

Dariusz Adamski

Swoboda świadczenia usług na tle konstrukcji rynku wewnętrznego Wspólnoty Europejskiej. Część 1 : "Modus faciendi" oraz struktura wewnętrzna swobody

Kwartalnik Prawa Publicznego 2/4, 7-50

2002

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

*Dariusz Adamski**

SWOBODA ŚWIADCZENIA USŁUG NA TLE KONSTRUKCJI RYNKU WEWNĘTRZNEGO WSPÓLNOTY EUROPEJSKIEJ

CZEŚĆ I: MODUS FACIENDI ORAZ STRUKTURA WEWNĘTRZNA SWOBODY

1. WPROWADZENIE

Od lipca 1987 r., kiedy wszedł w życie Jednolity Akt Europejski nowelizujący Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (dalej: traktat)¹, do wspólnotowego prawa pierwotnego wprowadzone zostało pojęcie rynku wewnętrznego. Zgodnie z art. 14 [7a] § 2² traktatu obejmuje on „obszar bez granic wewnętrznych, na którym zagwarantowany będzie swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału zgodnie z postanowieniami niniejszego Traktatu”.

W tekście omawianego przepisu użyto pojęcia „swobodny” (ang.: *free*). Powstaje zatem pytanie, co owa swoboda oznacza, a także jak

* Mgr Dariusz Adamski – doktorant w Katedrze Prawa Międzynarodowego i Europejskiego, Uniwersytet Wrocławski

¹ Mówiąc ściślej zmiany wprowadzone zostały do podpisanego w roku 1957 Traktatu Rzymskiego ustanawiającego Europejską Wspólnotę Gospodarczą (dalej: EWG), która Traktatem z Maastricht z roku 1992 przemianowana została na Wspólnotę Europejską.

² Przy pierwszym powołaniu numeru artykułu autor uwzględnia zarówno numerację po zmianach dokonanych Traktatem Amsterdamskim, jak i poprzednią, przy kolejnych natomiast tylko aktualną.

należy ustosunkować się do tworzenia przez państwa członkowskie ograniczeń w zarówno międzypaństwowej, jak i wewnątrz krajowej wymianie usług. Których z ograniczeń swoboda traktatowa nie wyklucza i dlaczego?

Temu właśnie poświęcone jest niniejsze opracowanie.

Antycypując dalsze rozważania wskazać można już teraz, że, zwłaszcza w ujęciu Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich (dalej: Trybunału), swoboda świadczenia usług nie ma charakteru bezwzględnego³. Prawo wspólnotowe nie zakazuje zatem całkowicie ustanawiania przez członków Unii Europejskiej (dalej: Unii) jakichkolwiek restrykcji w obrocie usługami.

Z drugiej jednak strony chroniony obszar wykracza poza zakres normy drugiego ustępu art. 12 [6] traktatu – zgodnie z którym wszelka forma dyskryminacji ze względu na przynależność państwową jest zakazana. Może zdarzyć się bowiem i tak, że niedopuszczalne będą ograniczenia, które nie mają charakteru dyskryminującego ze względu na przynależność państwową.

Wątek ten rozwinięty zostanie w dalszej części pracy, tutaj wskazać natomiast należy, że podstawa prawna do rozszerzenia swobody świadczenia usług ponad zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową zawarta jest w tym samym art. 12 [6] traktatu.

Stwierdza on mianowicie, iż zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową uwzględniać ma, po pierwsze, ramy stosowania traktatu⁴, a po drugie, „zastosowanie jakichkolwiek szczególnych postanowień w nim zawartych”. Tego ostatniego zagadnienia dotyczą dalsze rozważania, przy czym prowadzone będą one w kontekście aspektu materialnego swobody świadczenia usług, a więc stworzonych przez nią praw i obowiązków.

³ Stąd w języku polskim najtrafniejszym określeniem stanu prawnego po uwzględnieniu wszelkich dopuszczalnych ograniczeń wydaje się być właśnie „swoboda przepływu”, gdyż semantyka wyrazu „swoboda” uwzględnia istnienie limitujących ją czynników. Alternatywna „wolność przepływu” odnosi się natomiast do pewnego postulowanego stanu celowego, zasady ogólnej o charakterze abstrakcyjnym, używana będzie zatem w kontekście regulacji przed uwzględnieniem jakichkolwiek ograniczeń stanowiących swego rodzaju odstępstwo od reguły.

⁴ Wskazana norma wydaje się nie mieć istotnego znaczenia, powtarza bowiem jedynie postanowienie art. 5 [3b] § 1 traktatu, statuujące zasadę kompetencji powierzonych, zgodnie z którym Wspólnota działa w ramach uprawnień przyznanych jej traktatem i celów w nim wyznaczonych. Szerzej na ten temat C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki*, Warszawa 2000, s. 271 i n.

Sama regulacja materialnoprawna dotyczy dwóch kwestii. Po pierwsze, określa, co należy rozumieć pod pojęciem każdego ze swobodnie przepływających czynników mających związek z produkcją, a po drugie, determinuje, jak daleko sięga swoboda przepływu i co należy przez nią rozumieć.

Pierwszy ze wskazanych aspektów – mający charakter horyzontalny – determinuje „szerokość” rynku wewnętrznego, mówi, jakie sfery aktywności podlegają ochronie, a jakie są spod niej wyłączone. Chodzi zatem o to, co w rozumieniu traktatu stanowi towar, co osobę, usługę, czy kapitał, a także jak należy rozumieć, objęte również swobodą przepływu, płatności.

Drugi natomiast – wertykalny – wskazuje bardziej, jaka jest „głębokość” rynku wewnętrznego – to znaczy jak bardzo swobodnie przepływać mogą na nim środki produkcji. Innymi słowy, takie spojrzenie pozwala określić, co oznacza zniesienie granic pomiędzy państwami członkowskimi i jakie skutki są z tym powiązane.

Uczynione rozróżnienie ma charakter metodologiczny i uzyskuje swoje odzwierciedlenie w niniejszej pracy. Poniżej omówiona zostanie bowiem „głębokość” rynku wewnętrznego w sferze usług. Analizie nie zostaną natomiast poddane zagadnienia horyzontalne, czyli to, czym jest przedmiot omawianej swobody⁵.

W sferze zainteresowania znajdują się mechanizmy determinujące kształt tytułowej tematyki, bez odnoszenia jej wszakże do innych filarów rynku wewnętrznego. Uwaga skupiona zostanie zatem na skali mikro omawianej problematyki – strukturze wewnętrznej i zależnościach pomiędzy tworzącymi ją elementami.

Dla prawidłowego zrozumienia czynników determinujących jej kształt absolutnie konieczne jest jednak również przeprowadzenie analizy makro, czyli nakreślenie miejsca swobody świadczenia usług pomiędzy innymi składnikami rynku wewnętrznego. Dopiero bowiem spojrzenie z dalszej perspektywy pozwala określić jej pozycję, zakres i znaczenie.

Pełne przedstawienie obrazu tytułowej swobody wymaga również wskazania, w jaki sposób jest ona urzeczywistniana. Kwestia ta rzutować będzie na całość prowadzonych wywodów, omówiona zostanie więc w pierwszej kolejności.

⁵ Problematyka ta omówiona została [w:] D. Adamski, *Pojęcie usługi w systemie prawa rynku wewnętrznego Wspólnoty Europejskiej*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2002, nr 1–2, s. 9–43.

2. MODUS FACIENDI PRZEPISÓW WSPÓLNOTOWYCH

Analizując sposób, w jaki realizowana ma być swoboda świadczenia usług, zwróćmy najpierw uwagę na pierwszą część art. 49 akapit 1 traktatu, który nakazuje interpretować zakaz stosowania ograniczeń przez pryzmat postanowień następujących po nim, wśród których trzy są tutaj zwłaszcza istotne.

Pierwszym jest wspólny dla harmonizacji w ramach całego rynku wewnętrznego art. 95[100a] traktatu. Na jego podstawie Rada Unii Europejskiej (dalej: Rada) wraz z Parlamentem Europejskim uchylać mogą przepisy mające na celu zbliżanie tych ustaw, rozporządzeń i aktów administracyjnych państw członkowskich, których celem jest ustanowienie i funkcjonowanie rynku wewnętrznego. Drugi z kolei to art. 52[63] przyznający Radzie uprawnienie do wydawania dyrektyw liberalizujących świadczenie poszczególnych kategorii usług. Nadmienić warto, iż przepis ten został zmodyfikowany przez Traktat Amsterdamski w porównaniu z pierwotną wersją traktatu EWG. Wcześniej stanowił podstawę aktów prawa wtórnego dotyczących znoszenia ograniczeń w przepływie wszelkich ich rodzajów, a obecnie odnosi się do poszczególnych kategorii usług. Trzecim przepisem istotnym dla sposobu działania swobody świadczenia usług jest art. 55 [66] traktatu, odsyłający do odnośnych postanowień w sferze ustanowienia działalności gospodarczej. Wśród tych ostatnich wymienić należy art. 44 [54]⁶ i 47 [57].

Wskazane normy rodzić mogą dwie istotne wątpliwości.

Pierwsza z nich dotyczy tego, czy sam art. 49 może być podstawą roszczeń podmiotów nim objętych wówczas, gdy szczegółowe dyrektywy nie zostały wydane, a więc czy ma on skutek bezpośredni.

Druga odnosi się do sytuacji, gdy owe dyrektywy zostały uchwalone i sprowadza się do określenia charakteru prawnego ich relacji z art. 49⁷ traktatu.

⁶ Przepis ten nie stanowi podstawy aktów prawa wtórnego, w swojej istocie jest bowiem identyczny z postanowieniami art. 52 traktatu.

⁷ Odnośna legislacja wtórna jest rozbudowana, a jej prezentacja wychodzi znacznie poza ramy niniejszego opracowania. Skrótowe omówienie jej aktualnego stanu zamieszczone jest na stronie <http://europa.eu.int/scadplus/leg/en/s70002.htm>, a odsłania do wszystkich obowiązujących aktów prawnych z tej dziedziny zamieszczono na stronie http://europa.eu.int/eur-lex/en/lif/ind/en_analytical_index_06.html. Por. też *Law of the European Communities*, pod red. D. Vaughana, London 1986, część II, s. 493–

Odpowiedź na pierwszą wątpliwość wynika z brzmienia pierwotnej wersji podpisanego w 1957 roku Traktatu ustanawiającego EWG, sprzed zmian dokonanych w nim Traktatem Amsterdamskim z roku 1997. Otóż zawierał on w art. 49 (wówczas art. 59) postanowienie, iż ograniczenia w swobodnym świadczeniu usług znoszone będą stopniowo w ciągu okresu przejściowego (a zatem do końca roku 1969). Na podstawie owego przepisu Trybunał orzekł, iż art. 49 zawiera normy wystarczająco jasne i precyzyjne, by wywoływały skutek bezpośredni⁸, a podjęcie przez Wspólnotę w tym zakresie działań harmonizujących lub koordynujących, choć dopuszczalne, nie jest konieczne⁹. Innymi słowy, po upływie okresu przejściowego, przyznane zostały jednostkom pewne prawa, które chronione mają być przez sądy krajowe¹⁰, a państwa nie mogą uzależniać ich uznania od zapewnienia wzajemności przez innych członków Unii¹¹. Wskazana zasada doznaje wszakże wyjątku w przypadku zawodów medycznych i pokrewnych oraz farmaceutycznych, w stosunku do których art. 47[57] § 3 traktatu stanowi, że stopniowe znoszenie ograniczeń zależy od koordynacji warunków ich wykonywania w różnych państwach członkowskich¹².

Co do drugiej wątpliwości, Trybunał stwierdził, iż odnośne dyrektywy realizować mają dwa cele. Pierwszy ma charakter gwarancyjny i wyraża nakaz usunięcia przeszkód w swobodnym świadczeniu usług. Drugi natomiast ma zapewnić efektywność ustanowionej swobodzie w porządkach prawnych państw członkowskich, zwłaszcza poprzez wzajemne uznanie tytułów zawodowych i koordynację postanowień dotyczących prowadzenia działalności na zasadzie samozatrudnienia¹³. In-

–499; K.-D. Borchardt, *Swobodny przepływ osób i usług we Wspólnocie Europejskiej*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1994, nr 4, s. 624–631; D. Lasok, *Zarys Prawa Unii Europejskiej, część druga: prawo gospodarcze*, Toruń 1998, s. 152–158.

⁸ Sprawy: 33/74 *van Binsbergen* [1974] ECR 1299, § 23; 279/80 *Webb* [1981] ECR 3305, § 13; C–224/97 *Ciola* [1999] ECR I–2517, § 27 oraz zwłaszcza połączone sprawy 110/78 i 111/78 *Follachio i Wesemael* [1979] ECR 35, § 2 sentencji. Co do sposobu pojmowania przez Trybunał wskazanej zasady w kontekście licencjonowania por. sprawa 186/87 *Cowan* [1989] ECR 195, § 11. Nie wydaje się zatem zasadna uwaga zawarta w K.-D. Borchardt, op. cit. w przyp. 7, s. 584, iż „kształtowanie zasad swobody osiedlania się i swobody świadczenia usług następuje odpowiednio tylko poprzez uchwalanie dyrektyw”.

⁹ Sprawa 205/84 *Komisja v. RFN* [1986] ECR 3755, § 25.

¹⁰ Sprawa 36/74 *Walrave* [1974] ECR 1405, § 34.

¹¹ Sprawy: 168/85 *Komisja v. Włochy* [1986] ECR 2945, § 16.I; 186/87 *Cowan* [1989] ECR 195, § 20; 58/90 *Komisja v. Włochy* [1991] ECR I–4193, § 10; C–20/92 *Hubbard* [1993] ECR I–3777, § 17.

¹² Sprawa 136/78 *Auer* [1979] ECR 437 § 19 i n.

¹³ Sprawa 33/74 *van Binsbergen* [1974] ECR 1299, § 21, a także orzeczenie w sprawie 2/74 *Reyners* [1974] ECR 631, § 21. Zwrócić należy również uwagę na to,

nymi słowy omawiane dyrektywy godzić mają ideę wolności świadczenia usług ze stosowaniem reguł zawodowych dotyczących organizacji, kwalifikacji, etyki, nadzoru nad działalnością i odpowiedzialnością usługodawców¹⁴, koniecznych dla realizacji dobra publicznego. Z założenia mają one więc wykonywać ogólną normę art. 49, a zwłaszcza uszczegóławiać jej zakres¹⁵.

3. ZAKRES PODMIOTOWY SWOBODY

3.1. UPRAWNIENI

Artykuł 49[59] traktatu stanowi w akapicie pierwszym, iż „w ramach podanych niżej postanowień, ograniczenia w swobodnym świadczeniu usług na terenie Wspólnoty będą zakazane w stosunku do przynależnych (ang.: „nationals”) państw członkowskich, umocowanych (ang.: „established”) w innym kraju Wspólnoty niż państwo osoby, dla której świadczona ma być usługa.

Literalne brzmienie wskazuje na uznanie za uprawnionych jedynie usługodawców. Tak też ich zakres rozumiany był początkowo przez Trybunał¹⁶. Zmiany w tym zakresie przyniosło orzecznictwo dotyczące uprawnień osób podróżujących za granicę jako turyści, odbiorcy usług edukacyjnych, medycznych lub świadczonych podczas podróży w interesach¹⁷.

Z zacytowanego postanowienia wynika także, iż zakres podmiotowy omawianej swobody obejmuje co do zasady wyłącznie przynależnych Unii. Rada nie skorzystała bowiem do chwili obecnej z przewi-

iż według art. 52 [63] traktatu, przed zmianami dokonanymi Traktatem Amsterdamskim, omawiane dyrektywy służyć miały wprowadzaniu w życie programu ogólnego przewidzianego w § 1 tego artykułu. Analiza owego Programu – General Programme for the removal of restrictions on the freedom to provide services, O.J. Spec. Ed., 1962, z interesującymi odniesieniami do analogicznego programu w sferze ustanowienia działalności gospodarczej zawarta jest w F. Burrows, *Free Movement in European Community Law*, Oxford 1987, s. 221–232 i w D. Vaughan, op. cit., w przyp. 7, s. 485.

¹⁴ Sprawa 71/76 *Thieffry* [1977] ECR 765, § 12.

¹⁵ Na charakter omawianych dyrektyw jako środków kreujących liberalizację, a nie po niej postępujących wskazuje natomiast nie uchylony do dzisiaj art. 53[64] traktatu. Trybunał nie analizował jednak tego przepisu w kontekście skutku bezpośredniego art. 49.

¹⁶ Wskazują na to P. J. G. Kapteyn i P. VerLoren van Themaat, *Introduction to the Law of the European Communities*, London–The Hague–Boston 1998, s. 752, orzecznictwo w przyp. 1073.

¹⁷ *Ibidem*, ze stosownym orzecznictwem powołanym w przyp. 1074.

dzianego dla niej w akapicie drugim art. 49[59] prawa do rozszerzenia kręgu podmiotów uprawnionych omawianą swobodą na przynależnych państw trzecich.

Ze swobody świadczenia usług skorzystać zatem mogą, po pierwsze, obywatele któregoś z państw członkowskich. Po drugie zaś, spółki i firmy (ang. *companies, firms*), w rozumieniu art. 48[58] § 2 traktatu, o ile mają miejsce ustanowienia we Wspólnocie. Ustanowienie z kolei oznacza utworzenie zgodnie z ustawodawstwem jednego z państw członkowskich i posiadanie siedziby, administracji centralnej lub głównego zakładu na obszarze Wspólnoty. Starsze orzecznictwo Trybunału wskazuje przy tym, że najbardziej zbliżonym do kwalifikacji obywatelstwa jest, w przypadku innych niż osoby fizyczne podmiotów prawa, miejsce ich siedziby (ang. *registered office*)¹⁸, nowsze bazuje natomiast na kryterium wspólnego ustanowienia (ang. *corporate seat*)¹⁹.

Jedyny istotny wyjątek od zasady, iż tylko przynależni państw członkowskich mogą korzystać z tytułowej swobody, dotyczy usług bankowych i ubezpieczeniowych, związanych z przepływem kapitału. Zgodnie z regulacją art. 51[61] § 2 traktatu ich swoboda zharmonizowana być powinna ze stopniem liberalizacji przepływu kapitału. Zgodnie natomiast z art. 56[73b] § 1 traktatu znoszone mają być nie tylko ograniczenia przepływu kapitału pomiędzy państwami członkowskimi, ale także między nimi a krajami trzecimi.

Niewątpliwie wskazane postanowienia zaważyły na rozstrzygnięciu w sprawie *Svensson i Gustavsson*²⁰. Dotyczyło ono luksemburskiej legislacji, która uzależniała dotacje do kredytu mieszkaniowego od wymogu, by ów kredyt był uzyskany od instytucji zatwierdzonej przez Luksemburg. Trybunał orzekł, że odnośne przepisy sprzeczne są z traktatem.

Istotny jest jednak stan faktyczny sprawy. Dotacji do kredytu zaciągniętego w banku belgijskim odmówiono obywatelom szwedzkim

¹⁸ Por. np. sprawa 270/83 *Komisja v. Francja* [1986] ECR 273, § 18.

¹⁹ Por. połączone sprawy C-397/98 i C-410/98, *Metallgesellschaft Ltd. i inni oraz Hoechst AG i Hoechst (UK) Ltd.* [2001] ECR I-1727, a także sprawa C-264/96 *ICI* [1998] ECR I-4695, § 20 wraz z powołanym tam orzecznictwem, które przywołuje na myśl tezę orzeczenia w sprawie C-221/89 *Factortame* [1991] ECR I-3905, § 20 – „zasada ustanowienia działalności gospodarczej wyrażona w art. 52 i nast. traktatu odnosi się do rzeczywistego prowadzenia działalności poprzez stałą placówkę w innym państwie członkowskim, ustanowioną na nieoznaczony okres czasu”. Por. także J. Stuyck w nawiązującej do legislacji dotyczącej usług telewizyjnych głosie dołączonych spraw C-34/95, 35/95 i 36/95 *De Agostini i TV-Shop* [1997] ECR I-3843 – „Common Market Law Review” (dalej: CMLRev.) 1997, nr 34, s. 1458–1460.

²⁰ Sprawa C-484/93 [1995] ECR I-3955.

– dzieciom państwa Svensson – Gustavsson. To jednak nie bank był powodem w postępowaniu przed sądem krajowym. Powództwo wytoczyli kredytobiorcy, choć Szwecja, w chwili wnoszenia pytania prejudycjalnego do Trybunału, nie należała do Unii. Rozstrzygnięcie Trybunału, zapadłe zresztą wbrew opinii rzecznika generalnego Elmera, który odmawiał dopuszczalności powoływania się przez obywateli państw trzecich na prawo wspólnotowe, oznaczać może więc zgodę na objęcie swobodą świadczenia usług osób nie będących przynależnymi członka Unii.

Stan faktyczny omawianej sprawy wydaje się jednak mieć charakter wyjątkowy. Pytanie prejudycjalne, zadane przez sąd luksemburski, odnosiło się do nieobowiązujących już w chwili jego przedstawiania art. 67 i 71 traktatu EWG. W konsekwencji Trybunał, związany granicami pytania, nadał postanowieniom pozbawionym w chwili wyrokowania mocy prawnej znaczenie odpowiadające stanowi aktualnemu. Ponadto, w dniu wydania orzeczenia przez Trybunał, Szwecja wchodziła już w poczet państw członkowskich Unii. Zwraca się także uwagę²¹ na to, iż zapadłe w sprawie rozstrzygnięcie usprawiedliwione jest zwłaszcza przez fakt jawnie dyskryminującego charakteru luksemburskiej legislacji, która ewidentnie utrudniała przepływ usług oraz kapitału²².

Dodać należy przy tym, iż wśród doktryny istnieje rozpowszechniony pogląd, jakoby wymóg przynależności państwowej członka Unii dotyczył jedynie usługodawców, a w konsekwencji by swoboda świadczenia usług w stosunku do usługobiorców była zapewniona również wówczas, gdy są oni obywatelami państwa trzeciego²³. Wnioskowanie takie

²¹ V. Hatzopoulos, *Recent developments of the case law of the ECJ in the field of services*, CMLRev. 2000, nr 37, s. 58–59.

²² Na marginesie zwrócić należy uwagę na ciekawą uwagę autora – ibidem, s. 60, który, na kanwie rozpatrywanego rozstrzygnięcia oraz innych, nieco mniej przekonujących – C–118/96 *Safir* [1998] ECR I–1897 i C–158/96 *Kohll* [1998] ECR I–1931 – dochodzi do wniosku, że zauważyć można w orzecznictwie Trybunału odejście od zasady swobody świadczenia usług na rzecz swobody ich przepływu.

²³ Por. np. W.-H. Roth [w:] M. A. Dausen, *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, Warszawa 1999, s. 452, nb. 99; G. Druesen, *Prawo materialne i polityki Wspólnot i Unii Europejskiej*, Warszawa 1996, s. 143 nb. 97, chociaż inaczej na s. 148, nb. 105 akapit 2 *in fine*; K. Lenaerts, P. van Nuffel, *Podstawy prawa europejskiego*, Warszawa 1998, s. 121, nb 193, wiersz 3 i 4; F. Emmert, M. Morawiecki, *Prawo europejskie*, Warszawa–Wrocław 1999, s. 364, nb. 26, z błędnym rozszerzeniem owej swobody nawet na usługodawców z państwa trzeciego, P. J. G. Kapteyn, P. VerLoren, op. cit. w przyp. 16, s. 751, gdzie z odwołaniem do sprawy greckich przewodników turystycznych – C–198/89 [1991] ECR I–727 swoboda świadczenia usług rozciągnięta została na odbiorców usług będących przynależnymi państwa spoza EU, jeżeli są oni umocowani na terenie państwa członkowskiego. Inaczej wszakże K.-D. Borchardt, op. cit. w przyp. 7, s. 621.

oparte może być na wykładni części IX Ogólnego Programu dotyczącego zaniechania ograniczeń w zakresie swobodnego przepływu usług²⁴.

Wydaje się wszakże, iż, oprócz dość jednoznacznego brzmienia art. 49 traktatu, również orzecznictwo i prawo wtórne nakazują przyjąć tezę odmienną. Mianowicie dyrektywa nr 73/148/EWG dotycząca zakazu restrykcji w zakresie przejazdu i pobytu przynależnych państw członkowskich w odniesieniu do ustanowienia działalności gospodarczej i świadczenia usług²⁵ stwierdza, że restrykcje w przepływie usługobiorców udających się do innego państwa członkowskiego znoszone powinny być w stosunku do przynależnych państw członkowskich (art. 1 lit. b). Innymi słowy, obywatel państwa trzeciego pozbawiony jest uprawnienia do odbioru usługi, trudno zatem przyjąć, by korzystać on mógł ze swobody ich świadczenia. Zmiany w tej materii wnieść może (po uchwaleniu) dyrektywa dotycząca prawa obywateli Unii Europejskiej i ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i przebywania na terytorium państw członkowskich²⁶, gdyż posługuje się ona pojęciem pobytu (ang. *residence*), zakotwicząc je w konstrukcji rynku wewnętrznego²⁷.

Nawet wówczas za wykluczeniem możliwości korzystania przez obywateli państw trzecich z przywilejów związanych ze swobodami rynku wewnętrznego przemawiać będzie jednak orzecznictwo, zwłaszcza w sprawie *Flaminio Costa*²⁸, gdzie Trybunał uznał, że prawo wspólnotowe wiąże przynależnych państw członkowskich (akapit 8 orzeczenia).

W pewnym, ograniczonym, zakresie ze swobody świadczenia usług korzystać mogą natomiast osoby nie będące obywatelami żadnego z państw członkowskich na podstawie art. 1 § 1 lit. c i d wskazanej wyżej dyrektywy nr 73/148/EWG. Tak zwane prawa towarzyszące swobodzie świadczenia usług (wjazdu, pobytu, wyjazdu z państwa członkowskiego) obejmują bowiem również wskazanych tam bliskich usługodawcy lub usługobiorcy, bez względu na ich przynależność państwową. Uprawnienia te mają jednak charakter jedynie akcydentalny wobec swobody traktatowej.

²⁴ Ang. *General Programme for the removal of restrictions on the freedom to provide services*, O.J. Spec. Ed., 1962.

²⁵ O.J. 1973, L 172/14.

²⁶ COM (2001) 257 z 23.5.2001 r., O.J. 2001, C 270/150, 25.9.2001 r., p. 150–160.

²⁷ Posługująca się analogicznym pojęciem zmodyfikowana propozycja dyrektywy dotyczącej prawa przynależnych z państw trzecich do przemieszczania się na terenie Wspólnoty – COM (1997) 106 z 20.3.1997 r., O.J. 1997, C 139/6, 6.5.1997 r., p. 6–14 wycofana została przez Komisję Europejską (dalej: Komisję), 11.12.2001 r.

²⁸ Sprawa 6/64 [1964] ECR 585; por. także sprawa 182/83 *Fearon* [1984] ECR 3677, § 8, i sprawa C–70/95 *Sodemare* [1997] ECR I–3395.

Pamiętajmy również, iż od 1.1.1994 r., kiedy weszło w życie Porozumienie o Europejskim Obszarze Gospodarczym (dalej: EOG), podpisane 2.5.1992 r. w Porto, swoboda świadczenia usług, w formie analogicznej do tej, która przewidziana została w traktacie, objęła również Lichtenstein, Islandię i Norwegię²⁹. Tym samym rynek wewnętrzny Wspólnoty rozszerzony został na te trzy kraje.

Liberalizacja przepływu usług w odniesieniu do podmiotów z państw trzecich ma także miejsce na gruncie umów międzynarodowych zawieranych przez Wspólnotę w ramach Światowej Organizacji Handlu – zwłaszcza Układu Ogólnego w sprawie Handlu Usługami stanowiącego załącznik 1B do Porozumienia ustanawiającego Światową Organizację Handlu, podpisanego w Marakeszu dnia 15.4.1994 r. W istocie liberalizacja ta przebiega jednak na innych zasadach niż obowiązujące na rynku wewnętrznym Wspólnoty Europejskiej, nie będzie więc tu bliżej analizowana³⁰.

Usługodawcę z usługobiorcą łączyć powinno zatem to, by żaden z nich nie był przynależnym państwa nie należącego do Unii.

Nie może natomiast łączyć ich miejsce umocowania w tym samym państwie członkowskim³¹.

Kategoria miejsca umocowania jest pojęciem szerokim i elastycznym. Obejmuje z jednej strony wskazaną już wcześniej przynależność państwową³², a z drugiej przesłanki o charakterze czasowym – pobyt osób fizycznych i wtórną działalność gospodarczą prowadzoną za pośrednictwem agencji, oddziałów lub filii w rozumieniu art. 43[52] § 2 traktatu³³. Warto też nadmienić, że zgodnie z tytułem I Ogólnego Programu dotyczącego zaniechania ograniczeń w zakresie swobodnego przepływu usług³⁴ usługodawca w każdym przypadku musi zachować związki ekonomiczne z przynajmniej jednym państwem członkowskim, choć

²⁹ Art. 36–39 EOG oraz aneksy IX–XI.

³⁰ Szerzej na temat prawnych powiązań rynku wewnętrznego z państwami innymi niż członkowskie por. P. Eeckhout, *The European Internal Market and International Trade – A Legal Analysis*, Oxford 1994.

³¹ Por. tzw. sprawy koasekuracyjne – 220/83 *Komisja v. Francja* [1986] ECR 3663, § 16; 252/83 *Komisja v. Dania* [1986] ECR 3713, § 16; 205/84 *Komisja v. Niemcy* [1986] ECR 3755, § 25; 206/84 *Komisja v. Irlandia* [1986] ECR 3817, § 16.

³² Por. sprawa 33/74 *van Binsbergen* [1974] ECR 1299, § 10; sprawa 39/75 *Coenen* [1975] ECR 1547, § 6; sprawa 168/85 *Komisja v. Włochy* [1986] ECR 2945, § 16.II i III.

³³ Tak zasadniczo wskazane wyżej orzeczenia w sprawach *van Binsbergen*, § 11; *Coenen*, § 7. Co do możliwych wariantów ustanowienia wtórnej działalności gospodarczej por. W.-H. Roth, op. cit. w przyp. 23, s. 420–421, nb. 22 i 23.

³⁴ Por. przyp. 24.

dopuszczalny jest brak owego powiązania wówczas, gdy ma to charakter wyłącznie czasowy. Istotne jest zatem nie tylko, czy na obszarze Wspólnoty umiejscowiona jest infrastruktura usługodawcy, ale też czy znajduje się tam faktyczny ośrodek jego działalności³⁵.

Nakaz umocowania usługodawcy w innym państwie członkowskim niż usługobiorca wynika z tego, iż jest to minimalny wymóg zastosowania w sprawie prawa wspólnotowego. Gdy stan faktyczny nie nosi cech transgraniczności – czyli we wszystkich aspektach zawiera się w ramach jednego państwa członkowskiego – wówczas nie podlega regulacji prawa wspólnotowego, a zatem również statuowanym przez nie swobodom.

Podkreśla się czasem, iż z art. 49 traktatu wynika głównie zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność narodową³⁶. Cytowany wcześniej art. 12 traktatu³⁷ ma jednak nie tylko węższy zakres przedmiotowy (o czym mowa dalej), ale także podmiotowy. W jego przypadku w pełni dopuszczalna jest bowiem tzw. dyskryminacja odwrotna, czyli przynależnych własnego państwa³⁸. Swoboda świadczenia usług rozumiana jest natomiast szczególnie szeroko właśnie na pograniczu sytuacji transgranicznych, regulowanych prawem wspólnotowym i tych, które są spod tej regulacji wyłączone, gdyż zawierają się całkowicie w ramach jednego państwa członkowskiego³⁹.

³⁵ Por. np. ciekawą argumentację, wskazującą na konieczność powiązania kryterium pobytu osoby fizycznej z ośrodkiem działalności gospodarczej wówczas, gdy nie są one tożsame [w:] F. Burrows, op. cit. w przyp. 13, s. 220 i 221, inaczej N. Półtorak, *Świadczenie usług a zakładanie przedsiębiorstw według prawa Wspólnot Europejskich*, „Państwo i Prawo” 1999, z. 4, s. 59.

³⁶ Tak rzecznik generalny Jacobs w opinii z 15.2.2001 r. do sprawy C-283/99 *Komisja v. Włochy*, § 20. Trybunał w rozstrzygnięciu nie odniósł się jednak do tego twierdzenia – por. [2001] I-4363.

³⁷ Dla jego szczegółowej wykładni por. połączone sprawy C-92/92 i C-326/92 *Collins i Leif* [1993] ECR I-5145, zwłaszcza § 29–35. Na związki art. 12 i 49 traktatu wskazano zwłaszcza w sprawach: 90/76 *van Ameyde* [1977] ECR 1091, § 27, C-45/93 *Komisja v. Hiszpania* [1994] ECR I-911, § 10, 63/86 *Komisja v. Włochy* [1988] ECR 29, § 12, gdzie postanowienia art. 43[52] i 49 zinterpretowane zostały jako nakazy traktowania narodowego. Por. także sprawa 58/90 *Komisja v. Włochy* [1991] ECR I-4193, § 9, sprawa C-41/90 *Höfner i Elser* [1991] ECR I-1979, zwłaszcza § 36 (Trybunał orzekł tu, że gdy środek zgodny jest z art. 49, wypełnia również normę art. 12).

³⁸ Sprawy te, jako nie mające charakteru transgranicznego, pozostają poza zakresem normowania prawa wspólnotowego – por. np. sprawa 44/84 *Hurd* [1986] ECR 29, § 55, a także S. Weatherill i P. Beaumont, *EC Law. The essential Guide to the legal workings of the European Community*, London 1995, s. 609–612, G. Druesne, op. cit. w przyp. 23, s. 139–140; W.-H. Roth, op. cit. w przyp. 23, s. 418–420, nb. 19 i 20.

³⁹ Por. w tym zakresie orzeczenia dotyczące spraw przewodników turystycznych – C-154/89 *Komisja v. Francja* [1991] ECR I-659, zwłaszcza § 9; C-198/89 *Komisja*



Z przedstawionych założeń wynika, iż uprawnieni ze swobody świadczenia usług mogą być umocowani w tym samym kraju, gdy są przynależnymi różnych państw członkowskich. Nie jest jednak wykluczone również obywatelstwo jednego państwa⁴⁰, wówczas jednak korzystający ze swobody muszą być w inny sposób umocowani w różnych państwach członkowskich, aby mogli zostać objęci normą art. 49. Ilustracją tego ostatniego stanu rzeczy jest sprawa *van Binsbergen*⁴¹, w której stwierdzono naruszenie przez Holandię art. 49 i 50[60] traktatu, gdyż odmówiła ona skarżącemu obywatelowi tego państwa, który przeniósł się ze swoją praktyką prawniczą do Belgii, prawa do wykonywania zawodu w Holandii, jako że nie miał tam już miejsca zamieszkania.

3.2. ZOBOWIĄZANI

Art. 49 traktatu nie stwierdza wprost, kto jest adresatem zakazu ingerencji w omawianą swobodę. Jednak z praktyki orzeczniczej Trybunału wynika, iż podmiotami tymi są w pierwszej kolejności władze publiczne⁴² – zwłaszcza państwowe lub lokalne⁴³. Z założenia bowiem to one stanowią normy dotyczące warunków prowadzenia aktywności zawodowej, na których podstawie władczo rozstrzyga się o prawach i obowiązkach uprawnionych ze swobody świadczenia usług. Także to władze publiczne z reguły powodują powstanie sytuacji nieco odmiennej – gdy ograniczenie wynika nie tyle z restrykcyjnego brzmienia przepisu, co jego tendencyjnej interpretacji⁴⁴.

Najczęściej przeszkody w swobodnym przepływie usług są tworzone przez to państwo, na którego obszarze ma ona być świadczona

v. Grecja [1991] ECR I-727, zwłaszcza § 9 i C-180/89 *Komisja v. Włochy* [1991] ECR I-709, zwłaszcza § 8, a także stan faktyczny sprawy C-412/93 *Leclerc* [1995] ECR I-179 lub sprawy C-292/92 *Hünernund* [1993] ECR I-6787. Co do niestosowalności swobód wspólnotowych do sytuacji pozbawionych wątku transgranicznego por. np. C-108/98 *RI.SAN. Srl* [1999] ECR I-5219, § 23.

⁴⁰ Sprawa 39/75 *Coenen* [1975] ECR 1547, § 2.

⁴¹ Sprawa 33/74 [1974] ECR 1299, § 10.

⁴² Na problem zakresu terytorialnego władzy publicznej wskazano pośrednio w sprawie C-55/93 *van Schaik* [1994] ECR I-4837, sentencja i § 16, gdzie niemożliwość jej wykonywania poza granicami kraju stała się przyczyną nie objęcia związanych z nią usług swobodą traktatową.

⁴³ Np. stan faktyczny sprawy 63/86 *Komisja v. Włochy* [1988] ECR 29, gdzie kwestionowane były nie tylko przepisy władz centralnych, ale również regionalnych wymienionych w § 1 orzeczenia.

⁴⁴ Szerzej W.-H. Roth, op. cit. w przyp. 23, s. 417, nb. 16 i 17.

(państwo przyjmujące, goszczące). W ten sposób stara się ono chronić „swoich” usługodawców. Wówczas zainteresowanym (w praktyce zwłaszcza usługodawcy) przysługiwać będzie uprawnienie do powołania prawa wspólnotowego przeciwko prawu wewnętrznemu.

Może się jednak zdarzyć i tak, że to kraj macierzysty usługodawcy ogranicza ową swobodę, uniemożliwiając świadczenie transgranicznych usług lub choćby ich oferowanie. Również w takim przypadku strony przeciwstawić mogą prawo wspólnotowe prawu wewnętrznemu. Ze względu na wątek transgraniczny stanu faktycznego władze nie będą mogły bowiem powoływać się na zasadę dopuszczalności dyskryminacji przynależnych własnego państwa⁴⁵.

Z kolei zachowania podmiotów prywatnych rządziej wnikają w sferę regulacji rynku wewnętrznego, skutkując częściej naruszeniem zasad konkurencji, zwłaszcza określonych w art. 81[85]–86[90] traktatu. Jeśli jednak ustalenie reguł wykonywania działalności powierzono podmiotowi prywatnemu (a państwo usankcjonowało je tak, jakby były one przez nie ustanowione), wówczas warunki te nie mogą w sposób sprzeczny z prawem wspólnotowym ograniczać przynależnym innym państw Unii swobody świadczenia usług.

Za przykład niech posłuży stan faktyczny sprawy *van Ameyde*⁴⁶, dotyczącej wspólnotowego systemu obowiązkowych ubezpieczeń posiadaczy pojazdów mechanicznych za szkody powstałe w związku z ruchem tych pojazdów zagranicą. Zgodnie z odnośną dyrektywą Rady – 72/166/EWG z 24.4.1972 r. (tzw. pierwszą dyrektywą ubezpieczeń komunikacyjnych)⁴⁷ jej cel – zniesienie na granicach kontroli ubezpieczenia komunikacyjnego poprzez wprowadzenie wspólnego systemu „zielonej karty” – osiągnięty mógł zostać na drodze porozumienia pomiędzy organizacjami zakładów ubezpieczeń, upoważnionymi do działania przez odnośne władze państwowe. Porozumienie takie zostało zawarte i określało, czy, i na jakich warunkach, podmioty trzecie mogą świadczyć na rzecz organizacji zakładów ubezpieczeń usługi związane z likwidacją szkód (wszakże bez upoważnienia do wypłaty odszkodowania). A zatem to organizacje prywatne rozstrzygały o wspólnym dla

⁴⁵ Por. np. zakaz udostępniania przestrzeni ogłoszeniowej na reklamę napojów alkoholowych w sytuacji, gdy miałyby być ona udostępniona reklamodawcy z innego państwa członkowskiego – sprawa C-405/98 *Gourmet International Products* [2001] ECR I-1795, § 35 i 37 wraz z powołanym tam orzecznictwem, a także sprawa C-70/95 *Sodemare* [1997] ECR I-3395, § 37.

⁴⁶ Sprawa 90/76 [1977] ECR 1091. Por. także omawianą szczegółowo w drugiej części rozprawy sprawa C-309/99 *Wouters i inni* [2002] ECR I-1577, § 120.

⁴⁷ O.J. 1974, L 87/14.

osób trzecich sposobie prowadzenia aktywności zawodowej. Ich działania wchodziły zatem w zakres norm rynku wewnętrznego (§ 28), choć, jako niedyskryminujące, były dopuszczalne (§ 29)⁴⁸.

Podkreślić należy przy tym, że to państwo członkowskie ponosi odpowiedzialność za naruszenie wspólnotowych reguł rynku wewnętrznego (o ile wynikają one z działania człowieka⁴⁹) nawet wówczas, gdy to nie ono podejmuje odnośne regulacje lub praktyki. Ma bowiem czuwać nad przestrzeganiem traktatu przez podmioty subnarodowe⁵⁰.

4. ZAKRES PRZEDMIOTU SWOBODY

4.1. OBSZAR WOLNOŚCI

Jak wskazano wcześniej, zakaz ograniczeń swobodnego świadczenia usług nie ma charakteru bezwzględny. W odniesieniu do zakresu podmiotowego wynika to wprost z brzmienia art. 49. Ograniczenia przedmiotowe mają natomiast charakter dużo bardziej skomplikowany. O ile bowiem prawo wspólnotowe w sposób pozytywny wskazuje, kto jest chroniony omawianą swobodą (mniej jednoznacznie określono, wobec kogo można się na nią powoływać), to zakres dopuszczalnych zachowań oznaczony został w sposób odwrotny – obejmuje on to, co nie jest zakazane prawem wspólnotowym. Aby zatem wyznaczyć zakres przedmiotowy swobody świadczenia usług, precyzyjnie należy wytyczyć sfery spod niej wyłączone.

Określmy w pierwszej kolejności ramy wolności, a więc pełnej swobody świadczenia usług, przechodząc później do uzasadnień istniejących ograniczeń.

Jak zostało wskazane wcześniej, art. 49 traktatu zawiera w sobie normę art. 12 statuującą zakaz dyskryminacji opartej na przynależności państwowej. Nie pozwala on także tworzyć jakichkolwiek innych regulacji dyskryminujących ze względu na to, że miejscem umocowania stron są różne państwa członkowskie.

Przynależność państwowa i umocowanie omówione zostały już wcześniej. Teraz odpowiedzieć należy na pytanie, czym jest według Trybunału dyskryminacja.

⁴⁸ Por. także sprawa 36/74 *Walrave* [1974] ECR 1405, § 17, sprawa 13/76 *Donà* [1976] ECR 1333, § 17.

⁴⁹ Sprawa 52/79 *Debaue* [1980] ECR 833, § 21.

⁵⁰ Por. sprawa 36/74 *Walrave* [1974] ECR 1405, § 18–20.

Otóż oznacza ona zastosowanie różnych zasad do zbliżonych sytuacji albo tych samych zasad do sytuacji różnych⁵¹. Konstrukcja teoretyczna jest zatem spójna i logiczna, ale w sposób prosty daje się odnieść tylko do najbardziej oczywistych stanów faktycznych.

I tak jeśli państwo wprost zastrzega dopuszczalność świadczenia określonej kategorii usług dla podmiotów umocowanych na jego terytorium, dopuszcza się najbardziej oczywistej formy dyskryminacji – bezpośredniej (*de iure*) – wprost opierając ograniczenie wyłącznie na rozróżnieniu o charakterze formalnym. Takie działanie oczywiście sprzeczne jest z prawem wspólnotowym i, jako takie, zakazane.

Trybunał wszakże podkreśla, iż dyskryminacja niedopuszczalna jest „w ogóle”⁵². Jego praktyka orzecznicza wskazała przy tym, że bazowanie na takiej konstrukcji nie zawsze zapobiega wątpliwościom, gdyż granica pomiędzy środkami dyskryminującymi a niedyskryminującymi „w ogóle” bywa problematyczna.

I tak traktat nie wyklucza uprawnień państwa do wprowadzania regulacji ograniczających swobodę świadczenia usług, o ile stosuje się je bez względu na miejsce umocowania⁵³. Nie oznacza to wszakże dopuszczalności dyskryminacji pośredniej (*de facto*⁵⁴, ukrytej⁵⁵), gdzie wprawdzie reguły stosuje się bez względu na miejsce umocowania, jednak, z uwagi na wątek transgraniczności, stany faktyczne go zawierające są w praktyce traktowane inaczej niż te, które mają charakter wyłącznie wewnątrzpaństwowy.

Zilustrujmy ten mechanizm przykładem. Posłużmy się rozstrzygnięciem w dwóch sprawach zakończonych jednym orzeczeniem – *Seco i Desquenne & Giral*⁵⁶. Skarżący byli przedsiębiorcami ustanowionymi zgodnie z prawem francuskim, którym zlecone zostały usługi budowla-

⁵¹ Sprawy: C-279/93 *Schumacker* [1995] ECR I-225, § 30; C-80/94 *Wielockx* [1995] ECR I-2493, § 17; C-390/96 *Lease Plan Luxembourg SA* [1998] ECR I-2553, § 34; C-391/97 *Gschwind* [1999] ECR I-5451, § 21.

⁵² Połączone sprawy 110/78 i 111/78 *Follachio i Wesemael* [1979] ECR 00035, § 27.

⁵³ Sprawa 52/79 *Debauve* [1980] ECR 833, § 13-16.

⁵⁴ Por. opinia rzecznika generalnego Albera z 9.7.2002 r. do sprawy C-435/00 *Geha Naftiliaki i inni*, § 38 oraz sprawa *Koestler* (15/78) [1978] ECR 1971, § 4 *in fine*. Zauważmy wszakże, iż restrykcji o charakterze faktycznym nie należy przeciwstawiać ograniczeniom *de iure*. Poza skrajnymi przypadkami (braku podstawy prawnej działania – z jednej strony i nie wcielania normy w życie – z drugiej) zawsze środki krajowe mają zarówno charakter *de iure*, jak i *de facto*. Różnica polega tylko na odmiennych sposobach rozłożenia akcentów pomiędzy tymi dwoma aspektami.

⁵⁵ Ang. „covert” – por. sprawa *Seco i Desquenne & Giral* powołana w następnym przypisie.

⁵⁶ Sprawy połączone 62 i 63/81 [1982] ECR 223.

ne na terenie Luksemburga. Zgodnie natomiast z prawem tego państwa zarobki zatrudnionych przy wykonaniu odnośnych prac pomniejszone musiały zostać o składkę na fundusz emerytalny i rentowy w Luksemburgu (część składki uiszczał pracodawca, część pracownik), pomimo że pracownicy ci nie byli ani obywatelami Luksemburga, ani nie mieli w nim miejsca zamieszkania. Ponadto, ze względu na relatywnie krótki okres wykonywania prac na terenie tego kraju, nie przysługiwałyby im tam w przeszłości wypłaty.

Oдноśne składki ustalone były jednak na poziomie identycznym z obowiązującymi obywateli Luksemburga i pobierane według takich samych zasad. Co więcej, zagraniczni pracownicy zwalniani mogli być z obowiązku uiszczania swojej części składki, jeśli jedynie czasowo przebywali na terenie Luksemburga. Dogodnością tą nie mogli być natomiast objęci w żadnym przypadku obywatele tego ostatniego, co już, zdaniem pozwanych, wywoływało niebezpieczeństwo preferowania pracowników zagranicznych.

Trybunał orzekł jednak, że to skarżący usługodawcy byli dyskryminowani, jako że w każdym przypadku musieli uiszczać część składki ubezpieczeniowej. Analogiczny obowiązek ciążył na nich w państwie macierzystym, a za dodatkowymi składkami nie szły dodatkowe świadczenia. Postanowienia prawa luksemburskiego stanowiły zatem jedynie środek zmniejszający rentowność działalności poszkodowanych i przez to ją utrudniający (§ 9). W konsekwencji, pomimo iż prawo wewnętrzne Luksemburga nie miało charakteru jawnie dyskryminującego (nie zakazywało ono wprost podmiotowi francuskiemu świadczenia usług w Luksemburgu), usługodawców dotknęła restrykcja. Choć wynikała z regulacji sprawiającej wrażenie neutralnej, w praktyce wywołała skutek dyskryminujący. Była zatem dyskryminacją ukrytą (§ 8)⁵⁷.

Zauważyć także warto, że nieuzasadnione obostrzenia w transgranicznym przepływie pracowników zatrudnionych przez usługodawcę stanowią ograniczenie w świadczeniu usług i oceniane są na podstawie tych przepisów, a nie norm odnoszących się do swobody przepływu pracowników. Celem uprawnionych jest bowiem wykonanie usługi a nie udział siły roboczej w rynku pracy państwa przyjmującego⁵⁸.

⁵⁷ Por. także sprawy: 3/88 *Komisja v. Włochy* [1989] ECR 4035, § 8 i C-360/89 *Komisja v. Włochy* [1992] ECR I-3401, § 11.

⁵⁸ Por. sprawa C-113/89 *Rush Portuguesa* [1990] ECR I-1417, § 16 i 19. Sąd omawianą swobodą objęty jest także przepływ pracowników spoza Wspólnoty – por. sprawa C-43/93 *Vander Elst* [1994] ECR I-3803, zwłaszcza § 21 i 22.

Dyskryminacja zakazana jest więc w jakiegokolwiek postaci – tak bezpośrednia, jak i pośrednia. Zauważa się w literaturze⁵⁹, iż pierwsza z owych dwóch kategorii obejmuje regulacje dotyczące wprost podejmowania lub prowadzenia działalności, druga natomiast ma ten sam efekt, jednak wpływa na działalność uprawnionego albo poprzez oddziaływanie na osobę z nim związaną – na przykład małżonka, zależnego od niego krewnego (w tym dziecko), czy też pracownika, albo poprzez stworzenie warunków i formalności, które, nie będąc bezpośrednio związane z prowadzeniem działalności zawodowej, utrudniają korzystanie z praw przyznanych traktatem lub do nich zniechęcają.

Jak bowiem stwierdził Trybunał, art. 59 i 60 traktatu wymagają zaniechania wszelkich ograniczeń, nawet jeżeli bez rozróżnienia odnoszą się one do usługodawców przynależnych danemu państwu i pochodzących z innych państw członkowskich, o ile te ograniczenia zakazują, utrudniają lub w inny sposób czynią mniej korzystnymi działania usługodawcy ustanowionego w innym kraju należącym do Unii, w którym świadczy on legalnie podobne usługi⁶⁰. Owa interpretacja, jakkolwiek najlepiej oddająca obecny stan rzeczy, wychodzi poza literalne brzmienie art. 50 *in fine* traktatu. Takie rozumienie swobody świadczenia usług wymagane wydaje się być jednak przez ideę rynku wewnętrznego dla osiągnięcia jego celów⁶¹.

Formuła zarysowująca kształt wolności świadczenia usług wskazuje, iż zakazane są środki czyniące działanie usługodawcy „mniej korzystnym”. Pozostawia jednak bez odpowiedzi pytanie, do sytuacji usługodawców którego państwa członkowskiego należy odnieść mniej lub bardziej korzystne środki – czy państwa macierzystego usługodawcy, czy też państwa przyjmującego. W tym pierwszym przypadku reguły

⁵⁹ D. Vaughan, op. cit. w przyp. 7, s. 487.

⁶⁰ Zwłaszcza: sprawy przewodników turystycznych – C-154/89 *Komisja v. Francja* [1991] ECR I-659 § 12; włoskich C-180/89 *Komisja v. Włochy* [1991] ECR I-709, § 15; C-198/89 *Komisja v. Grecja* [1991] ECR I-727, § 16; sprawa C-353/89 *Komisja v. Holandia* [1991] ECR I-4069, § 14; sprawa C-76/90 *Säger* [1991] ECR I-4221 § 12; sprawa C-17/92 *Distribuidores Cinematográficos* [1993] ECR I-2239, § 13; sprawa C-43/93 *Vander Elst* [1994] ECR I-3803, § 14; sprawa C-272/94 *Guiot* [1996] ECR I-1905, § 10; sprawa C-3/95 *Reisebüro Broede* [1996] ECR I-6511, § 25; sprawa C-398/95 *SETTG* [1997] ECR I-3091, § 16; sprawa C-222/95 *Parodi* [1997] ECR I-3899, § 18; sprawa C-266/96 *Corsica Ferries France* [1998] ECR I-3949, § 56; połączone sprawy C-369/96 i C-376/96 *Arblade i Leloup* [1999] ECR I-8453, § 33; sprawa C-58/98 *Corsten* [2000] ECR I-7919, § 33; sprawa C-205/99 *Analir* [2001] ECR I-1271, § 21.

⁶¹ Owe cele zawarte są w zacytowanym na wstępie art. 14 [7a] § 2 traktatu. Dla szerszego odniesienia idei rynku wewnętrznego do celów Wspólnoty Europejskiej por. również art. 2[2] traktatu w związku z jego art. 3[3] lit. c.

wspólnotowe oznaczałyby bowiem ciężenie w kierunku zakresu swobody świadczenia usług obowiązującej w państwie najbardziej liberalnym, w drugim natomiast – w kierunku szeroko pojętego zakazu dyskryminacji ze względu na pochodzenie usług.

Trybunał jednoznacznie opowiedział się za tym drugim rozwiązaniem. Wykluczone przez traktat „ograniczenia w swobodnym świadczeniu usług”⁶², oznaczają bowiem zakaz stosowania wobec świadczącego usługę lub jej odbiorcy wszelkich regulacji⁶³ (również mających mniejsze znaczenie⁶⁴), które mogłyby sprawiać, że działalność przekraczająca granicę byłaby trudniejsza w porównaniu do tej, która w całości zamyka się w ramach państwa członkowskiego⁶⁵. Stąd zakazuje się nie tylko stosowania ograniczeń w stosunku do usług zagranicznych, ale również zachęć do nabywania usług rodzimych⁶⁶. Nie jest bowiem dozwolone tworzenie przez państwo jakichkolwiek szczególnych udogodnień dla własnych usługodawców⁶⁷, przy czym nie ma znaczenia, ilu z nich efektywnie z takiej zakazanej preferencji mogłoby skorzystać⁶⁸.

Wątpliwości nasuwać może jednak rozstrzygnięcie, czy zakazane prawem wspólnotowym są również takie środki, które nie dyskryminują transgranicznego świadczenia usług, stanowią jednak same w sobie ograniczenie w aktywności usługodawcy lub usługobiorcy.

Tego rodzaju stanowisko przyjęli P. J. G. Kapteyn i P. VerLoren van Themaat⁶⁹, którzy uznali, że orzecznictwo dotyczące art. 49 „wyszło poza zakaz dyskryminacji bezpośredniej lub pośredniej” i „odnosi się także do niedyskryminujących przepisów, które tworzą przeszkodę

⁶² Pamiętajmy bowiem, że to takiego wyrażenia użyto *explicite* w art. 49 § 1 traktatu.

⁶³ Choć prawu wspólnotowemu nie są obce katalogi zakazanych zachowań dyskryminujących – por. tytuł III Ogólnego Programu dotyczącego zaniechania ograniczeń w zakresie swobodnego przepływu usług powołany w przyp. 24.

⁶⁴ Sprawa C-49/89 *Corsica Ferries France* [1989] ECR 4441, § 8.

⁶⁵ Por. zwłaszcza szeroko powoływana sprawa C-381/93 *Komisja v. Francja* [1994] ECR I-5145, § 17; poza tym sprawa C-113/89 *Rush Portuguesa* [1990] ECR I-1417, § 12, sprawa C-158/96 *Kohll* [1998] ECR I-1931, § 33, sprawa C-118/96 *Safir* [1998] ECR I-1897, § 23, sprawa C-157/99 *Smits i Peerbooms* [2001] ECR I-5473, § 61, sprawa C-17/00 *De Coster* [2001] ECR I-9445, § 30, sprawa C-136/00 *Danner* jeszcze nieopubl., § 29.

⁶⁶ Opinia rzecznika generalnego Jacobsa z 21.3.2002 r. do sprawy C-136/00 *Danner*, § 80, z powołanym tam orzecznictwem.

⁶⁷ Sprawa C-381/93 *Komisja v. Francja* [1994] ECR I-5145, § 21.

⁶⁸ Sprawa C-353/89 *Komisja v. Holandia* [1991] ECR I-4069, § 25.

⁶⁹ Op. cit. w przyp. 16, s. 756. Inaczej np. N. Bernard, *Discrimination and the Free Movement in EC Law*, „International and Comparative Law Quarterly” 1996, s. 97, który wskazuje na konieczność uznania za środki o charakterze restrykcyjnym wszystkich tych, które stanowią jakąkolwiek formę dyskryminacji.

dla swobody świadczenia usług”. A. Zawidzka⁷⁰ stwierdziła natomiast, iż „ETS w swym orzecznictwie dokonał poszerzenia zakresu art. 59 Traktatu (obecnie art. 49 – przypis autora) o wszelkie przepisy krajowe mogące stwarzać przeszkody w swobodnym świadczeniu usług, nawet jeśli nie mają one charakteru dyskryminującego”. Podobnie rzecznik generalny Jacobs, na przykład w opinii z dnia 21.3.2002 r. do sprawy C-136/00 *Danner*, wyróżnił w obszarze zakazanym prawem wspólnotowym ograniczenia dyskryminujące (bezpośrednio i pośrednio), a także restrykcje niedyskryminujące (§ 40).

Rozstrzygnięcia Trybunału prezentują natomiast stanowisko niejednoznaczne. Mianowicie w niektórych wskazuje się na to, że art. 49 traktatu „pociąga za sobą w pierwszej kolejności zaniechanie dyskryminacji, wobec osoby świadczącej usługi, ze względu na jej przynależność państwową lub ustanowienie w państwie członkowskim innym niż to, gdzie świadczona jest usługa”⁷¹. Teza ta sugeruje, że w „następnej kolejności” przepis ten zakazuje środków innych niż dyskryminujące.

Z drugiej strony niektóre orzeczenia utożsamiają zakaz stosowania środków restrykcyjnych z zakazem dyskryminacji⁷², co wydaje się uznawać, że wszystkie ograniczenia są ze swojej istoty dyskryminujące.

Najczęściej jednak Trybunał bazuje na konstrukcji, która nie posługuje się terminem dyskryminacji. W sprawie *Säger*⁷³ stwierdzono, iż nie są dopuszczalne środki, które wprawdzie mają zastosowanie bez rozróżnienia do usługodawców krajowych i pochodzących z innych państw członkowskich, jednak uniemożliwiają one lub w inny sposób utrudniają działalność usługodawcy z innego państwa członkowskiego, gdzie świadczy on legalnie podobne usługi.

Powyższa teza pozwala zająć właściwe stanowisko wobec wpływu ograniczeń niedyskryminujących na zakres wolności świadczenia usług. Rozumowanie, zgodnie z którym wolnością ową objęte są również środki niedyskryminujące bazuje bowiem na założeniu, że dyskryminacja jest stanem, w którym stosowanie środka krajowego uzależnia się od pochodzenia usługodawcy. Wówczas inne ograniczenia siłą rzeczy należy za niedyskryminujące⁷⁴.

⁷⁰ *Rynek wewnętrzny Wspólnoty Europejskiej a interes publiczny*, Warszawa 2002, s. 128.

⁷¹ Sprawa C-288/89 *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda* [1991] ECR I-4007, § 10 wraz z powołanymi tam orzeczeniami

⁷² Sprawa C-49/89 *Ferries France* [1989] ECR 4441, § 7.

⁷³ Sprawa C-76/90 [1991] ECR I-4221, § 12. Zapowiedziami szerokiej interpretacji działań dyskryminujących są orzeczenia w sprawach *van Binsbergen* i *Coenen*, w częściach przywołanych w przyp. 32.

⁷⁴ Por. np. A. Zawidzka, op. cit., w przyp. 70, s. 128.

Takie rozumowanie oparte jest wszakże na zawężonym rozumieniu dyskryminacji i mechanicznym sposobie subsumcji. Przyjmuje się bowiem, że przy analizie dyskryminującego charakteru stanów faktycznych brać powinno się pod uwagę tylko to, czy stan faktyczny (przy pominięciu wątku transgranicznego) odpowiada sytuacji całkowicie wewnątrz krajowej i czy hipotezy przepisów poddawanych ocenie zawierają stwierdzenia dyskryminujące. Jeśli bowiem pierwsza z owych kwestii rozstrzygnięta jest pozytywnie, a druga negatywnie, to stosowanie środka krajowego w istocie nie jest uzależnione od pochodzenia usługodawcy.

Takie, statyczne, pojmowanie dyskryminacji bardzo trafnie oddaje istotę dyskryminacji bezpośredniej. Jak to jednak wynika chociażby ze sprawy *Seco i Desquenne & Giral*, nie wyczerpuje ono całego obszaru pojęcia dyskryminacji. Nie należy bowiem zapominać o dyskryminacji pośredniej, która widoczna jest wtedy, gdy weźmie się pod uwagę skutki stosowania środka wynikające z (pominiętego wcześniej) wątku transgranicznego. Zauważmy przy tym, iż owe skutki z kolei są ujętymi innym słowem ograniczeniami z cytowanej formuły zawartej w orzeczeniu *Säger*.

Zakaz dyskryminacji oznacza zatem, iż państwa członkowskie mają stosować analogiczne reguły w analogicznych stanach faktycznych, rozpatrywanych z pominięciem faktu transgraniczności („dwuwymiarowy” zakaz dyskryminacji bezpośredniej), tak by ich skutki również były analogiczne („trójwymiarowy” zakaz dyskryminacji pośredniej). Pamiętajmy bowiem, że to właśnie wątek transgraniczny, pomijany przy ocenie dyskryminacji bezpośredniej, ma bardzo często decydujące znaczenie dla uznania, iż stanów obejmujących przekroczenie granicy nie można utożsamiać z tymi, które są go pozbawione i, co za tym idzie, dla zapobieżenia dyskryminacji konieczne jest zastosowanie do nich innych reguł.

Zakaz dyskryminacji oznacza więc równe traktowanie usług bez względu na ich pochodzenie. Uznanie, że zakazane mogą być również inne ograniczenia oznaczać musiałoby natomiast, że, na mocy prawa wspólnotowego, transgraniczne usługi mają być traktowane lepiej niż usługi wewnątrzpaństwowe. Na to nie wydaje się wszakże przystawać Trybunał. Wskazuje on bowiem jedynie, iż dyskryminacja odwrotna jest możliwa, nie zaś, że jest obowiązkowa⁷⁵. Inne rozumowanie byłoby zresztą nieracjonalne. Otwierałoby bowiem drogę twierdzeniu, iż jakiegokolwiek obciążenia (np. podatkowe) stanowią ograniczenie (niedy-

⁷⁵ Por. przyp. 38.

skryminujące) dla usług transgranicznych, nawet jeśli działalność podmiotów przynależnych państwa przyjmującego lub tam umocowanych podlegałyby dużo bardziej uciążliwym obowiązkom.

By zachować więc logikę uniemożliwiającą „rozcięcie” zakazanych ograniczeń poza to, co wynika z orzecznictwa Trybunału sfera wolności świadczenia usług objąć powinna zakaz jakichkolwiek dyskryminacji – tak bezpośrednich, jak i pośrednich – lecz nic poza nim.

Podkreślić należy również, iż nie jest dopuszczalne wykorzystywanie przez usługodawcę lub usługobiorcę swobody traktatowej dla obejścia przepisów wewnętrznych państw członkowskich⁷⁶. Działanie takie traktowane będzie jako nadużycie prawa i nie zostanie objęte ochroną.

Wykładnia tego, co należy rozumieć przez „obejście przepisów wewnętrznych” i „nieobjęcie ochroną” ewoluowała w orzecznictwie Trybunału.

Początkowo za obejście prawa wspólnotowego uważany był już brak aktywności zawodowej usługodawcy w miejscu ustanowienia działalności gospodarczej. Kryło się za tym założenie, iż skoro przedsiębiorca ustanawia w jednym państwie członkowskim działalność gospodarczą, a wykonuje ją w innym, to faktycznie (ale nie prawnie) prowadzi działalność w państwie innym niż formalne miejsce ustanowienia. Skoro tak, to przysługiwać mu może swoboda ustanowienia działalności gospodarczej w państwie przyjmującym, a nie swoboda przepływu usług⁷⁷.

W późniejszym orzecznictwie⁷⁸ stwierdzono jednak, że traktat nie wyklucza swobody świadczenia usług, jeśli usługodawca nie oferuje usług tam, gdzie jest ustanowiona jego działalność gospodarcza. Państwo członkowskie, na terenie którego świadczone mają być usługi, ma jednak oczywiście prawo podjąć odpowiednie kroki w celu zapobiegania nadużywaniu prawa wspólnotowego dla omijania reguł, które miałyby zastosowanie do usługodawcy, gdyby ustanowił on tam swoją działalność⁷⁹.

Krytyce poddaje się jednak brak jasnych reguł co do tego, jakie zachowanie powołujące się na swobodę świadczenia usług jest nadużyciem, a także kiedy przeciwdziałające mu środki państwa nazwać można

⁷⁶ Por. zwłaszcza sprawa C-212/97 *Centros Ltd* [1999] ECR I-1459, § 24 z powołanym tam bogatym orzecznictwem odnoszącym się do różnych obszarów regulowanych prawem wspólnotowym.

⁷⁷ Por. sprawa 33/74 *van Binsbergen* [1974] ECR 1299, § 13.

⁷⁸ Sprawa C-56/96 *VT4 Ltd* [1997] ECR I-3143, § 22.

⁷⁹ Sprawa C-212/97 *Centros Ltd* [1999] ECR I-1459, § 24 z powołanym orzecznictwem.

odpowiednimi⁸⁰. Trybunał wskazuje bowiem tylko, iż działania państwa przyjmującego powierzone być powinny władzy sądowniczej, biorącej pod uwagę stan faktyczny każdego z pojedynczych przypadków i opierającej się na kryteriach obiektywnych, a nie intencji usługodawcy⁸¹. Zaznacza on również, iż zastrzeżenie dopuszczalności wprowadzania środków prewencyjnych nie jest równoznaczne z przyznaniem państwu członkowskim uprawnienia do stanowienia przepisów ogólnych, które ograniczałyby pełen efekt i jednolitość stosowania prawa wspólnotowego⁸².

Konstrukcja rynku wewnętrznego nakazuje zatem, by swoboda świadczenia usług pojmowana była szeroko i nie obejmowała tylko zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność państwową. Za niedopuszczalne uznano również jakiegokolwiek inne restrykcje w wewnątrzspółnotowym obrocie usługami, dyskryminujące *de iure* lub *de facto*, chyba że są one uzasadnione.

Zgodnie z wciąż dominującym podejściem inaczej wszakże usprawiedliwić można ograniczenia dyskryminujące bezpośrednio, a inaczej te, które takiego charakteru nie mają. W przypadku tych pierwszych wyjątki oparte muszą być wprost na art. 45 lub 46 traktatu. Łatwiej jest natomiast usprawiedliwić drugą ze wskazanych grup restrykcji. W ich przypadku obowiązek podporządkowania się odnośnym regulacjom wynikać może z szerszej kategorii proporcjonalnego, nadrzędnego interesu publicznego.

Obydwie grupy uzasadnień omówione będą w tym miejscu. Wskazane zostaną też najnowsze kierunki orzecznictwa, zmierzające do ujednolicenia mechanizmów weryfikacji ich dopuszczalności.

4.2. PRZESŁANKI USPRAWIEDLIWIENIA OGRANICZEŃ DISKRYMINUJĄCYCH BEZPOŚREDNIO

Trybunał przyjął, że „reguły, które nie mają zastosowania do usług bez względu na ich pochodzenie i są przez to dyskryminujące”⁸³ mogą być usprawiedliwione jedynie wyjątkami przewidzianymi przez traktat⁸⁴.

⁸⁰ Por. V. Hatzopoulos, op. cit. w przyp. 21, s. 64.

⁸¹ Sprawa C-212/97 *Centros Ltd* [1999] ECR I-1459, § 25.

⁸² Sprawa C-441/93 *Panagis Pafitis i inni* [1996] ECR I-1347, I-1349, § 67 i 68, a także połączone sprawy C-358/93 i C-416/93 *Bordessa i Mari Mellado* [1995] ECR I-361, § 25 oraz sprawa C-250/94 *Sanz de Lera* [1995] ECR I-4821, § 25.

⁸³ Sprawa 352/85 *Bond van Adverteerders* [1988] ECR 2085, § 32.

⁸⁴ Por. także sprawa C-353/89 *Komisja v. Holandia* [1991] ECR I-4069, § 15, sprawa C-260/89 *ERT* [1991] ECR I-2925, § 24.

W literaturze wskazuje się, iż „kwestie wychodzące poza art. 56 (obecnie art. 46 – uwaga autora) mogą tylko uzasadniać regulacje, które nie są dyskryminujące”⁸⁵. Nie oznacza to jednak, iż wszelka forma dyskryminacji usprawiedliwiana musi być w ten sposób. Dyskryminacja pośrednia podlega bowiem ocenie pod kątem szerszego spektrum przesłanek (por. rozdział III.3).

Restrykcje uzasadnione muszą być natomiast przepisami traktatowymi wówczas, gdy mają charakter dyskryminacji bezpośredniej. W odniesieniu do nich traktat przewiduje dwie normy, z których każda stanowić może samodzielną podstawę prawną.

Pierwszą jest początkowy akapit art. 45[55] traktatu⁸⁶, do którego odwołuje art. 55[66]⁸⁷. Zgodnie z nim wobec zainteresowanych Członków Wspólnoty nie mają zastosowania postanowienia dotyczące pracy wiążącej się, nawet dorywczo, z wykonywaniem władzy publicznej.

Drugim relewantnym przepisem, do którego również odsyła art. 55, jest art. 46[56]. Stanowi on w punkcie 1, że „postanowienia niniejszego rozdziału i zastosowane na ich podstawie środki nie ograniczają możliwości stosowania ustaw, rozporządzeń i zarządzeń ustanawiających specjalny status dla cudzoziemców, a uzasadnionych względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego i zdrowia publicznego”. Punkt 2 zawiera normę upoważniającą Radę do wydawania dyrektyw odnośnie koordynacji postanowień wymienionych w tym artykule. Jest ona podstawą dyrektywy Rady nr 64/221/EWG z 25.2.1964 r.

⁸⁵ W.-H. Roth, glosa do sprawy C-204/90 *Bachmann* [1992] ECR I-249 [w:] CMLRev.1993, nr 30, s. 393.

⁸⁶ Oprócz wskazanego przepisu omawiany artykuł zawiera również akapit drugi, zgodnie z którym Rada ma uprawnienie do wyłączenia, na wniosek Komisji, kwalifikowaną większością głosów, pewnych rodzajów działalności z postanowień rozdziału dotyczącego swobody ustanowienia działalności gospodarczej, a (przez odwołanie z art. 55) również swobody świadczenia usług. Norma ta nie była jednak stosowana i słuszne wydaje się sprostowanie, iż uznać ją należy za zbędną – tak W.-H. Roth, op. cit. w przyp. 23, nb. 26, s. 422.

⁸⁷ Na marginesie zauważyć warto, że wykładnia systemowa tytułu III traktatu nakazuje uznać za pokrewne swobody przemieszczania się pracowników i ustanowienia działalności gospodarczej, gdyż zakwalifikowane zostały one do swobody przepływu osób, do której to kategorii nie włączono swobody świadczenia usług. Tymczasem omawiane postanowienie, wspólne dla swobody ustanowienia działalności gospodarczej i świadczenia usług, nie ma odpowiednika w przepisach obejmujących swobodny przepływ pracowników. Zamieszczony w rozdziale dotyczącym tych ostatnich art. 39[48]. 4 ma bowiem istotnie węższe znaczenie i w żadnym przypadku nie może dotyczyć zatrudnienia u pracodawców prywatnych – por. np. sprawy: 225/85 *Komisja v. Włochy* [1987] ECR 2625, § 10; 149/79 *Komisja v. Belgia* [1980] ECR 3881, § 10 i 11; C-283/99 *Komisja v. Włochy* [2001] ECR I-4363, § 25.

dotyczącej koordynacji szczególnych środków, w odniesieniu do przemieszczania się przynależnych innych państw, które uzasadnione są względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego i zdrowia publicznego⁸⁸. Dyrektywa ta zresztą, regulując zagadnienia wjazdu, wydawania i odnawiania pozwoleń na pobyt i wydalenia z terytorium państwa (art. 2 § 2), odnosi się zarówno do działalności zatrudniających, zatrudnionych, jak i odbiorców usług (art. 1 § 1). Jest więc aktem wykonawczym wspólnym dla art. 45 traktatu i analogicznego art. 39[48] § 1 odnoszącego się do swobody przemieszczania się pracowników⁸⁹. Nie należy jednak z tego faktu wyciągać zbyt daleko idących wniosków co do zbieżności reguł swobody przepływu usług i pracowników⁹⁰.

Wskazane wyłączenia uprzywilejowują rodzime podmioty prawa, gdyż do nich nie mają zastosowania przepisy dyskryminujące. Konieczność takiego ukształtowania regulacji bierze swój początek z jednej z podstawowych zasad konstytucyjnych państw demokratycznych, zgodnie z którą nie mogą być wydalenia z kraju jego obywatele, ani nie można im odmówić prawa wjazdu do niego⁹¹. Dopuszczalność powoływania się na odnośne ograniczenia, stanowiąc wyjątek od fundamentalnej wolności, rozumiana musi być wszakże precyzyjnie, czyli wąsko⁹². Tylko wówczas działanie państwa, które je wprowadza, uznane być może za nie wykraczające poza to, co niezbędne do osiągnięcia celów, o których mowa we wskazanych przepisach⁹³, a zatem za odpowiadające

⁸⁸ O. J. 1964, L 56/850 z późn. zmianami. Por. także G. Druesne, op. cit., w przyp. 23, s. 159–169.

⁸⁹ Por. także połączone sprawy 115 i 116/81 *Adoui i Cornuaille* [1982] ECR 1665, § 5–13, sprawa C–348/96 *Calfa* [1999] ECR I–11, § 29.

⁹⁰ Por. przyp. 87. Odrębności regulacji utrzymane zostały także w bardzo istotnej dla realizacji wolności traktatowych sferze zakazu restrykcji dotyczących przepływu i pobytu przynależnych państw członkowskich, regulowanej w odniesieniu do usług i ustanowienia działalności gospodarczej przez dyrektywę 73/148/EWG (por. przyp. 25), a w odniesieniu do pracowników przez dyrektywę Rady nr 68/360/EWG z 15.10.1968 r. dotyczącą zniesienia ograniczeń w zakresie przepływu i pobytu stałego na obszarze Wspólnoty pracowników państw członkowskich i ich rodzin, O.J. 1968, L 257, s. 13.

⁹¹ Sprawa 41/74 *van Duyn* [1974] ECR 1337, § 22 i 23, sprawy połączone 115/81 i 116/81 *Adoui i Cornuaille* [1982] ECR 1665, § 7, sprawy połączone C–65/95 i C–111/95 *Shingara i Radiom* [1997] ECR I–3343, § 28 i C–348/96 *Calfa* [1999] ECR I–11, § 20, gdzie wskazano jednocześnie, iż wydalenie obywatela innego państwa członkowskiego „jest bardzo istotną negacją wolności” – § 18.

⁹² Sprawy: 67/74 *Bonsignore* [1975] ECR 297, § 6; 139/85 *Kempf* [1986] ECR 1741, § 13; 147/86 *Komisja v. Grecja* [1988] ECR 1637, § 7; C–260/89 *ERT* [1991] ECR I–2925, § 24; C–114/97 *Komisja v. Hiszpania* [1998] ECR I–6717, § 34; C–357/98 *Yiadam* [2000] ECR I–9265, § 24.

⁹³ Sprawa 352/85 *Bond van Adverteerders* [1988] ECR 2085, § 36.

wymogowi proporcjonalności. Z tego samego powodu owe ograniczenia nie mogą mieć charakteru ekonomicznego⁹⁴, ani techniczno-administracyjnego⁹⁵.

A) ART. 45 TRAKTATU

Pojęcie władzy publicznej z art. 45 traktatu ma w dużej mierze charakter autonomiczny w stosunku do regulacji poszczególnych państw członkowskich, co wynika z konieczności zapewnienia jednolitej interpretacji traktatu⁹⁶. Jak się zauważa, sensem omawianego przepisu jest powierzenie władzy państwowej wyłącznie własnym przynależnym⁹⁷. Chodzi tu jednak tylko o przejawy władzy suwerennej – czyli *acta iure imperii* – i to w wąskim rozumieniu. Działania wykazywać muszą bowiem bezpośredni (ang. *direct*) i szczególny (ang. *specific*) związek z funkcjami władzy publicznej⁹⁸, co oznacza na przykład zakaz ograniczeń, jeśli czynności do których się one odnoszą nie mają dla sądów szczególnej mocy dowodowej⁹⁹.

O kwalifikacji pod kątem art. 45 przesądzić zatem można biorąc pod uwagę jedynie całość kompetencji zainteresowanego. Przyznanie pewnych uprawnień policyjnych (np. do aresztowania) nie uzasadnia w konsekwencji zastosowania wyjątku od ogólnej zasady, byłoby bowiem nieproporcjonalne¹⁰⁰. Tym bardziej takiego charakteru nie nabie-

⁹⁴ Ibidem, § 34; sprawa C-288/89 *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda* [1991] ECR I-4007, § 11; sprawa C-17/92 *Distribuidores Cinematográficos* [1993] ECR I-2239, § 21, sprawa C-484/93 *Svensson i Gustavsson* [1995] ECR I-3955, § 15. Z drugiej strony na finansowanie przez państwo dochodami z monopolu loteryjnego przedsięwzięć istotnych dla interesu publicznego jako na posiłkowe usprawiedliwienie ograniczeń w swobodzie świadczenia usług zwrócił uwagę Trybunał w orzeczeniu w sprawie C-275/92 *Schindler* [1994] ECR I-1039, § 60 *in fine*. Por. wszakże krytyczne stanowisko w tej materii rzecznika generalnego La Pergoli w opinii z 4.3.1999 r. do sprawy C-124/97 *Läärä*, § 33 i rzecznika generalnego Fennelly z 20.5.1999 r. do sprawy C-67/98 *Zenatti*, § 32.

⁹⁵ Sprawa C-18/95 *Terhoeve* [1999] ECR I-345, § 45.

⁹⁶ Sprawa 147/86 *Komisja v. Grecja* [1988] ECR 1637, § 8.

⁹⁷ W.-H. Roth, op. cit., w przyp. 23, s. 423 nb. 27 *in fine*.

⁹⁸ Por. zwłaszcza sprawa 2/74 *Reyners* [1974] ECR 631, § 45, a także sprawy: 147/86 *Komisja v. Grecja* [1988] ECR 1637, § 7, 3/88 *Komisja v. Włochy* [1989] ECR 4035, § 13, C-42/92 *Thijssen* [1993] ECR I-4047, § 8, a z nowszych – tzw. sprawy ochroniarskie C-114/97 *Komisja v. Hiszpania* [1998] ECR I-6717, § 35; C-355/98 *Komisja v. Belgia* [2000] ECR I-1221, § 25; C-283/99 *Komisja v. Włochy* [2001] ECR I-4363, § 20. Skuteczne wyłączenie stosowania art. 49 ze względu na wykonywanie władzy państwowej obejmuje sprawa C-55/93 *van Schaik* [1994] ECR I-4837, zwłaszcza § 16.

⁹⁹ Sprawa C-306/89 *Komisja v. Grecja* [1991] ECR I-5863, § 7.

¹⁰⁰ Opinia rzecznika generalnego Jacobsa z 15.2.2001 r. do sprawy C-283/99 *Komisja v. Włochy*, § 38 i 44, gdzie wskazano, że uprawnienie to ma charakter powszech-

ra zachowanie tylko na tej podstawie, że poddane jest kontroli władz publicznych, czy też poprzedzone przysięgą obejmującą przyrzeczenie działania w interesie publicznym¹⁰¹.

Z literalnego brzmienia art. 45 wynikać może, że nawet dorywczy i fragmentaryczny związek zachowania z władzą publiczną jest wystarczającą podstawą do wyłączenia go spod omawianej swobody. Wątpić można jednak, czy, ze względu na konieczność zawężającej interpretacji art. 45, jedynie czasowe wykonywaniem władzy publicznej zostałoby uwzględnione przez Trybunał jako uzasadniające dyskryminację bezpośrednią. Analogicznie wygląda zresztą sytuacja z kolejnym, przedmiotowo nieco szerszym, wyłączeniem.

B) ART. 46 TRAKTATU

Spośród trzech kryteriów, na które wskazuje omawiany przepis – bezpieczeństwa publicznego, porządku publicznego i zdrowia publicznego – zdecydowanie najmniejsze znaczenie ma to pierwsze. Znaleźć może ono bowiem zastosowanie przede wszystkim wówczas, kiedy konieczne jest wprowadzenie stanu nadzwyczajnego lub gdy zachodzą inne szczególne perturbacje w funkcjonowaniu państwa. Ma zatem charakter wyjątkowy. W innych sytuacjach zapewnienie bezpieczeństwa publicznego powierzone jest natomiast konstytucyjnym organom, podlegając ewentualnie derogacji na mocy art. 45 traktatu. Z orzecznictwa Trybunału wynika także, iż sporadyczne wykonywanie przez członków społeczności poszczególnych krajów działań zmierzających do zapewnienia bezpieczeństwa publicznego nie stanowi wystarczającej podstawy do zastosowania w sprawie art. 46 traktatu¹⁰².

ny, a nie zastrzeżony wyłącznie dla organów ścigania. Szerzej na temat proporcjonalności wyłączenia swobody świadczenia usług a zakresu wykorzystania uprawnień władzy publicznej por. W.-H. Roth, op. cit. w przyp. 23, nb. 29, s. 423. W związku z poczynionymi tutaj uwagami wydaje się, że przez pryzmat proporcjonalności postrzegać należy uwagę autora na tej samej stronie, nb. 28, iż cyt. „władza publiczna zawiera w swej istocie dla tego, kto ją wykonuje, możliwość skorzystania w stosunku do obywatela z uprawnień specjalnych, przywilejów z tytułu sprawowania władzy oraz uprawnień przymusowych”.

¹⁰¹ Por. w odniesieniu do usług ochroniarskich opinię przywołaną we wcześniejszym przypisie, § 40–43. Nieco inny stan faktyczny (dotyczący komputeryzacji organów administracji publicznej), również bardzo dobrze oddający istotę wskazanej interpretacji, obejmuje sprawa C-272/91 *Komisja v. Włochy* [1994] ECR I-1409, zwłaszcza § 6.

¹⁰² Sprawy: C-114/97 *Komisja v. Hiszpania* [1998] ECR I-6717, § 37; C-283/99 *Komisja v. Włochy* [2001] ECR I-4363, § 15.

Nieco bardziej pojemną kategorią jest zdrowie publiczne. I tak w orzeczeniu w sprawie *Kohll*¹⁰³ Trybunał orzekł, że dyskryminujące bezpośrednio działanie państwa członkowskiego dopuszczalne będzie w sytuacji zaistnienia ryzyka poważnego zaburzenia równowagi finansowej systemu opieki społecznej¹⁰⁴ lub wówczas, gdy odpływ z kraju środków finansowych na leczenie zagranicą spowoduje zagrożenie dla istnienia placówek i usług niezbędnych dla zapewnienia zdrowia lub egzystencji całej populacji¹⁰⁵.

Wskazane sytuacje mają charakter nadzwyczajny, a próbie ich rozszerzającej interpretacji, jak to miało miejsce w sprawie *Kohll*, konsekwentnie sprzeciwia się Trybunał. O ile bowiem państwa mają uprawnienie do określania, kto i na jakich zasadach podlega ubezpieczeniu społecznemu, to wykonując je nie mogą postępować sprzecznie z prawem wspólnotowym¹⁰⁶, w tym zwłaszcza z wynikającą z niego zasadą proporcjonalności ograniczeń.

W ten sam sposób interpretowane muszą być inne dopuszczalne usprawiedliwienia dyskryminacji bezpośredniej – na przykład zakaz reklamy napojów alkoholowych. Będzie on bowiem zgodny z prawem wspólnotowym tylko wówczas, gdy nie istnieje mniej restrykcyjny środek, prowadzący do tego samego celu, jakim w odnośnym przypadku jest ochrona zdrowia publicznego¹⁰⁷.

Wąsko rozumiana winna być też ostatnia kategoria uzasadnień dyskryminacji bezpośredniej – utrzymanie porządku publicznego. Rozstrzygnięcie stanowiące bardzo dobry przykład jej wykładni zapadło w sprawie *Yvonne van Duyn*¹⁰⁸ – obywatelki holenderskiej, której władze brytyjskie odmówiły prawa wjazdu do Wielkiej Brytanii w celu podjęcia pracy w szkole kościoła scjentologicznego w charakterze sekretarki, uzasadniając to względami dobra publicznego. Zgodnie bowiem z przyjętą w tym kraju polityką, kościół scjentologiczny uznany został za szkodliwy społecznie.

¹⁰³ Sprawa C-158/96 [1998] ECR I-1931.

¹⁰⁴ Por. § 50. Chodzi zwłaszcza o finansowanie, ze środków refundowanych przez państwo ojczyste, korzystania z usług zagranicznych placówek służby zdrowia, gdy ma to charakter masowy.

¹⁰⁵ Por. § 51 wraz z zawartym tam orzecznictwem.

¹⁰⁶ Sprawa C-120/95 *Decker* [1998] ECR I-1831, § 12-23, z powołanym orzecznictwem; sprawa C-157/99 *Smits i Peerbooms* [2001] ECR I-5473, § 44-46 z powołanym orzecznictwem.

¹⁰⁷ Sprawa C-405/98 *Gourmet International Products* [2001] ECR I-1795, § 42.

¹⁰⁸ Sprawa 41/74 [1974] ECR 1337. Dotyczy ona wprowadzie swobody przemieszczania się pracowników, jednak bazuje na wspólnej z art. 45 konstrukcji prawnej.

Podkreślono również, iż w konkretnym przypadku restrykcje oparte mogą być wyłącznie na osobistym zachowaniu jednostki, chociaż przy jego ocenie brać można pod uwagę element przynależności do organizacji, których cele sprzeczne są z dobrem publicznym. Każdy przypadek oceniany jednak musi być *in casu*, przy czym istniejące zagrożenie ma być aktualne, prawdziwe i wystarczająco poważnie zagrażające podstawowym interesom społeczeństwa¹⁰⁹. W tym kontekście warto dodać wszakże, iż w orzeczeniu do sprawy *Corsica Ferries France SA*¹¹⁰ Trybunał zgodził się na wyłączenie całej kategorii usług transportowych, związanych z cumowaniem statków, spod swobód wspólnotowych wówczas, gdy spełniają one szczególne kryteria dotyczące głównie odpłatności. W ten sposób zrobił wyłom od formułowanych wcześniej reguł dotyczących jednostkowego aspektu ocenianego zachowania. Niemniej jednak już w sprawie *Komisja v. Hiszpania*¹¹¹ wskazano, że celem omawianych przepisów nie jest wyłączenie sektorów ekonomicznych spod fundamentalnych swobód, lecz uniemożliwienie wjazdu lub pobytu wówczas, gdy stanowiąby one zagrożenie dla porządku, bezpieczeństwa lub zdrowia publicznego¹¹².

Istotne jest również i to, że dopuszczalność stosowania środków dyskryminujących bezpośrednio interpretowana musi być w świetle ogólnych zasad prawa, zwłaszcza praw fundamentalnych¹¹³. Analiza pod tym kątem mieć może jednak miejsce tylko wtedy, gdy stan faktyczny objęty jest przepisami prawa wspólnotowego¹¹⁴.

Pomimo więc, że państwa członkowskie posiadają pewną swobodę w definiowaniu kryteriów przewidzianych przez art. 46 traktatu¹¹⁵, wykluczona jest ich jednostronna interpretacja, a odnośne środki podane muszą być kontroli instytucji wspólnotowych¹¹⁶.

¹⁰⁹ Por. odnosząca się do skazania kryminalnego sprawa 30/77 *Bouchereau* [1977] ECR 1999, § 2 i 3 sentencji. Wątek poważnego zagrożenia dla któregoś z podstawowych interesów społecznych wyekspozowany został w sprawach: C-350/96 *Clean Car Autoservice* [1998] ECR I-2521, § 40, C-355/98 *Komisja v. Belgia* [2000] ECR I-1221, § 28; C-279/00 *Komisja v. Włochy* [2002] ECR I-1425, § 13 *in fine*.

¹¹⁰ Sprawa C-266/96 [1998] ECR I-3949, § 60.

¹¹¹ Sprawa C-114/97 [1998] ECR I-6717, § 42.

¹¹² Podobnie zresztą wypowiedział się Trybunał w odniesieniu do zdrowia publicznego w sprawie C-158/96 *Kohl* [1998] ECR I-1931, § 46.

¹¹³ Sprawa C-260/89 *ERT* [1991] ECR I-2925, § 43 i 45.

¹¹⁴ Sprawa C-159/90 *Society for the Protection of Unborn Children Ireland (Grogan)* [1991] ECR I-4685, § 31.

¹¹⁵ Sprawa 41/74 *van Duyn* [1974] ECR 1337, § 18.

¹¹⁶ Sprawa 36/75 *Rutili* [1975] ECR 1219, § 27.

Z zastrzeżeniami wprowadzonymi nieco dalej, przewidziane w art. 45 i 46 traktatu wyjątki stanowią jedyny dopuszczalny przypadek stosowania do sytuacji transgranicznych odmiennych reguł niż do usług nie związanych w żaden sposób z przekraczaniem granicy. Wciąż jeszcze przyjmuje się bowiem, że na innych przesłankach oparte mogą być w zasadzie jedynie uzasadnienia środków dyskryminujących *de facto*.

4.3. PRZESŁANKI USPRAWIEDLIWIENIA OGRANICZEŃ DISKRYMINUJĄCYCH POŚREDNIO

Działania państwa stanowiące dyskryminację pośrednią winny być w każdym przypadku „obiektywnie uzasadnione”¹¹⁷. Kryterium to ma wszakże charakter klauzuli generalnej, a na dodatek nie wynika z literalnego brzmienia traktatu. Trybunał udzielił jednak dość licznych wskazówek co do tego, na jakie aspekty restrykcyjnego działania państwa należy zwracać uwagę przy ocenie, czy jest ono obiektywnie uzasadnione. Stosowane są przy tym dwa spojrzenia na warunki dopuszczalności ograniczeń swobody świadczenia usług.

Według pierwszego¹¹⁸ takie usprawiedliwienie jest akceptowalne wówczas, gdy służy nadrzędnym wymogom interesu publicznego (ang.: *overriding public interest*), musi zatem wynikać ze szczególnie istotnego dobra wspólnego. Ponadto, ma ono być odpowiednie (ang. *suitable*), a zatem wystarczające dla osiągnięcia owego celu i nie może wykroczać poza to, co jest niezbędne (ang. *necessary*) dla jego osiągnięcia – innymi słowy powinno być proporcjonalne. Przede wszystkim jednak musi mieć zastosowanie na takich samych zasadach do wszystkich podmiotów na terytorium danego państwa, a zatem nie może być dyskryminujące bezpośrednio, gdyż wyjątki od zakazu stosowania takich środków wynikać mogą jedynie wprost z brzmienia traktatu – z art. 45 i 46. Orzecznictwo co do dopuszczalności oceny środków dyskryminujących pod kątem kryteriów innych niż przewidziane w art. 45 i 46 podlega jednak ciągłej ewolucji, co będzie jeszcze przedmiotem rozważań w niniejszej części pracy.

Druga interpretacja kryteriów uzasadniających ograniczenia¹¹⁹ eksponuje również niedopuszczalność usprawiedliwiania działań nace-

¹¹⁷ Sprawa C-118/96 *Safir* [1998] ECR I-1897, § 22; sprawa C-381/93 *Komisja v. Francja* [1994] ECR I-5145, § 16.

¹¹⁸ Sprawa C-205/99 *Analir i inni* [2001] ECR I-1271, § 25 wraz z powołanym tam orzecznictwem, a także sprawa C-439/99 *Komisja v. Włochy* [2002] ECR I-305, § 23.

¹¹⁹ Sprawy: 279/80 *Webb* [1981] ECR 3305, § 17; C-180/89 *Komisja v. Włochy* [1991] ECR I-709, § 17; C-198/89 *Komisja v. Grecja* [1991] ECR I-727, § 18; C-76/90 *Säger* [1991] ECR I-4221, § 15; C-43/93 *Vander Elst* [1994] ECR I-3803, § 16; C-272/94

chowanych dyskryminacją bezpośrednią i nie uzasadnionych nadrzędnym interesem publicznym. Na ogół nie wskazuje się jednak wprost konieczności zachowania proporcjonalności stosowanych regulacji, a w zamian za to podkreśla się, iż ograniczenia uzasadnione są interesem publicznym tylko w takim stopniu, w jakim ów interes nie jest chroniony w państwie ustanowienia usługodawcy. Zaznaczyć należy wszakże, że ten ostatni wymóg ma silny związek z zasadą proporcjonalności i przy jej okazji poddany zostanie szczegółowej analizie. Oznacza bowiem w istocie zakaz ponawiania procedury oceny zgodności działalności usługodawcy z wymogami interesu publicznego wówczas, gdy uprawniony spełnia adekwatne warunki w swoim państwie macierzystym.

Ta sama interpretacja kryteriów uzasadniających ograniczenia swobody świadczenia usług zwraca uwagę, iż weryfikację ich dopuszczalności stosuje się nawet jeśli brak jest harmonizacji w danej dziedzinie, czyli także wtedy, gdy nie zostały wydane dyrektywy szczegółowo regulujące daną materię. *A fortiori* oznacza to, iż mechanizmem tym objęto również obszary normowane prawem wtórnym, jakkolwiek zaznaczyć należy, iż w przypadku tej kategorii aktów prawnych owa weryfikacja z reguły jest prostsza. O ile bowiem prawo pierwotne nie definiuje bezpośrednio dóbr chronionych interesem publicznym, co rodzi niepewność i konieczność częstego udzielania wykładni przez Trybunał, o tyle sektorowy akt prawa wtórnego określać może wprost, w jaki sposób i z powołaniem na jaki interes publiczny dopuszczalna jest ingerencja państwa w swobodę świadczenia usług. A zatem w przypadku wydania aktów harmonizujących ingerencja nie będzie przybierała formy (dopuszczalnego lub nie) ograniczenia swobody traktatowej, gdyż sam obszar wolności ulegnie wcześniej modyfikacji na mocy prawa wspólnotowego.

Skupmy się teraz kolejno na każdym ze wskazanych kryteriów weryfikacji środka krajowego – najpierw jego dyskryminującym pośrednio charakterze, potem na wymogu interesu publicznego, wreszcie proporcjonalności. Dodać należy, że dla dopuszczalności ograniczeń konieczne jest spełnienie wszystkich tych przesłanek kumulatywnie.

A) CHARAKTER RESTRYKCJI

Jak zostało wskazane wyżej, reguły ograniczające swobodę świadczenia usług muszą mieć zastosowanie do wszystkich osób i przedsię-

Guiot [1996] ECR I-1905, § 11; C-369/96 i C-376/96 *Arblade i Leloup* [1999] ECR I-8453, § 34; C-58/98 *Corsten* [2000] ECR I-7919, § 35; C-279/00 *Komisja v. Włochy* [2002] ECR I-1425, § 33; C-165/98 *Mazzoleni* [2001] ECR I-2189, § 25.

biorstw działających na terytorium państwa w którym świadczona jest usługa, aby podlegać mogły ocenie dopuszczalności na podstawie proporcjonalnie chronionego interesu publicznego, a więc kryterium łagodniejszego niż wynikające z art. 45 i 46 traktatu.

Uwzględniwszy uwagi poczynione przy określeniu zakresu wolności świadczenia usług (por. pkt 4 § 1) wskazać należy więc, iż nie mogą one stanowić dyskryminacji bezpośredniej.

O ile jednak podział regulacji krajowych na dyskryminujące bezpośrednio i pośrednio wciąż gra istotną rolę (w kontekście możliwości usprawiedliwienia działań państwa przesłankami innymi niż wskazane w art. 45 i 46 traktatu), to procesy zachodzące obecnie w prawie wspólnotowym mogą pozbawić go praktycznego znaczenia w przyszłości.

Ugruntowuje się mianowicie zasada, która odchodzi od dogmatu niedopuszczalności usprawiedliwiania regulacji dyskryminujących bezpośrednio proporcjonalnym interesem publicznym. Interesującą argumentację na poparcie takiego stanowiska zawiera orzeczenie Trybunału w sprawie *Danner*¹²⁰, zwłaszcza natomiast opinia do niej rzecznika generalnego *Jacobsa*¹²¹.

Będący podstawą rozstrzygnięcia stan faktyczny dotyczy fińskich regulacji podatkowych, które wyłączały lub ograniczały dopuszczalność zaliczenia na poczet kosztów uzyskania przychodu w podatku dochodowym od osób fizycznych składek na rzecz zagranicznych, dobrowolnych funduszy emerytalnych. Analogiczne wpłaty dokonywane na fundusze powiązane z prawem fińskim mogły natomiast być odliczane¹²². Szczególnie istotne jest również to, że zaliczenie (lub nie) składek na poczet kosztów uzyskania przychodu pozostawało irrelevantne dla późniejszego opodatkowania wypłat. Podlegały one bowiem temu obowiązko- wi w każdym przypadku (por. § 38 orzeczenia).

Broniący kwestionowanej ustawy rząd fiński podnosił, że konieczność ukształtowania w różny sposób obowiązków funduszy nie mających związku z terytorium Finlandii wynika z konieczności, po pierwsze – zapewnienia spójności systemu podatkowego, po drugie – utrzymania efektywności kontroli skarbowej, po trzecie – niedopuszczenia do unikania opodatkowania¹²³ i po czwarte – zachowania jednolitej

¹²⁰ Sprawa C-136/00, jeszcze nieopubl.

¹²¹ Z 21.3.2002 r. Por. także zwłaszcza sprawa *Svensson i Gustavsson* oraz sprawa *Bachmann* (przyp. 20).

¹²² Szczegóły w § 5–11 orzeczenia, § 29 opinii.

¹²³ Trybunał uznał ten wątek nie za argument podnoszony przez władze Finlandii, lecz za element stanu faktycznego – por. § 11 *in fine* i § 32 orzeczenia.

podstawy opodatkowania (§ 33 opinii). Możliwość wliczania składek do kosztów uzyskania przychodu dotyczy bowiem tych sytuacji, w których władze mają pewność co do wykonalności późniejszego opodatkowania wypłat dla ubezpieczonych. Natomiast w przypadku funduszy zagranicznych bardzo utrudnione jest zebranie przez organy podatkowe odnośnych informacji o wypłatach dla osób zamieszkałych w Finlandii¹²⁴, a zatem nie byłoby możliwe skuteczne naliczanie podatku od wypłat.

Odnośne postanowienia zakwalifikowane zostały przez rzecznika generalnego jako dyskryminujące jawnie i jednoznacznie (§ 31 opinii). Z rozważań wcześniej poczynionych wynika natomiast, że taka dyskryminacja dopuszczalna jest tylko, gdy znajduje uzasadnienie w normach art. 45 lub 46 traktatu. Argumentacja broniących odnośnej legislacji nie dotyczyła jednak w żaden sposób przesłanek derogacji wynikających z tych przepisów. Ich uzasadnienie zaakceptowane mogłoby być natomiast, jako wynikające z kryterium nadrzędnego interesu publicznego, jeśli byłoby proporcjonalne. Nadrzędnym interesem publicznym motywowane mogą być jednak tylko środki dyskryminujące pośrednio, czyli „niechęący” ograniczające działalność uprawnionych (por. § 35 opinii).

Zwrócono jednak uwagę, iż orzecznictwo Trybunału nie jest w tej kwestii konsekwentne.

I tak rozstrzygając w sprawie *Ciola*¹²⁵ Trybunał odmówił zbadania dopuszczalności środków krajowych pod kątem uzasadnień pozatraktatowych, chociaż stwierdzono, że zastosowana regulacja nie miała w zasadzie charakteru dyskryminującego (bezpośrednio).

Z drugiej natomiast strony wskazano na serię orzeczeń zapadłych równoległe lub wcześniej, a opartych na dokładnie odwrotnej wykładni dopuszczalności usprawiedliwienia dyskryminacji względami interesu publicznego (§ 36 opinii)¹²⁶. W tych sprawach Trybunał weryfikował

¹²⁴ Por. § 11 *in fine* orzeczenia, § 7 opinii.

¹²⁵ C-224/97 [1999] ECR I-2517, § 16.

¹²⁶ Jako przykład rozstrzygnięcia o niedopuszczalności dyskryminacji jawnej ze względu na interes publiczny powołano sprawę C-118/96 *Safir* [1998] ECR I-1897, § 25-30 (dla wczesnych śladów podobnej wykładni por. sprawa 96/85 *Komisja v. Francja* [1986] ECR 1475, gdzie środek dyskryminujący (§ 12) został uznany za nieproporcjonalny do celów, którym miał służyć i przez to był niedopuszczalny). W zakresie ograniczeń jawnie dyskryminujących, ale uzasadnionych interesem publicznym odniesiono się zwłaszcza do spraw: C-204/90 *Bachmann* [1992] ECR I-249 i C-300/90 *Komisja v. Belgia* [1992] ECR I-305. Por. także sprawa C-200/98 *X and Y* [1999] ECR I-8261, § 28; sprawa C-55/98 *Vestergaard* [1999] ECR I-7641, § 22; sprawa C-294/97 *Eurowings Luftverkehrs* [1999] ECR I-7447, § 36.

dopuszczalność dyskryminacji wyłącznie na gruncie przesłanek interesu publicznego, z całkowitym pominięciem art. 45 i 46 traktatu.

Co ciekawe, zarówno orzeczenie, jak i omawiana opinia biorą stronę tego drugiego rozwiązania. Wskazuje się bowiem, że skoro art. 49 traktatu mówi ogólnie o ograniczeniach w swobodzie świadczenia usług, nie ma podstaw do dyferencjacji kryteriów oceny poszczególnych stanów faktycznych w jego ramach. Z kolei ochrona interesu publicznego nie wyrażonego w traktacie może być nie mniej uzasadniona niż ma to miejsce w przypadku dóbr chronionych przez art. 46 traktatu (§ 40 opinii). W konsekwencji dopuszczalność ograniczeń została zweryfikowana z pominięciem tego artykułu, a sprawa zanalizowana pod kątem wskazanych wcześniej uzasadnień dotyczących proporcjonalnego interesu publicznego.

Wątek ten nie został wyeksponowany w orzeczeniu. Merytorycznie rozstrzygnięcie jest jednak identyczne z propozycją rzecznika generalnego, opartą nie tyle na brzmieniu, co na duchu traktatu. Z tego powodu wskazane wydaje się poczynienie uwagi natury ogólniejszej.

Podążenie tokiem rozumowania rzecznika Jacobsa oznacza mianowicie rozszerzenie kompetencji Trybunału na odstępowanie od stosowania przepisów traktatu i zastępowanie ich prawem innym niż stanowiące przez powołane do tego instytucje. Nie idzie bowiem o to, jakie znaczenie nadać przepisowi art. 46, lecz czy można zamiast niego powołać się na podstawę prawną nie wynikającą z traktatu. Podejście takie odwołuje się w oczywisty sposób do anglosaskiej koncepcji *stare decisis et non movere quietam* i precedensu prawotwórczego. Budzić ono może wprawdzie wątpliwości co do zgodności z ustalonym systemem źródeł prawa wspólnotowego, jednak zapewnia dużo większą jego dynamikę i łatwiejsze dostosowywanie do zmieniających się warunków. Jest też zgodne z niezwykle istotną zasadą wykładni prawa wspólnotowego, jaką jest zapewnienie jego maksymalnej efektywności – czyli z tzw. *effet utile*¹²⁷. Jeśli nadto zważymy, że środki ograniczające fundamentalne swobody normami pozatraktatowymi weryfikowane są surowym testem proporcjonalności, to przyznać należy, że możliwie najpełniej uda się w ten sposób Trybunałowi osiągnąć cel najważniejszy – sprawiedliwość ferowanych wyroków w warunkach postępującej integracji gospodarczej.

Wobec zarysowanej powyżej tendencji do rozszerzenia omawianego sposobu weryfikacji dopuszczalności ograniczeń również na restrykcje dyskryminujące, szczególnego znaczenia nabierają kryteria interesu publicznego i proporcjonalności.

¹²⁷ Sprawa 187/87 *Land de Sarre* [1988] ECR 5013, § 19.

B) NADRZĘDNY INTERES PUBLICZNY

Jak to już zostało zasygnalizowane wcześniej, w każdym przypadku powód restrykcji, odnosząc się do interesu publicznego, musi być nadrzędny. Innymi słowy ma on być w interesie wszystkich¹²⁸, co oznacza, iż ograniczenia uzasadnić można tylko koniecznymi (zwłaszcza dla właściwego funkcjonowania zawodu) obowiązkami o charakterze generalnym¹²⁹.

Kryterium to musi mieć, podobnie jak w przypadku usprawiedliwień regulacji dyskryminujących, w każdym przypadku wymiar pozaekonomiczny¹³⁰, a zatem ograniczanie swobód traktatowych nie będzie dopuszczalne wówczas, gdy z obiektywnie interpretowanego tekstu przepisów¹³¹ wynikać będzie zamiar ochrony przedsiębiorstw krajowych¹³².

Interes publiczny nie stanowi kryterium zamkniętego, które dałoby się ująć w krótką formułę weryfikowalną w odniesieniu do każdego stanu faktycznego. Jest raczej kategorią otwartą, kształtowaną orzecznictwem Trybunału. W niektórych orzeczeniach zawarte są wszakże katalogi stanów noszących jego cechy¹³³. I tak z pewnością należą do nich:

- reguły dotyczące działalności zawodowej, chroniące odbiorców usług;
- ochrona konsumentów (postrzegana jako uogólnienie ochrony usługobiorców¹³⁴);
- ochrona własności intelektualnej;
- ochrona pracowników;

¹²⁸ Opinia rzecznika generalnego Jacobsa z 25.9.2001 r. do sprawy C-451/99 *Cura Anlagen*, § 55.

¹²⁹ Sprawa 96/85 *Komisja v. Francja* [1986] ECR 1475, § 11.

¹³⁰ Sprawa C-164/99 *Portugaia Construções* [2002] ECR I-787, § 26, wraz z powołanym tam orzecznictwem. Por. także przyp. 94.

¹³¹ Na taki sposób oceny celu regulacji wskazano w powołanej we wcześniejszym przypisie sprawie *Portugaia Construções*, § 27 i 28.

¹³² Jak zostanie wskazane dalej, niektóre kategorie nadrzędnego interesu publicznego mają charakter gospodarczy, wydaje się jednak, że tak długo, jak państwo członkowskie będzie w stanie udowodnić, iż ich skutkiem nie jest jakiegokolwiek uprzywilejowanie podmiotów krajowych, będą mogły być uznane za kryteria pozaekonomiczne – por. także nieco inaczej i szerzej na ten temat V. Hatzopoulos, op. cit., w przyp. 21, s. 79–80.

¹³³ Sprawy: C-288/89 *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda* [1991] ECR I-4007, § 14; C-353/89 *Komisja v. Holandia* [1991] ECR I-4069, § 18. Por. także A. Zawadzka, op. cit. w przyp. 70, s. 145–196 oraz bogate orzecznictwo w P. J. G. Kapteyn i P. VerLoren van Themaat, op. cit. w przyp. 16, s. 759–760.

¹³⁴ Sprawa C-124/97 *Läärä* [1999] ECR I-6067, § 33.

- zachowanie dziedzictwa historycznego i artystycznego;
- rozpowszechnianie wiedzy na temat kulturalnego i artystycznego dziedzictwa kraju;

Ponadto, nadrzędny powód ograniczenia swobody świadczenia usług stanowi konieczność utrzymania ładu społecznego¹³⁵ oraz częściowo się z nim pokrywające zapobieganie oszustwom i zapewnienie prawidłowego działania polityki społecznej¹³⁶, czego najlepszym przykładem jest ograniczanie szkodliwych skutków hazardu¹³⁷.

Wśród kryteriów bardziej szczegółowych wskazać warto na przeciwdziałanie zagrożeniu równowagi finansowej systemu opieki społecznej wówczas, gdy ma ono charakter wystarczająco poważny¹³⁸, bezpieczeństwo na drogach¹³⁹, czy nawet na zapewnienie regularności w świadczeniu niektórych kategorii usług transportowych wówczas, gdy wynika to z wtórnego prawa wspólnotowego¹⁴⁰. Akceptowane są także przesłanki dość egzotyczne, jak na przykład utrzymanie równowagi pomiędzy klubami (sportowymi) poprzez zachowanie pewnego stopnia równości i niepewności co do rezultatów¹⁴¹, czy zapewnienie dobrej reputacji systemu finansowego¹⁴².

Z kolei lata dziewięćdziesiąte przyniosły istotny rozwój orzecznictwa dotyczącego relacji nadrzędnego interesu publicznego z zasadami systemu podatkowego¹⁴³.

Dobłą ilustracją tej problematyki jest, nieco zbliżona do stanu faktycznego zarysowanej wcześniej sprawy *Danner* podstawa rozstrzygnięcia w sprawie *Bachmann*¹⁴⁴. Dotyczyła ona dopuszczalności braku zgody belgijskich organów podatkowych na dokonanie przez zamiesz-

¹³⁵ Ibidem.

¹³⁶ Sprawa C-275/92 *Schindler* [1994] ECR I-1039 § 63.

¹³⁷ Opinia rzecznika generalnego Fennelly z 20.5.1999 r. do sprawy C-67/98 *Zenatti*, § 34. Por także orzeczenie w tej sprawie – [1999] ECR I-7289, § 38. W sentencji połączono wszakże ten aspekt z koniecznością utrzymania ładu społecznego i ochrony konsumentów.

¹³⁸ Sprawa C-158/96 *Kohll* [1998] ECR I-1931, § 41.

¹³⁹ Sprawa C-55/93 *van Schaik* [1994] ECR I-4837, § 19.

¹⁴⁰ Por. odnosząca się do kabotażu morskiego sprawa C-205/99 *Analir* [2001] ECR I-1271, § 27.

¹⁴¹ Sprawa C-415/93 *Bosman* [1995] ECR I-4921, § 106.

¹⁴² Sprawa C-384/93 *Alpine Investments* [1995] ECR I-1141, § 44.

¹⁴³ Por. także M. Wathelet, *The Influence of Free Movement of Persons, Services and Capital on National Direct Taxation: Trends in the case law of the Court of Justice*, „Yearbook of European Law” 2001, nr 20, s. 15–27.

¹⁴⁴ Sprawa C-204/90 [1992] ECR I-249, zwłaszcza § 31 i 32. Por. także równoległe podjęte rozstrzygnięcie w sprawie C-300/90 *Komisja v. Belgia* [1992] ECR I-305, zwłaszcza § 23.

kałego w Belgii obywatela Niemiec – *Hansa-Martina Bachmanna* – potrącenia z przychodem, określonym na potrzeby podatku dochodowego, poniesionych w latach siedemdziesiątych wydatków na składki ubezpieczenia chorobowego i na życie w dobrowolnych funduszach niemieckich. Odnośne przepisy belgijskie umożliwiały dokonywanie takich potrąceń jedynie wówczas, gdy opłaty uiszczane były w Belgii lub na rzecz funduszy zagranicznych uznanych przez ten kraj.

W przypadku jednak, gdy podatkiem dochodowym obciążone były już składki, zwolniono z niego wypłaty dokonywane na rzecz uprawionych. Reguła ta obowiązywała także w przeciwnym kierunku – potrącenie przychodu ze składką rodziło obowiązek podatkowy w odniesieniu do późniejszych wypłat. Zwrócono przy tym uwagę, że alternatywne mechanizmy wymiany informacji pomiędzy władzami publicznymi nie gwarantowały opodatkowania wszystkich osiągających dochód z takiego samego tytułu. Owymi alternatywnymi mechanizmami były przy tym przede wszystkim: współpraca właściwych organów państw członkowskich w dziedzinie podatków bezpośrednich w zakresie objętym dyrektywą nr 77/799/EWG¹⁴⁵ (§ 18-20 w zw. z § 27) oraz dwustronne umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania (§ 26)¹⁴⁶. W konsekwencji legislacja przyjęta przez Belgię uznana została za dopuszczalną (§ 27, 28).

Utorowano w ten sposób drogę twierdzeniu, iż chroniona interesem publicznym jest spójność systemu podatkowego, zwłaszcza w zakresie dokonywania potrąceń z przychodem w podatku dochodowym składek na niektóre kategorie funduszy ubezpieczeniowych. Podkreśla się jednak, że w tym przypadku wymóg proporcjonalności środka wymaga, by niedokonanie owych potrąceń bezpośrednio i nieuchronnie prowadziło do uzyskiwania w przyszłości przez świadczeniobiorcę wypłaty świadczenia nie obciążonego (naliczonym wcześniej od składki) podatkiem¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Dyrektywa Rady z 19.12.1977 r. w sprawie współpracy władz państw członkowskich w sferze podatków bezpośrednich i pośrednich, O.J. 1977, L 336/15.

¹⁴⁶ Co do możliwości zapewnienia spójności systemu podatkowego dwustronnymi umowami o unikaniu podwójnego opodatkowania por. przede wszystkim okoliczności sprawy C-80/94 *Wielockx* [1995] ECR I-2493, zwłaszcza § 24 i 25, a w zakresie rozstrzygnięcia o prawie właściwym w sprawie także C-336/96 *Gilly* [1998] ECR I-2793, głównie § 24-30.

¹⁴⁷ Opinia powołana w przyp. 121, § 42. Kwestia ta stała się filarem odmiennego rozstrzygnięcia w sprawie *Danner* – por. § 38 orzeczenia i § 48 opinii w tej sprawie. Bardziej generalne odniesienie do krytycznego wobec rozstrzygnięcia w sprawie *Bachmann* stanowiska doktryny znajduje się w § 47 opinii powołanej w przyp. 121. Por. także sprawa C-484/93 *Svensson i Gustavsson* [1995] ECR I-3955, § 18, sprawa C-107/94 *Asscher* [1996] ECR I-3089, § 58 i sprawa C-264/96 *ICI* [1998] ECR I-4695, § 29.

Wśród ograniczeń uzasadnionych nadrzędnym interesem publicznym Trybunał wskazał również na efektywność systemu kontroli podatkowej¹⁴⁸. Państwo nie może jednak w ten sposób bezzasadnie ograniczać dopuszczalności wliczenia wydatków poniesionych zagranicą do kosztów uzyskania przychodu¹⁴⁹. Jakakolwiek bowiem korzyść dla usługodawców, wynikająca z niskiego opodatkowania w ich państwie macierzystym, nie może stanowić dla przyjmującego państwa członkowskiego uzasadnienia mniej korzystnego traktowania w sprawach podatkowych odbiorców usług ustanowionych na jego terytorium¹⁵⁰.

Ponadto, efektywność systemu kontroli podatkowej, przejawiająca się zapewnieniem jej skuteczności, może usprawiedliwiać ograniczenia w swobodnym przepływie usług wówczas, gdy jest to konieczne dla uzyskania informacji, czy podatnik uiszcza należny podatek. Dodać należy wszakże, że państwa członkowskie uwzględniać muszą wszelkie źródła potrzebnych wiadomości, w tym inne państwa członkowskie (na zasadach określonych dyrektywą 77/799/EWG)¹⁵¹, samych podatników¹⁵² i podmioty, od których pochodzi przychód¹⁵³.

Nie są natomiast uwzględniane przez Trybunał argumenty, które usprawiedliwić mają przeszkody w swobodnym przepływie usług wymogami integralności podstawy opodatkowania. Przesłanka ta, rozumiana jako przeciwdziałanie przez państwo obniżaniu przez podatnika dochodu na potrzeby podatku dochodowego przez opodatkowanie jego części w państwach o niższych podatkach, powołana została przez stronę we wskazanej wcześniej sprawie *Danner*. Nie została jednak zaakceptowana przez Trybunał ani przez rzecznika generalnego. Mianowicie odrzucono interpretację wywodzącą omawiane ograniczenie z rozstrzygnięcia w sprawie *Safir*¹⁵⁴ (§ 55 orzeczenia, § 78 opinii), a jednocześnie wskazano, że w innej sprawie¹⁵⁵ Trybunał wykluczył, by zapobieganie zmniejszaniu wpływów podatkowych mogło stanowić nadrzędny interes publiczny¹⁵⁶ (§ 56 orzeczenia, § 78 opinii). W konsekwencji

¹⁴⁸ Sprawa 120/78 *Rewe-Zentral* [1979] ECR 649, § 8 i sprawa C-250/95 *Futura Participations and Singer* [1997] ECR I-2471, § 31.

¹⁴⁹ Sprawa C-55/98 *Vestergaard* [1999] ECR I-7641, § 25.

¹⁵⁰ Sprawa C-294/97 *Eurowings Luftverkehrs* [1999] ECR I-7447, § 44.

¹⁵¹ Por. przyp. 145, a także sprawa C-136/00 *Danner* [2002] jeszcze nieopubl., § 49.

¹⁵² Sprawa C-55/98 *Vestergaard* [1999] ECR I-7641, § 26, sprawa C-136/00 *Danner* (jeszcze nieopubl.), § 49 i 52.

¹⁵³ § 74 opinii powołanej w przyp. 121.

¹⁵⁴ Sprawa C-118/96 [1998] ECR I-1897, § 34.

¹⁵⁵ Sprawa C-307/97 *St Gobain* [1999] ECR I-6161.

¹⁵⁶ Orzeczenie i opinia uogólniły znaczenie rozstrzygnięcia w sprawie *St Gobain* w porównaniu z jego literalnym brzmieniem. W istocie uzasadnienie wyroku wskazy-

stwierdzono, że większy niż w innych państwach członkowskich apetyt fiskusa nie stanowi nadrzędnego interesu publicznego.

Przy okazji zauważyć warto, że Trybunał prowadzi w omawianych sprawach rozważania dotyczące przeszkód w swobodnym świadczeniu usług, które wynikają z przepisów dotyczących opodatkowania podatkiem bezpośrednim pomimo, iż traktat powierza Wspólnocie jedynie kompetencje w zakresie regulowania materii dotyczącej podatków pośrednich¹⁵⁷. W istocie jednak ewentualna ingerencja prawa wspólnotowego w odnośną legislację podatkową państw członkowskich (wówczas, gdy stwierdzono by jej sprzeczność ze swobodami traktatowymi) miałyby wystarczającą podstawę w przepisach dotyczących rynku wewnętrznego, wchodząc w obszar nie przewidziany przez traktat niejako tylnymi drzwiami¹⁵⁸.

Podkreślić jednak należy, że uzasadnienie ograniczeń interesem publicznym nie jest jednoznaczne z uznaniem restrykcji za dopuszczalne. Konieczne jest jeszcze poddanie ich testowi proporcjonalności.

wało jedynie, że nie ma podstawy w normach art. 43 [52] ani 46 traktatu dyskryminujące traktowanie przez Niemcy oddziałów (stan faktyczny dotyczył oddziału tam się znajdującego) zagranicznych spółek kapitałowych (w omawianej sprawie spółka ustanowiona była według prawa francuskiego). Odmiennosc sytuacji prawnej takich podmiotów, w porównaniu z tymi, które miały na terenie Niemiec siedzibę lub centralę zarządzającą i zakwalifikowane z tego powodu zostały jako ponoszące pełną odpowiedzialność podatkową (zasada dochodu światowego), była trojaka – (§ 1–23). Po pierwsze, odnosiła się do braku zwolnienia od dochodowego podatku korporacyjnego dywidend przekazywanych niemieckiemu oddziałowi przez zależne od niego spółki spoza UE. Po drugie, dotyczyła niedopuszczalności dokonanego przez niemiecki oddział odliczania od przychodu w podatku dochodowym od osób prawnych dywidend uzyskiwanych w zależnych spółkach zagranicznych wówczas, gdy stosowny podatek uiszczany był od nich w państwach siedziby tychże spółek. Po trzecie, wreszcie, obejmowała opodatkowanie podatkiem od zysków kapitałowych udziałów uzyskanych przez ów oddział w zagranicznych spółkach zależnych. Wszystkie ze wskazanych aspektów uznane zostały za nieuzasadnione, nie dokonano jednak ich szerszej interpretacji – por. § 50.

¹⁵⁷ Rozdział II tytułu VI [V] części III traktatu – art. 90 [95]–93 [99]. W zakresie relacji tychże ze swobodą świadczenia usług por. zwłaszcza stan faktyczny i rozstrzygnięcie w sprawie 127/86 *Ledoux* [1988] ECR 3741, do którego Trybunał odniósł się w sprawie C–49/89 *Corsica Ferries France* [1989] ECR 4441, § 9.

¹⁵⁸ G. Laule, R. Weber, *Harmonisation of the Tax Systems in Europe. Judgements of the European Court of Justice*, http://www.whitecase.com/tax_harmony_english.pdf, s. 23 dochodzą do wniosku, że Trybunał pozostanie głównym motorem harmonizacji w sferze podatków bezpośrednich. Por. również pominięte przez autorów: sprawa C–118/96 *Safir* [1998] ECR I–1897, § 21 i połączone sprawy C–397/98 i C–410/98 *Metallgesellschaft i Hoechst* [2001] ECR I–1727, § 37 wraz z powołanym tam orzecnictwem.

C) PROPORCJONALNOŚĆ ŚRODKA

Restrykcyjny środek krajowy musi być w każdym przypadku odpowiedni i nie może wykraczać poza to, co konieczne do osiągnięcia stawianego przed nim celu.

We wcześniejszym orzecznictwie obydwie wskazane warunki wymieniane były przez Trybunał niejako niezależnie od siebie, nie zawsze i nie w pełni konsekwentnie¹⁵⁹. Ze względu jednak na łączący je organiczny związek i komplementarną naturę, słuszne wydaje się omówienie ich wspólnie, jako uzupełniających się aspektów kryterium proporcjonalności¹⁶⁰.

Proporcjonalność ma szczególnie istotne znaczenie dla oceny dopuszczalności działań restrykcyjnych. Badana jest bowiem w każdej sprawie. Bywa także, iż Trybunał, kiedy dochodzi do wniosku o nieproporcjonalności postępowania państwa, na tym tylko opiera rozstrzygnięcie, nie wdając się w szczegółowe dywagacje na temat nadrzędnego interesu publicznego. Ciekawy przykład takiej sytuacji stanowi orzeczenie w sprawie *De Coster*¹⁶¹.

Lokalne władze belgijskie, uchwalając roczny podatek od anten satelitarnych, utrudniły mieszkańcom odbiór programów satelitarnych emitowanych głównie z innych krajów. Co istotne, podatkiem tym nie był obciążony odbiór programów telewizji kablowej (§ 37).

Na szczególne znaczenie zasady proporcjonalności wskazuje w omawianej sprawie brak polemiki z argumentami dotyczącymi ochrony interesu publicznego. Mianowicie Trybunał stwierdził, iż nawet gdyby działania władz uzasadniał interes publiczny, to wyszły one poza to, co jest konieczne do jego ochrony, a zatem były nieproporcjonalne (*ibidem*).

¹⁵⁹ Sprawy: 352/85 *Bond van Adverteerders* [1988] ECR 2085, § 36; C-154/89 *Komisja v. Francja* [1991] ECR I-659, § 21; połączone sprawy C-34/95, 35/95 i 36/95 *De Agostini i TV-Shop* [1997] ECR I-3843, § 52, por. także P. J. G. Kapteyn i P. VerLoren van Themaat, op. cit. w przyp. 16, s. 758.

¹⁶⁰ W sposób najbardziej syntetyczny wskazano na zasadę proporcjonalności jako łączącą nakaz adekwatności środka i zakaz jego zbytnej restrykcyjności w sprawach: C-384/93 *Alpine Investments* [1995] ECR I-1141, § 45, C-58/98 *Corsten* [2000] ECR I-7919, § 39; C-205/99 *Analir* [2001] ECR I-1271, § 70. Por. także opinię rzecznika generalnego Jacobsa z 25.9.2002 r. do sprawy C-451/99 *Cura Anlagen*, § 36.

¹⁶¹ Sprawa C-17/00 [2001] [ECR] I-9445.

Środek odpowiedni ze swojej istoty jest obiektywnie konieczny¹⁶² do osiągnięcia zakładanego celu i gwarantuje jego realizację¹⁶³.

Zauważmy wszakże, iż odpowiedniość środka nie suponuje, że będzie on najmniej restrykcyjnym z możliwych. Odnosi się bowiem do właściwego doboru użytych instrumentów, abstrahuje natomiast od natężenia, z jakim są one stosowane.

Aby ograniczenie nie zostało użyte w nadmiarze i, potencjalnie nadając się do osiągnięcia zakładanego celu, nie utrudniło zbyt wiele działalności ekonomicznej, orzecznictwo Trybunału wskazuje na zakaz wykraczania poza to, co konieczne dla ochrony uznanego interesu publicznego, tak by odnośna regulacja nie była bezzasadnie uciążliwa.

Podkreślić też trzeba, że na tym aspekcie skupia się wykładnia Trybunału¹⁶⁴. W najnowszych orzeczeniach pomija się nawet niekiedy oddzielne odniesienia do kwestii proporcjonalności ograniczeń, eksponując niedopuszczalność wykraczania restrykcji poza to, co jest niezbędnie konieczne dla osiągnięcia założonego celu¹⁶⁵. Wydaje się wszakże, że jedynie podkreśla to znaczenie zasady proporcjonalności w omawianej materii. O ile bowiem państwa nie stanowią na ogół warunków prowadzenia działalności, które są nieodpowiednie, czyli w ogóle nie mogą chronić nadrzędnego interesu publicznego, o tyle często zdarza się, że utrudniają one obrót transgraniczny poprzez stwarzanie wymogów wykraczających w swej uciążliwości poza usprawiedliwiony cel¹⁶⁶.

Stąd poświadczenie przez usługodawcę, iż przestrzega on owych wymogów byłoby w pierwszej kolejności nieproporcjonalne wówczas, gdy odnośny obowiązek nie znajduje uzasadnienia w charakterze świadczonych usług, a zatem jest całkowicie zbędny¹⁶⁷.

W ilustrującej to stwierdzenie sprawie *Säger*¹⁶⁸ powód zarzucał nie posiadającemu licencji rzecznika patentowego przedsiębiorstwu brytyjskiemu świadczenie usług związanych z regulowaniem okreso-

¹⁶² Por. np. sprawa C-222/95 *Parodi* [1997] ECR I-3899, § 31 wraz ze wskazanym tam orzecznictwem; sprawa C-493/99 *Komisja v. Niemcy* [2001] ECR I-8163, § 19; sprawa C-279/00 *Komisja v. Włochy* [2002] ECR I-1425, § 18.

¹⁶³ Sprawa C-288/89 *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda* [1991] ECR I-4007, § 15.

¹⁶⁴ Sprawy: C-33/74 *van Binsbergen* [1974] ECR 1299, § 16; C-252/83 *Komisja v. Dania* [1986] ECR 3713, § 19; C-288/89 *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda* [1991] ECR I-4007, § 15; C-157/99 *Smits i Peerbooms* [2001] ECR I-5473, § 75 wraz z powołanym tam orzecznictwem.

¹⁶⁵ Sprawa C-164/99 *Portugaia Construções* [2002] ECR I-787, § 19.

¹⁶⁶ Por. sprawa C-180/89 *Komisja v. Włochy* [1991] ECR I-709, zwłaszcza § 20.

¹⁶⁷ Sprawa C-205/84 *Komisja v. Niemcy* [1986] ECR 3755, § 49.

¹⁶⁸ Sprawa C-76/90 [1991] ECR I-4221.

wych opłat za ochronę patentową na terenie Niemiec sprzecznie z prawem niemieckim i wspólnotowym. Jego zdaniem świadczenie wskazanych usług bez stosownej licencji narusza wymóg ochrony konsumentów. Trybunał uznał jednak, iż jakkolwiek państwo, wymagając szczególnych kwalifikacji od rzeczników patentowych, działa w celu ochrony konsumentów, a więc broni nadrzędnego interesu publicznego (§ 16), to uzależnienie dopuszczalności świadczenia usług polegających jedynie na uiszczaniu opłat w imieniu usługodawcy od posiadania szczególnych kwalifikacji zawodowych wychodziłoby poza to, co jest konieczne dla ochrony świadczeniobiorców, a zatem byłoby nieproporcjonalne (§ 20)¹⁶⁹.

Zaznaczyć należy też, że niedopuszczalność środków wykraczających poza cel działania nie oznacza ogólnego zakazu stosowania przez państwo przyjmujące bardziej surowych reguł dotyczących świadczenia usług, niż ma to miejsce w pozostałych państwach członkowskich¹⁷⁰. Jeśli bowiem dla społeczeństwa któregoś z krajów Unii szczególnie istotne są takie wartości, które gdzie indziej uznaje się za mniej ważne, wówczas przysługuje mu uprawnienie do tworzenia mechanizmów je chroniących. A zatem nie jest wykluczone z zasady uprawnienie do określenia warunków dotyczących przepływu usług¹⁷¹. Odnośna regulacja nie może mieć jednak charakteru zbyt absolutnego i ogólnego¹⁷², bo wówczas wykroczy poza to, co jest konieczne do osiągnięcia jej celu. Stawiane usługodawcy wymogi nie mogą być też zbyt wygórowane, wówczas wchodzić będą bowiem na grunt działań dopuszczalnych ewentualnie na gruncie swobody ustanowienia działalności gospodarczej.

Zachowanie proporcjonalności środka nakazuje także, by goszczące państwo członkowskie powstrzymało się od warunkowania gody

¹⁶⁹ Dla identycznej interpretacji stanu faktycznego z zupełnie innej dziedziny por. § 4 sentencji każdego z orzeczeń w sprawach przewodników turystycznych – sprawy: C-154/89 *Komisja v. Francja* [1991] ECR I-659; C-198/89 *Komisja v. Grecja* [1991] ECR I-727 i C-180/89 *Komisja v. Włochy* [1991] ECR I-709.

¹⁷⁰ Sprawy: C-384/93 *Alpine Investments* [1995] ECR I-1141, § 51; C-3/95 *Reisebüro Broede* [1996] ECR I-6511 § 4; C-108/96 *Mac Quen i inni* [2001] ECR I-837, § 33.

¹⁷¹ Por. np. sprawa C-198/89 *Komisja v. Grecja* [1991] ECR I-727, § 18. Nie będzie więc absolutnie niedopuszczalne warunkowanie przez państwo świadczenia usług na swoim terytorium od posiadania w nim stałej placówki lub miejsca zamieszkania. W sytuacji jednak, gdy utrudni się w ten sposób działalność usługodawcy z innego państwa członkowskiego, zastosowany środek będzie musiał mieć uzasadnienie w ochronie uznano go przez Trybunał dobra.

¹⁷² Sprawa 96/85 *Komisja v. Francja* [1986] ECR 1475, § 14.

na czasowe wykonanie usług przez przynależnego innego państwa członkowskiego od udowodnienia dostosowania swojej działalności do wymogów interesu publicznego, gdy ich spełnienie potwierdzone zostało już w państwie macierzystym usługodawcy. Jeśli zatem ustawodawstwo kraju pochodzenia chroni w sposób wystarczający dobro uznane za szczególnie istotne przez Trybunał, wówczas państwo przyjmujące nie może tego nie uwzględnić¹⁷³.

W praktyce oznacza to zwłaszcza, że nie może ono żądać od usługodawcy uzyskania autoryzacji, przyjmującej zwłaszcza formę stosownej licencji, wymagającej powtórnego udowadniania, iż ten postępuje zgodnie z regułami państwa przyjmującego¹⁷⁴. Ponawianie związanej z tym procedury stanowi bowiem z zasady ograniczenie swobody świadczenia usług¹⁷⁵ i wychodzi poza to, co niezbędne dla ochrony interesu publicznego. Jest zatem nieproporcjonalne. Dodać należy także, iż o niedopuszczalności autoryzacji świadczyć będzie zwłaszcza konieczność poniesienia przez ubiegającego się o nią dodatkowych opłat publiczno-prawnych, zwiększających koszty prowadzenia działalności¹⁷⁶.

Jeśli jednak kraj macierzysty usługodawcy nie chroni któregoś z nadrzędnych dóbr interesu publicznego w sposób porównywalny, wówczas państwo przyjmujące może uwarunkować czasowe świadczenie usług od formalnego potwierdzenia przez kompetentne władze, iż swoją działalnością usługodawca nie naruszy owego dobra¹⁷⁷.

Ponadto, o ile nie budzi wątpliwości dopuszczalność wymogu poinformowania przez usługodawcę stosownych organów o zamiarze świadczenia usług, gdy nie utrudnia to w sposób nieproporcjonalny działalności, to sytuacja ma się inaczej, gdy rozpoczęcie działalności uzależnione jest od wydania decyzji administracyjnej. Ta bowiem ze swej istoty zakłada element uznania administracyjnego.

¹⁷³ Połączone sprawy 110/78 i 111/78 *Follachio i Wesemael* [1979] ECR 35, § 30. Myśl ta ma zastosowanie również do autoryzacji jedynie pośrednio warunkującej świadczenie usług, na przykład pozwoleń na pracę pracowników usługodawcy – por. sprawa C-43/93 *Vander Elst* [1994] ECR I-3803, § 21 i 22.

¹⁷⁴ Por. co do ogólnej zasady sprawa C-355/98 *Komisja v. Belgia* [2000] ECR I-1221, § 35, z powołanym tam orzecnictwem. Dla przykładowego stanu faktycznego por. sprawa C-113/89 *Rush Portuguesa* [1990] ECR I-1417, § 12 – w odniesieniu do pozwoleń na pracę pracowników usługodawcy, sprawa C-205/99 *Analir* [2001] ECR I-1271, § 22 – co do usług kabotażu morskiego.

¹⁷⁵ Sprawa C-222/95 *Parodi* [1997] ECR I-3899, § 19 i 32, gdzie wskazano na warunki dopuszczalności stosowania autoryzacji działalności usługowej banków udzielających kredytów hipotecznych. Por. także sprawa C-439/99 *Komisja v. Włochy* [2002] ECR I-305, § 26 z powołanym tam orzecnictwem.

¹⁷⁶ Sprawa 205/84 *Komisja v. Niemcy* [1986] ECR 3755, § 28.

¹⁷⁷ Sprawa 279/80 *Webb* [1981] ECR 3305, § 17.

W tym ostatnim przypadku Trybunał wskazuje na kilka istotnych, dodatkowych zasad. Przede wszystkim przy obiektywnej ocenie sytuacji niewystarczającą dla ochrony interesu publicznego powinna być deklaracja usługodawcy o charakterze *ex post facto*¹⁷⁸. W każdym również przypadku szczegóły warunków udzielenia autoryzacji muszą być podane zainteresowanym do wiadomości z odpowiednim wyprzedzeniem, a ponadto przysługiwać im powinno prawo do zakwestionowania odnośnej decyzji¹⁷⁹.

Z kolei w orzeczeniu w sprawie *Smits i Peerbooms*¹⁸⁰ do wcześniej wskazanych wymogów dodano, że autoryzacja warunkująca podjęcie działalności zawodowej nie może legitymizować dyskrecjonalnych działań państw członkowskich, podważających efektywność prawa wspólnotowego, zwłaszcza w zakresie dotyczącym wolności podstawowych (§ 90). Musi zatem bazować na obiektywnych, niedyskryminujących kryteriach, by mogła zapewnić obiektywność i bezstronność, czyli unieвозмоżliwić wykorzystywanie odnośnych regulacji w sposób arbitralny (*ibidem*). Ponadto istotne jest nie tylko to, by decyzja była zaskarżalna (do organu sądowego lub *quasi*-sądowego) i opublikowana z wyprzedzeniem. Ważne jest też, by stosowna procedura przebiegała szybko¹⁸¹ i w sposób, który ogranicza zakres uznania administracyjnego władz odnośnego państwa członkowskiego. Nie może też nakładać na usługodawców dyskryminujących opłat administracyjnych, ani innych ograniczeń o charakterze ekonomicznym¹⁸².

Nie będzie natomiast z zasady niedopuszczalne uzależnianie wydania autoryzacji od udowodnienia wypłacalności usługodawcy. Warunkiem jest jednak, by owa wypłacalność stanowiła istotną przesłankę dla zapewnienia ochrony interesu publicznego, a jej ocena dokonywana była w sposób niedyskryminujący¹⁸³.

Uzasadniony może być również wymóg zawarcia z władzami odnośnego państwa kontraktów lub przyjęcia przez usługodawców obowiązków dotyczących pewnych kategorii powszechnie dostępnych usług wówczas, gdy ich świadczenie ma charakter użyteczności publicznej (ang.

¹⁷⁸ Sprawa C-205/99 *Analir* [2001] ECR I-1271, § 35 z powołanym orzecnictwem.

¹⁷⁹ *Ibidem*, § 38.

¹⁸⁰ Sprawa C-157/99 [2001] ECR I-5473.

¹⁸¹ W orzeczeniu w sprawie C-58/98 *Corsten* [2000] ECR I-7919, § 47 rozwinięto ten wątek poprzez wskazanie, że procedura autoryzacji zmierzająca do uznania kwalifikacji uzyskanych w innym państwie członkowskim nie może opóźniać ani utrudniać rozpoczęcia działalności przez usługodawcę.

¹⁸² Por. także sprawa C-165/98 *Mazzoleni* [2001] ECR I-2189, § 24.

¹⁸³ Sprawa C-205/99 *Analir* [2001] ECR I-1271, § 51.

public service), jeśli stosowany jest on w sposób niedyskryminujący i proporcjonalny¹⁸⁴. W kontekście organizowania targów Trybunał orzekł, że to samo dotyczy warunkowania świadczenia usług od utworzenia organu doradczego dla usługodawców (w omawianym przypadku wystawców), składającego się z lokalnych organizatorów tego typu przedsięwzięć¹⁸⁵. Z kolei, na kanwie tej samej sprawy, jako z góry nieuzasadnione określone zostało warunkowanie udzielenia autoryzacji od przyjęcia do władz usługodawcy przedstawicieli administracji publicznej lub też od włączenia do podmiotu świadczącego usługi instytucji lokalnej¹⁸⁶.

5. ZAKOŃCZENIE CZĘŚCI I

Analiza mechanizmu funkcjonowania i wewnętrznych zależności pomiędzy poszczególnymi elementami swobody świadczenia usług uzmysławia wielość zachodzących w jej ramach interakcji. To ten właśnie wątek wydaje się być w największej mierze odpowiedzialny za pojawiające się wątpliwości, gdy chodzi o wskazanie, jak daleko ma sięgać zakres wolności i gdzie powinna przebiegać granica pomiędzy ograniczeniami zakazanymi przez prawo wspólnotowe, a tymi które ono usprawiedliwia. Z tym związany jest z kolei dylemat, gdy chodzi o zdefiniowanie relacji pomiędzy pojęciami dyskryminacji i restrykcji utrudniających transgraniczną wymianę usług.

Nader wyraźna jest również rola kryteriów pozatraktatowych – nadrzędnego interesu publicznego i proporcjonalności – w określaniu, jakie dyskryminujące ograniczenia w transgranicznym przepływie usług są dopuszczalne, a jakich państwa członkowskie wprowadzać nie mogą. Co szczególnie istotne, ich znaczenie wciąż rośnie, a odbywa się to kosztem przesłanek traktatowych – zwłaszcza wynikających z art. 45 i 46.

Aspekt ten nie jest jednak charakterystyczny wyłącznie dla swobody ujętej w tytule niniejszego opracowania. Dotyczy on w różnym stopniu również innych praw fundamentalnych.

Wnioski na ten temat zawarte zostaną wszakże w drugiej części opracowania. Tam też znajdzie się całościowe podsumowanie omawianej tematyki. Poprzedzić je bowiem musi wcześniejsza analiza relacji swobody świadczenia usług z innymi elementami rynku wewnętrznego.

¹⁸⁴ Ibidem, § 68–70.

¹⁸⁵ Sprawa C–439/99 *Komisja v. Włochy* [2002] ECR I–305, § 39–41.

¹⁸⁶ Ibidem, § 36–38.