rynku wewnętrznego powinna zostać zastąpiona – z pewnymi wyjątkami – przez zasadę wzajemnego uznawania; zasada ta znalazła swoje odzwierciedlenie w przepisie art. 100b ust. 1 TWE. Wprowadzenie zasady większości kwalifikowanej (art. 100a TWE) niewątpliwie przyczyniło się do przyspieszenia procesu stanowienia prawa wspólnotowego w zakresie harmonizowania prawa państw członkowskich. Harmonizacja prawa i zasada wzajemnego uznawania stanowią zasadnicze w sensie technicznoprawnym instrumenty urezeczywistnienia rynku wewnętrznego.

W traktatowej koncepcji wspólnego rynku (rynku wewnętrznego) centralne miejsce zajmują niewątpliwie swobody wspólnotowe, które mają zapewnić usuwanie przeszkód w swobodnym przepływie towarów i innych czynników produkcji (siły roboczej i kapitału). Do przeszkód w handlu wewnątrzwspólnotowym należą tzw. fizyczne bariery w handlu (np. kontrole celne), bariery techniczne (np. różnicowanie standardów prawnych państw członkowskich dotyczących towarów ze względu na wymagania ochrony środowiska lub ochrony zdrowia) i bariery fiskalne (np. różnicowanie stawek podatku VAT). Istotnym elementem rynku wspólnotowego jest zapewnienie na jego terytorium warunków niezakłóconej konkurencji dla podmiotów gospodarczych. Usuwanie przez państwa członkowskie przeszkód w handlu wewnątrzwspólnotowym w celu zagwarantowania swobód wspólnotowych może się okazać nieskuteczne z punktu wi-

dzienia urezeczywistnienia wspólnego rynku, gdy jednocześnie gospodarze podmioty prywatne będą mogły tworzyć bariery dla tego handlu w drodze uzgodnień, porozumień i innych tego rodzaju praktyk (sprawy połączone 56 i 58/64 Consten i Grundig przeciwko KE).

1.2. Pojęcie wspólnego rynku

Pojęcie „wspólny rynek” (common market) jest pojęciem traktatowym. Traktat używa go w wielu miejscach, przy czym w przeciwieństwie do pojęcia „rynku wewnętrznego”, które jest zdefiniowane w art. 14 ust. 2 TWE, pojęcie „wspólny rynek” nie ma definicji legalnej; jest natomiast definiowane w orzecznictwie ETS.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 2 TWE utworzenie wspólnego rynku jest jednym ze środków do osiągnięcia wymienionych w tym przepisie celów (zadań) wspólnoty. Jednak przypisywanie wspólnemu rynkowi jedynie funkcji instrumentalnej w stosunku do celów (zadań) Wspólnoty nie jest prawidłowe, ponieważ wymienione w art. 2 TWE środki urezeczywistnienia celów (zadań) Wspólnoty należy traktować jako zarzeczne cele. Teza o dwojakiej naturze wspólnego rynku (jako środka i zarazem jako celu) znalazła potwierdzenie w utrwalonym orzecznictwie ETS/W¹ i aprobatę w doktrynie¹.

Pojęcie wspólny rynek jest definiowane w utrwalonym orzecznictwie ETS jako „eliminacja wszystkich przeszkód w handlu wewnątrzwspólnotowym w celu połączenia rynków krajowych w jeden (jednolity) rynek powołująca powstanie warunków najbliższych tym jakie panują na »czysto« wewnętrznym rynku. Istotne jest także to, że nie tylko handlowcy, lecz także osoby prywatne zawierające transakcje handlowe przekraczające granice powinny mieć możliwość korzystania z dobrodziejstw tego rynku (sprawa Schul 15/81). W wyroku z 17 maja 1994 r. Francja przeciwko Komisji sprawa C-41/93 ETS użył podobnych sformułowań stwierdzając, że „celem utworzenia wspólnego rynku jest usunięcie barier w handlu wewnątrzwspólnotowym z perspektywą połączenia rynków krajowych w jeden rynek tworzący warunki jak najbardziej zbliżone do warunków panujących na »czystym« rynku krajowym (a genuine domestic market).”

Wspólny rynek charakteryzują następujące elementy: wolność rynkowa, równość (rynkowa) i system niezakłóconej konkurencji². Wspólny rynek zasadniczo składa się z rynków krajowych (państw członkowskich), ponieważ jest to obszar wspólny dla (jeszcze) odrębnych rynków krajowych; podjęcie i wykonywanie przez podmiot gospodarczy czynności (działań) na obszarze całego wspólnego

¹ Np. A. Hatje, w: *EU-Kommentar*, (Hrsg.) J. Schwarze, Baden-Baden 2000, s. 240-241

² Np. Mtl-L, Axel *Diskriminierung und Beschränkung. Grundsätze einer einheitlichen Dogmatik der wirtschaftlichen Grundfreiheiten des EG-Vertrages*, Berlin 2004, s. 129 i n.

rynku wymaga otwarcia rynków krajowych, co czyni prawnie relewantnym problemem wolności rynkowej, szerzej funkcji swobod wspólnotowych jako swobod otwierających (umożliwiających) niezakłócony dostęp do rynków krajowych, a przez to do wspólnego rynku. Ponieważ przeszkody w dostępie do rynków krajowych mają nie tylko wymiar ekonomiczny, lecz także prawny wynikający z obowiązywania różnorodnych reżimów prawnych dla uczestników wspólnego rynku, funkcją swobod wspólnotowych jest niwelowanie tych różnic; wolność rynkowa urzeczywistni się w pełni wówczas, gdy na obszarze wspólnego rynku będzie obowiązywać jednolity system prawny lub konsekwentnie reguła kraju pochodzenia. Natomiast równość rynkowa jest zorientowana na tworzenie równych (jednakowych) warunków dostępu do rynku, co czyni doniosłym problem zakazu dyskryminacyjnego: traktowania ze względu na pochodzenie lub przeznaczenie (towarów) oraz obywatelstwo osób przemieszczających się. Trzecim elementem wspólnego rynku jest niezakłócona konkurencja.

W doktrynie prawa wspólnotowego powszechnie przyjęty jest pogląd, że pojęcie wspólnego rynku w sensie przedmiotowym obejmuje – obok swobod wspólnotowych – unię celną, politykę handlową z państwami trzecimi, politykę rolną, politykę rybołówstwa i politykę transportową oraz system niezakłóconej konkurencji³. W rzeczywistości urzeczywistnienie Wspólnego Rynku jest zależne od innych jeszcze polityk wspólnotowych, w tym zwłaszcza polityki społecznej. Według niektórych ujęć ze wspólnym rynkiem ściśle jest powiązany ogólny zakaz dyskryminacji (art. 12 TWE) oraz harmonizacja (art. 95 i n. TWE). Związek między Wspólnym Rynkiem a harmonizacją prawa ma charakter normatywny, natomiast powiązanie wspólnego rynku z zakazem dyskryminacji ma w dalszej mierze charakter orzeczniczy.

1.3. Rynek wewnętrzny

Przepis art. 14 ust. 2 TWE definiuje rynek wewnętrzny (internal market) jako obszar bez granic wewnętrznych, na którym, zgodnie z przepisami TWE, zagwarantowany jest swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału. Koncepcja rynku wewnętrznego została wprowadzona do traktatu na mocy art. 13 JAE. TUE wyraża wyraźnie nie odnosi się do rynku wewnętrznego, jednak przez stwierdzenie, że celem UE jest m.in. utworzenie obszaru bez granic wewnętrznych (art. 2 TUE), potwierdził integracyjną funkcję utworzenia rynku wewnętrznego.

Definicja legalna rynku wewnętrznego zawiera trzy elementy, przy czym dwa z nich (pierwszy – brak granic wewnętrznych; drugi – swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału) mają charakter substancjalny, natomiast trzeci – „zgodnie z przepisami traktatu” wyznacza nie tylko ramy realizacji dwóch pierwszych elementów przez WE i państwa członkowskie, lecz także –

o czym niżej – odsyła do bardziej szczegółowych przepisów TWE określających instytucje prawne służące urzeczywistnieniu wspólnego rynku.

Pierwszy z wyżej wymienionych elementów, a mianowicie brak granic wewnętrznych (między państwami członkowskimi), jest prawnie relewantny w tym sensie, że zobowiązuje WE i państwa członkowskie do usunięcia fizycznych barier na granicach państw członkowskich, przy czym stan urzeczywistnienia tego szczegółowego celu jest stosunkowo łatwy do ustalenia (np. zniesienie kontroli granicznej). Spełnienie drugiej przesłanki, a mianowicie zagwarantowanie czterech swobod wspólnotowych wymaga bardziej złożonych i wszechstronnych działań, a ponadto trudne jest (sense temporalnym i faktycznym) do jednoznacznego ustalenia.

Interesujące są wzajemne relacje między tymi elementami. Całkowicie zniesienie granic wewnętrznych rozumianych jako granice między państwami członkowskimi (granice w sensie fizycznym) nie zagwarantuje – samo przez się – swobod wspólnotowych, np. zniesienie kontroli granicznych nie zapewni pełnego urzeczywistnienia swobody przemieszczania się pracowników, jeżeli nie zostaną równocześnie usunięte różnice w uregulowaniach państw członkowskich dotyczących kwalifikacji zawodowych wymaganych przy dostępie do określonych zawodów. Z kolei wymaganie, że zagwarantowanie czterech swobod ma nastąpić zgodnie z przepisami traktatowymi oznacza m.in., że art. 14 TWE nie wyklucza zastosowania przepisów traktatowych, zgodnie z którymi niektóre ograniczenia swobod traktatowych mogą być usprawnione.

Sporne jest, czy utworzenie rynku wewnętrznego jest celem WE, który może wywoływać skutki prawne tylko w łączności z innymi przepisami TWE, np. przepisami dotyczącymi swobody przepływu towarów, czy też jest samodzielnym przepisem, który ustanawia obowiązek podlegający wykonaniu przez państwa członkowskie, niezależnie od innych środków określonych w innych przepisach TWE. Zagadnienie jest doniośle, ponieważ przyjęcie, że utworzenie rynku wewnętrznego jest tylko celem WE oznacza, że po pierwsze realizacja tego celu wymaga przyjęcia stosownych środków, po drugie – przepisy art. 3, 4 i 14 TWE mogą być interpretowane i wywoływać skutki prawne (nakładając obowiązki) tylko w powiązaniu z innymi przepisami traktatowymi, które bardziej precyzyjnie definiują swoje cele (opinia rzeczniczki generalnego Alberta w sprawie 9/99). Z brzmienia powyższych przepisów wynika, że utworzenie rynku wewnętrznego jest celem, który może być dokładniej określony jedynie poprzez odwołanie się do innych przepisów TWE.

Stanowisko to potwierdza orzecznictwo ETS, w którym przyjmuje się, że art. 3 TWE „określa obszary i cele, do których odnoszą się aktywności WE. Przepis ten ustanawia ogólne zasady rynku wspólnego. (the general principles of the common market), które są stosowane łącznie z odpowiednimi przepisami TWE przeznaczonymi do ich wykonywania (sprawa C-341/95 Bétati). Podobnie w opinii rzeczniczki generalnego w sprawie My stwierdzono, że art. 2 i 3 TWE nie ustanawiają kompletnych i w pełni doirzających norm materialnoprawnych, lecz jedynie ogólne cele, które muszą być osiągnięte przez WE i państwa członkowskie. Przepisy te

³ Np. M. Herdegen, *Europarecht*, München 2002, s. 222.

7-8

mogą być wykorzystywane głównie dla celów wykładni łącznie z innymi przepisami TWE, które wykonują ich treść. W sprawie Wijsenbeck ETS stwierdził, że art. 7a TWE nie może być interpretowany w ten sposób, że w braku środków przyjętych przez Radę wyznaczających od państw członkowskich zniesienia kontroli osób na wewnętrznym granicach WE, obowiązek ten powstaje automatycznie z chwilą wygaśnięcia tego okresu. Jeżeli zatem rynek wewnętrzny sam przez się nie może ustanowić prawa mających skutek bezpośredni, to podobnie nie mogą tylko z niego wynikać obowiązki państw członkowskich mające skutek bezpośredni. W opinii 1/91, ETS jednoznacznie stwierdził, że treścią art. 2, 8a i 102a TWE jest wskazanie celów, dla osiągnięcia których właściwymi środkami jest wolny handel i konkurencja.

Należy podkreślić znaczenie wspólnego rynku/rynku wewnętrznego jako swoistej dyrektywy interpretacyjnej przepisów wspólnotowych. Odwołanie się do Wspólnego Rynku (art. 3 TWE) służy ETS jako ważny argument w konstruowaniu zasad ogólnych prawa wspólnotowego, np. zasady bezpośredniego skutku prawa wspólnotowego. (sprawa Costa/ENEL), zasady pierwszeństwa (sprawa 14/68 Walt Wilhelm) oraz interpretacji swobod wspólnotowych (np. sprawa 36/74 Walrave i Koch), zwłaszcza w nowszym orzecznictwie, gdzie koncepcja dostępu do rynku ma coraz większe znaczenie.

Rozgraniczenie między wspólnym rynkiem a rynkiem wewnętrznym jest sporne. Według niektórych ujęć wspólny rynek – rozumiany w sensie dynamicznym, nie statycznym – jest etapem przejściowym w procesie urzeczywistnienia rynku wewnętrznego, fazą poprzedzającą utworzenie rynku wewnętrznego i w tym znaczeniu mniej zaawansowana forma integracji europejskiej. Według innych zakres przedmiotowy wspólnego rynku jest szerszy niż rynku wewnętrznego, ponieważ wspólny rynek obejmuje oprócz „czterech swobod” także politykę konkurencji, politykę rolną, politykę transportową i politykę podatkową. Wreszcie się twierdzi, że nie ma istotnej jakościowej i ilościowej różnicy między wspólnym rynkiem a rynkiem wewnętrznym⁴. Należy przyjąć ten ostatni pogląd.

1.4. Swobody wspólnotowe

1.4.1. Uwagi wstępne

Zasadniczym elementem wspólnego rynku są tzw. swobody wspólnotowe (*Community rights, Gemeinschaftsfreiheiten, Grundfreiheiten*) określone w przepisach TWE. Do (klasyfikacji) swobod wspólnotowych należą (według systematyki traktatowej): swoboda przepływu towarów, swoboda przemieszczania się pracowni-

⁴ Por. np. K. Mortelmans, *The Common Market, the Market and the Single Market: Whats a Market*, CMLRev 1998, nr 35, s. 1011 i n.

ków, swoboda przedsiębiorczości (zakładania przedsiębiorstw), swoboda świadczenia usług i swoboda przepływu kapitału; jako szóstą swobodę przyjmuje się niekiedy swobodę przepływu płatności. Przepis art. 14 ust. 2 TWE, zgodnie z którym gwarantuje się swobodę przepływu towarów, osób, usług i kapitału, nie zmienia niczym charakteru, istoty i znaczenia swobod wspólnotowych określonych w szczegółowych przepisach TWE, ani też nie ogranicza ich liczby, ale jedynie dokonuje swoistej kategoryzacji i integracji tych swobod przez to, że łączy swobodę przemieszczania się pracowników ze swobodą przedsiębiorczości (zakładania przedsiębiorstw) pod wspólną nazwą „swoboda przemieszczania się osób”, z jednej strony jest o tyle nieścisłe, że swoboda świadczenia usług ma w istotny zakresie charakter swobody przemieszczania się usługodawcy lub/i usługobiorcy a zatem w tej części należy do kategorii przemieszczania się osób, z drugiej zaś odzwierciedla zarówno systematykę TWE, w którym trzy swobody „personalne” są uregulowane w jednym rozdziale, jak i tendencje konwergencyjne w orzecznictwie ETS, który coraz częściej i intensywniej preferuje tzw. jednolite (globalne, uniwersalne) ujęcie tych swobod wspólnotowych. Należy też podkreślić, że swobody personalne stopniowo przekształcają się pod wpływem prawa przemieszczania się osób jako prawa obywatela Unii (art. 18 TWE), co odzwierciedla mądrym „od swobody gospodarczej do prawa politycznego”⁵; tendencja ta nie omija o czym niżej, swobody przepływu towarów i swobody świadczenia usług, którymi elementy strukturalne i funkcjonalne są poddawane analizom opartym na założeniach zbliżonych do tych, jakie leżą u podstaw analiz swobod personalnych.

Termin „swobody wspólnotowe” nie był znany traktatom założycielskim w chwili ich wejścia w życie. Pojawił się dopiero w preambule JAE, TUE i art. ust. 2 TWE, zaś ETS użył tego określenia w orzeczeniu w sprawie Casati (20.80) (*fundamental freedom of the Community*).

Przepisy TWE stanowiące podstawę swobod wspólnotowych mają swois i nieypową konstrukcję, ponieważ wskazują cel, ale nie określają (wyraźnie) a resata, a zatem można im przypisać cechę przepisów programowych. Zobowiązują do usuwania przeszkód w osiąganiu celu, czyli ograniczeń (art. 49 ust. 1, a 43 ust. 1, art. 28 i art. 29 TWE) i nierównego traktowania ze względu na obywatelstwo (art. 39 ust. 2 TWE). Nie mogą być jednak uznane za typowe normy „wolnościowe”, które określonym w nim podmiotom prywatnym przyznają pewne prawa podmiotowe (w szerokim znaczeniu), ale raczej za normy kompetencyjne, które nakazują lub zakazują WE i państwom członkowskim podejmowania pewnych działań. Z punktu widzenia jedynie brzmienia przepisów traktatowych trudno przyjąć, że są to przepisy ustanawiające swobody w sensie subiektywnym i podmiotowym; są to raczej nakazy i zakazy w sensie obiektywnym i przedmiotowym, nakazy i zakazy, których adresatem są słownie państwa członkowskie. Wykładnia gramatyczna tych przepisów TWE mogła prowadzić do wniosku, że nie przyznają one bezpośrednio żadnych praw jednostkom prywatnym

⁵ Por. np. E. Sparenta, *From Gebhard to Carpenter: a (non-)economic European Constitution*, CMLRev 2004, nr 41, s. 743 i n.

(niepaństwowym), lecz jedynie zobowiązują WE i państwa członkowskie do podejmowania pewnych działań lub do zaniechania podejmowania pewnych działań. Przedmiotowo-objektywna koncepcja swobod wspólnotowych ujmuje swobodę wspólnotową jako zakaz podejmowania lub utrzymywania przez państwo członkowskie jakichkolwiek środków, które dotyczą handlu między państwami członkowskimi i utrudniają lub ograniczają ten handel.⁶

Przepisy TWE stanowiące normatywną podstawę swobod wspólnotowych nie były pomyślane jako normy ustanawiające prawa podmiotowe dla obywateli państw członkowskich. Swobody wspólnotowe stały się prawami podmiotowymi dopiero wskutek interwencji orzeczniczej ETS, który stopniowo – w połowie lat siedemdziesiątych – uznawał, że przepisy te wywołują skutek bezpośredni w dziedzinach objętych zakresem przedmiotowym tych swobod (swoboda przepływu towarów – sprawa 74/76 Ianelli; swoboda przedsiębiorczości – sprawa 2/74 Reyners; swoboda świadczenia usług – sprawa 33/74 van Binsbergen; swoboda przemieszczania się pracowników – sprawa 41/74 van Duyn).

Swobody wspólnotowe są swobodami gospodarczymi w tym sensie, że przedmiotem ochrony jest działalność (czynności) o charakterze gospodarczym, a mianowicie podejmowanie i wykonywanie pracy najemnej, handel towarami, świadczenie usług oraz zakładanie przedsiębiorstw. Ostatnio jednak w orzecznictwie ETS ujawniają się tendencje do bagatelizowania wymiaru społeczno-gospodarczego swobod.

Z perspektywy art. 3 ust. 1 lit. c) TWE swobody wspólnotowe należy ujmować jako swobody wspólnego rynku. Wprawdzie normatywne zależności między swobodami wspólnotowymi a wspólnym rynkiem nie są jasne, to jednak swobody wspólnotowe nie mogą być ujmowane czysto instrumentalnie jako wyłączenie jeden z środków osiągnięcia celów wspólnego rynku, zaś ten ostatni jako jedynie środek pełnego urzeczywistnienia swobod wspólnotowych. Wspólny rynek i swobody wspólnotowe są wzajemnie uwarunkowane w tym sensie, że po pierwsze – urzeczywistnienie wspólnego rynku jest wskazówką interpretacyjną przepisów traktatowych określających swobody wspólnotowe.

W orzecznictwie ETS swobody wspólnotowe lub przepisy ustanawiające te swobody są kwalifikowane jako konkretyzacje (ogólniejszych) zasad podstawowych, np. przepis art. 28 TWE jako implementacja zasady swobodnego przepływu towarów wyrażonej w art. 14 ust. 2 TWE albo jako zasady podstawowe, np. swoboda przepływu towarów jako podstawowa zasada traktatowa (sprawa C-265/95 Komisja przeciwko Francji). O ile można przyjąć, że swobody wspólnotowe stanowią konkretyzację ogólniejszych zasad wspólnotowych, o tyle ujmowanie swobod wspólnotowych w kategorii zasad wspólnotowych nie wydaje się trafne, ponieważ w ramach tej kategorii zasad mieszczą się jedynie prawa (wolności) niewymienione *expressis verbis* w przepisach traktatu. Wydaje się, że ujęcie przez

ETS swobod wspólnotowych jako podstawowych zasad traktatowych służyło odwołaniu ich szczególnej wagi i znaczenia w systemie traktatowym.

1.5. Zakres przedmiotowy i podmiotowy swobod wspólnotowych oraz ich treść

1.5.1. Uwagi ogólne

Zakres przedmiotowy swobod wspólnotowych to określone przepisami TWE działania lub zaniechania osób uprawnionych ze swobod, zakres podmiotowy to wyznaczony TWE krąg podmiotów uprawnionych i zobowiązanych, zaś treść to określony przepisami prawa wspólnotowego zespół praw składających się na daną swobodę. Przyjmując pewne upraszczające założenia należy wskazać, że np. w stosunku do swobody przepływu towarów (art. 28 TWE) zakresem przedmiotowym tej swobody objęty jest przewóz i wywóz towarów (wspólnotowych), uprawnionymi z tej swobody są osoby dokonujące przewozu lub wywozu towarów wspólnotowych, a zobowiązanymi państwa członkowskie i w ograniczonym zakresie osoby trzecie, zaś treścią tej swobody jest zakaz stosowania ograniczeń ilościowych i środków o skutku równoważnym ograniczeniom ilościowym.

Swobody nie mają charakteru absolutnego, ponieważ TWE przewiduje wyłączenia swobod lub zezwala państwu członkowskim na wprowadzanie ograniczeń wykonywania tych swobod. Różnica między wyłączeniami a wprowadzaniem ograniczeń jest zasadnicza, ponieważ w wypadku wyłączeń przepisy TWE nie mają w ogóle zastosowania do czynności (działań) objętych wyłączeniem, natomiast możliwość wprowadzania ograniczeń przez państwo członkowskie nie wyklucza stosowania przepisów TWE.⁷

1.5.2. Zakres przedmiotowy

Przedmiotowym zakresem stosowania przepisów TWE ustanawiających swobody wspólnotowe są objęte pewne zachowania się zawierające tzw. element transgraniczny i mające z zasady charakter gospodarczy. Zakres ten jest wyznaczany przez pojęcia lub sformułowania, które mają specyficznie wspólnotowe znaczenie. Nie jest zatem dopuszczalne interpretowanie tych pojęć w kontekście krajowego porządku prawnego. Precyzyjne określenie zakresu przedmiotowego każdej ze swobod wspólnotowych jest dotychczas nie tylko dlatego, że tym samym wyznacza się zakres ochrony prawnej, lecz także ze względu na konieczność rozgra-

⁶ P. G. Kapteyn, P. Verloren van Themaat, *Introduction to the Law of the European Communities*, London-The Hague-Boston 1998, s. 584.

⁷ Inaczej np. C. Barnard, *The Substantive Law of the EU. The four Freedoms*, Oxford University Press 2004, s. 373.

takich jak np. „towar” lub „pracownik” ma charakter wykładni rozszerzającej, co powoduje strata poszerzania zakresu ochrony prawnej gwarantowanej stosownymi przepisami TWE⁹. Jednocześnie rozgraniczanie między poszczególными swoodami dokonuje się w istocie głównie na podstawie kryterium przedmiotowego, co sprawia, że pojęcia wyznaczające przedmiot każdej ze swobód z natury rzeczy nie poddają się ujednolicającym zabiegom interpretacyjnym i w tym sensie nie występuje konwergencja swobód wspólnotowych w sensie przedmiotowym, nawet wtedy, gdy stany faktyczne poszczególnych swobód mogą być uznane za specyficznie podobne, np. towar i przemieszczająca się transgranicznie usługa, traktowane jako produkty.

1.5.2.1. Element transgraniczny

Element transgraniczny wyraża się najogólniej w tym, że ochroną traktatową objęte są tylko te wewnątrzspółnotowe działania (czynności) lub przedmioty (towary), które przekraczają granice państwa członkowskiego albo – od strony negatywnej – ochroną tą nie są objęte te czynności, które we wszystkich swoich aspektach ograniczają się do terytorium jednego państwa członkowskiego (np. sprawa C-41/90 Klaus Höfner)⁹; jest to zwana sytuacja czysto wewnętrzną. Wymaganie istnienia elementu transgranicznego jest uzasadnione ze względu na logiczny systemu wspólnotowego, w tym zwłaszcza rynku wspólnego, którego zasadniczym celem jest pełna integracja rynków wewnętrznych państw członkowskich i scalenie ich w jednolity europejski rynek wewnętrzny. Swobody wspólnotowe nie mają wprawdzie charakteru instrumentalnego w stosunku do rynku wspólnego, jednak ochrona tylko tych działań obywateli państw członkowskich, które zawierają w sobie element transgraniczny, niewątpliwie sprzyja urzeczywistnieniu rynku wspólnego i innych celów WE. Element transgraniczny należy do istoty stanów faktycznych wszystkich swobód wspólnotowych, które są swobodami przemieszczania się (*freedom of movement*) towarów, osób i usług w wymiarze wspólnotowym. Wprawdzie w odniesieniu do usług TWE gwarantuje swobodę świadczenia usług (*freedom of provision of services*), co może być interpretowane jako rezygnacja z elementu transgranicznego w przypadku tej swobody, to jednak element ten jest uznawany jako prawnie domnosły dla swobody świadczenia usług zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie sądowym.

Niekiedy element transgraniczny jest ujmowany jako dodatkowe – poza obywatelstwem osób i pochodzeniem/przeznaczeniem towaru – niedozwolone kryterium różnicujące. Uzasadnieniem dla takiej kwalifikacji elementu transgranicznego są przypadki tzw. powrotów, gdy obywatel danego państwa członkowskiego

Szerzej por. E. Scheibeler, *Begriffsbildung durch den Europäischen Gerichtshof - autonom oder durch Verweis auf die nationalen Rechtsordnungen*, Schriften zum Europäischen Recht, Berlin 2004.

owaniu dotychczasowej lub podejmowaniu nowej aktywności tego rodzaju. Obywatelstwo – według tej koncepcji -nie jest tu prawnie doniosłe dla oceny, czy środki krajowe są dyskryminujące; podstawą dyskryminacyjnego traktowania własnych obywateli jest wyłącznie kryterium transgraniczne, a zatem to, że obywatel przekroczył granicę, aby podjąć działalność na terytorium innego państwa członkowskiego, a następnie ponownie przekracza granicę, aby prowadzić chromoną TWE działalność na terytorium państwa, którego jest obywatelem.

Element transgraniczny jest wprawdzie cechą wspólną dla stanów faktycznych wszystkich swobód wspólnotowych, jednak w ramach praktycznej oceny tych stanów faktycznych należy uwzględnić specyficzne poszczególne swobód, w tym zwłaszcza swobód „personalnych” i swobód tzw. „produktowych”. Swoboda przepływu towarów jako swoboda produktowa zakłada, że granicę przekracza towar, natomiast nie jest konieczne przekroczenie granicy przez osobę uczestniczącą w transakcji, której przedmiotem jest towar. Zakres przedmiotowy swobody przemieszczania się pracowników i swobody przedsiębiorczości jako swobód personalnych obejmuje tylko te sytuacje, w których następuje transgraniczne przemieszczenie się działającej osoby (pracownika, przedsiębiorcy). Ponieważ swoboda świadczenia usług ma „lanusowe” oblicze (personalno-produktowe), więc wystarczy, gdy granicę przekracza usługodawca lub usługobiorca albo sama usługa.

Obecnie znaczenie elementu transgranicznego wydaje się małeć wprost proporcjonalnie do wzrostu znaczenia prawa przemieszczania się obywateli Unii (art. 18 ust. 1 TWE) jako prawa podstawowego, które ma wpływ na proces reintegracji swobód wspólnotowych, w tym zwłaszcza tych swobód, w których elementem konstytutywnym jest transgraniczne przemieszczenie się osoby⁹.

Na przykład klasyczna swoboda przemieszczania się pracowników gwarantowała obywatelowi państwa członkowskiego prawo przemieszczania się z terytorium państwa członkowskiego, którego jest obywatelem (państwo pochodzenia) na terytorium innego państwa członkowskiego (państwa przyjmującego) w celu poszukiwania, podejmowania i wykonywania pracy najmniej na zasadzie traktowania narodowego. W związku z tym element transgraniczny tej swobody był imperatywny. Tymczasem prawo przemieszczania się obywateli Unii gwarantowane przepisem art. 18 ust. 1 TWE nie wymaga, aby po pierwsze – przemieszczający się obywatel Unii przekraczał granicę państw członkowskich i po drugie – chroni prawo obywateli Unii do swobodnego zamieszkania (osiedlania się) na terytorium państw członkowskich. Wprawdzie relacje między przepisem art. 39 TWE i art. 18 TWE są złożone, to jednak wydaje się oczywiste, że art. 18 ust. 1 TWE przynajmniej pewne prawa obywatelom Unii, niezależnie od ich statusu gospodarzcego i finansowego, w zwłaszcza obywatelom zamieszkającym legalnie w państwie członkowskim, lecz nie będącym aktywnymi gospodarzco, w tym prawo do niedyskryminacyjnego traktowania w zakresie pewnych świadczeń socjalnych (np. sprawa C-85/96 Martínez

⁹ Por. np. Ch. Hilson, *What's in a right? The Relationship between Community, fundamental and Citizenship Rights in EU Law*, ELRev 2004, nr 29, s. 636 i n.

działalności zawodowej lub handlowej w celu korzystania z praw (rights) przewidzianych w Części D drugiej TWE o obywatelstwie Unii.

Wydaje się ponadto, że marginalizacja elementu transgranicznego może przyczynić się do stopniowego zbliżania się personalnych swobód wspólnotowych i prawa przemieszczania się obywateli Unii Europejskiej, które – jak dotychczas – są traktowane jako oddzielne prawa w tym sensie, że gdy do danego stanu faktycznego ma zastosowanie przepis określający swobodę wspólnotową, wówczas nie ma zastosowania przepis art. 18 ust. 1 TWE (np. sprawa C-193/94 Scanvi).

Element transgraniczny jest cechą stanów faktycznych, do których mają zastosowanie przepisy traktatowe określające swobodę wspólnotowe. Oznacza to, że na przepisy te może powołać się tylko ta osoba, która podjęła czynności przekraczające granicę państwa członkowskiego. W tym sensie element transgraniczny stanowi nie tylko faktyczną przesłankę zastosowania odnośnych przepisów traktatowych, ale równocześnie wyznacza treść swobód określonych tymi przepisami. Nie ulega także wątpliwości, że element transgraniczny, zakładający przekraczanie granic państwowych wewnątrz WE przez towary, usługi i osoby oraz najczęściej równoczesne przekraczanie granic państwowych systemów prawnych, jest niezwykle mocno powiązany z podstawową zasadą prawa wspólnotowego, a mianowicie zasadą niedyskryminacji ze względu na obywatelstwo (zasadą traktowania narodowego). Nowsze orzecznictwo ETS niewątpliwie przychylnia się do erozji i marginalizacji tego istotnego elementu struktury swobód wspólnotowych, lecz – jak będzie o tym mowa niżej – nie doprowadziło do pozabawienia go jakiegokolwiek znaczenia normatywnego.

1.5.2. Charakter gospodarczy

Przepisy traktatowe określające swobody mają zastosowanie do działań (czynności), które mają charakter gospodarczy lub co najmniej mieszczą się w szeroko ujmowanym kontekście gospodarczym (np. sprawa 53/81 Levin). Charakterystyczne jest to, że ETS definiując np. pojęcie „pracownik” (art. 48 TWE) wyrażnie stwierdził, że koncepcja działania gospodarczego (economic activity) w rozumieniu art. 2 TWE i koncepcja pracownika w rozumieniu art. 48 TWE określają zakres stosowania jednej z podstawowych swobód gwarantowanych przez TWE oraz że zatrudnienie za wynagrodzeniem lub świadczenie usług za wynagrodzeniem musi być uznane za efektywne i rzeczywiste, a nie czysto marginalne i uboczne (np. sprawa C-176/96 Lehtonen). W nowszym orzecznictwie marginalizuje się znaczenie tego elementu, co wydaje się egzemplifikować proces odchodzenia od ujmowania swobód wspólnotowych jako wyłączenie swobód gospodarczych i uwzględniania w szerszym niż dotychczas zakresie politycznego charakteru tych swobód. Wyrok w sprawie C-456/02 Trojani jest pod tym względem niejednoznaczny, ponieważ z jednej strony definiując pojęcie pracownika

Unii, który nie jest aktywny gospodarczo (not economically active) może powołać się na przepis art. 12 TWE, jeżeli legalnie zamieszkuje w przyjmującym państwie członkowskim przez pewien czas lub posiada zgodę na zamieszkanie.

Na gruncie przepisów traktatowych przeprowadza się wszakże rozróżnienie między migrującymi obywatelami Unii, którzy są aktywnymi gospodarzami i obywatelami migrującymi, którzy nie są aktywnymi gospodarzami (opinia rzecznika generalnego Geelhoed w sprawie C-456/02 Trojani). Jednocześnie podkreśla się, że ETS stosuje szeroką interpretację przepisów TWE, która zezwala na objęcie zakresem tych przepisów pewnych interesów, które – jak dostęp do wykształcenia – nie mają charakteru głównie gospodarczego, co w rezultacie prowadzi do zastosowania do nich podstawowej zasady zakazującej dyskryminacji ze względu na obywatelstwo (opinia rzecznika generalnego Geelhoed w sprawie C-224/98 D'Hoop, par.28).

1.5.3. Zakres podmiotowy

Zagadnienie czy podmioty prywatne (osoby fizyczne i osoby prawne) mogą wywodzić prawa podmiotowe z przepisów TWE określających swobody wspólnotowe jest ściśle powiązane z zasadą (doktryną) bezpośredniego skutku przepisów wspólnotowych¹⁰. Problem polega bowiem na tym, że literalna wykładnia tych przepisów prowadziła początkowo do wniosku, że przepisy te nie przyznają bezpośrednio żadnych praw podmiotowych, ponieważ ich adresatem są wyłącznie państwa członkowskie, na które przepisy te nakładają obowiązki znoszenia ograniczeń w przepływie towarów, usług, osób i kapitału. Z późniejszego orzecznictwa ETS wynika jednak jasno, że przepisy art. 28 i 29 TWE (swoboda przepływu towarów), art. 39 TWE (swoboda przemieszczania się pracowników), art. 43 TWE (swoboda świadczenia usług) i art. 49 TWE (swoboda przedsiębiorczości) wywołują skutek bezpośredni, co oznacza, że uprawnione osoby mogą powołać się na te przepisy zarówno przeciwko państwu przyjmującemu (państwu przeznaczenia), co jest sytuacją najczęściej spotykaną, jak i przeciwko własnemu państwu (państwu pochodzenia), jednak pod warunkiem, że sytuacja, w jakiej się znajdują, nie jest sytuacją czysto wewnętrzną.

Podmiotowy zakres „personalnych” swobód traktatowych jest ograniczony do obywateli państw członkowskich. W odniesieniu do swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług wynika to z brzmienia stosownych przepisów traktatowych (art. 43 ust. 1 i art. 49 ust. 1 TWE). W przypadku swobody przemieszczania się pracowników ograniczenie kręgu beneficjentów tej swobody do pracowników będących obywatelami państw członkowskich nie jest tak oczywiste,

¹⁰ M. Szpunar, *Bezpośredni skutek prawa wspólnotowego – jego istota oraz próba uporządkowania terminologii*, Europejski Przegląd Sądowy 2005, nr 2, s. 4 i n.

ponieważ ze swobody tej w pewnym zakresie korzystają także obywatele państw trzecich, w tym zwłaszcza członkowie rodziny przemieszczającego się pracownika. W odniesieniu do swobody świadczenia usług i swobody przedsiębiorczości obywatel państw członkowskich powinien dodatkowo spełniać przesłankę osiedlenia (zamieszkania) w państwie członkowskim, co wynika – w odniesieniu do „wewnętrznej” swobody przedsiębiorczości – odpowiednio z przepisu art. 43 ust. 1 zdanie drugie TWE i – w odniesieniu do usługodawcy – z art. 49 ust. 1 TWE.

Z przepisów TWE nie wynika wyrażnie, czy „personalne” swobody wspólnotowe chronią jedynie podmiot świadczący, czy ochroną objęty jest także odbiorca tych świadczeń. Swoboda przemieszczania się pracowników dotyczy *expressis verbis* pracowników jako podmiotów świadczących pracę mającą wymiar gospodarczy, podczas gdy swoboda świadczenia usług obejmuje zarówno usługodawców, jak i usługobiorców; przepisy określające swobodę przedsiębiorczości – podobnie jak przepisy o swobodzie przepływu towarów – nie rozróżniają między podmiotem świadczącym a odbiorcą świadczeń. Mimo różnic w brzmieniu przepisów traktatowych przyjmuje się powszechnie, że „personalne” swobody traktatowe chronią w równym stopniu podmiot świadczący i odbiorcę świadczeń. Na przykład na swobodę przemieszczania się pracowników może powołać się także pracodawca (sprawa C-350/96 Clean Car Auto Service), a na swobodę świadczenia usług – pacjent i turysta jako usługobiorcy (np. sprawa 286/82 Luisi i Carboni; sprawa C-158/96 Kohll; sprawa C-348/96 Calfa). Objęcie ochroną odbiorców świadczeń jest usprawiedliwione także ze względu na wymagania ochrony konsumentów (sprawa 215/87 Schumacher; sprawa C-362/88 GB-INNO).

Przepisy dotyczące swobody przepływu towarów nie ograniczają zakresu podmiotu tego tej swobody do obywateli państw członkowskich i nie przewidują warunku zamieszkania (osiedlenia) w państwie członkowskim. Uprawnionymi z tej swobody mogą być obywatele państw trzecich, jeżeli towary, których dotyczą transakcje przez nich zawarte, są towarami wspólnotowymi w rozumieniu przepisów traktatowych. Pogląd, że krąg beneficjentów tej swobody powinien ograniczać się do obywateli Unii nie ma oparcia w TWE, a argument „konwergencji” nie jest dostatecznie przekonujący. Konwergencja w zakresie podmiotowym swobod wyraża się jedynie w tym, że wszystkie swobody wspólnotowe mają charakter subiektywny (podmiotowy)¹¹.

Istotnym – z punktu widzenia urezeczywistnienia celów WE i wspólnego rynku – jest problem adresatów obowiązków (zakazów i nakazów) ustanowionych w przepisach traktatowych określających swobody wspólnotowe. Problem ten jest powiązany z zagadnieniem bezpośredniego skutku przepisów traktatowych (w układzie horyzontalnym), ponieważ w orzecznictwie ETS prawa jednostek są często wywodzone z obowiązków państw członkowskich określonych w odnośnych przepisach traktatowych. Nie ulega wątpliwości, że państwa członkowskie, jako „główni” adresaci tych przepisów są obowiązane do dostosowania jakichkolwiek środków ograniczających obrót towarami i dyskryminujących obywateli

państw członkowskich korzystających ze swobody przemieszczania się (pracownicy, świadczący usługi, zakładający przedsiębiorstwa).

Przepisami TWE określającymi swobody wspólnotowe związana jest także WE. Z brzmienia odnośnych przepisów traktatowych nie wynika wprawdzie, aby WE była obowiązana do podejmowania jakichkolwiek działań w tym zakresie, to jednak za podstawę związania WE tymi przepisami uznaje się przepisy art. 2 i 3 TWE określające cele i zadania WE w zakresie urezeczywistniania wspólnego rynku, w tym zniesienia ograniczeń (przeszkód) przepływu towarów, osób, usług i kapitału. Ponadto, inne przepisy TWE upoważniają (zobowiązują) WE do podejmowania działań legislacyjnych dla osiągnięcia celów rynku wewnętrznego (art. 95 TWE), co oznacza, że w procesie stanowienia prawa dotyczącego swobod traktatowych WE jest związana nie tylko tym przepisem traktatowym, lecz także przepisami określającymi swobody traktatowe. ETS wielokrotnie stwierdzał, że WE jest związana przepisami określającymi swobody wspólnotowe, np. w odniesieniu do swobody przepływu towarów w wyrokach w sprawach połączonych Ramel (80 i 81/77), ostatnio w sprawie (C-341/95) Bettati, w odniesieniu zaś do swobody świadczenia usług w sprawie (C-154/89) KE przeciwko Francji. Uznanie, że WE jest adresatem obowiązków określonych w przepisach traktatowych, powinno prowadzić do konkluzji, że prawodawstwo wspólnotowe ograniczające wykonywanie swobod wspólnotowych powinno podlegać tym samym zasadom, którym podlega prawodawstwo państw członkowskich objęte stosownymi przepisami traktatowymi. Biorąc jednak pod uwagę to, że legislacja wspólnotowa z natury rzeczy dotyczy relacji między państwami członkowskimi i ma charakter integracyjno-harmonizacyjny, zaś prawodawstwo krajowe dotyczy w istocie sytuacji wewnątrzpaństwowych i z punktu widzenia wspólnotowego ma z reguły charakter dezintegracyjny, przepisy wspólnotowe (pochodne), których skutkiem jest ograniczenie handlu między państwami członkowskimi, są uznawane za zgodne z TWE, gdy spełnione są następujące przesłanki:

- obowiązuja, jednakowo wszystkie państwa członkowskie;
- są ustanowione w ogólnym interesie WE;
- ich celem jest zapewnienie swobodnego przepływu towarów;
- są zgodne z zasadą proporcjonalności¹².

Zagadnienie związania podmiotów prywatnych (niepaństwowych) przepisami TWE o swobodach wspólnotowych przeszło pewną ewolucję. Początkowo uważano, że przepisy te odnoszą się wyłącznie do działań państwa członkowskiego. Stanowisko takie zajął ETS w wyroku w sprawach połączonych (311/85), (7/68) Vlaamse, KE przeciwko Francji, (177 i 178/82) Van de Haave, w których porównując przepis art. 81 i 28 TWE stwierdził, że pierwszy z nich należy do przepisów dotyczących ochrony konkurencji adresowanych do przedsiębiorstw i ich związków, podczas gdy ostatni należy do przepisów, których celem jest eliminowanie środków podejmowanych przez państwa członkowskie, które mogą przeszkodzić swobodzie przepływu towarów. W wyroku w sprawie Walrave (36/74)

¹¹ Por. J. Gebauer: *Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als Gemeinschaftsgrundrechte*, Schriften zum Europäischen Berlin 2004, s. 152.

¹² P. Oliver, M. Jarvis, *Free Movement of Goods the European Community*, Sweet and Maxwell 2003, s. 72.

ETS zmienił to stanowisko uznając, że zakaz dyskryminacji ze względu na obywatelstwo (art. 12, 39 i 49 TWE) ma zastosowanie nie tylko do działań władz publicznych, ale także do przepisów jakiegokolwiek innej natury, których celem jest kolektywne uregulowanie nawiązania stosunku pracy lub usług.

W sprawie chodziło o przepisy ustanowione przez Międzynarodowe Stowarzyszenie Kolarskie, którego prywatnoprawny charakter był bezsporny, wymagające, aby „paccaker riding a motorcycle” miał to samo obywatelstwo co „stayer cycling in the lee of the motorcycle”. Istotne jest to, że zakres stosowania przepisu art. 49 TWE został w tym orzeczeniu rozciągnięty wyłącznie na regulacje kolektywne (collectively regulating services), czyli na przepisy ustanawiane przez zrzeszenia i wiążące członków tego zrzeszenia. Stanowisko to potwierdził ETS w wyroku w sprawie (13/76) Dona przeciwko Mantero, w którym stwierdził, że przepisy lub praktyka krajowa, nawet przyjmowane przez organizacje sportowe mogą naruszać przepisy art. 49, a także art. 12 i 39 TWE, jeżeli ograniczają udział w meczach piłkarskich zawodowych lub quasizawodowych obywateli danego państwa członkowskiego; podobnie wyrok w sprawie (C-309/99) Wouters odnosił do zgodności z TWE przepisów rady adwokackiej nakładających obowiązki na adwokatów. ETS rozszerzył także zakres stosowania przepisu art. 39 TWE powołując się na art. 7 ust. 4 rozporządzenia 1612/68, które zakazuje stosowania klauzuli dyskryminujących w umowach indywidualnych i zbiorowych (kolektywnych) stwierdzając, że przepis rozporządzenia tylko wyjaśnia i daje efekt prawu, które już zostało przyznane przez art. 48 (obecnie 39) TWE (wyrok w sprawie C-15/96 Kaliopé). Z wyroku tego wynika, że zdaniem ETS przepisy art. 39 TWE mogą naruszać nie tylko przepisy ustanawiane kolektywnie (umowy, porozumienia zbiorowe), lecz także indywidualne umowy o pracę, co w konsekwencji oznacza, że pracodawca jest obowiązany przestrzegać przepisu art. 39 przy zawieraniu takich umów. Stanowisko to wyraźnie potwierdził ETS w wyroku w sprawie (C-21/98) Angonese w którym przyjął, że art. 39 TWE stosuje się do indywidualnych i kolektywnych, podejmowanych przez podmioty prywatne środków ograniczających swobodę przemieszczania się pracowników, gdy środki te mają charakter dyskryminujący. Należy mieć także na uwadze, że zgodnie z wyrokiem w sprawie (C-411/98) Ferlini przepis art. 12 ust. 1 TWE stosuje się również w sprawach, w których grupa lub organizacja wykonują pewną władzę nad jednostkami i są w stanie określić wiążące te jednostki warunki, które niekorzystnie oddziałują na wykonywanie swobód gwarantowanych przez TWE.

Zagadnienie związania podmiotów prywatnych przepisami traktatowymi o swobodach wspólnotowych niewątpliwie łączy się z zagadnieniem adresatów przepisów traktatowych o ochronie konkurencji. Należy tu mieć na uwadze, że przepisy art. 81 i 82 TWE są przepisami typu *lex specialis*, gdy podmiotem prywatnym jest przedsiębiorstwo lub zrzeszenie przedsiębiorstw, co wyklucza stosowanie do nich przepisów art. 28 i 49 TWE. Ostatnio wymienione przepisy mogą mieć zastosowanie tylko w pewnych okolicznościach, gdy podmiot prywatny nie jest przedsiębiorstwem lub zrzeszeniem przedsiębiorstw¹³.

1.5.4. Treść

1.5.4.1. Uwagi wstępne

Przepisy TWE zakazują stosowania środków krajowych, które są dyskryminujące lub stanowią inne niedozwolone ograniczenia swobodnego przepływu towarów, osób, usług i kapitału. Z punktu widzenia treści swobód traktatowych istotne jest zatem, jakiego rodzaju działania lub zaniechania podmiotów zobowiązanych, mogą być kwalifikowane jako środki w rozumieniu TWE. W doktrynie podkreśla się, że pojęcie „środek” jest neutralne, ponieważ nie wiąże się z nim określona forma prawna. Pod tym pojęciem rozumie się zarówno środki państwowe podejmowane przez władzę ustawodawczą, wykonawczą i sądowniczą, jak i – w ograniczonym zakresie – zachowanie podmiotów niepaństwowych, przy czym środek krajowy to nie tylko akt prawny, lecz także praktyka oraz nie tylko działanie, ale i zaniechanie (sprawa C-265/95 KE przeciwko Francji).

Sporne jest czy przy ocenie środka krajowego powinno uwzględniać się kryterium *de minimis* czyli wagi naruszenia swobody traktatowej. ETS nie stosuje – innej niż w prawie konkurencji – teorii *de minimis*, co oznacza, że środek krajowy, który w sposób niesprawnie działający wkracza w sferę chronioną swobodą wspólnotową, narusza stosowany przepis TWE i jako sprzeczny z TWE nie może być stosowany nawet wtedy, gdy faktyczne skutki tego naruszenia są minimalne (sprawy połączone 177 i 178/82 van de Haver; sprawa, 16/83 Pranti; sprawa C-126/91 Yves Rocher). Za tym stanowiskiem przemawia wiele argumentów:

- swobody wspólnotowe są przedmiotem interpretacji rozszerzającej, a zastosowanie reguły *de minimis* prowadzi nieuchronnie do ograniczenia zakresu ochrony;
- w odniesieniu do swobód personalnych (przemieszczania się osób) problematyczne jest określenie treści tej reguły;
- interesy państw członkowskich są wystarczająco chronione przepisami TWE określającymi wyjątki od swobód i tzw. imperatywne wymaganiami,
- swobody wspólnotowe są prawami podmiotowymi, a zatem ograniczenie ochrony sądowej tych praw tylko do przypadków, gdy naruszenie jest poważne (odczuwalne), nie jest dopuszczalne.

Problem reguły *de minimis* może być natomiast prawie relewantny, gdy treść swobód wspólnotowych wyjaśnia się za pomocą teorii dostępu do rynku, nie zaś teorii dyskryminacji. W teorii dyskryminacji nie ma miejsca na regułę *de minimis*, ponieważ zakaz dyskryminacji ma charakter bezwzględny w tym sensie, że nie ma tu znaczenia stopień naruszenia tego zakazu. Inaczej jest w przypadku teorii dostępu do rynku. W wyroku w sprawie C-337/95 Evora ETS stwierdził m.in., że przepisy holenderskie zakazujące reklamy mogą czynić komercjalizację pewnych towarów, a w konsekwencji ich dostęp do rynku, znacząco trudniejszy, a w innych wyrokach, że restryktywne skutki środków krajowych jest zbyt nie-

20

pewny i pośredni, aby stanowić przeszkodę w dostępie do rynku, co mogło być interpretowane jako zastosowanie reguły de minimis. Wydaje się jednak, że ETS konsekwentnie (wyrażnie jak w wyroku w sprawie C-412/93 Leclerc) odrzuca zastosowanie tej reguły, co znajduje aprobatę doktryny¹⁴.

W doktrynie rozróżnia się trzy (zasadnicze) teorie wyjaśniające istotę swobód wspólnotowych, a mianowicie teorię dyskryminacji, teorię podwójnego standardu (obciążenia obowiązkami) (*the double burden theory*) i teorię dostępu do rynku (*the market access theory*)¹⁵.

Według pierwszej z wymienionych teorii celem przepisów traktatowych jest eliminacja protekcjonizmu państwowego i zapewnienie, że zagraniczne towary i osoby będą pod względem prawnym i faktycznym traktowane w taki sam sposób, jak odpowiednio towary i osoby krajowe. W wypadku zatem, gdy zarzut dyskryminacyjnego traktowania nie jest usprawiedliwiony, wówczas nie ma mowy o naruszeniu swobody wspólnotowej. Teoria ta zakłada również, że w braku harmonizacji określenie stosownego poziomu regulacji należy do państw członkowskich.

Teoria podwójnego obciążenia wychodzi z założenia, że wspólny rynek wymaga nie tylko urezeczywistnienia zakazu dyskryminacji, lecz także, nawet w braku harmonizacji, stosowania jednego systemu przepisów do sytuacji objętych przepisami o swobodach przemieszczania się. Teoria ta została wypracowana dla konceptualizacji przyjętej w orzecznictwie ETS zasady wzajemnego uznawania (*Cassis de Dijon*), zgodnie z którą dany produkt przemieszczający się powinien być regulowany tylko jeden raz. Ponowne regulowanie tego produktu (importowanego) oznacza, że powinien on spełniać wymagania dwóch systemów prawnych (państwa pochodzenia i państwa przeznaczenia), co oznacza nakłożenie dodatkowych ciężarów. Teoria ta jest zbliżona do teorii dyskryminacji w tym sensie, że przepis prawny, która nakłada dodatkowy ciężar na towar importowany jest równocześnie dyskryminujący co najmniej w sposób pośredni, ponieważ dotyczy bardziej towarów importowanych i osoby migrujące niż towary krajowe i osoby niemigrujące. Zaletą tej teorii jest to, że w przeciwieństwie do czystej teorii dyskryminacji przywiązuje większe znaczenie do skutku przepisów dotyczących towarów lub osób migrujących, niż do porównywania sytuacji tych towarów i osób z sytuacją towarów krajowych i osób niemigrujących.

Wreszcie teoria dostępu do rynku opiera się na założeniu, że rynek wewnętrzny wymaga nie tylko usunięcia przeszkód dyskryminujących bezpośrednio lub pośrednio, lecz także eliminowania przepisów ograniczających zdolność (możliwość) podmiotów gospodarczych dostępu do wspólnego rynku i podejmowania na nim aktywności gospodarczej.

1.5.4.2. Zakaz dyskryminacji

Zagadnienie zakazu dyskryminacji jest doniosłe dla dogmatyki swobód wspólnotowych, ponieważ akcentowanie zakazu dyskryminacji – jako istoty swobód – wskazuje na ujęcie tych swobód jako swobód równościowych, podczas gdy zakaz stosowania wszelkich ograniczeń wydaje się podkreślać istotę tych swobód jako swobód wolnościowych. Podobnie, jeżeli celem swobód wspólnotowych jest zapobieżenie protekcjonizmowi państwowemu, mamy do czynienia z ujęciem antyprotekcjonistycznym swobód, natomiast gdy przeważy cel polegający na ochronie przed ograniczeniami w dostępie do wspólnego rynku – wtedy jest to typowe ujęcie wolnościowe¹⁶.

Z punktu widzenia brzmienia przepisów TWE istnieją w tym kontekście istotne różnice między swobodami „personalnymi” i swobodami „produktowymi”. Do istoty tych pierwszych należy niewątpliwie zakaz dyskryminacji ze względu na obywatelstwo (art. 39 ust. 2, art. 43 ust. 2 i art. 50 ust. 3 TWE), w odniesieniu zaś do swobody przepływu towarów wydaje się przeważać zakaz stosowania ograniczeń (art. 28 i 29 TWE), chociaż art. 30 ust. 2 TWE może stanowić punkt wyjścia do ujęcia tej swobody jako zakazu dyskryminacji ze względu na przeznaczenie/pochodzenie towarów. Z powołanych przepisów TWE wynika, że treść swobód wspólnotowych nie jest w tym sensie dla nich wspólna i jednolita, iż mogą być one traktowane albo jako zakaz dyskryminacji ze względu na obywatelstwo (pochodzenia lub przeznaczenia towarów) lub jako zakaz stosowania ograniczeń. Z drugiej jednak strony pewną funkcję ujednolicającą w zakresie rozumienia swobód wspólnotowych jako zakazu dyskryminacyjnego traktowania pełni przepis art. 12 TWE, który ma samodzielne znaczenie normatywne.

Pojęcie dyskryminacji i jej form jest sporne w doktrynie prawa wspólnotowego¹⁷. Wprawdzie powszechnie przyjęty jest podział na dyskryminację bezpośrednią (jawną) i dyskryminację pośrednią (ukrytą), to już zakres znaczeniowy tych terminów jest niejednołdnie interpretowany. Należy z pewnym uproszczeniem przyjąć, że dyskryminacja bezpośrednia oznacza różne traktowanie ze względu na niedozwolone, wskazane w przepisach traktatowych, kryterium różnicujące (obywatelstwo osób lub przeznaczenie albo pochodzenie towarów), natomiast dyskryminacja pośrednia oznacza sytuację, w której nie stosuje się niedozwolonych kryteriów różnicujących, jednak różnicuje się według innych (neutralnych) kryteriów, co wszakże powoduje skutki podobne do skutków dyskryminacji bezpośredniej.

Szerokie ujęcie dyskryminacji obejmujące obie jej formy przyjął ETS w wyroku w sprawie 152/73 Solgu stwierdzając, że zakazane są „także ukryte formy dyskryminacji, które poprzez zastosowanie innych kryteriów różnicujących faktycznie prowadzą do tego samego skutku, do którego prowadzi dyskryminacja jawna oparta na kryterium obywatelstwa”. Na takie ujęcie wskazuje także teza wyroku ETS, że zakaz dyskryminacji wymaga „perfekcyjnej równości traktowania w państwach

¹⁴ *Ibidem*, s. 123

¹⁵ E. Spaventa, *From Gebhard to Carpenter*..., s. 744.

¹⁶ J. Snell, *op.cit.*, s. 2.

¹⁷ S. Plötscher, *Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Schriften zum Europäischen Recht, Berlin 2003.

członkowskich osób w sytuacjach uregulowanych przez prawo wspólnotowe i obywateli odnoszących państw członkowskich" (sprawa C-43/95 Data-Delecta).

W odniesieniu do zakazu dyskryminacji bezpośredniej wydaje się bezsporne, że wystarczające dla jej stwierdzenia jest czysto formalne ustalenie, że środek krajowy stosuje zakazane traktatowo kryterium różnicujące, np. obywatelstwo, natomiast nie jest konieczne wykazanie, że zastosowanie tego kryterium faktycznie doprowadziło lub doprowadzi do niekorzystnych skutków dla określonych podmiotów. Inaczej jest z zasady w wypadku dyskryminacji pośredniej, ponieważ stwierdzenie naruszenia zakazu dyskryminacji wymaga w tym wypadku – obok ocen prawnych – ustalenia faktycznych, a mianowicie w jakiej relacji do formalnie niedozwolonego kryterium różnicującego pozostaje formalnie neutralne kryterium mające zastosowanie w danej sytuacji, w tym zwłaszcza czy kryteria te są faktycznie ekwiwalentne, co z kolei może wymagać ocen statystycznych (np. sprawa 170/84 Bilka; sprawa 171/88 Rinner), generalnie – odniesienia się do faktycznych skutków danej regulacji prawnej. Według niektórych ujęć między formalnie niedozwolonym kryterium różnicującym a zastosowanym (formalnie neutralnym) kryterium musi jednak istnieć związek normatywny, którego istnienie jest wystarczające do stwierdzenia naruszenia zakazu dyskryminacji.

Stanowisko to wydaje się potwierdzać nowsze orzecznictwo ETS, które cechuje bardziej abstrakcyjne podejście w tym zakresie i w tym znaczeniu, że charakter więzi między tymi kryteriami jest oceniany w odwołaniu od stanu faktycznego, np. wystarczające jest więc czysto hipotetyczna (sprawa C-273/94 O Flynn) lub jedynie obawa (niebezpieczeństwo) nierównego traktowania cudzoziemców (sprawa C-204/90 Bachmann). Zastosowanie formalnie neutralne kryterium różnicującego, które jest w danym wypadku usprawiedliwione, nie prowadzi do naruszenia zakazu dyskryminacji.

Istotne znaczenie dla rozumienia treści swobód wspólnotowych ma rozróżnienie między dyskryminacją opartą na zamiarze dyskryminacji (*intention-based*) i dyskryminacją opartą na skutku dyskryminacyjnym (*effects-based*)¹⁸. Koncepcja dyskryminacji opartej na zamiarze jest wąska, ponieważ należy zawsze wykazać państwu członkowskiemu, że przepis lub praktyka zostały wprowadzone w celu nierównego traktowania, podczas gdy koncepcja dyskryminacji oparta na skutku jest szeroka, ponieważ uwzględnia jedynie konsekwencje faktyczne pewnych przepisów lub praktyk, które nie zostały wprowadzone z zamiarem nierównego traktowania. Zaletą koncepcji dyskryminacji opartej na skutku, a nie na zamiarze, jest to, że poszerza zakres swobód wspólnotowych, czego dowodzi szeroka formuła Dassonville, a także to, że ETS nie wikła się w polityczny spór co do istnienia lub niestwierdzenia protekcjonizmu państwowego. Należy podkreślić, że również pojęcie niedozwolonych ograniczeń jest interpretowane w ten sam sposób, a mianowicie restrykcyjny charakter środka krajowego jest przesądzony nie przez

jego naturę (istotę), lecz przez jego skutki w sferze transgranicznego przemierzania się (towarów).

Istotny jest również podział dyskryminacji na finalną i kausalną¹⁹. Pod pojęciem dyskryminacji finalnej rozumie się niedozwolone zachowanie się, natomiast dyskryminacja kausalna to sprzeczny z prawem stan rzeczy. Ustalenie czy doszło do naruszenia zakazu dyskryminacji w przypadku orientacji finalnej obejmuje w zasadzie (abstrakcyjną) ocenę przepisów prawnych wyznaczających określony sposób postępowania, w przypadku zaś orientacji kausalnej – ocenę konkretnego stanu faktycznego.

W doktrynie rozróżnia się między dyskryminacją formalną, polegającą na różnym traktowaniu w wyniku zastosowania niedozwolonego środka różnicującego (chodzi tu głównie o formę środka krajowego), a dyskryminacją materialną, która pojawia się wówczas, gdy skutkiem środka krajowego jest postawienie podmiotu pochodzącego z innego państwa członkowskiego w gorszej sytuacji w porównaniu z podmiotem krajowym (nierówne traktowanie jako skutek środka krajowego)²⁰. W typowym przypadku dyskryminacji materialnej środki krajowe tworzą przeszkody dla interesów zagranicznych poprzez stosowanie kryteriów różnicujących, które nie mogą być obiektywnie usprawiedliwione. Szczególnym przypadkiem tej dyskryminacji jest sytuacja, w której trudności te są rezultatem rozbieżności w krajowych systemach prawnych.

Innym szczególnym przypadkiem dyskryminacji jest „dyskryminacja odwrotna”, zwana także dyskryminacją podmiotów krajowych. Nie jest to wprawdzie forma dyskryminacji zakazanej przez TWE, ale ma ona istotne znaczenie dla stosowania przepisów traktatowych o swobodach wspólnotowych. Dyskryminacja odwrotna polega – najogólniej rzecz biorąc – na tym, że obywatele państwa członkowskiego są – w zakresie jurysdykcji tego państwa członkowskiego – gorzej traktowani niż obywatele innych państw członkowskich lub obywatele posiadający obywatelstwo państwa pochodzenia w przypadkach tzw. powrotów. Gorsze traktowanie podmiotów krajowych i lepsze traktowanie podmiotów zagranicznych jest skutkiem ograniczonego zastosowania przepisów traktatowych (granicz kompetencji WE), które mają – w zakresie swobód – zastosowanie do sytuacji transgranicznych, natomiast nie mają zastosowania do sytuacji czysto wewnątrznych. Jeżeli zatem obywatel danego państwa członkowskiego nie wykonywał w jakikolwiek sposób swobody traktatowej, to nie może w sporze z państwem, którego jest obywatelem, powołać się na przepisy traktatowe. Dyskryminacja odwrotna ma miejsce tylko wówczas, gdy państwo członkowskie utrzymuje przepisy dotyczące sytuacji czysto wewnątrznej, które nie zostały dostosowane do przepisów wspólnotowych. Inaczej, dyskryminacja odwrotna jest skutkiem rozbieżności między prawem wspólnotowym a prawem krajowym, które nie mogą być usunięte przy zastosowaniu wspólnotowych reguł kolizyjnych (zasada pierwszeństwa). W konsekwencji należy przyjąć, że skoro prawo wspólnotowe nie zakazuje odwrotnej dyskryminacji, to jej usunięcie należy wyłącznie do kompetencji państwa.

¹⁸ Ch. Hilson, *Discrimination in Community free movement Law*, ELRev. 1999, nr 24, s. 447 i n.

¹⁹ S. Pötscher, *Der Begriff der Diskriminierung ...*, s. 52.
²⁰ *Ibidem*, s. 72 i n.

tencji państwa członkowskiego, a zarzut odwrotnej dyskryminacji może być oceniany wyłącznie na podstawie prawa wewnętrznego danego państwa. Wprowadzenie instytucji obywatelstwa Unii nie prowadzi do uznania dyskryminacji odwrotnej za zakazaną przez prawo wspólnotowe formę dyskryminacji ze względu na obywatelstwo (por. np. sprawy połączone C-64-5/96 Uecker i Jacquet). Zakres dozwolonej przez prawo wspólnotowe dyskryminacji odwrotnej zmniejsza się jednak wprost proporcjonalnie do zmniejszania się znaczenia elementu transgranicznego i zwiększania się zakresu harmonizacji prawa oraz wzrostu znaczenia wykładni prawa wspólnotowego zgodnie z prawem wspólnotowym i zasady efektywności prawa wspólnotowego.

W doktrynie i orzecznictwie ETS używa się pojęć, które są niekiedy utożsamiane lub traktowane jako zbliżone do dyskryminacji bezpośredniej i dyskryminacji pośredniej, a mianowicie odpowiednio „środki stosowane ze zróżnicowaniem” i „środki stosowane bez zróżnicowania”. Pod pojęciem środka stosowanego ze zróżnicowaniem należy rozumieć środki krajowe, które *de iure* i *de facto* traktują towary importowane w gorszy (mniej korzystny) sposób niż towary krajowe; inaczej, środki te pod względem prawnym i faktycznym nakładają różne ciężary na towary importowane i towary krajowe. Z kolei środki stosowane bez zróżnicowania są to przepisy lub praktyka państwa członkowskiego, które *de iure* dotyczy zarówno warunków importowanych jak i towarów krajowych, ale *de facto* obciążają w większym stopniu towary importowane. Z pewnym uproszczeniem można przyjąć, że w zakresie swobód „personalnych” ETS posługuje się pojęciem dyskryminacji, natomiast w zakresie swobód „produktowych”, zwłaszcza zaś swobody przepływu towarów, używa pojęcia środki. Wydaje się jednak, że brak jest podstaw do ułożenia tych pojęć, ponieważ o ile środki stosowane ze zróżnicowaniem adresatów na krajowych i niekrajowych są z reguły dyskryminujące bezpośrednio, ponieważ stosują niedozwolone kryterium różnicujące, jakim jest obywatelstwo lub pochodzenie/przeznaczenie towarów, o tyle środki krajowe stosowane bez różnicy mogą ale nie muszą być dyskryminujące. Ponadto pojęcie środek dyskryminujący zawiera pewien element pejoratywny, ponieważ osoba dotknięta środkiem dyskryminującym uznaje gorszego traktowania, podczas gdy pojęcie środek ma charakter pod tym względem neutralny, przynajmniej gdy chodzi o jego (prawną) formę i treść.

1.5.4.3. Zakaz podwójnego standardu (obciążenia)

Punktem wyjścia dla koncepcji swobód wspólnotowych jako zakazu podwójnego standardu (obciążenia) jest sprawa *Cassis de Dijon* (patrz. roz. 2 pkt 2.5.2), w którym ETS ocenił przepisy państwa przeznaczenia towaru mające zastosowanie do towarów krajowych i towarów importowanych oraz skutki odmienności w uregulowaniach prawnych państwa przeznaczenia i państwa pochodzenia dotyczących przemieszczającego się między tymi państwami towaru (importowanego). Różnice w treści tych przepisów spowodowały, że towar legalnie wyprodukowany i dopuszczony do obrotu w państwie pochodzenia nie został dopuszczony do obrotu w państwie przeznaczenia, ponieważ nie odpowiadał wymogom określonym w przepisach tego państwa. Przepisy państwa przyjmującego

nie miały charakteru (formalnie) dyskryminującego, lecz zastosowanie tych przepisów do towaru importowanego – ze względu na różnice w uregulowaniach prawnych różnych państw członkowskich – spowodowało przeszkody w handlu, ponieważ towar musiał spełniać wymagania prawne określone w dwóch systemach prawnych (państwa pochodzenia i państwa przeznaczenia). W przypadku zaś, gdy towary krajowe były dopuszczane do obrotu po spełnieniu wymagań określonych w jednym systemie prawnym, zaś towary importowane musiały spełniać wymagania zawarte w dwóch systemach prawnych, to mamy do czynienia z dwiema różnymi sytuacjami, które nie mogły być traktowane jednakowo, a zatem przepisy państwa przyjmującego w istocie dyskryminowały (materialnie) towary importowane. Problem różnic w systemach prawnych państw członkowskich dotyczących towarów i wyнікаjący z tych różnic problem zakazu stosowania formalnie niedyskryminujących wymagań do towarów importowanych, jako niedozwolonych ograniczeń swobody przepływu towarów został rozwiązany przez ETS poprzez sformułowanie reguły wzajemnego uznawania. Zgodnie z tą regułą (według innych ujęć – domniemaniem) towary wyprodukowane i dopuszczone do obrotu w jednym państwie członkowskim mogą być wprowadzone do obrotu w innym państwie członkowskim. Reguła (test) *Cassis de Dijon* znalazła powszechne zastosowanie w sprawach, w których stosowane środki krajowe tworzyły podwójne obciążenia dla towarów importowanych.

Reguła *Cassis de Dijon* została rozciągnięta na inne (personalne) swobody wspólnotowe dopiero w latach dziewięćdziesiątych. W odniesieniu do swobody świadczenia usług – dotychczas interpretowanej jako zakaz dyskryminacji ze względu na obywatelstwo – nową linię orzecznictwa zapoczątkowała sprawa C-76/90 *Säger*, w której ETS stwierdził, że art. 59 (obecnie 49) TWE wymaga nie tylko eliminacji wszelkich form dyskryminacji ze względu na obywatelstwo w stosunku do osoby świadczącej usługi, lecz także eliminacji jakichkolwiek ograniczeń, jeżeli nawet stosowane są bez jakiegokolwiek rozróżnienia między krajowymi usługodawcami a usługodawcami z innych państw członkowskich, które są zdolne zakażać lub w inny sposób przeszkodzić (*impede*) działalności usługodawcy osiedlonego w innym państwie członkowskim, gdzie zgodnie z prawem świadczy podobne usługi. Z brzmienia tej tezy wynika, że ETS posłużył się formułą właściwą dla zakazu podwójnego obciążenia (standardu), natomiast uwzględniając okoliczności stanu faktycznego i prawnego sprawy, można przyjąć, że chodzi tu o przypadek dyskryminacji materialnej, ponieważ system prawny państwa przyjmującego dotyczący świadczenia usługi nie miał odpowiednika w systemie prawnym państwa pochodzenia usługodawcy, a zatem świadczący usługę podlegał w tym zakresie jedynie wymaganiom jednego systemu prawnego, a mianowicie tylko państwa przyjmującego. Z kolei szeroka interpretacja swobód jako zakazu dyskryminacji i niedyskryminacyjnych ograniczeń znalazła swoje potwierdzenie w odniesieniu do swobody przedsiębiorczości w sprawie C-19/92 *Kraus*.

W sprawie tej ETS stwierdził, że przepisy art. 39 i 43 TWE sprzeciwiają się przepisom krajowym regulującym przesłanki używania tytułu akademickiego uzyskanego w innym państwie członkowskim, jeżeli przepisy te, nawet stosowane bez

dyskryminacji ze względu na obywatelstwo, są zdolne do przeszkodzenia lub uczy-nienia mniej atrakcyjnym wykonywanie przez obywateli Wspólnoty, w tym oby-wateeli państwa członkowskiego, które wydało te przepisy, fundamentalnych swo-bód gwarantowanych przez TWE.

Teoria podwójnego standardu ma ograniczony zakres zastosowania, ponieważ dotyczy sytuacji, w której importowany towar lub przemieszczająca się osoba, muszą spełnić wymagania państwa przyjmującego, mimo że spełnili już wyma-gania państwa pochodzenia, przy czym dotyczy to zarówno sytuacji, w której oba systemy prawne przewidują podobne wymagania, jak i w sytuacji, w której te wymagania są zróżnicowane. Teoria podwójnego standardu pokrywa się (w pew-nym zakresie) z teorią dyskryminacji, ponieważ ponownie obciążenie przemiesz-czającego się towaru, osoby lub usługi, obowiązkiem stanowi niewątpliwie prze-jaw materialnej dyskryminacji. Z drugiej jednak strony teoria ta służy wyjaśnie-niu prawnego znaczenia sytuacji, które nie są porównywalne, a zatem nie można do nich zastosować ujęcia wynikającego z teorii dyskryminacji. Jednak zastoso-wanie teorii podwójnego obciążenia do swobody przemieszczania się pracow-ników i swobody przedsiębiorczości budzi wątpliwości. Sytuacja migrującego pra-cownika i przedsiębiorcy jest inna, niż sytuacja usługodawcy, ponieważ osoby te zwykle osiedlają się w państwie przyjmującym, a więc z reguły przestają podlegać przepisom państwa pochodzenia. W konsekwencji teoria podwójnego obciąże-nia może nie mieć tu zastosowania, ponieważ pracownik i przedsiębiorca pod-legają tylko jednemu systemowi prawnemu, a mianowicie systemowi państwa przyjmującego. W sprawie C-55/94 Gebhard ETS przyjął, że „swoboda prze-mieszczania się obejmuje każdy przepis (*rule*) utrudniający lub czyniący mniej atrakcyjnym wykonywanie fundamentalnych swobód gwarantowanych przez TWE”. Przeszkoda, o której mowa w tym wyroku, nie jest skutkiem różnic w sys-temach prawnych państw członkowskich, a zatem nie można jej ocenić w per-spektywie teorii podwójnego standardu, lecz jedynie istnienia przepisów statuują-cych określone wymagania. Wyrok ten jest trafnie oceniany jako znacznie posze-rzający – ze względu na powyższą niejasną, a zarazem pojemną formułę – zakres przepisów o swobodnym przemieszczaniu oraz jako odejście od instrumentalne-go traktowania swobód wspólnotowych jako środków do osiągnięcia celów wspólnego rynku²¹.

1.5.4.4. Zakaz przeszkód (ograniczeń) w dostępie do rynku

Niektóre z niedozwolonych ograniczeń niedyskryminacyjnych nie wynikają z różnic w regulacjach państw członkowskich, ale jedynie z przepisów państwa pochodzenia.

W sprawie C-384/93 Alpine ETS uznał, że przepisy holenderskie zakazujące „cold-calling” odnoszące się do klientów niezależnie od ich miejsca zamieszkania, a za-

tem także w innych państwach członkowskich, tworzą przeszkodę we wspólnoto-wym świadczeniu usług, ponieważ bezpośrednio dotyczą dostępu do rynku usług w innym państwie członkowskim. Alpine – firma mająca siedzibę w Holandii – nie mogła ze względu na zakaz holenderski świadczyć usług finansowych na tery-torium innego państwa członkowskiego, mimo że przepisy tego innego państwa nie zakazywały świadczenia takich usług. Z kolei w sprawie C-405/98 Gourmet ETS stwierdził, że przepisy szwedzkie wprowadzające całkowity zakaz reklamy alko-holu ograniczają prawo przedsiębiorstw prasowych mających siedzibę na teryto-rium tego państwa do oferowania na łamach swoich publikacji miejsca na rekla-mę potencjalnych klientów osiedlonych w innych państwach członkowskich.

W sprawach tych (Alpine, Gourmet) przepisy państwa pochodzenia utrudnia-ły lub uniemożliwiały osobom mającym zamieszkanie na terytorium tego pań-stwa wykonywanie swobód wspólnotowych na terytorium innych państw człon-kowskich (dostęp do rynku innego państwa członkowskiego) i na terytorium państwa pochodzenia (prawo do prowadzenia działalności gospodarczej). Nie można do nich zastosować teorii podwójnego standardu, ponieważ chodziło o nich wyłącznie o przepisy państwa pochodzenia; przepisy innych państw członkowskich nie były relewantne. Pomocna może być w tych sytuacjach teo-ria dostępu do rynku.

Teoria dostępu do rynku, która według niektórych ujęć ma charakter total-ny w tym sensie, że dotyczy w równym stopniu wszystkich swobód (w odniesie-niu do swobody przepływu towarów – sprawy połączone C-267 i 268/91 Keck; swobody przemieszczania się pracowników – sprawa Bosman; swobody świadcze-nia usług – sprawa Alpine) oraz obejmuje zarówno środki dyskryminujące (for-malnie), jak i środki niedyskryminujące, stara się odpowiedzieć m.in. na pyta-nie, czy środki krajowe mają takie właściwości, że uniemożliwiają lub utrudniają dostęp do rynku innego państwa członkowskiego. W tym szerokim kontekście ETS również przepisy państwa pochodzenia, co nie zdarza się często, jak i prze-pisy państwa pochodzenia, które wymagają odpowiednich kwalifikacji zawodo-wych, znajomości języka czy zezwolenia albo posiadania obywatelstwa. Niewąt-pliwą zaletą tej teorii jest to, że abstrahuje od wysoce spornych dysjunkcji poję-ć „wewnętrznych”, a mianowicie środków dyskryminujących i środków niedyskryminują-cych, środków stosowanych bez zróżnicowania i środków stosowanych ze zróż-nikowaniem, pewnych sposobów sprzedaży (Keck), podwójnego standardu itd., które są ponadto dosyć dowolnie używane przez ETS. Ponadto, teoria ta jest bar-żziej spójna z nakazem urzeczywistnienia rynku wspólnego, niż klasyczna teo-ria dyskryminacji lub zakaz podwójnego obciążenia. Teoria ta napotyka jednak na różnego rodzaju zastrzeżenia, w tym takie, że odchodzi od relewantności ka-tegorii prawnych w kierunku ekonomicznej analizy dostępu do rynku, oraz że bagatelizuje znaczenie podziału na środki uniemożliwiające dostęp do zatrudnie-nia i środki dotyczące wykonywania zawodu (Bosman), szerzej, między środka-mi krajowymi, które dotyczą dostępu do rynku państwa członkowskiego a środ-kami krajowymi, które regulują warunki wykonywania wolności wspólnotowej na rynku tego państwa. W związku z tym należy podnieść, że z punktu widze-

²¹ E. Spaventa, *op.cit.*, s. 750.

nia podmiotu migrującego zarówno przepisy państwa przyjmującego regulujące mu warunki zatrudnienia, świadczenia usług i zakładania przedsiębiorstw, jak i przepisy regulujące dostęp do rynku tego państwa, mają istotne znaczenie dla podjęcia decyzji o migracji; rozróżnienie to ma zatem charakter ambivalentny, a ponadto ETS nie przywiązuje do niego większego znaczenia (Kraus).

Węższe ujęcie dostępu do rynku zaproponował rzecznik generalny Fennelly w sprawie C-190/98 Graf, a mianowicie jako (jedynie) formalne ograniczenia, którymi są przewidziane przez prawo warunki, których niespełnienie skutkuje bezwzględny zakazem podjęcia określonej działalności. Pewną odmianą tego ujęcia jest koncepcja, według której niedozwolone są krajowe środki, które bezpośrednio dotyczą dostępu do rynku.

Teoria dostępu do rynku rozumiana szeroko jako zakaz stosowania ograniczeń w dostępie do rynku innego państwa członkowskiego, w sensie materialnym i formalnym – może stanowić podstawę – podobnie jak reguła Dassonville w odniesieniu do swobody przepływu towarów – do kwestionowania prawie każdego środka krajowego regulującego wykonywanie aktywności gospodarczej.

Sprawy Gebhard i Gourmet nie mogą być dostatecznie wyjaśnione teorią dostępu do rynku innego państwa członkowskiego, ponieważ w sprawach tych element transgraniczny nie ma znaczenia, a kwestionowane w tych sprawach przepisy regulują wykonywanie określonej działalności. Swoboda przemieszczania się osób nie jest jedynie zwykłym prawem do przemieszczenia się na terytorium Wspólnoty, lecz prawem podejmowania określonej działalności na terytorium innego państwa członkowskiego lub na terytorium państwa pochodzenia (sprawa Gourmet). Prawo to obejmuje również sytuację, w których nie ma przeszkód do przemieszczania się oraz sytuacji, w których wymiar społeczno-gospodarczy jest minimalny lub w ogóle nie występuje. Zgodnie z tą koncepcją swobody wspólnotowe (personalne) gwarantują obywatelom Unii prawo do wykonywania aktywności gospodarczej wolnej od nieproporcjonalnych środków²².

1.5.4.5. Zakaz dyskryminacji a zakaz ograniczeń

Wąskie ujęcie treści swobod wspólnotowych jako zakazu dyskryminacji lub szeroko jako zakazu dyskryminacji łącznie z zakazem ograniczeń ma niewątpliwie znaczenie dla zakresu oceny środków krajowych. Niezależnie od tego, że wzajemne relacje między zakazem dyskryminacji a zakazem wszelkich ograniczeń są złożone, a ponadto zarówno dyskryminacja jak i ograniczenia podlegają dalszej wewnętrznej dyferencjacji, co dodatkowo komplikuje te relacje, jest oczywiste, że przyjęcie szerokiej lub wąskiej koncepcji treści swobod wspólnotowych ma bezpośredni wpływ na zakres i przedmiot oceny środków krajowych jako zgodnych lub niezgodnych z prawem wspólnotowym. Wąska, klasyczna koncepcja swobod wspólnotowych jako zakazujących dyskryminacyjnego traktowania opartego na obywatelstwie lub pochodzeniu/przeznaczeniu towarów oznacza, że przedmiotem

oceny będzie – w dużym uproszczeniu – to, czy środek krajowy stosuje niedozwolone kryterium różnicujące, albo czy środek krajowy powoduje nierówne traktowanie sytuacji porównywalnych lub równe traktowanie sytuacji nieporównywalnych. Zakres tej oceny może być węższy lub szerszy w zależności od tego, czy przyjmie się szeroką (dyskryminacja bezpośrednia i pośrednia) lub wąską (dyskryminacja bezpośrednia) koncepcję dyskryminacji.

Z punktu widzenia przepisów TWE treścią swobod „personalnych” jest zakaz dyskryminacji ze względu na obywatelstwo, natomiast treścią swobod „produktowych” – zakaz stosowania ograniczeń. We wcześniejszym orzecznictwie ETS nie przywiązywano do tego rozróżnienia większego znaczenia i traktowano „produktowe” swobody wspólnotowe względnie jednolicie jako zakaz dyskryminacji (np. sprawa 7/61 Komisja przeciwko Włochom). Formuła Dassonville, oceniana jako zasadniczy zwrot od dyskryminacyjnego ujęcia swobody przepływu towarów w kierunku zakazu wszelkich ograniczeń, spowodowała, że zastosowanie przepisów o tej swobodzie niekoniecznie wymagało przeprowadzenia testu na dyskryminację (protekcjonizm) towarów importowanych. Z kolei formuła Cassis de Dijon może być interpretowana w ten sposób, że zakaz dyskryminacji rozciąga się wyłącznie na środki stosowane ze zróżnicowaniem towarów na importowane i towary krajowe, natomiast zakaz stosowania ograniczeń dotyczy wyłącznie środków stosowanych bez zróżnicowania; w tym sensie formuła ta wyraża dualizm zakazanych środków – środki dyskryminacyjne i środki ograniczające, co odpowiada podziałowi na środki stosowane ze zróżnicowaniem i środki stosowane bez zróżnicowania. W sprawie Keck wyłączono z zakresu stosowania art. 28 TWE środki krajowe ograniczające lub zakazujące pewnych sposobów sprzedaży, ponieważ środki te ze swej istoty nie uniemożliwiają towarom importowanym dostępu do rynku innego państwa członkowskiego ani nie utrudniają bardziej tego dostępu niż towarom krajowym. Istotne z punktu widzenia relacji między zakazem ograniczeń a zakazem dyskryminacji jest wyznaczenie zawarte w formule Keck, że środki krajowe określające pewne sposoby sprzedaży muszą dotyczyć w jednakowym stopniu, zarówno pod względem faktycznym jak i prawnym, dopuszczenia do obrotu towarów krajowych i towarów importowanych. Wymaganie to może być interpretowane jako szeroko ujęty zakaz dyskryminacji bezpośredniej i pośredniej w odniesieniu do tego rodzaju środków krajowych. Dyskryminujące środki krajowe określające sposoby sprzedaży naruszają przepis art. 28 TWE (sprawy połączone C-34-36/95 De Agostini, sprawa C-254/98 Heimdienst); są podobne do stosowanych bez zróżnicowania środków krajowych mających skutek równoważny ograniczeniom ilościowym w tym sensie, że pod względem prawnym nakładają na towary importowane i towary krajowe te same ciężary, które są jednak różne pod względem faktycznym. Zagadnienie jest bardziej złożone, gdy środki dotyczące sprzedaży towarów nie mają charakteru dyskryminacyjnego, lecz uniemożliwiają lub utrudniają dostęp do rynku (sprawy połączone C-69/93 i C-258/93 Punto Casa i sprawy połączone C-401/92 i C-402/92 Boermans)²³.

²² *Ibidem*, s. 772.

²³ Por. G. Davies, *Can selling arrangements be harmonised*, 2005 El Rev 30/370.

Klasyczne ujęcie treści swobód „personalnych” upatruje ich istoty w zakazie dyskryminacji ze względu na obywatelstwo, przy czym we wcześniejszym orzecnictwie dominuje wąskie ujęcie dyskryminacji jako nakazu traktowania narodowego (np. sprawa 2/74 Reyners). Szersze ujęcie dyskryminacji jako także dyskryminacji ukrytej przyjmuje ETS w sprawie 152/73 Sotgiu. W nowszym orzecnictwie ETS zakresem ochrony obejmuje się także środki stosowane bez różnicowania, które nie mają charakteru (jawnie, formalnie) dyskryminującego, ale ograniczają lub uniemożliwiają dostęp do rynku innego państwa członkowskiego.

Generalnie, można podzielić środki krajowe na środki dyskryminujące i środki niedyskryminujące, co w przybliżeniu odpowiada podziałowi środków krajowych na środki stosowane bez różnicowania i środki stosowane ze zróźnicowaniem. Podział ten ma doniosłe znaczenie również z punktu widzenia ewentualnego usprawiedliwienia tych krajowych środków, ponieważ środki dyskryminujące mogą być usprawiedliwione wyłącznie na podstawie klauzuli wyrażnie określonych w przepisach traktatowych, podczas gdy środki niedyskryminujące także na podstawie klauzuli orzecznicych, aczkolwiek orzecznictwo ETS nie jest w tym zakresie konsekwentne (np. sprawa C-118/96 Saffir). Dalszy wewnętrzny podział tych środków nie jest już relewantny natomiast prawie, np. podział środków niedyskryminujących na środki wprowadzające podwójny standard i środki ograniczające dostęp do rynku, aczkolwiek pozwala wyjaśnić istotę swobód wspólnotowych, a zwłaszcza fenomen stałego poszerzania się zakresu ich treści. Rozróżnienie między dyskryminacją faktyczną (materiałną, ukrytą) a środkami stosowanymi bez różnicowania jest sporne podobnie jak wysoce sporne jest rozróżnienie między zakazem dyskryminacji a zakazem wszelkich ograniczeń. Należy jednak przyjąć (w odniesieniu do wszystkich swobód), że oba kryteria (zakaz dyskryminacji i zakaz ograniczeń) są uwzględniane w ocenie zgodności środków krajowych z prawem wspólnotowym, co prowadzi do wniosku, że zakaz dyskryminacji nie jest prawie irrelwantny w tym sensie, że zastępuje go zakaz stosowania wszelkich ograniczeń lub odwrotnie. Oba zakazy są prawie doniosłe i wzajemnie się uzupełniają. Odnotować wszakże wypada stanowisko Jarassa²⁴, który wyróżnia następujące formy niedozwolonych ograniczeń (*restrictions, Beschränkungen*):

- dyskryminacja ujęta jako nierówne traktowanie oparte na określonych kryteriach (obywatelstwo, pochodzenie/przenaczenie towarów); równoznaczne z dyskryminacją ze względu na obywatelstwo jest nierówne traktowanie oparte na kryterium miejsca zamieszkania (ukryta dyskryminacja);
- faktyczne lub przedmiotowe niekorzyści (gorsza sytuacja) ujęte jako spowodowane przez regulacje prawne przeszkody w dostępie do wspólnego rynku, które nie są oparte na kryterium pochodzenia, obywatelstwa lub zamieszkania, ale ze względu na różne prawne wymagania w różnych państwach członkowskich;

— przeszkody w działaności przekraczającej granice, które uniemożliwiają dostęp do rynku innego państwa członkowskiego; tego rodzaju ograniczenia są zakazane nawet wtedy, gdy nie prowadzą bezpośrednio do faktycznej gorszej sytuacji (niekorzyści).

Podział ten uwzględnia maksymę, zgodnie z którą każda dyskryminacja jest ograniczeniem, natomiast nie każde ograniczenie jest dyskryminacją.

Rzecznik generalny Jacobs w sprawie C-136/00 Danner wypowiedział się przeciwko podziałowi środków krajowych na dyskryminacyjne i niedyskryminacyjne.

1.5.5 Wyjątki (ograniczenia i wyłączenia)

1.5.5.1. Zagadnienia wstępne

Terminologia w tym zakresie jest niejednołita i używana niekonsekwentnie. W literaturze polskiej niekiedy używa się zamiennie terminu „ograniczenia” lub „wyłączenia” swobód albo „wyjątki” od swobód, co jest o tyle nieścisłe, że np. w odniesieniu do swobody przemieszczania się pracowników rozróżnienie między ograniczeniem a wyłączeniem swobody ma inny zakres znaczeniowy. Z punktu widzenia celów i funkcji tej instytucji prawnej należy przyjąć, że chodzi tu o wyjątki od swobód traktatowych.

Wyjątki od swobód traktatowych dzielą się na dwie grupy:

- przewidziane *expressis verbis* w przepisach TWE (*EC Treaty exceptions*);
- określone w orzeczeniach ETS.

Rozróżnienie to jest doniosłe, ponieważ pierwsze z wymienionych wyjątków mają zastosowanie do wszystkich rodzajów środków krajowych (dyskryminujące i niedyskryminujące) państw członkowskich, natomiast wyjątki „orzecznicze” do środków stosowanych bez zróźnicowania (niedyskryminujących), aczkolwiek ETS bagatelizuje znaczenie tego rozróżnienia.

Wyjątki przewidziane w TWE dzielą się na wyłączenia i ograniczenia. Wyłączenia to przepisy traktatowe, które wyłączają, pewne abstrakcyjnie określone stany faktyczne z zakresu swobód wspólnotowych. Ograniczenia swobód traktatowych nie mają charakteru abstrakcyjnego, ale jedynie umożliwiają rozważenie sprzecznych interesów w konkretnym przypadku i uznanie za zgodne z prawem środków krajowych, które zawierają niedozwolone ograniczenia lub mają charakter dyskryminacyjny. Ze względu na tę cechę przepisy TWE przewidujące ograniczenia swobód traktatowych są określane jako usprawiedliwiające ograniczenia. Wyjątki przewidziane w orzecznictwie, tzw. imperatywne wymagania, nie mają cech wyłączeń, ale stanowią ograniczenia swobód wspólnotowych

²⁴ D.H. Jarass, *Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten*, Europarecht 1995, nr 3, s. 211 i n.

1.5.5.1.1. Wyjątki traktatowe

Tendencje konwergencyjne objęły swym zakresem wyjątki od swobód traktatowych. Wprawdzie przepisy TWE różnią się w sformułowaniach dotyczących zakresu i przesłanek stosowania wyjątków od swobód traktatowych (por. np. brzmienie art. 30 i art. 46 TWE), to jednak orzecznictwo ETS wyraża się marginalizować znaczenie wykładni tekstualnej i nadaje tym wyjątkom względnie jednorodny charakter. Dowodzi tego budowanie jednolitego standardu dla wyjątków od swobody przepływu towarów i swobody świadczenia usług. Uzasadnieniem dla tego standardu jest wspólny cel wyjątków, a mianowicie umożliwienie państw członkowskim odstępstw od swobód traktatowych dla zapewnienia ochrony pewnych interesów, a tym samym ważenia między potrzebami rynku wspólnego a innymi interesami.

Z brzmienia przepisu art. 30 TWE przewidującego wyjątki od swobody przepływu towarów wynika, że środki krajowe muszą być usprawiedliwione. Oznacza to m.in., że gdy WE podejmie stosowne środki w danym obszarze w celu ochrony określonych interesów, wówczas działania państw członkowskich w tym obszarze nie mogą być uznane za usprawiedliwione w rozumieniu tego przepisu, a zatem przepis art. 30 TWE nie zastrzega regulowania pewnych spraw do wyjątkowej właściwości państw członkowskich (sprawa 5/77 Carlo Tedeschi). Przepis art. 46 TWE nie zawiera podobnego wymagania, aby środek krajowy był usprawiedliwiony. Nie może to jednak prowadzić do wniosku, że do wyjątkowej właściwości państwa członkowskiego należy przyjmowanie środków w zakresie swobody świadczenia usług ze względu na porządek publiczny, bezpieczeństwo publiczne i zdrowie publiczne. Trafnie podkreśla się w literaturze, że nie ma wyłączenia podziału do odmiennego traktowania wyjątków od swobody przepływu towarów i wyjątków od swobody świadczenia usług. Podobnie, w orzecznictwie ETS nie przywiązuje się wagi do różnic w brzmieniu tych przepisów. Na przykład w sprawie Kohll (C-158/96) dotyczącej świadczenia usług zdrowotnych, ETS stwierdził, że istnienie regulacji wspólnotowej może uniemożliwiać państwu członkowskiemu powołanie się na klauzulę zdrowia publicznego, ponieważ stosowna dyrektywa gwarantuje odpowiednią ochronę pacjentów we wszystkich państwach członkowskich.

Kolejna różnica w brzmieniu powyższych przepisów polega na tym, że przepis art. 46 TWE umożliwia usprawiedliwienie środków krajowych rozumianych jako przepisy prawa, przepisy administracyjne i praktyka, podczas gdy art. 30 TWE nie zawiera podobnego sformułowania, lecz posługuje się ogólniejszym i niesprecyzowanym pojęciem zakazów i ograniczeń. Wydaje się, że ze względu na regułę interpretacyjną, zgodnie z którą wyjątki powinny być interpretowane ścisłając oraz systemowo uzasadniony nakaz jednolitej interpretacji wyjątków od swobód traktatowych należy przyjąć, że również inne środki krajowe niż przewidziane w art. 46 TWE będą podlegać kontroli ETS wskutek objęcia zakresem analizowanego sformułowania nie tylko środków państwowych, lecz także środków podejmowanych przez podmioty niepaństwowe (w odniesieniu do swobody przemieszczania się pracowników – por. sprawa Bosman)

Wyjątki od wszystkich swobód przewidzianych w TWE są interpretowane ścisłając: lista tych wyjątków jest wyczerpująca (sprawa Bauhuis 46/76); wyjątki te nie mają zastosowania, gdy są usprawiedliwiane ze względów czysto gospodarczych (C-224/97 Ciola); inne stanowisko zajął ETS w wyrokach w sprawie Campus Oil (72/83) i Kohll (C-158/96). Traktatowe wyjątki od swobód wspólnotowych muszą być zgodne z prawami podstawowymi rozumianymi jako zasady ogólne prawa wspólnotowego (np. sprawa C-260/89 ERT).

Lista wyjątków od swobody przepływu towarów jest krótsza w porównaniu z listą wyjątków od swobody świadczenia usług. W doktrynie podkreśla się, że wyjątki od swobody świadczenia usług wiążą się bezpośrednio z wykonywaniem przez państwo członkowskie suwerenności, podczas gdy wyjątki przewidziane w art. 30 TWE mają szerszy zakres i dotyczą regulowania stosunków handlowych²⁵. Różnice te nie są jednak decydujące, ponieważ ETS w wielu orzeczeniach, np. C-120/95 Decker i Kohll dotyczących klauzuli zdrowia publicznego, w jednolity sposób interpretuje klauzulę pozwalającą na wyjątki od swobody świadczenia usług i swobody przepływu towarów.

Przepisy dotyczące innych, niż swoboda przepływu towarów, swobód traktatowych nie zawierają wymagania, że ograniczenia tych swobód nie stanowią arbitralnej dyskryminacji lub ukrytego ograniczenia handlu między państwami członkowskimi (art. 30 TWE). ETS w sprawie 62/79 Coditel trafnie jednak zastosował powyższy test do swobody świadczenia usług.

1.5.5.1.2. Wyjątki orzecznicze

Traktatowa lista wyjątków od swobód wspólnotowych jest wyczerpująca i zamknięta. Traktatowy katalog klauzuli usprawiedliwiających stosowanie krajowych środków dyskryminujących lub stanowiących niedozwolone ograniczenia jest jednak sukcesywnie uzupełniany formułowanymi przez ETS klauzulami usprawiedliwiającymi odstępstwa od swobód wspólnotowych. Pionierska jest w tym zakresie sprawa Cassis de Dijon, w której ETS uznał, że wynikające z różnic w uregulowaniach państw członkowskich przeszkody w handlu wewnątrzspółnotowym mogą być utrzymane, jeśli są niezbędne dla spełnienia koniecznych wymagań. Orzeczeniem w tej sprawie ETS wprowadził do prawa wspólnotowego instytucję „koniecznych wymagań” dla usprawiedliwienia utrzymania przeszkód w handlu towarami, przy czym katalog tych klauzuli jest otwarty. Następnie do katalogu koniecznych wymagań wynikających z formuły Cassis de Dijon dodano wymagania ochrony środowiska, polityki kulturalnej i pluralizmu mediów. Niekiedy ETS uznawał za konieczne wymagania klauzuli, które zostały wyraźnie wymienione w traktatowym katalogu ograniczeń swobody przepływu towarów, jak np. klauzula zdrowia publicznego (sprawa 104/75 De Peijper); ETS w późniejszym wyroku w sprawie C-176/90 Aragonesa uznał trafnie, że wymagania

²⁵ J. Snell, *op.cit.*, s. 175.

ochrony zdrowia w ramach swobody przepływu towarów powinny być uwzględniane wyłącznie w granicach art. 36 TWE.

Proces poszerzenia katalogu klauzul usprawiedliwiających ograniczenia swobody świadczenia usług rozpoczęło orzeczeniem ETS w sprawie 33/74 van Binsbergen, w którym użyto zwrotu „reguły usprawiedliwione ze względu na ogólne dobro” (*rules justified by the general good*). W późniejszych wyrokach ETS przyjął nazwę tej kategorii: klauzul jako „provisions which are justified by general good or by the need to ensure the protection of the public interest” (sprawy połączone 110–111/78 Van Wesemael), „overriding reasons relating to public interest” (sprawa C-288/89 Gouda), imperatywne wymaganie w interesie publicznym (sprawa Gebhard), przy czym to ostatnie określenie zostało użyte w odniesieniu do wszystkich swobód wspólnotowych, a w sprawie Alpine do swobody przepływu towarów i swobody świadczenia usług. Interesujące jest to, że:

- poszerzaniu zakresu swobód wspólnotowych towarzyszyło poszerzanie zakresu klauzul usprawiedliwiających ograniczenia tych swobód;
- w praktyce katalog klauzul usprawiedliwiających jest wspólny dla swobód wspólnotowych;
- katalog tych klauzul jest stosunkowo pokątny²⁶.

Klauzule orzecznicze zostały skonstruowane dla usprawiedliwienia środków krajowych stosowanych bez zróżnicowania, jednak ostatnio ETS rozciągnął zakres stosowania tych klauzul na krajowe środki dyskryminujące (np. sprawa C-389/96 Aher-Wagon; sprawa C-158/96 Kohl). Państwa członkowskie nie mogą powoływać się na klauzule usprawiedliwiające w obszarach objętych harmonizacją, gdy pochodne prawo wspólnotowe w sposób wystarczający chroni dobro publiczne (np. sprawa C-261/81 Cofis) lub dla usprawiedliwienia celów gospodarczych (np. sprawa C-324/93 Evans Medical; sprawa C-224/97 Ciola).

Ograniczenia swobód traktatowych mogą być usprawiedliwione ze względu na klauzule orzecznicze tylko wtedy, gdy środki krajowe są proporcjonalne²⁷. Zastosoowanie testu proporcjonalności do klauzul usprawiedliwiających ograniczenia swobód nie budzi wątpliwości, ponieważ zasada proporcjonalności jest zasadą ogólną prawa wspólnotowego. Test proporcjonalności składa się z trzech elementów (ocen czaskowych), a mianowicie czy środek krajowy ograniczający swobodę traktatową jest:

- odpowiedni;
- konieczny;
- rozsądny (proporcjonalny w ścisłym sensie).

Środek krajowy jest odpowiedni, gdy w danych warunkach gwarantuje osiągnięcie zamierzonego celu (np. sprawa C-124/97 Lärä); konieczny, gdy brak jest alternatywnych, równie efektywnych (odpowiednich) środków krajowych, któ-

re są mniej restrykcyjne lub w ogóle nie ograniczają swobód traktatowych; rozsądny (proporcjonalny), gdy zamierzony cel jest wystarczająco poważny w stosunku do naruszenia swobody wspólnotowej.

Charakter prawny klauzul orzeczniczych jest niejasny. W doktrynie wyjaśniana się ich istota prawną w kategoriach reguły rozsądku²⁸, która nie określa przedmiotowego zakresu swobód, lecz gwarantuje ochronę pewnych interesów na poziomie WE albo w kategoriach kompetencji należących do państw członkowskich albo w kategoriach zasad ogólnych prawa wspólnotowego chroniących interes ogólny w połączeniu z zapewnieniem urzeczywistnienia swobód wspólnotowych²⁹.

15.6. Konwergencja swobód wspólnotowych

Z punktu widzenia koncepcji konwergencji (zbliżania się) swobód wspólnotowych istotna jest kwestia, czy przepisy przyznające jedną ze swobód mogą być stosowane łącznie (kumulatywnie) z przepisami przyznającymi inne swobody lub powinny być stosowane jako wzajemnie się wykluczające. Stanowisko ETS nie jest w tej mierze jednolite.

W wyroku w sprawie Gebhard Trybunał stwierdził, że sytuacja obywatela Wspólnoty, który przemieszcza się do innego państwa członkowskiego w celu podjęcia działalności gospodarczej jest regulowana przepisami rozdziału TWE o swobodzie przemieszczenia się pracowników lub przepisami rozdziału o zakładaniu przedsiębiorstw lub rozdziału o usługach, które są wzajemnie wykluczające (*mutually exclusive*). Oznacza to, że do sytuacji obywatela przemieszczającego się mogą mieć zastosowanie wyłącznie przepisy określające jedną ze swobód, z wyłączeniem przepisów dotyczących innych swobód; ma to zastosowanie także do sytuacji, w której np. świadczenie usług może mieć uboczny (dodatkowy) skutek dla przepływu towarów (sprawa C-275/92 Schindler). Z kolei w wyroku w sprawie C-272/91 KE przeciwko Wlochom ETS uznał, że przepisy włoskie przyznające prawo dotrymania koncesji na komputeryzację loterii wyłącznie przedsiębiorstwom publicznym są sprzeczne z art. 43 i 49 TWE, przy czym zaniechał jakiegokolwiek rozróżnienia między swobodami zawartymi w tych przepisach. Podobnie w wyroku de Agostini C-34-36/95 ETS ocenił przepisy szwedzkie ograniczające reklamę telewizyjną innymi w inny sposób pod kątem ich zgodności z art. 28 TWE, jak i z art. 49 TWE. ETS w wyroku C-348/96 Calla wyraźnie opowiedział się za koncepcją kumulatywnego stosowania przepisów traktatu (art. 39, 43 i 59) oceniając czy przepisy greckie przewidujące karę dożywotniego wydalenia dla cudzoziemców nie naruszają swobód traktatowych.

Przez dłuższy okres utrzymywał się tradycyjny pogląd, zgodnie z którym wykładnia przepisów traktatowych określających swobody nie była jednolita w tym

²⁶ J. Snell, *op.cit.*, s. 190.

²⁷ Por. D. Miasik, *Zasada proporcjonalności w prawie wspólnotowym i jej zastosowanie przez sądy krajowe w Stosowaniu prawa Unii Europejskiej przez sądy*, A. Wróbel (red.), Kraków 2005, s. 205 i n.

²⁸ I.W. Borinley, *The Genesis of the Rule of Reason in the Free Movement of Goods*, in: *Rule of Reason*, A. Schrauwen (ed.), Groningen 2005.

²⁹ Ch. Barard, *op.cit.*, s. 108 i n., s. 140 i n.

sensie, że o ile art. 28 TWE był interpretowany jako zakazujący jakichkolwiek środków ograniczających import towarów niezależnie od tego, czy środki te były stosowane bez różnicy w odniesieniu do towarów importowanych i towarów krajowych lub tylko w odniesieniu do towarów importowanych, o tyle przepisy dotyczące przemieszczania się osób (swoboda przemieszczania się pracowników, swoboda zakładania przedsiębiorstw, swoboda świadczenia usług), były interpretowane jako szczególny przejaw ogólnej zasady niedyskryminacji ze względu na obywatelstwo (art. 12 TWE). Swobody „personalne”, tzn. swobody gwarantujące ce przemieszczanie się osób (pracowników, osób zakładających przedsiębiorstwa, osób świadczących usługi) podlegały zatem względnie spójnej wykładni z uwagi na tę ujednoczającą funkcję zakazu dyskryminacji ze względu na obywatelstwo. Na pewnym etapie rozwoju prawa wspólnotowego granice między swobodami personalnymi a swobodą przepływu towarów były stosunkowo trwałe i jasne, co uniemożliwiało poddanie wszystkich czterech swobód jednolitej wykładni.

Konwergencja swobód wspólnotowych dokonuje się stopniowo i niejako dwuetapowo, a mianowicie najpierw wewnątrz swobód personalnych (swoboda przemieszczania się pracowników, swoboda przedsiębiorczości, swoboda świadczenia usług), a następnie konwergencja zintegrowanych swobód personalnych ze swobodą przepływu towarów, przy czym ta ostatnia swoboda jest teoretycznie najbliższa swobodzie świadczenia usług w jej aspekcie produktowym, a mianowicie tam, gdzie element transgraniczny dotyczy samej usługi, a nie osoby usługodawcy lub usługobiorcy.

Konwergencja swobód wspólnotowych jest procesem i zarazem rezultatem złożonych procesów polityczno-prawnych, w których najistotniejsze znaczenie ma aktywne orzecznictwo ETS, które cechuje względnie jednolite (globalne, uniwersalne) podejście do wszystkich swobód wspólnotowych. Z pewnym uproszczeniem można przyjąć, że tendencje te dotyczą wszystkich elementów strukturalnych swobód wspólnotowych, a mianowicie zakresu przedmiotowego i podmiotowego swobód, ich treści oraz wyjątków.

Odnosnie do zakresu przedmiotowego tendencje konwergencyjne wspiera marginalizowanie elementu transgranicznego i gospodarczego charakteru czynności podlegających ochronie, co dotyczy w porównywalnym stopniu wszystkich swobód traktatowych, które w ten sposób tracą stopniowo cechę swobód równościowych o gospodarczym charakterze, nabierając równocześnie powoli cech typowych dla swobód wolnościowych o bardziej politycznym charakterze. Z kolei zakres podmiotowy swobód stale poszerza się w wyniku liberalnej i rozszerzającej wykładni tych przepisów oraz uznanie, że przepisy traktatowe mogą wywoływać skutek bezpośredni także w układzie horyzontalnym, co jest równoznaczne z uznanieniem, że adresatem obowiązków wynikających z tych przepisów są także podmioty niepaństwowe.

Najbardziej złożony jest proces konwergencji swobód traktatowych w aspekcie ich treści. Z jednej strony można z pewnym uproszczeniem przyjąć, że istota każdej ze swobód wspólnotowych była i jest wyjaśniana z uwzględnieniem teorii dyskryminacji, która w tym sensie przyznaje się do jednolitego ujęcia treści

tych swobód, z drugiej zaś strony jest również oczywiste, że treść swobód nie może być ostatecznie sprecyzowana jedynie na podstawie tej teorii, co prowadzi do ujęcia swobód wspólnotowych jako zakazu wszelkich, a nie tylko dyskryminujących, ograniczeń, a ostatnio także jako zakazu środków utrudniających lub uniemożliwiających dostęp do rynku.

Konwergencji swobód wspólnotowych sprzyja – jak wspomniano – marginalizacja elementu transgranicznego. W odniesieniu do swobody świadczenia usług element transgraniczny jest zawarty już w brzmieniu przepisu art. 49 TWE, który przewiduje dwie przesłanki jego zastosowania:

— usługodawca i usługobiorca znajdują się w różnych państwach członkowskich;

— przepisy krajowe utrudniają usługodawcy właściwy kontakt z usługobiorcą. Podobnie w przypadku pozostałych swobód traktatowych, dla których transgraniczność jest nie tylko przesłanką faktyczną zastosowania przepisów traktatowych o swobodach (utrwalone rzeczniczo), lecz także determinuje treść tych swobód. Element transgraniczny należy do istoty swobód wspólnotowych, które oparte są na założeniu porównywania systemów prawnych różnych państw członkowskich przez podmiot przemieszczający się i związanym z tym zakazem dyskryminacyjnego traktowania ze względu na obywatelstwo lub stosowania jakichkolwiek ograniczeń.

Liberalna interpretacja tego wymagania doprowadziła – w sferze swobody świadczenia usług – do następujących rezultatów:

— usługobiorca nie musi być skonkretyzowany, wystarczy że jest możliwe jego skonkretyzowanie (sprawa Alpine Investments);

— usługobiorca nie musi być obywatelem państwa członkowskiego (sprawa C-484/93 Svensson);

— usługa odbywa się od usługodawcy (sprawa C-381/93 KE przeciwko Francji).

W tym ostatnim wyroku ETS stwierdził, że z perspektywy jednolitego rynku i zapewnienia realizacji jego celów, swoboda świadczenia usług wyklucza stosowanie jakichkolwiek przepisów krajowych, których efektem jest utrudnienie świadczenia usług między państwami członkowskimi w porównaniu ze świadczeniem usług w jednym państwie członkowskim. ETS stosując wykładnię celowościową znacznie poszerza zakres stosowania tego przepisu (art. 49 TWE), ponieważ ignoruje zawarty w nim element personalny (usługodawca i usługobiorca), a kładzie nacisk na element przedmiotowy (usługę) przez co zbliża swobodę świadczenia usług do swobody przepływu towarów.

W kolejnych wyrokach (Jessica Safi i Kohl C-158/96) ETS wyraźnie abstrahuje od elementu personalnego swobód w tym sensie, że nie identyfikuje ograniczeń w odniesieniu do usługodawców i usługobiorców, lecz koncentruje swą uwagę na ograniczeniach świadczenia samej usługi. Usługi są tu postrzegane raczej jako „przedmiotowa rzeczywistość gospodarza”, która wymaga usprawnienia, niż jako aktywność gospodarza osoby fizycznej lub prawnej, która powinna być chroniona przed dyskryminacją i ograniczeniami. Znamienne jest to, że w wyroku w spra-

wie Kohl ETS stwierdził, że swoboda świadczenia usług jest wspierana przez podstawową zasadę swobody przemierzania się. Z pewnym uproszczeniem można stwierdzić, że w tych wyrokach ETS traktuje swobodę z art. 49 TWE jako swobodę przepływu usług, czyli w sensie przedmiotowym, podczas gdy z przepisu tego wynika raczej, że chodzi o swobodę świadczenia usług, czyli o swobodę w sensie podmiotowym (swobodę świadczenia usługi przez usługodawcę).

ETS stosuje przepisy TWE o usługach do sytuacji, które są czysto wewnętrznymi (*internal to one single Member State*), jednak mogą „wirtualnie lub marginalnie” oddziaływać na handel między państwami członkowskimi.

W wyroku w sprawie SETTG C-398/95 ETS stwierdził, że przepis art. 28 TWE nie może być uznany za niestosowny wyłącznie z tego powodu, że wszystkie okoliczności faktyczne sprawy rozpoznawanej przez sąd krajowy są ograniczone do jednego państwa członkowskiego. W tej sprawie ETS zastosował przepisy TWE tylko dlatego, że w pewnych okolicznościach i pod pewnymi warunkami przepisy prawa greckiego mogły w pewien sposób oddziaływać na handel między państwami członkowskimi. Z kolei w sprawie Angonese element transgraniczny jest trudno identyfikowalny. Skarżący Angonese z Pohudniowego Tyrolu kwestionuje praktykę zatrudniania stosowaną przez miejscowy bank, który wymaga od kandydatów zaświadczenia o znajomości dwóch języków obcych (*patentino*), o które można się ubiegać wielokrotnie w danym roku. Angonese, który po studiach (niezwiązanych z bankowością) w Austrii powrócił do Tyrolu Pohudniowego, nie przedłożył w terminie stosownego zaświadczenia, a konsekwencji nie mógł uczestniczyć w postępowaniu kwalifikacyjnym prowadzonym przez bank.

Istotne jest również i to, że pojęcie „element transgraniczny” jest stopniowo zastępowane w orzecznictwie ETS wyrażeniem „element wspólnotowy”, które ma charakter neutralny i niekoniecznie oznacza, że nastąpiło transgraniczne przemieszczenie się. Konsekwencją marginalizacji elementu transgranicznego jest marginalizacja funkcji antydyskryminacyjnej swobod i przekształcenie ich w generalny zakaz stosowania ograniczeń oraz przechodzenie od swobody wspólnotowej do prawa podstawowego, w którym ten element nie musi wystąpić. Oznacza to następnie ograniczenie znaczenia krajowych porządków prawnych.

Niewątkie istotne znaczenie w procesie konwergencji i stopniowego przekształcania swobod wspólnotowych, szczególnie swobod personalnych, ma obywatelstwo Unii i związane z nim prawa, w tym zwłaszcza prawo przemierzania się (art. 18 ust. 1 TWE). W doktrynie podnosi się trafnie, że sprawy tego rodzaju jak np. Gebhard, Gourmet i Carpenter nie mogą być zadawałajaco wyrażone poprzez odwołanie się wyłącznie do istoty wspólnotowej swobody przemierzania się. Wspólnotowa swoboda przemierzania się powinna być interpretowana łącznie z przepisami o obywatelstwie Unii, co prowadzi do wniosku, że jeżeli przepisy traktatowe gwarantują obywatelowi państwa członkowskiego prawo do wykonywania działalności gospodarczej na terytorium innego państwa członkowskiego, w tym także na terytorium państwa pochodzenia, a przepisy o obywatelstwie Unii gwarantują prawo do traktowania zgodnego z zasadą proporcjonalności, gdy państwo ogranicza prawo przemierzania się określone w art. 18 TWE, to należy przyjąć, że państwo członkowskie jest obowiązane re-

spektować zasadę proporcjonalności, gdy ogranicza przyznane przez TWE prawo do wykonywania działalności gospodarczej na jego terytorium. Ponadto, prawo przemierzania się, o którym mowa w art. 18 TWE, musi być interpretowane zgodnie z zasadami ogólnymi prawa wspólnotowego, a interpretacja zgodna z zasadami ogólnymi nie jest ograniczona do sytuacji wspólnotowych, ale ma pełne zastosowanie do sytuacji, w których nie występuje element transgraniczny lub jest trudno rozpoznawalny (sprawa C-60/00 Carpenter), albo do sytuacji, które nie mają kontekstu gospodarczego. W tym wąskim sensie obywatelstwo europejskie może spełniać funkcję integrującą i ujednolicającą swobody wspólnotowe.³⁹

Związek z konwergencją swobod wspólnotowych ma szeroko dyskutowany w doktrynie problem zastosowania (pierwszej) formuły Keck do innych (personalnych) swobod wspólnotowych, co jest prima facie wątpliwe, skoro różniczenie między przepisami dotyczącymi produktu i przepisami określającymi sposób sprzedaży nie dotyczy osób przemierzających się. Ostrożne przeniesienie formuły Keck do treści swobody świadczenia usług jest możliwe w takim zakresie, w którym w swobodzie tej przeważa element produktowy (np. sprawa Alpine Investments). Ujednolicającą funkcję spełnia (druga) formuła Keck, w której akcentuje się istotę swobod wspólnotowych jako swobodnego dostępu do rynku.

Istotne znaczenie w procesie konwergencji (personalnych) swobod wspólnotowych ma art. 12 TWE. Relacja między art. 12 TWE a przepisami o swobodach wspólnotowych nie jest jasna, ale należy przyjąć, że zawarty w tym przepisie generalny zakaz dyskryminacji ze względu na obywatelstwo zezwala na szeroką i jednolitą interpretację przepisów ustanawiających swobody wspólnotowe (np. sprawa C-3/88 i sprawa C-388/01), a niekiedy jest traktowany jako dyrektywa interpretacyjna tych przepisów.

Teoria konwergencji swobod wspólnotowych opiera się na założeniu, że wskuta głównie orzecznictwa ETS następuje stopniowe zbliżenie poszczególnych elementów strukturalnych tych swobod. Istotnie, jak wskazuje na to formuła Gebhard, intencją ETS jest – jak się wydaje – poddanie swobod wspólnotowych jednolitym i uproszczonym kryteriom, co obrazuje m.in. jeszcze niedojrzała koncepcja swobod wspólnotowych jako zakazu ograniczenia dostępu do rynku czy obywatelstwem ochrony sytuacji czysto wewnętrznych i „niegospodarczych”. Sukces tej teorii zależy jednak w dużej mierze od uprzedniego uporządkowania i sprecyzowania wielu pojęć prawnych ważnych dla tej teorii, w tym zwłaszcza pojęć dyskryminacja, ograniczenia, wyłączenia, które nadal są wieloznaczne, a ich zakres i treść wysoce sporne. Niewątkliwe jest to, że swobody wspólnotowe podlegają stałym i istotnym przekształceniom, które obrazują następujące cztery aspekty:

„od zakazu dyskryminacji do zakazu wszelkich ograniczeń”;

„od swobody przemierzania się do swobody wykonywania działalności”;

³⁹ Patrz szerzej: R.W. Davis, *Citizenship of the Union ... rights for all*, ELRev 2002, nr 27, s. 121 i n.

— „od swobód równościowych do swobód wolnościowych”;
— „od swobód gospodarczych (rynkowych) do swobód (quasi) politycznych”.

1.6. Harmonizacja i wzajemne uznawanie

1.6.1. Harmonizacja

Harmonizacja (zblizanie) prawa jest instytucją prawną, która ma swoje wyrażenie podstawy traktatowe. Przepis art. 3 TWE traktuje harmonizację jako jeden z podstawowych instrumentów służących uczycyństwu celów WE w zakresie niezbędnym do ustanowienia wspólnego rynku. W tym kontekście istotny jest charakter prawnych relacji między harmonizacją a swobodami wspólnotowymi, które – jak wskazano wyżej – stanowią doniosły prawnie i aksjologicznie element struktury wspólnego rynku. W szczególności chodzi tu o stosunek przepisu art. 95 TWE do przepisów określających swobody wspólnotowe.

W doktrynie powszechnie przyjęty jest pogląd, że harmonizacja prawa jest komplementarna w stosunku do swobód wspólnotowych³¹. Twórcy TWE zakładali, że wszystkie przeszkody w utworzeniu wspólnego rynku, które nie mogą być usunięte przez zastosowanie przepisów o swobodach wspólnotowych, powinny być eliminowane w drodze harmonizacji prawa. We wcześniejszym okresie rozwoju prawa wspólnotowego chodziło głównie, w przypadku o swobody przepływu towarów, o usuwanie przeszkód dyskryminujących towary importowane, które były zakazane przez przepis art. 28 TWE (dyskryminujące środki o skutku podobnym do ograniczenia ilościowego stosowane w odniesieniu do towarów importowanych). W pozostałym zakresie konieczna była zatem harmonizacja prawa zgodnie z zasadą, że im mniejszy zakres ochrony przewidziany tym przepisem, tym szerszy zakres harmonizacji prawa. W tym zakresie harmonizacja miała charakter harmonizacji negatywnej, której celem było zniesienie barier w stosunku do towarów importowanych. Zagadnienie różnic w krajowych systemach prawnych i ich ograniczającego wpływu na swobodny przepływ towarów (środki stosowane bez różnicowania do towarów importowanych i towarów krajowych) nie było przedmiotem szerszego zainteresowania orzecznictwa, w tym zwłaszcza środków stosowanych bez różnicowania do towarów importowanych i towarów krajowych. Harmonizacja prawa powinna zatem mieć miejsce w każdym wypadku różnic w krajowych systemach prawnych, które mają wpływ na utworzenie lub funkcjonowanie wspólnego rynku. To podejście do harmonizacji, które nadało jej charakter podstawowego instrumentu w procesie tworzenia wspólnego rynku uległo zasadniczej zmianie wskutek orzeczenia *Cassis de Dijon*, które przyjęło zasadę wzajemnego uznawania. Zgodnie z tą regułą państwo przeznaczenia jest obowiązane dopuścić do obrotu na swoim terytorium towar legalnie wytwo-

zony na terytorium państwa pochodzenia, nawet wówczas, gdy towar ten nie spełnia wymagań przewidzianych w państwie przeznaczenia, chyba że dopuszczenie do obrotu sprzeciwiają się imperatywne wymagania. W kontekście zakresu prawa harmonizacji prawa oznacza to, że jej zakres ulega zwężeniu, ponieważ przedmiotem harmonizacji mogą być tylko te różnice w krajowych systemach prawnych, które stanowią usprawiedliwione (przez art. 30 TWE lub imperatywne wymagania) ograniczenia w handlu towarami wspólnotowymi.

Przepis art. 95 TWE może stanowić podstawę prawną środka wspólnotowego wtedy, gdy rzeczywistym celem tego środka jest usprawnienie warunków tworzenia i funkcjonowania wspólnego rynku i środek ten ma rzeczywście taki skutek oraz przyczyni się do usunięcia przeszkód w wykonywaniu swobód wspólnotowych lub istotnych zakłóceń w konkurencji, wynikających z różnic w krajowych systemach prawnych (sprawa C-376/98 *Tobacco Advertising*); np., gdy w jednym państwie członkowskim obowiązują surowsze niż w innym państwie członkowskim wymagania dotyczące towaru, które są jednocześnie usprawiedliwione ze względu na przepis art. 36 TWE, to przepisy tego pierwszego państwa stanowią ograniczenia swobodnego przepływu towarów, ponieważ towary wytworzone w tym drugim państwie muszą zostać zaadaptowane do (surowszych) wymagań pierwszego państwa, aby mogły być dopuszczone do obrotu w tym państwie. Rozwiązaniem tego problemu może być ustanowienie wspólnego standardu na podstawie art. 95 TWE.

Państwo członkowskie może uchylić się od wykonania (zastosowania) środków harmonizacyjnego przyjętego przez WE na podstawie art. 95 TWE w dwóch przypadkach, a mianowicie może uznać, że:

— ze względu na przepis art. 30 TWE lub ochronę środowiska albo środowiska pracy konieczne jest (dalsze) utrzymywanie przepisów krajowych;

— ze względu na ochronę środowiska lub ochronę środowiska pracy wprowadzić przepisy krajowe oparte na nowych naukowych dowodach w celu rozwiązania problemów powstałych po przyjęciu środka harmonizacyjnego.

W doktrynie najczęściej wyróżnia się następujące typy (metody) harmonizacji: wyczerpująca, opcjonalna, częściowa, minimalna³².

Harmonizacja wyczerpująca, zwana niekiedy zupełną lub totalną, dotyczy sytuacji, w których różnicowane przepisy państw członkowskich są zastępowane przez jednolitą regulację wspólnotową, nie pozostawiającą miejsca dla działań państwa członkowskich. Metoda harmonizacji wyczerpującej jest stosowana głównie w dyrektywach przyjmowanych w odniesieniu do towarów, które nakładają na państwa członkowskie dwojakiego rodzaju obowiązki, a mianowicie obowiązki dopuszczenia do obrotu towarów spełniających wymagania przewidziane w dyrektywie (klauzula swobody przemieszczania) oraz obowiązek zakazania sprzedaży towarów niespełniających tych wymagań nawet wówczas, gdy producenci i sprzedawcy mają miejsce wyłącznie na terytorium jednego państwa członkowskiego (klauzula wyłączności). Państwo członkowskie nie może jednostronnie

³¹ Np. Ch. Barnard, *op.cit.*, s. 493 i n.

³² *Ibidem*, s. 508 i n.

wprowadzić surowszego standardu (sprawa 150/88 Parfumerie-Fabrik), chyba że chodzi o ochronę życia lub zdrowia ludzi albo zwierząt (sprawa 227/82 Van Bemmekom). Harmonizacja wycofująca była preferowaną metodą harmonizacji we wcześniejszym okresie rozwoju prawa wspólnotowego. Obecnie jej znaczenie zmalało wskutek usprawnień w prawie państw członkowskich.

Harmonizacja opcjonalna polega na tym, że dyrektywa przewiduje szarnonizowany standard, który może być wybrany przez producenta do wytwarzania konkretnego towaru. Tego rodzaju dyrektywy zawierają zatem wyłączenie klauzule swobody przemieszczania. Jeżeli zatem producent zamierza dokonywać transgranicznego obrotu danym towarem, to musi wybrać standard harmonizacyjny (wspólnotowy). Ponieważ tego typu dyrektywy nie zawierają klauzuli wyłączenia, producent może wybrać standard krajowy do wytwarzania towaru, jeżeli zamierza rozprzestrzenić ten towar wyłączenie na rynku krajowym.

Przy zastosowaniu metody harmonizacji częściowej, przepisy harmonizacyjne stosuje się wyłączenie do transakcji transgranicznych. Producent w tym wypadku – w przeciwieństwie do metody opcjonalnej – nie ma możliwości wyboru standardu, co może oznaczać konieczność ustanowienia dwóch linii produkcyjnych dla wytwarzania danego towaru.

Współcześnie najczęściej stosowaną metodą harmonizacji jest harmonizacja minimalna, która polega na tym, że WE ustanawia pewien wspólny standard, lecz państwa członkowskie mogą ustanowić surowsze wymagania w odniesieniu do towarów (usług) wytwarzanych na swoim terytorium. Określenie „harmonizacja minimalna” nie oznacza, że dyrektywa ustanawia najniższy standard (ochronny) przewidziany w prawie państw członkowskich. Standard harmonizacyjny może być zatem określony na stosunkowo wysokim poziomie, poniżej którego nie mogą być ustanawiane krajowe standardy; standard krajowy może być ustanowiony wyłączenie powyżej poziomu wspólnotowego, jednak z zachowaniem wymagań określonych w TWE, a odnoszących się do swobod wspólnotowych (sprawa 382/87 Buet). Ustanowienie przez państwo członkowskie wyższego od przewidzianego w dyrektywie standardu może prowadzić do odwrotnej dyskryminacji, ale wyższy standard nie może być stosowany do towarów importowanych, chyba że zachodzą przesłanki, o których mowa w art. 30 TWE.

Niekiedy wyróżnia się harmonizację refleksyjną (zwrotną), która w mniejszym stopniu jest ukierunkowana na zbliżanie treści przepisów prawnych, co jest typowe dla wyżej wyróżnionych metod harmonizacji, natomiast w szerszym zakresie uwzględnia wpływ lokalnych prawodawców na treść standardu (np. dyrektywa 94/45 o europejskich radach zakładowych).

1.6.2. Wzajemne uznawanie

Zasada wzajemnego uznawania oznacza, że towar lub usługa, będące w legalnym obrocie na terytorium jednego państwa członkowskiego, mogą i muszą być dopuszczone do rynku innego państwa członkowskiego. Zasada ta (wyrok w sprawie Cassis de Dijon) określająca sedno wspólnego rynku, oparte go na zdecen-

tralizowanym systemie ustanawiania standardu i jego wykonywaniu, jednocześnie czyni zbędną konieczność harmonizacji i przez to stwarza przesłanki do konkutowania krajowych systemów prawnych. Zasada wzajemnego uznawania nie jest metodą harmonizacji prawa, lecz jedynie techniką zmierzającą do uznawania przeszkód w handlu, jednak może prowadzić do ustanawiania wspólnotowych standardów harmonizacyjnych, gdy producenci będą dążyć do upowszechnienia korzystnych dla nich reguł obowiązujących w państwie członkowskim.

Zasada wzajemnego uznawania wykracza poza wymaganie, że państwo przeznaczenia nie może dyskryminować ze względu na obywatelstwo. Państwo przeznaczenia musi być „otwarte” na system prawny i praktykę państwa pochodzenia w tym sensie, że władze administracyjne i prawodawcze będą skłonne do porównywania systemów regulacyjnych obu państw w celu ustalenia, czy wymagania przewidziane w tych systemach są równoważne wymaganiom państwa przeznaczenia.

Znaczenie zasady wzajemnego uznawania w tworzeniu wspólnego rynku zostało ograniczone poprzez wprowadzenie do systemu prawa wspólnotowego imperatywnych wymagań, które mogą być wykorzystywane przez państwo przeznaczenia w celu nieuznawania wymagań spełnionych przez towar lub usługę albo pracownika w państwie pochodzenia.

4. Swoboda przedsiębiorczości

Literatura:

1. Craig, G. De Búrca, *EU Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford-New York 2003;
2. Janas, *Treść pojęcia „Swoboda zakładania i prowadzenia przedsiębiorstw” w prawie wspólnotowym*. Analiza uprawnień akcesoryjnych, w: C. Milk (red.), *Prawo gospodarcze Wspólnoty Europejskiej na progu XXI wieku*, Toruń 2002; R. Janas, M. Koźuch, *Komentarz do ustawy o zasadach utrzymania nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej kwalifikacji w wykonywaniu zawodów regulowanych*, KPP 2001, nr 2; J. Onslow-Cole, *The Right of Establishment and Provision of Services*, w: E. Guild (red.), *The Legal Framework and Social Consequences of Free Movement of Persons in the European Union*, London 1998; K. Oplustowski, *Swoboda przedsiębiorczości art. 43-48 TWE*, w: A. Wróbel (red.), *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, Zakamycze 2005; W. H. Roth, *Swoboda prowadzenia działalności gospodarczej*, w: M. A. Dausers (red.), *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, Warszawa 1999; H.-J. Schütz, Th. Bruha, D. König, *Casebook Europarecht*, München 2004;
3. *Regulowanie rynku wewnętrznego*. Rozdział 3 w: E. Kawecka-Wyrzykowska, E. Symoniec (red.), *Unia Europejska (tom I)*, Warszawa 2004; M. Szwarc, *Ograniczenia swobody zakładania przedsiębiorstw i świadczenia usług w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, SP 2001, nr 2; M. Szwarc, *Swoboda prowadzenia działalności na własny rachunek na podstawie Układu Europejskiego*, KPP 2001, nr 3; M. Szydło, *Swoboda prowadzenia działalności gospodarczej i swoboda świadczenia usług w prawie Unii Europejskiej*, Toruń 2005;
4. Zabłocka, *Uprawnieni drugiej kategorii? Możliwość realizacji wolności przedsiębiorczości przez przedsiębiorcy w rozumieniu Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską*, KPP 2002, nr 1-2;
5. Zaacki, S. Wiernicke, *Prawo europejskie w pytaniach i odpowiedziach*, Warszawa 2001;
6. Zawadzka, *Rynek wewnętrzny Wspólnoty Europejskiej a interes publiczny*, Warszawa 2002.

4.1. Wprowadzenie

Swoboda przedsiębiorczości należy do wiodących zasad wspólnego rynku, względnie rynku wewnętrznego (por. art. 2 i art. 3 ust. 1 lit. c TWE). Jej zadaniem jest gwarantowanie swobody wyboru miejsca prowadzenia działalności gospodarczej na terytorium WE przez osoby fizyczne i przedsiębiorstwa. TWE reguluje

Freedom of establishment, Niederlassungsfreiheit, liberté d'établissement. W literaturze polskiej występują m.in. nazwy: wolność przedsiębiorczości, zakładanie przedsiębiorstw, swoboda zakładania i prowadzenia przedsiębiorstw, swoboda zakładania przed-

swobodę przedsiębiorczości¹ w art. 43-48 (dawne art. 52-58). Podstawowe znaczenie ma art. 43 TWE, który stwierdza:

„Ograniczenia swobody przedsiębiorczości obywateli jednego Państwa Członkowskiego na terytorium innego Państwa Członkowskiego są zakazane w ramach poniszszych postanowień. Zakaz ten obejmuje również ograniczenia w tworzeniu agencji, oddziałów lub filii przez obywateli danego Państwa Członkowskiego, ustanowionych na terytorium innego Państwa Członkowskiego.

Z zastrzeżeniem postanowień rozdziału dotyczącego kapitału, swoboda przedsiębiorczości obejmuje podejmowanie i wykonywanie działalności prowadzonej na własny rachunek, jak również zakładanie i zarządzanie przedsiębiorstwami, a zwłaszcza spółkami w rozumieniu artykułu 48 akapit drugi, na warunkach określonych przez ustawodawstwo Państwa przyjmującego dla własnych obywateli².

Art. 44 TWE stwarza podstawę prawną dla uchwalania przez Radę dyrektyw „w celu uregulowania swobody przedsiębiorczości w odniesieniu do określonej działalności”, określając (w ust. 2) zasadnicze cele takiej działalności legislacyjnej. Art. 45 i 46 TWE określają wyjątki od swobody przedsiębiorczości, odnosząc się odpowiednio do „wykonywania władzy publicznej” (art. 45) i do „względów porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego” (art. 46). Art. 47 TWE stwarza podstawę prawną dla działalności legislacyjnej w ważnej dla swobody przedsiębiorczości dziedzinie wzajemnego uznawania kwalifikacji zawodowych. Natomiast art. 48 TWE określa dla potrzeb swobody przedsiębiorczości pojęcie spółki oraz mechanizm pozwalający określić przynależność spółki do WE.

4.2. Pojęcie przedsiębiorczości

Art. 43 TWE nie definiuje pojęcia przedsiębiorczości. W orzecznictwie ETS pojęcie to jest ujmowane szeroko. Miarodajne jest w związku z tym stwierdzenie ETS w orzeczeniu w sprawie C-213/89 *Factorame*, iż chodzi o „samodzielne i rzeczywiste wykonywanie działalności gospodarczej przy pomocy trwałego urzędzenia (*a fixed establishment*) w innym państwie członkowskim na czas nieokreślony³”.

W określeniu tym można wskazać na trzy zasadnicze elementy pojęcia swobody przedsiębiorczości: **samodzielność działalności gospodarczej, jej transgraniczny charakter i wymóg stałości.**

siębiorstw, swoboda prowadzenia działalności gospodarczej, swoboda podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej, w odniesieniu do osób fizycznych – prowadzenie działalności na własny rachunek. W oficjalnym tekście TWE w języku polskim jako terminy zasadnicze stosowane są określenia – „prawo przedsiębiorczości” i „swoboda przedsiębiorczości”.

² Zb. Orz. 1991, s. I-3905.

7.1. Samodzielność działalności gospodarczej

Znaczeni swobody przedsiębiorczości chodzi o podjęcie samodzielnej działalności gospodarczej (o charakterze zarobkowym)³ w innym państwie członkowskim, **czyli pojęcie samodzielnej działalności jest interpretowane szeroko.** Wskazano to ETS w sprawie C-55/94 *Gebhard*⁴.

W sprawie tej R. Gebhard, obywatel Niemiec, pracował jako adwokat w Stuttgart. Współpracując jednocześnie z kancelarią adwokacką w Mediolanie. Po pewnym czasie założył własne biuro w Mediolanie, gdzie spędzał większość czasu zawodowego (80%), zajmując się przede wszystkim sprawami z dziedziny prawa obrotowego. Miejsцова Rada Adwokacka zarzuciła mu jednak bezprawne używanie tytułu adwokata we Włoszech i wszczęła przeciwko niemu postępowanie dyscyplinarne, zarzucając wykonywanie zawodu adwokata wbrew przepisom włoskim.

Sprawa trafiła w drodze pytań prejudycjalnych do ETS. W odniesieniu do omawianego problemu ETS stwierdził, że z zastrzeżeniem przewidzianych wyjątków swoboda przedsiębiorczości **obejmuje prowadzenie działalności każdego rodzaju, ustanawianie i prowadzenie przedsiębiorstw oraz tworzenie agencji, filii przedsiębiorstw lub spółek córek na terytorium innego państwa członkowskiego** (pkt 23).

W ramach swobody przedsiębiorczości rozróżnia się **pierwotne i wtórne prowadzenie działalności gospodarczej** (czasami mówi się w związku z tym o pierwotnej i wtórnej swobodzie⁵, względnie o przedsiębiorstwie pierwotnym i przedsiębiorstwie wtórnym⁶). W przypadku **pierwotnego podjęcia działalności gospodarczej** chodzi o podjęcie samodzielnie nowej działalności w innym państwie członkowskim, natomiast w przypadku **wtórnego prowadzenia działalności gospodarczej**, chodzi o podjęcie działalności przez przedsiębiorstwo należące w jednym państwie członkowskim również w innym państwie członkowskim. Art. 43 TWE mówi dosyć nieostro o „tworzeniu agencji, oddziałów lub filii”, lecz możliwości podjęcia działalności należy interpretować ekstensywnie⁷, które istnieją w tej mierze istotne ograniczenia⁸.

Trzy czym chodzi o działalność zarobkową w rozumieniu odpłatnego prowadzenia działalności; tym samym osiągnięcie zysku nie jest w tym przypadku miarodajne.

Sprawa C-55-94 R. Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano. Zb. Orz. 1995, s. I-4165; Orzecznictwo, s. 646 i n.

W.H. Roth, Swoboda prowadzenia działalności gospodarczej..., s. 424.

M. Ahlt, M. Szpunar, Prawo europejskie, Warszawa 2005, s. 208.

Por. W.H. Roth, Swoboda prowadzenia działalności gospodarczej..., s. 424-425.

Patrz. rozdział 4 części I niniejszej książki.

4.2.2. Transgraniczny charakter działalności gospodarczej w WE

Z postanowień art. 43 TWE wynika, iż swoboda przedsiębiorczości obejmuje zasadniczo działalność gospodarczą „na terytorium innego Państwa Członkowskiego”, zapewnia bowiem swobodę wyboru prowadzenia działalności obywateli i przedsiębiorstw niezależnych do jednego państwa w innych państwach członkowskich. Powinien więc wystąpić z jednej strony **aspekt transgraniczny**, a z drugiej – stan faktyczny o charakterze „wyłącznie wewnętrznym” (*purely internal*) w danym państwie członkowskim nie będzie nią objęty. Wyłonił się w związku z tym **problem dyskryminacji własnych obywateli i przedsiębiorstw** (tzw. dyskryminacja „odwrotna” /*reverse discrimination*/). ETS wprowadził w tej mierze pewną elastyczność, umożliwiając w pewnych warunkach powoływanie się na swobodę przedsiębiorczości wobec „własnego” państwa.

Istotne znaczenie w związku z tym miało orzeczenie w **sprawie 115/78 Knoors**⁹. W sprawie tej obywatelowi holenderskiemu, który nabył kwalifikacje hydrauliczka w Belgii, odmówiono dopuszczenia do wykonywania zawodu w Holandii, nawet mimo istnienia w tym czasie stosownej dyrektywy. Władze holenderskie powoływały się na okoliczność, iż chodzi o obywatela holenderskiego, który we własnym państwie chce wykonywać zawód, a więc regulacje wspólnotowe nie mają znaczenia. ETS stwierdził w związku z tym, m.in. „Mimo że w istocie postanowienia Traktatu dotyczące przedsiębiorczości i świadczenia usług nie mają zastosowania do sytuacji wyjącznie wewnętrznych Państwa Członkowskiego, powoływanie w art. 52 (obecny art. 43) »obywateli jednego Państwa Członkowskiego«, chcących prowadzić działalność »na terytorium innego Państwa Członkowskiego« nie może być jednak interpretowane w sposób wykluczający z korzyści prawa wspólnotowe własnych obywateli danego Państwa Członkowskiego, wobec okoliczności, że osiedlili się oni zgodnie z prawem na terytorium innego Państwa Członkowskiego, nabywając tam kwalifikacje uznane w świetle prawa wspólnotowego i – tym samym – wobec swojego państwa pochodzenia znaleźli się w sytuacji porównywalnej do wszystkich innych osób, korzystających z praw i wolności zagwarantowanych Traktatem”.

W okresie późniejszym ETS ograniczał tę elastyczność, podkreślając rosnące znaczenie wspólnotowego prawa pochodnego w zakresie uznawania kwalifikacji¹⁰, niemniej jednak **możliwość odwołania się obywatela do art. 43 TWE wobec własnego państwa istnieje, jeśli w danej sprawie występuje „element wspólnotowy”** (jak właśnie nabycie kwalifikacji w innym państwie członkowskim).

4.2.3. Stałość działalności gospodarczej

Stalność działalności gospodarczej w ramach swobody przedsiębiorczości jest istotnym elementem, szczególnie jako kryterium odróżnienia tej swobody od swobody świadczenia usług. Miarodajne znaczenie w tym związku ma orzeczenie ETS w **sprawie C-55/94 Gebhard**¹¹.

ETS skonkretyzował w tym orzeczeniu wymóg „stałości”, stwierdzając, że obywatel państwa członkowskiego, który w **sposób stały i ciągły** prowadzi w innym państwie członkowskim działalność zawodową podlega postanowieniom Traktatu o swobodzie przedsiębiorczości. „Koncepcja przedsiębiorczości w rozumieniu Traktatu [...] jest obszerna, zezwala bowiem obywatelowi wspólnotowemu na udział – w sposób stały i ciągły – w życiu gospodarczym innego Państwa Członkowskiego, niż ich państwo pochodzenia oraz czterpania w związku z tym korzyści i – tym samym – wnoszenia wkładu do umacniania powiązań gospodarczych i społecznych we Wspólnocie [...]” (pkt 23).

Odganiczenie swobody przedsiębiorczości od swobody świadczenia usług nie jest jednak proste i wymaga badania konkretnej sprawy.

4.2.4. Odganiczenie swobody przedsiębiorczości od innych swobód

Jak wspomniano wyżej, odganiczenie swobody przedsiębiorczości od swobody świadczenia usług nie jest proste, tymczasem znaczenie praktycznie takiego odganiczenie jest istotne. Wskazał na to rzecznik generalny Ph. Léger w sprawie Gebhard, podkreślając, że **warunki prowadzenia przedsiębiorstwa są z reguły znacznie ostrzejsze niż warunki świadczenia usług, a w związku z tym należy wykluczyć sytuacje, w których możliwe byłoby omijanie przepisów dotyczących przedsiębiorczości pod pozorem świadczenia usług**¹². W pewnym zakresie same postanowienia TWE określają relacje między obu swobodami. Z art. 49 TWE wynika bowiem, że świadczący usługę ma mieć „swobodę przedsiębiorstwa w Państwie Wspólnoty innym niż Państwo odbiorcy świadczenia”, a swoboda świadczenia usług spełnia subsydnarną rolę wobec swobody przedsiębiorczości, znajduje bowiem zastosowanie wówczas, gdy dana działalność nie jest objęta swobodą przedsiębiorczości (art. 50 akapit trzeci TWE).

Jak wskazano, **zasadniczym kryterium pozwalającym na odganiczenie obu swobód jest „stałość” działalności w ramach swobody przedsiębiorczości i „przejęciowy charakter” świadczenia usług**.

W omówionej wyżej sprawie Gebhard ETS stwierdził, że z art. 60 akapit trzeci (obecny art. 59 akapit trzeci) TWE wynika, iż swoboda świadczenia usług obejmuje

⁹ Sprawa 115/78 Knoors v. Secretary of State for Economic Affairs, Zb. Orz. 1979, s. 399.

¹⁰ Por. orzeczenia wskazane w: P. Graig, G. De Búrca, *EU Law...*, s. 784 i n.

¹¹ Sprawa C-55-94 R. Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano, Zb. Orz. 1995, s. I-4165; Orzecznictwo, s. 646 i n.

¹² *Ibidem*.

sytuację, w których dany podmiot przemieszcza się z jednego państwa do drugiego nie w celu prowadzenia tam przedsiębiorstwa, lecz jedynie z zamiarem czasowego wykonywania działalności. ETS podkreślił, że przejściowy charakter świadczenia usług należy oceniać uwzględniając okres, częstotliwość, regularne powtarzanie i ciągłość działalności, bowiem przejściowy charakter świadczenia usług nie wyklucza posiadania przez świadczącego usługę określonej infrastruktury w państwie odbiorcy usługi, w postaci biura czy kancelarii, koniecznych do świadczenia usługi.

Jednocześnie ETS jasno stwierdził w orzeczeniu w sprawie C-76/90 *Säger*¹³, że państwo członkowskie nie może uzależniać świadczenia usług na swoim terytorium od spełnienia wszystkich przesłanek, wymaganych dla prowadzenia działalności gospodarczej, bowiem pozabawiałoby to praktycznej efektywności postanowienia TWE, których celem jest właśnie zapewnienie swobody świadczenia usług.

Istotny problem powstał w odniesieniu do sytuacji, gdy przedsiębiorstwo z jednego państwa członkowskiego „utrzymuje stałą obecność” w innym państwie członkowskim i jednocześnie chce świadczyć usługi, odwołując się do postanowień art. 49 TWE o swobodzie świadczenia usług. Sytuacja nie jest w tym względzie całkowicie jasna, bowiem – z jednej strony – ETS w orzeczeniu w sprawie 205/84 KE v. RFN (sprawa ubezpieczeń)¹⁴ sformułował tzw. zakaz kumulacji (zakaz *Cumul*).

ETS stwierdził, że przedsiębiorstwo jednego państwa, które jest stale obecne w innym państwie członkowskim, na terytorium którego świadczy usługi, jest objęte przepisami TWE dotyczącymi swobody przedsiębiorczości i nie może – w związku z działalnością w innym państwie – powoływać się na przepisy TWE, dotyczące swobody świadczenia usług. Nie można bowiem ograniczać uprawnień państwa członkowskiego do wydania, przez nie przepisów, których celem jest zapobiegnięcie sytuacji, w której podmiot świadczący usługi, nakierowany w swojej działalności głównie lub przeważnie na terytorium tego państwa, uniknie poddania się regulacjom dotyczącym swobody przedsiębiorczości, powołując się na swobodę świadczenia usług, zagwarantowaną w art. 59 (obecny art. 49) TWE.

Jednocześnie część doktryny uważa zakaz kumulacji za sprzeczny ze swobodą zakładania przedsiębiorstw. Także prawo pochodne, dotyczące swobody przedsiębiorczości, zawiera pewne elementy, wywodzące się ze swobody świadczenia usług¹⁵.

Ograniczenie swobody przedsiębiorczości w stosunku do swobody przepływu pracowników jest bardziej jednoznaczne, bowiem – jak stwierdził

¹³ Orzeczenie w sprawie C-76/90 M. Säger v. Dennemeyer & Co. Ltd., Zb. Orz. 1991, s. I-4221; Orzecznictwo, s. 693 i n.

¹⁴ Orzeczenie w sprawie 205/84 KE v. RFN, Zb. Orz. 1986, s. 3755.

¹⁵ Por. Ch. Zacker, S. Wernike, *Prawo europejskie...*, s. 202–203.

ETA, m.in. w orzeczeniu w sprawie 00/85 *Lawrie-Blum* – termin „pracownik” w rozumieniu art. 48 (obecny art. 39) TWE ma znaczenie wspólnotowe i powinien być określany stosownie do obiektywnych kryteriów, charakterystycznych stosunek pracy, którego podstawową cechą jest świadczenie przez daną osobę (pracownika) pracy o pewnej wartości ekonomicznej dla/lub pod kierownictwem innej osoby w zamian za wynagrodzenie¹⁶. Tymczasem działalność na własny rachunek (na zasadzie samozatrudnienia) w ramach swobody przedsiębiorczości polega na samodzielny prowadzeniu w innym państwie członkowskim działalności przez określoną osobę, a więc na własny rachunek, na własną odpowiedzialność, za wynagrodzeniem płatnym w pełnej wysokości bezpośrednio dla niej, bez jakiegokolwiek podporządkowania wobec osób trzecich.

W sprawie C-268/99 *Janj* ETS, zajmując się swobodą przedsiębiorczości w związku z Układami Europejskimi z Polska i Czechami w swoisty sposób „podsumował” swoje stanowisko określające działanie na własny rachunek, stwierdzając, że sytuacja jest działalnością gospodarczą na zasadzie samozatrudnienia, prowadzoną przez osobę świadczącą usługę samodzielnie, na własny rachunek, na własną odpowiedzialność, za wynagrodzeniem płatnym w pełnej wysokości bezpośrednio do niej, bez jakiegokolwiek podporządkowania wobec osób trzecich¹⁷.

TWE reguluje współzależność między swobodą przedsiębiorczości i swobodą przepływu kapitału, stwierdzając w art. 43 akapit 2, że swoboda przedsiębiorczości musi być realizowana przy uwzględnieniu postanowień dotyczących swobody przepływu kapitału. Oznacza to, że niezbędne dla realizacji przedsiębiorczości inwestycje podlegają przepisom art. 56 ust. 1 TWE, natomiast transfer płatności, w tym zysku z działalności gospodarczej podlega przepisom art. 56 ust. 2 TWE¹⁸.

4.3. Adresaci postanowień art. 43 TWE

4.3.1. Państwa członkowskie

Adresem zakazu ustanawiania dyskryminacji i ograniczeń z art. 43 TWE są państwa członkowskie WE, przy czym pod pojęciem tym należy rozumieć wszystkie organy i struktury państwa odpowiedzialne za zapewnienie

¹⁶ Orzeczenie w sprawie 66/85 *Deborah Lawrie-Blum* v. Land Badenia-Wirtembergia, Zb. Orz. 1986, s. 2121; Orzecznictwo, s. 501 i n.

¹⁷ Szczegółowo na temat pojęcia „pracownika” patrz: rozdział 3 części I niniejszej książki

¹⁸ Orzeczenie z 20 listopada 2001 r. Omówione w *Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe...*, s. 547.

¹⁹ Patrz szerzej: rozdział 6 części I niniejszej książki.

efektywności prawa wspólnotowemu²⁰. Może chodzić również o korporacje, zakłady prawa publicznego, organizacje zawodowe (ustalające reguły dotyczące wykonywania zawodu) i przedsiębiorstwa (działające na zlecenia państwa lub pod jego nadzorem).

Uprawnionymi natomiast w ramach swobody przedsiębiorczości mogą być osoby fizyczne i przedsiębiorstwa.

4.3.2. Obywatele Unii

Osoby fizyczne korzystają ze swobody przedsiębiorczości, jeśli mają obywatelstwo jednego z państw członkowskich WE (art. 43 akapit pierwszy TWE) – są obywatelami Unii. Miejsce stałego zamieszkania nie ma przy tym znaczenia, gdy chodzi o podjęcie pierwotnej działalności gospodarczej w jednym z państw członkowskich (por. art. 43 akapit pierwszy, zdanie pierwsze – obywatel państwa członkowskiego WE może mieć w takim przypadku miejsce stałego zamieszkania w państwie trzecim). Natomiast jeśli chodzi o podjęcie wtórnej działalności gospodarczej („tworzenie agencji, oddziałów lub filii”), możliwe jest to wówczas, gdy osoba fizyczna – obywatel Unii ma obywatelstwo i miejsce stałego zamieszkania w jednym z państw członkowskich WE („[...] tworzenie agencji, oddziałów lub filii przez obywateli danego Państwa Członkowskiego, ustanowionych na terytorium innego Państwa Członkowskiego” – art. 43 akapit pierwszy, zdanie drugie TWE). Tak więc obywatel Unii zamieszkujący na stałe – na przykład – w Szwajcarii może podejmować pierwotną działalność gospodarczą w jednym z państw członkowskich UE, nie może jednak podejmować wtórnej działalności gospodarczej.²¹

4.3.3. Przedsiębiorstwa

Swobodą przedsiębiorczości objęte są również „przedsiębiorstwa, a zwłaszcza spółki” (art. 43 akapit drugi TWE). Pojęcie spółki w rozumieniu art. 43 TWE preczuje art. 48 TWE, który stwierdza:

„Na potrzeby stosowania postanowień niniejszego rozdziału spółki założone zgodnie z ustawodawstwem Państwa Członkowskiego i mające swą statutową siedzibę, zarząd lub główne przedsiębiorstwo wewnątrz Wspólnoty są traktowane jak osoby fizyczne mające obywatelstwo Państwa Członkowskiego.

Przez spółki rozumie się spółki prawa cywilnego lub handlowego, także spółdzielnie oraz inne osoby prawne prawa publicznego lub prywatnego, z wyjątkiem spółek, które nie zmierzają do osiągnięcia zysku”.

²⁰ Por. Prawo Unii Europejskiej, Zagadnienia systemowe..., s. 233 i n.

²¹ Por. H.-J. Schütz, Th. Brumba, D. König, Casebook Europarecht, München 2004, s. 687.

Stosowane pojęcia są interpretowane szeroko: ciouzi u wazljane javuozna nstavdazace djatalnost gospodarcza w celu osiagniecia zysku – spółki prawa cywilnego i handlowego, również jednostki nie posiadające osobowości prawnej spadają pod art. 48 akapit drugi TWE; pojęcie „osób prawa publicznego” obejmuje przedsiębiorstwa publiczne (zorganizowane jako spółki prawa prywatnego), korporacje, zakłady prawa publicznego oraz gminy, części składowe państw federalnych (landy) i same państwo, jeśli prowadzą one działalność gospodarczą w formie niesamodzielnych przedsiębiorstw²².

Warunkiem korzystania przez nie ze swobody przedsiębiorczości jest przynależność do WE. Art. 48 akapit pierwszy TWE odwołuje się w tym przypadku do dwóch przesłanek (zastępujących łącznik obywatelstwa, miarodajny w odniesieniu do osób fizycznych).

Po pierwsze – do „założenia zgodnie z ustawodawstwem Państwa Członkowskiego”. ETS w sprawie 81/87 Daily Mail²³ podkreślił, że należy brać pod uwagę, iż w przeciwieństwie do osób fizycznych spółki w rozumieniu obecnego art. 48 TWE są tworem prawa, a przy obecny stanie prawa wspólnotowego, są tworem prawa krajowego; mają więc one rację bytu jedynie na mocy różnych krajowych porządków prawnych, które określają ich istnienie i działanie (pkt 19 orzeczenia).

Orzeczenie ETS w sprawie 81/87 Daily Mail ma istotne znaczenie w odniesieniu do statusu spółek w kontekście swobody przedsiębiorczości. Sprawę wywołała firma brytyjska Daily Mail, która ze względów podatkowych postanowiła przenieść siedzibę z Wielkiej Brytanii do Holandii. Prawo brytyjskie dopuszczało taką możliwość, ale za zezwoleniem ministra finansów. Daily Mail natomiast uważała, że wystarczającą podstawę stanowi art. 52–58 (obecne art. 43–48) TWE, które przyznają osobom fizycznym oraz osobom prawnym – „jak osobom fizycznym” (art. 58 – obecny art. 48 TWE), a więc na równych zasadach – prawo przenoszenia się do innego państwa członkowskiego; motyw firmy nie mają przy tym żadnego znaczenia. Interweniujący w tej sprawie rząd brytyjski podkreślał, że celem przeniesienia siedziby Daily Mail nie jest prowadzenie działalności gospodarczej w rozumieniu art. 52 (obecny art. 43) TWE, lecz uniknięcie płacenia podatków. KE zwracała natomiast uwagę na różnicę w statusie osób fizycznych i prawnych podkreślając, że osoby prawne podlegają w tym przypadku prawu krajowemu odnośnego państwa członkowskiego. Jednocześnie jednak KE podkreślała, że nie byłoby zgodne z art. 52 (obecny art. 43) TWE przyznanie państwu członkowskiemu nieograniczonego prawa ograniczania firmie możliwości przeniesienia siedziby do innego państwa członkowskiego.

²² Patrz W.F. Roth, Swoboda prowadzenia działalności gospodarczej..., s. 429.

²³ Sprawa 81/87 Królowa v. Skarb JKM oraz Róborcy Podatków Wewnętrznych, ex parte Daily Mail, Zb. Orz. 1988, s. 5483; także: Orzecznictwo, s. 617 i n.

Po drugie – do posiadania „statutowej siedziby, zarządu lub głównego przedsiębiorstwa wewnątrz Wspólnoty (art. 48 akapit pierwszy TWE).

Sposób różnych możliwości powiązania przedsiębiorstwa z określonym państwem – **teoria powstania** (miarodajne jest państwo, według którego prawa utworzono przedsiębiorstwo), **teoria siedziby** (miarodajne jest państwo, w którym ma ono główną siedzibę – siedzibę statutową, czy zarządu głównego) i **teoria kontroli** (miarodajne jest państwo, którego obywatelstwo mają właściciele kapitału, umożliwiające kontrole nad przedsiębiorstwem), **TWE ustanawia jako kryterium przynależności przedsiębiorstwa do WE łącznik powstania i siedziby.**

Chodzi w tym przypadku o zagwarantowanie, aby przedsiębiorstwo miało jednoznaczne i mocne powiązanie z jednym z państw członkowskich UE, podobnie jak obywatelstwo, które stanowi tego rodzaju łącznik w odniesieniu do osób fizycznych. W sprawie C-330/91 (*Commerzbank*) ETS podkreślił, że kryterium siedziby w art. 48 akapit pierwszy TWE służy – podobnie jak obywatelstwo w przypadku osób fizycznych – do określenia przynależności przedsiębiorstwa do systemu prawnego danego państwa²⁴.

Przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 48 TWE mogą prowadzić działalność gospodarczą w ramach swobody przedsiębiorczości „jak osoby fizyczne”. Mogą one jednak podjąć **wtórna działalność gospodarczą** jedynie wówczas, gdy są „ustanowione na terytorium [...] Państwa Członkowskiego” (art. 43 akapit pierwszy TWE), tzn. ich **statutowa siedziba, siedziba zarządu głównego lub główne przedsiębiorstwo znajduje się na terytorium jednego z państw członkowskich** (chodzi o rzeczywisty i trwały związek z gospodarką danego państwa członkowskiego)²⁵. Jeśli prawo państwa członkowskiego WE dopuszcza ustanowienie na jego terytorium wtórnej działalności gospodarczej przez przedsiębiorstwo przynależne do państwa trzeciego (nie będącego państwem członkowskim WE), to fakcie „przedsiębiorstwo wtórne” nie będzie mogło **prowadzić dalszej działalności wtórnej w pozostałych państwach członkowskich** (nie jest „ustanowione” w państwie członkowskim). Natomiast tzw. przedsiębiorstwa zależne (zależne jedynie ekonomicznie od przedsiębiorstwa przynależnego do państwa trzeciego) mogą podjąć wtórna działalność gospodarczą.

Powołane wyżej orzeczenie w sprawie *Daily Mail* wyłączało spod swobody przedsiębiorczości kwestię przenoszenia siedziby przez spółki z jednego państwa członkowskiego do drugiego, podporządkowując tę kwestię regulacji prawa krajowego. ETS stwierdził w tym orzeczeniu, iż problem ten powinien regulować umowy między państwami członkowskimi. Ponieważ umowy takie nie zostały zawarte, art. 52 (obecny art. 43) i art. 58 (obecny art. 48) TWE należy interpretować w ten sposób, iż nie dają one na gruncie obowiązującego prawa wspólnotowego spółce za-

soncją stosownie do prawa krajowego państwa członkowskiego prawa do przeniesienia swojej siedziby do innego państwa członkowskiego. Stanowisko to jest oceniane w literaturze naukowej krytycznie (por. dalej)²⁶.

4. Zakaz dyskryminacji i zakres zakazu ograniczeń

Z postanowień art. 43 TWE jednoznacznie wynika zakaz dyskryminacji w ramach swobody przedsiębiorczości (swoboda przedsiębiorczości obejmuje prowadzenie działalności „na warunkach określonych przez ustawodawstwo Państwa przyjmującego dla własnych obywateli” – art. 43 akapit drugi TWE), możliwość odwołania ograniczeń i ich ewentualnego zakresu jest natomiast przedmiotem powersji.

4.1 Zakaz dyskryminacji

Z dyskryminacji w art. 43 TWE jest ujmowany szeroko, w szczególności, ogólnie on zakaz dyskryminacji bezpośredniej i pośredniej (a więc także środki krajowy – z pozoru neutralny – faktycznie prowadzi do takich skutków następstw co dyskryminacja wobec obywateli innych państw członkowskich).

W sprawie C-101/94 KE v. *Republika Włoska*²⁷ (sprawa maklera papierów wartościowych) KE zarzuciła Republice Włoskiej niezgodność z art. 52 (obecny art. 43) TWE włoskiej ustawy nr 1 z 2 stycznia 1991 r. (art. 3 ust. 2) o regulacji działalności maklera papierów wartościowych, która dopuszczała obok banków również spółki do takiej działalności, jednak pod warunkiem posiadania stałej siedziby we Włoszech. ETS potwierdził, iż korzystanie ze swobody przedsiębiorczości wymaga warunkom określonym przez ustawodawstwo państwa przyjmującego dla własnych obywateli. Jeżeli więc podjęcie lub wykonywanie specyficznej działalności podlega takim warunkom, to również obywatel innego państwa członkowskiego, który chciałby tego rodzaju działalność wykonywać, musi warunki te zaszanować. Niemniej jednak – podkreślił ETS – art. 52 (obecny art. 43) TWE – ustanawiający swobodę przedsiębiorczości, należy do podstawowych przepisów WE. W tego szczególnym zadaniem jest zagwarantowanie korzyści, wynikających zaktowania narodowego każdemu obywatelowi państwa członkowskiego, który w innym państwie członkowskim zamierza prowadzić działalność gospodarczą – czy to na własny rachunek, czy to zakładając przedsiębiorstwo. „Artykuł ten zawiera wszelkiej dyskryminacji obywateli innych Państw Członkowskich, w szczególności zakazania on wydawania wszelkich przepisów krajowo-

²⁴ Zb. Orz. 1993, s. I-4017.

²⁵ Tak w Ogólnym programie w sprawie zniesienia ograniczeń swobody przedsiębiorczości (rozdział I). Dz.Urz. WE 1962, s. 36.

²⁶ Ogólnie w rozdziale 3 w części III niniejszej książki.

²⁷ Sprawa C-101/94 KE v. *Republika Włoska* (sprawa maklera papierów wartościowych), Dz.Urz. 1996, s. 2694.