

# Dariusz Adamski

---

## Pojęcie usługi w systemie prawa rynku wewnętrznego Wspólnoty Europejskiej

---

Kwartalnik Prawa Publicznego 2/1/2, 9-42

---

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](http://bazhum.muzhp.pl), gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

*Dariusz Adamski\**

## **POJĘCIE USŁUGI W SYSTEMIE PRAWA RYNKU WEWNĘTRZNEGO WSPÓLNOTY EUROPEJSKIEJ**

### **1. ZARYS ZAGADNIENIA**

Do fundamentalnych (podstawowych) swobód, statuujących rynek wewnętrzny Wspólnoty Europejskiej (dalej: Wspólnoty) należy swoboda świadczenia usług<sup>1</sup>. Stanowi ona również jeden z głównych sposobów osiągnięcia celów Wspólnoty<sup>2</sup>. W konsekwencji kształt i zakres pojęcia „usługa” wpływa na zasady prowadzenia aktywności ekonomicznej przez dużą część przynależnych państw piętnastki. Wyrażane są nawet poglądy<sup>3</sup>, iż istnieją podstawy do twierdzenia, że swobody ustanowienia działalności gospodarczej i świadczenia usług są najważniejszymi ze swobód rynku wewnętrznego, gdyż ułatwiają optymalną alokację czynników produkcji oraz efektywną działalność podmiotów handlowych i finansowych we Wspólnocie.

Ze względu na ramy niniejszego opracowania zostanie w nim wskazany przedmiot owej alokacji, pominięta natomiast będzie bardzo obszerna sfera mechanizmów jej funkcjonowania. Innymi słowy okre-

---

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

<sup>1</sup> Obok swobody przepływu towarów, osób i kapitału – por. art. 14 [7a] ust. 2 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską – dalej: traktatu (przy pierwszym powołaniu numeru artykułu autor uwzględni zarówno numerację po zmianach dokonanych Traktatem Amsterdamskim jak i poprzednią, przy kolejnych natomiast tylko aktualną).

<sup>2</sup> Por. art. 3 [3] lit. c) traktatu.

<sup>3</sup> G. A. Bermann, R. J. Goebel, W. J. Davey, E. M. Fox, *Cases and Materials on European Community Law*, St. Paul 1993, s. 542.

ślone zostanie, co podlega reżimowi swobody świadczenia usług. Od-  
rębną kwestią pozostanie natomiast to, jakie konsekwencje prawne  
wynikają z poddania usług swobodzie przepływu.

Zgodnie z art. 50 [60] traktatu<sup>4</sup> „usługi uznawane będą za usługi  
w rozumieniu traktatu, gdy wykonuje się je zwykle odpłatnie, o ile nie  
są one uregulowane przez postanowienia dotyczące swobodnego prze-  
pływu towarów, kapitału i osób” (akapit 1). Ten sam przepis wskazuje  
ponadto kilka rodzajów aktywności, które uznane zostały za usługi w ro-  
zumieniu traktatu. Stwierdzono w nim mianowicie, iż obejmują one  
w szczególności:

- a) działalność o charakterze przemysłowym;
- b) działalność o charakterze handlowym;
- c) działalność rzemieślniczą;
- d) działalność w zakresie wolnych zawodów (akapit 2).

W trzecim akapicie dodano, iż „bez uszczerbku dla postanowień  
rozdziału dotyczącego prawa ustanowienia działalności gospodarczej,  
osoba świadcząca usługi może, w celu ich wykonania, czasowo prowa-  
dzić działalność na terytorium kraju, dla którego usługi te są przeznac-  
zone (...)”. Postanowienie to pozostaje z kolei w ścisłym związku z art.  
49 [59] zdanie pierwsze traktatu *in fine*, który stanowi, że „na zasa-  
dach określonych poniżej ograniczenia w swobodnym świadczeniu usług  
na terenie Wspólnoty będą zakazane w stosunku do przynależnych  
Państw Członkowskich Wspólnoty, umocowanych w innym państwie  
Wspólnoty niż państwo osoby dla której świadczona ma być usługa”<sup>5</sup>.

Rozważania dotyczące „usługi w rozumieniu traktatu” prowadzi-  
one będą w sposób odpowiadający systematyce art. 50. Najpierw doty-  
czyć będą one kwestii, które znajdują umocowanie w pierwszym aka-

---

<sup>4</sup> Ang.: *Services shall be considered to be „services’ within the meaning of this Treaty where they are normally provided for remuneration, insofar as they are not governed by the provisions relating to freedom of movement for goods, capital and persons.*

*Services’ shall in particular include:*

- (a) *activities of an industrial character;*
- (b) *activities of a commercial character;*
- (c) *activities of craftsmen;*
- (d) *activities of the professions.*

*Without prejudice to the provisions of the Chapter relating to the right of estab-  
lishment, the person providing a service may, in order to do so, temporarily pursue  
his activity in the State where the service is provided, under the same conditions as are  
imposed by that State on its own nationals.*

<sup>5</sup> Ang.: *Within the framework of the provisions set out below, restrictions on fre-  
edom to provide services within the Community shall be prohibited in respect of natio-  
nals of Member States who are established in a State of the Community other than  
that of the person for whom the services are intended.*

picie tego przepisu – a więc nie podlegania usług w rozumieniu traktatu innym swobodom i odpłatności za usługę. W ramach pierwszego z dwóch wskazanych elementów zostanie również omówiony aspekt wskazanej w ostatniej części art. 50 traktatu czasowości świadczenia usług. Jeśli bowiem działalność taka wykonywana jest czasowo – podlega swobodzie świadczenia usług, a jeśli w sposób trwały – swobodzie ustanowienia działalności gospodarczej. Rozróżnienie to jest przy tym szczególnie istotne właśnie ze względu na zasadę nie podlegania „usług w rozumieniu traktatu” innym swobodom traktatowym, a zatem spójność wyводу uzasadnia łączne omówienie tych dwóch wątków.

Z kolei po kwestiach dotyczących odpłatności uwaga zostanie skupiona na katalogu rodzajów działalności, o których mowa w drugim akapicie art. 50, a na zakończenie analizie będzie poddana niezwykle istotna materia transgraniczności stanów faktycznych podlegających swobodzie świadczenia usług. Odnośny fragment art. 50 – akapit 3 – wspomina wprawdzie o niej w sposób jedynie szczątkowy, ale orzecznictwo Trybunału uzmysławia dobitnie, że znaczenie kryterium transgraniczności jest dużo większe niż wynikałoby to z literalnej wykładni omawianego przepisu.

Wracając jednak do rozważań o charakterze ogólnym, zaznaczyć warto, że pojęcie usługi wyznaczone przez twórców traktatu oparto głównie na definicji negatywnej (art. 50 akapit 1) popartej sytuacjami przykładowymi (art. 50 akapit 2 i 3). Ujęto je więc szeroko.

Treść omawianych przepisów nasuwa także przypuszczenie, że prawodawca wybrał dosyć skomplikowaną metodę określenia zakresu przedmiotowego świadczeń objętych omawianą swobodą. Art. 50 traktatu nie stwierdza bowiem, iż usługa podlega swobodzie przepływu wówczas, gdy, oprócz innych wymogów przewidzianych przez rozdział III tytułu III części III pt. „Usługi”, spełnia również wymogi określone w art. 50 traktatu, na przykład odpowiada zasadzie generalnej odpłatności. Pomędzy definicją usługi a traktatową zasadą swobody świadczenia usług wprowadzone zostało omawianym przepisem pojęcie pośrednie – „usługa w rozumieniu traktatu” – która stanowi swego rodzaju „metausługę”.

Wydawać by się mogło, że test zastosowania swobody świadczenia usług do konkretnego świadczenia powinien być zatem trzyetapowy i sprowadzać się do weryfikacji, po pierwsze – czy dane świadczenie jest usługą w ogóle, po drugie – czy jest usługą w rozumieniu traktatu i po trzecie – czy odpowiada wymogom objęcia owego zachowania swobodą przepływu. W istocie jednak przy interpretacji poszczególnych stanów faktycznych Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich (dalej: Trybunał) abstrahuje od elementu pierwszego, rozpatrując jedynie drugi i trzeci. Jest to o tyle zrozumiałe, że skoro zachowanie uznane

zostanie za usługę w rozumieniu traktatu (i określone będzie jako odpowiadające dyspozycjom norm z art. 50 traktatu), to musi być również usługą w szerszym znaczeniu. Na skutek takiego zabiegu w sferze cienia pozostaje jednak granica pomiędzy towarami a usługami, leżąca, jak się wydaje, poza konstrukcją „usługi w rozumieniu traktatu”.

Trybunał dokonując rozgraniczenia między towarami a usługami powołuje się mianowicie jedynie na ich cyt. „naturę”, nie definiując tego pojęcia<sup>6</sup>. Niezwykle ważne dla zrozumienia istoty usługi w prawie wspólnotowym wydaje się jednak wskazanie na elementy ową naturę konstytuujące, nawet jeżeli abstrahuje się od nich w orzecznictwie ze względu na różnice systemów prawnych państw członkowskich. Kwestia ta ma przy tym dużą doniosłość, bowiem sfery swobody świadczenia usług i przepływu towarów nie pokrywają się<sup>7</sup>.

Wydaje się zatem, że należy, jeszcze przed przystąpieniem do omówienia kryteriów wyznaczających „usługę w rozumieniu traktatu”, pokusić się o próbę zdefiniowania usługi w znaczeniu szerszym, a w konsekwencji przeprowadzić linię demarkacyjną pomiędzy pojęciami towarów i usług.

Zamiarem autora jest przy tym wskazanie na podstawy wnioskowania, wspólne dla większości krajów europejskich, w tym Polski. Konstrukcje teoretyczne zaczerpnięte zostały z tradycji romańskiej, gdyż ta jest najlepiej w stanie polskiemu czytelnikowi dostarczyć aparatu pojęciowego, którym można wyjaśnić rozstrzygnięcia Trybunału.

## 2. USŁUGA W ROZUMIENIU TRAKTATU JAKO USŁUGA W ZNACZENIU CYWILNOPRAWNYM (KRYTERIUM ZERO<sup>8</sup>)

### 2.1. KONSTRUKCJA USŁUGI W ZNACZENIU CYWILNOPRAWNYM

Dla wyjaśnienia różnicy pomiędzy towarem a usługą odwołać się musimy do teorii prawa cywilnego. Według modelowego schematu, do

---

<sup>6</sup> Por. sprawa 155/73 *Sacchi* [1974] ECR 409, § 6.

<sup>7</sup> Chodzi przede wszystkim o wprowadzone orzeczeniem w sprawie C-384/93 *Alpine Investments* [1995] ECR I-1141, § 33 – 39 wyłączenie dopuszczalności zastosowania na gruncie swobody świadczenia usług formuły ustanowionej w orzeczeniu w połączonych sprawach C-267/91 i C-268/91 *Keck i Mithouard* [1993] ECR I-6097, § 16, zgodnie z którą nie stanowią ograniczenia przepływu towarów w imporcie regulacje dotyczące wyłącznie sposobu ich sprzedaży, o ile nie różnicują sytuacji prawnej importerów i handlowców krajowych.

<sup>8</sup> Nadanie kryterium wyznaczającemu usługę w sensie cywilnoprawnym numeru zero wynika z faktu, iż ma ono szczególnie istotne znaczenie dla określenia zakresu

którego odnoszą się traktatowe regulacje, zarówno wydanie towarów jak i świadczenie usług następuje na mocy umów cywilnoprawnych. Problematyka pozostaje zatem w sferze prawa zobowiązań. Każde natomiast zobowiązanie, oprócz jego podmiotów, zawierać musi również przedmiot, którym jest świadczenie definiowane jako zachowania dłużnika, którego spełnienia może domagać się wierzyciel. Ten ostatni zyskuje zatem względem dłużnika szereg uprawnień, które z kolei dla dłużnika oznaczają konkretne obowiązki. Owe uprawnienia/obowiązki stanowią treść zobowiązania, wynikającą zresztą z istoty wskazanego wyżej przedmiotu zobowiązania. Jednak treść i przedmiot zobowiązania w przypadku usług na ogół, zaś w przypadku towarów zawsze, pozostają w związku z jakimś obiektem, przedmiotem, niekoniecznie materialnym, do którego świadczenie się odnosi<sup>9</sup>. Obiekt ten to przedmiot świadczenia.

Wydaje się, że różnica między towarami i usługami występuje właśnie w sposobie korelacji treści i przedmiotu zobowiązania z przedmiotem świadczenia. W przypadku towarów związek ten ma bowiem znaczenie absolutnie podstawowe dla istnienia stosunku prawnego, jest natomiast wąty, o ile w ogóle istnieje, przy usługach. Posłużmy się przykładami sprzedaży i najmu samochodu. W obydwu przypadkach przedmiot i treść zobowiązania wiążą się z przedmiotem świadczenia – samochodem. Treść, a przez to i przedmiot pierwszego ze stosunków prawnych obejmuje całość tzw. „uprawnień właścicielskich”, których związek z przedmiotem świadczenia jest wręcz organiczny i zawiera w sobie także prawo do zmiany jego substancji, zniszczenia, porzucenia lub utraty w inny sposób, na przykład na skutek dalszej odsprzedaży. Uprawnienia te, co szczególnie istotne, przenoszone są na mocy ogólnej klauzuli wynikającej z istoty własności przedmiotu świadczenia.

W przypadku najmu treść i przedmiot zobowiązania, a więc zakres przenoszonych praw podmiotowych, są natomiast dużo węższe –

---

„usług w rozumieniu traktatu”, nie jest jednak przewidziane traktatem, wychodzi zatem poza przewidziany tam katalog.

<sup>9</sup> Por. W. Czachórski, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 1998, s. 35, A. Klein, *Elementy zobowiązaniowego stosunku prawnego*, Wrocław 1964, s. 41–43, gdzie przedmiot świadczenia określany jest jako cyt. „zewnętrzny przedmiot zachowania się stron, tj. majątkowy przedmiot, ze względu na który strona obowiązana jest do pewnego działania lub zaniechania i z którym związane jest także roszczenie uprawnionego podmiotu do podmiotu zobowiązaniowego” (za Aleksandrowem), „materialny przedmiot stosunku prawnego” (za Joffe), „przedmiot oddziaływania osoby uprawnionej bądź obciążonej obowiązkiem” (za Wąsowiczem) lub „przedmiot ze względu na który powstaje stosunek prawny” (za Wolterem). Dodatkowe uwagi na temat sposobu pojmowania przez doktrynę prawa cywilnego przedmiotu stosunku zobowiązaniowego na s. 67–68.

w sposób oczywisty nie dotyczą bowiem uprawnień właścicielskich. Obejmują wprawdzie prawo do korzystania z przedmiotu świadczenia, lecz jego substancja nie może zostać naruszona przez najemcę w sposób, jaki nie był przewidziany umową. Zachowanie usługobiorcy władającego rzeczą wydaną na podstawie stosunku prawnego musi być zatem w stosunku do niej neutralne, a jego wykraczająca w tym zakresie poza postanowienia umowne inwencja jest wykluczona.

Innymi słowy, w przypadku kiedy z jakimkolwiek uprawnieniami przenoszonymi umową zobowiązaniową powiązany jest przedmiot świadczenia, rozstrzygnięcie czy na mocy umowy jej strona, której rzecz ma być wydana, zyskała całość uprawnień właścicielskich (w tym do zmiany substancji, zniszczenia, porzucenia lub utraty w inny sposób – stąd test ów nazwijmy testem zniszczenia) pozwala rozstrzygnąć, czy jest to umowa z zakresu obrotu handlowego towarami, czy też umowa o świadczenie usług. W pierwszym przypadku odpowiedź będzie zawsze twierdząca, w drugim zawsze przecząca.

Oczywiście w większości umów o świadczenie usług przedmiot świadczenia znajduje się w tle konstrukcji stosunku prawnego (np. akta sprawy w umowie o pomoc prawną), a zatem związane z nim zachowanie (wydanie owych akt) też nie ma dla podstaw samego stosunku zobowiązaniowego znaczenia pierwszorzędowego. Poddanie i w tym przypadku skorelowanych z przedmiotem świadczenia uprawnień zleceniobiorcy testowi zniszczenia pozwala wszakże udowodnić, że z pewnością mamy do czynienia z usługą, co potwierdza prawdziwość testu<sup>10</sup>.

## 2.2. USŁUGA CYWILNOPRAWNA A PRAWO WSPÓLNOTOWE

Zanim test zniszczenia odniesiony zostanie do konkretnych stanów faktycznych, poruszyć należy najpierw dwa wątki, które wiążą się z granicą pomiędzy towarami a usługami. Powołują się na nie Lenaerts i van Nuffel<sup>11</sup> wskazując, iż „Trybunał pod pojęciem towarów

---

<sup>10</sup> Niszcząc dokumenty sprawy wydane na mocy umowy zlecenia pełnomocnik łamie w sposób oczywisty postanowienia umowy i przekracza zakres swoich uprawnień.

<sup>11</sup> Por. K. Lenaerts, P. van Nuffel, *Podstawy prawa europejskiego*, Warszawa 1998, s. 97, nb. 135. Autorzy najprawdopodobniej bazują na orzeczeniu w sprawie 7/68 *Komisja v. Włochy* [1968] ECR 423, § 2 sentencji (odnośniki do treści wszystkich orzeczeń, na które powołuje się autor, znajdują się na serwerze Trybunału Wspólnot Europejskich, na stronie <http://curia.eu.int/common/recdoc/indexaz/en/c1.htm> w sprawach wniesionych przed rokiem 1989, zaś dla spraw wniesionych w następnych latach na <http://curia.eu.int/common/recdoc/indexaz/en/c2.htm>).

rozumie „towary”, których wartość wyceniona jest w pieniądzu i które mogą stanowić przedmiot transakcji handlowych”.

Przed wszystkim zauważyć należy, że uznanie tylko umów dotyczących towarów za wchodzące w zakres pojęcia transakcji handlowych wymaga kolejnych zastrzeżeń. Jak stwierdził bowiem Trybunał<sup>12</sup> zarówno umowy o świadczenie usług, jak i umowy dotyczące towarów należą do transakcji komercyjnych (handlowych) – ang. *commercial transactions*<sup>13</sup>, z czym się należy zgodzić, gdyż ekonomicznym celem świadczącego usługę lub wydającego towar jest z zasady uzyskanie pieniężnego świadczenia wzajemnego od drugiej strony stosunku prawnego. Idzie za tym stosowna *causa* czynności prawnej po jego stronie – *obligandi vel acquirendi*. Dla odróżnienia transakcji handlowych od usług dodać należałoby zatem, że te pierwsze dotyczą tylko obrotu towarowego<sup>14</sup>. Przy takim zastrzeżeniu można je odnosić wyłącznie do towarów<sup>15</sup>.

Wycenialność dobra jako warunek uznania go za towar wynika z kolei z bardzo ciekawego orzeczenia dotyczącego odpadków<sup>16</sup>. Zgodnie z nim mogą one, nawet w formie nieprzetworzonej, być przedmiotem obrotu, o ile prezentują wartość ekonomiczną. Zastanówmy się jednak, na ile cecha ta charakterystyczna jest tylko dla towarów i z czego ona wynika.

Śmieci, wówczas gdy nie przedstawiają dla potencjalnego nabywcy żadnej wartości, rzeczywiście niepodobna sprzedać. Spowodowane jest to jednak samą konstrukcją umowy sprzedaży, która zakłada ekwiwalentność świadczeń. Cena za własność rzeczy bezwartościowej równa by musiała być 0, a więc jej nie ma, co sprzeciwia się istocie umowy sprzedaży.

---

<sup>12</sup> Por. sprawa C-203/80 *Casati* [1981] ECR 2595, § 24 i 25, § 5 sentencji.

<sup>13</sup> Komentatorzy dodają, iż aspekt ten odróżnia swobodę świadczenia usług od praw obywatelskich, por. F. Emmert, M. Morawiecki, *Prawo Europejskie*, Warszawa–Wrocław 1999, s. 363, nb. 21.

<sup>14</sup> Na marginesie można zadać pytanie o trafność użytego przez Trybunał i autorów sposobu definiowania towarów przez charakter transakcji, które ich dotyczą (towarem jest to, co podlega transakcji handlowej). Ażeby bowiem móc określić rodzaj umowy (transakcja handlowa), należy najpierw ustalić, co jest przedmiotem jej świadczenia (towar), a zatem, trzymając się zaprezentowanej logiki, o przyczynie rozstrzygnięcia się na podstawie jej następstwa, co nie wydaje się słuszne.

<sup>15</sup> Za uznaniem usług za składniki obrotu towarowego opowiada się W.-H. Roth [w:] M. A. Dausen, *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, Warszawa 1999, s. 446–456. Odnosi on usługi do przedmiotów niematerialnych, które w istocie stanowić mogą towar i podlegać obrotowi. Zakwalifikowania handlu towarami niematerialnymi do usług słusznie nie wydaje się jednak popierać Trybunał, co wskazane zostanie w dalszej części niniejszej pracy – por. przyp. 18.

<sup>16</sup> Por. C-2/90 *Komisja v. Belgia* [1992] ECR I-4431, § 23.



Dodać należy również, że każdy przedmiot świadczenia wydany, również usługobiorcy w ramach umowy o usługi, ma wartość majątkową (np. wynajęty samochód), nie zmienia to jednak charakteru umowy, co oznacza, że wartość majątkowa przedmiotu świadczenia nie jest cechą charakterystyczną wyłącznie umów w obrocie towarowym.

Casus śmieci daje jednak dobrą sposobność do sprawdzenia w ich przypadku słuszności testu zniszczenia. Wydawać by się mogło, że dający zlecenie ich wywozu nie może mieć nic przeciwko temu, żeby usługobiorca dokonał ich zniszczenia inaczej, niż przewidziano to w umowie, zgubił je lub utracił w jakikolwiek sposób, co sugeruje, że test się nie sprawdził. Zauważmy jednak, że gdy taka sytuacja będzie miała miejsce, dojdzie do klasycznego przypadku *datio in solutum*<sup>17</sup> – wówczas, gdy wierzyciel zgadza się na zmianę świadczenia, ewentualnie nienależytego wykonania zobowiązania wówczas, gdy takiej zgody nie wyrazi. Co do sposobu postępowania wobec przedmiotu świadczenia, usługobiorca pozostaje więc całkowicie związany postanowieniami umowy, a zatem test zniszczenia i w tym przypadku ma zastosowanie.

Wskażmy jeszcze dwie inne umowy, co do których wypowiedział się Trybunał i które uznawane być mogą za przypadki brzegowe.

Pierwsza dotyczy importu energii, zakwalifikowanej przez Trybunał jako towar<sup>18</sup>. Zastrzec należy jednak, że energia podlega obrotowi towarowemu wówczas, gdy na mocy umowy nabywca zyskuje w stosunku do niej uprawnienia właścicielskie. W przypadku natomiast, gdy nie można do niej w świetle umowy zastosować testu zniszczenia (np. umowa agencyjna), importer będzie działał jako usługobiorca.

Druga sytuacja dotyczy transmisji sygnałów telewizyjnych, lub, bardziej precyzyjnie, emisji programów telewizyjnych (na przykład programów reklamowych). Zgodzić się należy z rozstrzygnięciem Trybunału, iż emisja taka stanowi usługę<sup>19</sup>. Fakt wyemitowania audycji w żaden sposób nie wpływa na substancję samego programu, gdyż odbiorca pozbawiony jest jakiegokolwiek władztwa nad ową substancją. Zużyć może jedynie pewną ilość energii elektrycznej potrzebnej na emisję. Ta z kolei, jak wskazano wyżej, jest towarem. Zgodnie z testem zniszczenia transmisja telewizyjna uznana więc musi być za usługę.

---

<sup>17</sup> *Datio in solutum* ma miejsce wówczas, gdy dłużnik zamiast świadczenia, które powinien spełnić zgodnie z treścią zobowiązania, ofiarowuje wierzycielowi inne świadczenie, a wierzyciel je przyjmuje.

<sup>18</sup> Por. C-393/92 *Almelo* [1994] ECR I-1477, § 28, C-213/96 *Outokumpu* [1998] ECR I-1777, sentencja orzeczenia, w której do elektryczności zastosowano art. 90 [95] traktatu dotyczący wyłącznie produktów. Por. również J. Galster, C. Mik, *Podstawy europejskiego prawa wspólnotowego*, Toruń 1995, s. 205.

<sup>19</sup> Por. sprawa 155/73 *Sacchi* [1974] ECR 409, § 6 *in fine*.

W tym samym orzeczeniu Trybunał słusznie wskazał ponadto, iż jeśli utwór zapisany jest na nośniku, wówczas podlega regulacjom dotyczącym towarów. Pamiętać należy bowiem o tym, że zapis utworu lub audycji na nośniku stanowi kategorię samodzielną i odrębną zarówno od audycji z przypadku transmisji telewizyjnej, jak i samego nośnika<sup>20</sup>. Właścicielowi nośnika przysługują w stosunku do niego uprawnienia właścicielskie, gdy zatem zniszczy on nośnik z zapisanym utworem, osoba trzecia nie będzie mogła poczynić mu zarzutu tylko z tej przyczyny<sup>21</sup>.

### 3. NIEPODLEGANIE INNYM SWOBODOM (KRYTERIUM PIERWSZE)

#### 3.1. NIEPODLEGANIE SWOBODZIE PRZEPLYWU TOWARÓW

Skupmy się teraz na drugiej części akapitu pierwszego art. 50 traktatu. Z wykładni językowej tego fragmentu wynika, że usługi nie mogą być regulowane przez postanowienia dotyczące swobodnego przepływu towarów, kapitału i osób.

Stany faktyczne spraw rozstrzyganych przez Trybunał na ogół łączą w sobie elementy kilku ze wskazanych pojęć, przy czym szczególnie często jeden stan faktyczny obejmuje świadczenie usług i przepływ towarów. Przyjmuje się wówczas, iż o zastosowaniu regulacji jednej ze swobód decyduje tzw. „główny aspekt sprawy”<sup>22</sup>. Tak na przykład Trybunał w sprawie *Schindler*<sup>23</sup> stwierdził, że zakres regulacji swobody świadczenia usług obejmuje również przepływ dóbr będących przedmiotem świadczeń w umowach o wykonanie usług (co jest w pełni zrozumiałe, gdyż nie stanowią one towarów, lecz przedmiot świadczenia będącego usługą). W omawianej sprawie stan faktyczny obejmował kolportaż przedmiotów materialnych w postaci losów i drukowanych

---

<sup>20</sup> Ibidem, § 7. Wydaje się, iż wskazana teza powinna mieć odpowiednie zastosowanie do innych informacji zapisanych na nośnikach elektronicznych, w tym do baz danych.

<sup>21</sup> Kwestią odrębną jest naruszenie umów z osobami trzecimi, np. z usługobiorcami, którym nośnik miał być czasowo wydany. Zarzut jednak w tym przypadku dotyczy tylko tego, iż rzecz nie została wydana, a nie tego, że została zniszczona.

<sup>22</sup> Ang. *predominant aspect*, por. A. Parry, J. Dinnage, *EEC Law*, London 1981, s. 270, nb. 17–16.

<sup>23</sup> Sprawa C-275/92 [1994] ECR I-1039.

ulotek oraz listów dotyczących loterii, rozprowadzanych przez podmiot, który związany był z organizatorem owej loterii umową zlecenia<sup>24</sup>. Mając dane takie fakty Trybunał orzekł, iż cała działalność związana z loterią, w tym wwóz ogłoszeń i losów (czyli przedmiotu świadczenia) do innego państwa członkowskiego uznana powinna zostać za usługę w rozumieniu art. 50 traktatu. Skoro bowiem celem owego wwozu jest jedynie umożliwienie osobom zamieszkałym w tym państwie udziału w loterii, to wątek ten rozpatrywany powinien być według kryteriów, którym podlega loteria, nie zaś oddzielnie.

Taki sam sens ma inne orzeczenie – w sprawie *van Schaik*<sup>25</sup>, gdzie Trybunał orzekł, iż dla usługi serwisowania pojazdu kwestią jedynie incydentalną i z uwagi na to nieistotną jest transgraniczny przepływ towarów – części zamiennych, oleju itp., gdyż głównym celem podejmowanych działania jest serwis jako usługa. W konsekwencji również zaopatrzenie w towary niezbędne do jej wykonania nie podlega przepisom normującym swobodny przepływ towarów, lecz regulacjom odnoszącym się do swobody świadczenia usług.

Możliwy jest naturalnie także mechanizm odwrotny, tzn. regulowanie świadczenia usług przez przepisy dotyczące swobody przepływu towarów. W głośnym orzeczeniu w sprawie *INNO*<sup>26</sup> Trybunał orzekł, że usługowa działalność reklamowa polegająca na dystrybucji materiałów w formie ulotek podlega swobodzie przepływu towarów. Nie wynika to jednak z faktu, iż ulotki mają formę materialną, gdyż, jak wskazane zostało wcześniej, stanowią one przedmiot świadczenia umowy zlecenia, nie zaś towar. Działalność reklamowa przyczynia się natomiast do pogłębienia wolności konsumentów w wyborze miejsca zakupów, a tym samym jej zawężenie ograniczałoby swobodę przepływu towarów przywożonych ze sobą przez owych konsumentów z zakupów zagranicznych. W konsekwencji stwierdzono, że owa działalność reklamowa regulowana jest przez postanowienia dotyczące swobody przepływu towarów.

Również w sprawie *Sacchi*<sup>27</sup>, której jeden z wątków dotyczył transmisji sygnałów telewizyjnych, w tym o treściach reklamowych, orzeczono, że „nie wyklucza się, by usługi zazwyczaj świadczone za wynagrodzeniem nie mogły podlegać postanowieniom dotyczącym swobody przepływu towarów”<sup>28</sup>. Trybunał nie sprecyzował jednak, jakie usługi

---

<sup>24</sup> Por. także C. Mik, *Zamieszanie wokół loterii*, „Rzeczpospolita”, 12.8.1998 r.

<sup>25</sup> Sprawa C-55/93 [1994] ECR I-4837, §14.

<sup>26</sup> Sprawa C-362/88 [1990] ECR I-667, § 8.

<sup>27</sup> Sprawa 155/73 [1974] ECR 409.

<sup>28</sup> Por. § 6 uzasadnienia.

regulowane miałyby być przez zasadę swobody przepływu towarów, ograniczając się do stwierdzenia, iż przepisom odnoszącym się do tej swobody podlega handel (ang. „*trade*”) urządzeniami służącymi do emisji programów telewizyjnych. Mniemać można przy tym, że Trybunał łącząc „handel” z „usługami” miał na uwadze formy pośrednictwa w sprzedaży, nie zaś prowadzenie sprzedaży jako takiej<sup>29</sup>. Nie mogło chodzić natomiast o emisję sygnałów, gdyż ta, jak wskazano wyżej, regulowana jest przez przepisy dotyczące swobody świadczenia usług również wówczas, gdy obejmuje treści reklamowe (§ 6 uzasadnienia)<sup>30</sup>.

Na tym tle powstaje jednak dodatkowa wątpliwość – czy w sprawie podobnej do omówionych zastosowanie w każdym przypadku mają przepisy dotyczące swobody przepływu towarów samodzielnie, czy też łącznie z regulacjami dotyczącymi swobody świadczenia usług. Jeżeli bowiem Trybunał zastosowałby wykładnie dokładnie odwrotną do tej, jaka ma miejsce w odniesieniu do przedmiotu świadczenia w umowach o wykonanie usług i wykluczył regulację łączną, wówczas zerwany zostałby związek z tytułem traktatu dotyczącym usług. Nie byłoby możliwe dodatkowe stosowanie przepisów dotyczących swobody ich świadczenia i zachowano by klarowność konstrukcji „głównego aspektu sprawy”. Jeśli jednak dopuszczalne byłoby poddanie usług zarówno regulacjom dotyczącym ich świadczenia jak i przepływu towarów, wówczas nasuwać musiałyby się teza o sprzeczności takiego wniosku z art. 50 traktatu.

Trybunał rozstrzygnął tę kwestię w dwóch orzeczeniach z pierwszej połowy lat dziewięćdziesiątych – *Leclerc* i *De Agostini*<sup>31</sup>. Stan faktyczny obydwu obejmował reklamy produktów legalnie dopuszczonych na rynek i podlegających swobodzie przepływu. Krajowa legislacja wykluczała jednak reklamę telewizyjną tych towarów w formie postulo-

---

<sup>29</sup> Potwierdzają taką tezę orzeczenia w innych sprawach, zgodnie z którymi nie mają związku ze swobodą świadczenia usług normy, które regulują tylko sposób sprzedaży np. zakazujące sprzedaży detalicznej w niedziele (por. C-332/89 *Marchandise* [1991] I-1027, § 19) oraz cyt. „ustawodawstwo określające warunki rządzące sprzedażą przez sprzedawcę rzeczy należących do niego nie wchodzi w zakres swobody świadczenia usług” (por. C-239/90 *British Motor Wright* [1991] I-2023, § 10).

<sup>30</sup> Por. przyp. 19, jak również orzeczenie w sprawie C-6/98 *ARD* [1999] ECR I-7599, zwłaszcza § 28-30 oraz opinię Rzecznika Generalnego Jacobsa w tej sprawie, z 24.6.1999 r., § 76.

<sup>31</sup> Sprawa C-412/93 *Leclerc* [1995] ECR I-179 – por. także omówienie rozstrzygnięcia – L. Idot „*Common Market Law Review*”(dalej: „*CML Rev.*”) 1996, nr 33, s. 113-125; sprawy C-34/95, C-35/95, C-36/95 *De Agostini* i *TV-Shop* [1997] ECR I-3843 wraz z komentarzem J. Stuycka, *CML Rev.* 1997, nr 34, s. 1458 – 1460. Por. także sprawa C-120/95 *Decker* [1998] ECR I-183.

wanej przez powodów, zarzucili jej zatem zarówno naruszenie swobody przepływu towarów, jak i swobody świadczenia usług.

Trybunał stwierdził przede wszystkim, że w obydwu przypadkach owe obostrzenia w zakresie reklamy telewizyjnej były zgodne z regulującym swobodę świadczenia usług w tym zakresie aktem prawa wspólnotowego<sup>32</sup>. Wydawać by się mogło, iż w sytuacji, gdy ustalone zostało, że sprawa dotyczy „usług w rozumieniu traktatu”, Trybunał nie powinien zajmować się już związkiem owych usług ze swobodą przepływu towarów. Świadczenie usług nie powinno być bowiem regulowane przez przepisy dotyczące swobody przepływu towarów.

Postąpiono jednak inaczej i odniesiono się szeroko do konsekwencji obostrzeń w zakresie reklamy na możliwe ograniczenia w swobodzie przepływu towarów. Stwierdzono ostatecznie, że ponieważ, po pierwsze, owe obostrzenia dotyczą w takim samym stopniu reklam towarów krajowych jak importowanych, a po drugie obejmują tylko sposób sprzedaży, to nie wywołują zakazanych przez traktat skutków analogicznych do ograniczeń ilościowych w imporcie<sup>33</sup>.

Ze wskazanych orzeczeń wydaje się jednak wynikać, że gdyby na skutek owych obostrzeń wprowadzona została jakakolwiek dyskryminacja sprowadzających towary usługodawców zagranicznych, to stosowna legislacja regulująca wyłącznie usługi, pozostając zgodną ze swobodą ich świadczenia, byłaby zakazana, czego podstawą stałoby się wyłącznie naruszenie przepisów dotyczących swobody przepływu towarów. Dodać należy, że okoliczność ta w żaden sposób nie wyłączałaby w takiej sytuacji jednoczesnej subsumcji stanu faktycznego do przepisów regulujących swobodę świadczenia usług. Innymi słowy dopuszczalne byłoby objęcie stanu faktycznego dotyczącego usług regulacjami zarówno swobody ich przepływu jak i swobody przepływu towarów.

Reasumując zatem – po pierwsze przepływ dóbr będących przedmiotami świadczenia w umowach o świadczenie usług regulowany jest przez przepisy dotyczące swobody przepływu usług, po drugie nie jest wykluczone poddanie świadczenia niektórych usług wyłącznie normom dotyczącym przepływu towarów, po trzecie wreszcie określanie zakresu swobody przepływu usług dokonane może być zarówno przez przepisy dotyczące swobody przepływu usług, jak i towarów.

---

<sup>32</sup> Chodzi o dyrektywę 89/552/EWG na temat koordynacji ustaw, rozporządzeń i rozstrzygnięć administracyjnych dotyczących prowadzenia telewizyjnej działalności nadawczej, O.J. 1989, L 298/23.

<sup>33</sup> Zastosowano tu klasyczną formułę Keck – Mithouard zaczerpniętą z orzeczenia powołanego w przyp. 7.

Jedynie w stosunkowo niewielkim zakresie doprecyzowanie samego pojęcia „usług w rozumieniu traktatu” możliwe jest zatem poprzez wyłączenie spod regulacji przedmiotu swobody przepływu towarów.

### 3.2. NIEPODLEGANIE SWOBODOM DOTYCZĄCYM PRZEPIYU OSÓB

Wyznaczenie granicy pomiędzy przepływem usług i kapitału ma ścisły związek z wątkami odnoszącymi się do charakteru działalności i transgranicznością „usług w rozumieniu traktatu”. W ramach tychże kryteriów zostanie więc omówione.

Tutaj natomiast uwaga zostanie skupiona na relacjach pomiędzy usługami a przepływem osób – czyli pracowników i przedsiębiorców ustanawiających w innym państwie członkowskim działalność gospodarczą.

Jeśli chodzi o relację pomiędzy świadczeniem usług a przepływem pracowników, to najpełniej oddający istotę tego zagadnienia stan faktyczny stał się podstawą rozstrzygnięcia w sprawie *Webb*<sup>34</sup>, które dotyczyło sytuacji, gdy świadczona usługa polegała na zapewnieniu siły roboczej usługobiorcy<sup>35</sup>. W konsekwencji robotnicy powiązani byli umową o pracę ze zleceniobiorcą, chociaż w istocie świadczyli pracę na rzecz i pod kierunkiem zleceniodawcy z innego kraju. Sytuacja podlegała jednak tylko swobodzie przepływu usług, gdyż stosunek pracy pozostawał uregulowany wyłącznie przez prawo wewnętrzne usługobiorcy i robotników, a wymiar transgraniczny<sup>36</sup> miała umowa między usługodawcą i usługobiorcą. Przepływ pracowników pozostawał zatem poza regulacją prawa wspólnotowego, a sprawa oceniona została tylko pod kątem swobody świadczenia usług<sup>37</sup>.

Gdyby zaś pracownicy ci podpisali umowę o pracę wprost ze zleceniodawcą swego pracodawcy, wówczas podlegaliby przepisom dotyczącym swobodnego przepływu pracowników, a umowa o świadczenie usług nie istniałaby w ogóle. W istocie zatem przepływ pracowników i przepływ usług wykluczają się wzajemnie.

Bardzo szczególnie wyglądają natomiast relacje świadczenia usług z ustanawianiem działalności gospodarczej. Autor używać będzie w dal-

---

<sup>34</sup> Sprawa C-279/80 [1981] ECR 3305. Por. także sprawa C-113/89 *Rush Portuguesa* [1990] ECR I-1417, gdzie usługa stanowi główny aspekt sprawy, a swoboda jej przepływu obejmuje również alokację pracowników zatrudnionych do jej wykonania.

<sup>35</sup> Por. również opinię Rzecznika Generalnego *Ruiza-Jarabo Colomera* do sprawy C-493/99 *Komisja v. RFN*, z 25.4.2001 r., § 27, oraz orzeczenie w tej sprawie [2001] ECR I-8163, § 18.

<sup>36</sup> Por. kryterium czwarte – transgraniczność.

<sup>37</sup> Por. § 9 uzasadnienia w sprawie *Webb* przywołanej w przyp. 34.

szej części takiego tłumaczenia użytego w treści traktatu pojęcia *right of establishment*, *Niederlassungsrecht*, *liberté d'établissement*<sup>38</sup>. Wprawdzie za alternatywną „swobodą zakładania przedsiębiorstw”<sup>39</sup> przemawia bardzo istotny argument – mianowicie tłumaczenie zawarte w art. 44 i nast. Układu Europejskiego ustanawiającego stowarzyszenie między Rzeczpospolitą Polską, z jednej strony, a Wspólnotami Europejskimi i ich Państwami Członkowskimi, z drugiej strony<sup>40</sup>, jednak sens art. 43 [52] traktatu wydaje się nakazywać użycia określenia „ustanowienie działalności gospodarczej”. Orzecznictwo Trybunału zwraca bowiem uwagę na to, iż postanowienia dotyczące swobody ustanowienia działalności gospodarczej mogą mieć odniesienie do podmiotów, które nie założyły na terytorium innego państwa członkowskiego przedsiębiorstwa, a jedynie koncentrują na nim swoją działalność<sup>41</sup>. Ponadto dodać należy, iż posiadanie przez usługodawcę infrastruktury, w tym biura, samo przez się nie przesądza jeszcze o ustanowieniu działalności gospodarczej<sup>42</sup>. „Ustanowienie działalności gospodarczej” lepiej charakteryzuje zatem zakres normowania art. 43. Wydaje się również bardziej trafnie oddawać literalne brzmienie określeń użytych w językach autentycznych traktatu.

Po takim wprowadzeniu skupić się już można na kwestii koniecznej czasowości świadczenia usług. Ma ona bowiem znaczenie kluczowe dla rozróżnienia sfer swobody świadczenia usług od swobody ustanowienia działalności gospodarczej.

Zastrzec należy wszakże, iż udzielone przez Trybunał wytyczne, których celem jest ułatwienie dokonania podziału, nie mają charakteru uniwersalnej recepty, która niczym papierek lakmusowy wskazywałaby za każdym razem z jakim rodzajem aktywności ekonomicznej mamy do czynienia.

Podkreśla się przede wszystkim określoność czasu, w którym zachowanie ma trwać. Kiedy przedział czasowy jest zamknięty, ma wyznaczony moment końcowy, wówczas mówić można o „usłudze w rozumieniu traktatu”, jeżeli nie – o ustanowieniu działalności gospodarczej polegającej na świadczeniu usług<sup>43</sup>. Podobnie za „usługę w rozumieniu traktatu” może być uznane działanie czasowe (ang. „*temporary*”),

---

<sup>38</sup> Por. N. Półtorak, *Świadczenie usług a zakładanie przedsiębiorstw według prawa Wspólnot Europejskich*, PiP 1999, nr 4, s. 52 i 53 opytująca za tłumaczeniem „swoboda zakładania przedsiębiorstw”.

<sup>39</sup> Ibidem, s. 67.

<sup>40</sup> Dz.U. z 1994 r., Nr 38, poz. 11.

<sup>41</sup> Sprawa 33/74 *van Binsbergen* [1974] ECR 01299, § 13.

<sup>42</sup> Sprawa C-55/94 *Gebhard* [1995] ECR I-4165, § 27, sprawa C-3/95 *Reisebüro Broede* [1996] ECR I-6511, § 21.

<sup>43</sup> Sprawa 196/87 *Steymann* [1988] ECR 6159, § 17.

w przeciwieństwie do sytuacji, gdy ma ono charakter trwały<sup>44</sup>. Wskazuje się też, iż jeżeli czynność wykonywana jest czasami (ang. „*occasionally*”), wówczas zakwalifikować ją należy jako „usługę w rozumieniu traktatu”<sup>45</sup>. Jak zostało wskazane nieco wyżej, Trybunał jednoznacznie stwierdził, że posiadanie przez usługodawcę infrastruktury, w tym biura, samo przez się nie przesądza o ustanowieniu działalności gospodarczej<sup>46</sup>. Wskazuje się wręcz na możliwość zobligowania usługodawcy do posiadania na terytorium innego państwa członkowskiego ośrodka działalności zawodowej<sup>47</sup>, jednak, jak zostało podkreślone w innym z orzeczeń<sup>48</sup>, do zakwalifikowania nienajmniej aktywności zawodowej jako ustanowienia działalności gospodarczej nie jest konieczne utworzenie na terytorium tego państwa oddziału lub agencji. Wystarczy biuro zarządzane przez personel usługodawcy lub osobę trzecią, która, będąc od niego niezależna, jest uprawniona do stałego działania na jego rzecz, posiadając status zbliżony do agenta.

Z uwagi na podobieństwa obydwu swobód przeprowadzenie klarownego podziału pomiędzy nimi jest wszakże zadaniem niełatwym, a dokonane w tym zakresie uogólnienia z trudem mogą osiągać cel. Czynność rozpatrywana bez szerszego kontekstu wypełniać może bowiem przesłanki uznania jej za „usługę w rozumieniu traktatu”, chociaż po uwzględnieniu wszystkich okoliczności sprawy okaże się, że ze względu na kryterium czasowości jest z pewnością elementem ustanowionej na terenie danego państwa członkowskiego działalności gospodarczej. Każdy przypadek analizowany musi być zatem pod kątem czasu trwania aktywności usługodawcy w innym państwie członkowskim, jej regularności, powtarzalności i ciągłości<sup>49</sup>. Im jest ona krótsza, ma więcej nieregularnych przerw i im rzadziej jest w danym kraju powtarzana, tym większa pewność, iż działalność stanowi „usługę w rozumieniu traktatu”. Swoboda ustanowienia działalności gospodarczej, w przeciwieństwie do swobody świadczenia usług, dotyczy bowiem z założenia stałego i ciągłego udziału w życiu ekonomicznym państwa członkowskiego, innego niż kraj pochodzenia usługodawcy<sup>50</sup>.

---

<sup>44</sup> Sprawa C-279/80 *Webb* [1981] ECR 3305, §16; sprawa C-205/84 *Komisja v. Niemcy* [1986] ECR 3755, §26; 196/87 *Steymann* [1988] ECR 6159, § 15; sprawa C-294/89 *Komisja v. Francja* [1991] ECR I-3591, §26, sprawa C-70/95 *Sodemare* [1997] ECR I-3395, § 40.

<sup>45</sup> Sprawa C-205/84 *Komisja v. Niemcy* [1986] ECR 3755, § 28; sprawa C-252/83 *Komisja v. Dania* [1986] ECR 3713, §18.

<sup>46</sup> Por. przyp. 42.

<sup>47</sup> Sprawa 39/75 *Coenen* [1975] ECR 1547, § 9 i 10.

<sup>48</sup> Sprawa 205/84 *Komisja v. Niemcy* [1986] ECR 3755, § 21.

<sup>49</sup> Por. sprawa C-55/94 *Gebhard* [1995] ECR I-4165, § 39; sprawa C-70/95 *Sodemare* [1997] ECR I-3395 § 25.

<sup>50</sup> Por. opinię Rzecznika Generalnego Fennelly do sprawy C-67/98 *Zenatti*, § 22.



Nadmienić należy w tym miejscu, że dokonanie stosownego podziału wydaje się o tyle istotne, że w przypadku gdy związek z rynkiem innego kraju ma charakter trwały, jego władze upoważnione są do dalej idącej kontroli warunków wykonywania działalności, a zatem takie świadczenie usług (realizowane w ramach swobody ustanowienia działalności gospodarczej) wymaga spełnienia dodatkowych, w porównaniu ze swobodą świadczenia usług, wymogów<sup>51</sup>. Uzasadnia to rozdzielne rozpatrywanie pojęć usługi i ustanowienia działalności gospodarczej (w tym polegającej na świadczeniu usług), ale raczej nie jako całkowicie odrębnych kategorii. Zwrócić należy bowiem uwagę na fakt, że obydwie te pojęcia stanowią składnik tego samego terminu szerszego, jakim jest działalność zarobkowa prowadzona na własny rachunek.

Zastępstwo prawne wykonywane przez prawników czy łączenie rozmów telefonicznych nie przestaje być bowiem usługą przez to tylko, że jest trwale wykonywane w innym państwie członkowskim. Nie będzie ono już jednak na gruncie prawa wspólnotowego uznawane za „usługę w rozumieniu traktatu”, lecz stanie się swego rodzaju „kwalifikowanym świadczeniem usług”<sup>52</sup>. Z tego właśnie tytułu podlegać będzie dalej idącym ograniczeniom, dopuszczalnym na gruncie swobody ustanowienia działalności gospodarczej.

W literaturze zwraca się niekiedy uwagę na osobową naturę usług jako cechę wspólną przepływu osób, usług i przedsiębiorczości<sup>53</sup>. Podkreślić należy przy tym, po pierwsze, iż uwaga o osobowej naturze usług pozbawiona jest znaczenia w przypadku usług, które nie są powiązane z przekroczeniem granicy przez którąś ze stron (np. transmisja telewizyjna)<sup>54</sup>. Po drugie, będący jurydycznym uzasadnieniem cytowanego twierdzenia § 17 orzeczenia w sprawie *Claus Ramrath*<sup>55</sup> (wskazano w nim wspólne dla owych swobód zasady dostępu do rynku i pobytu w innym państwie członkowskim, a także zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową) odnieść można odpowiednio również do przepływu towarów. Wykładnia systemowa traktatu (budowa Tytułu III Części III) oraz językowa (brzmienie art. 3 [3] c) wydają się po-

---

<sup>51</sup> Por. sprawa C-76/90 *Säger* [1991] I-4221, §18; sprawa C-165/98 *Mazzoleni i ISA* [2001] ECR I-2189 § 23; sprawy C-49/98, C-50/98, C-52/98 do C-54/98 i C-68/98 do C-71/98 *Finalarte* [2001] ECR I-07831, § 29.

<sup>52</sup> Kwalifikacja wynika ze szczególnych okoliczności ich świadczenia – trwałość związków z rynkiem – i oznacza dodatkowe, surowsze wymogi, jakie ze względu na interes zleceniobiorców stawia się przed usługodawcą, by mógł swobodnie świadczyć usługi.

<sup>53</sup> Por. C. Mik, *Media masowe w europejskim prawie wspólnotowym*, Toruń 1999, s. 152.

<sup>54</sup> Por. kryterium czwarte – transgraniczność.

<sup>55</sup> Sprawa C-106/91 [1992] ECR I-3351.

nadto wykluczać dopuszczalność zaliczenia świadczenia usług (w rozumieniu traktatu) do swobody przepływu osób<sup>56</sup>.

Te same przesłanki nakazują zresztą uznać swobodę ustanowienia działalności gospodarczej za element swobody przepływu osób. Co więcej, niektóre orzeczenia sugerują niedwuznacznie konieczność łączenia ustanowienia działalności gospodarczej wyłącznie z przepływem osób, nawet gdy jej przedmiotem jest świadczenie usług<sup>57</sup>. Taki wniosek ma podstawę w systemowej budowie traktatu – w tytule „Swobodny przepływ osób, usług i kapitału” przed rozdziałem pt. „Usługi” zawarte są rozdziały pt. „Pracownicy” i „Prawo ustanowienia działalności gospodarczej”, a także w brzmieniu art. 3 [3] c traktatu. Wskazany pogląd, słuszny co do zasady, w swej wersji skrajnej nie wydaje się być jednak do zaakceptowania. Oczywiście wówczas, gdy usługodawca i/lub usługobiorca przekraczają granicę w celu spełnienia świadczenia, aspekt przepływu osób ma bardzo istotne znaczenie, jednak już w przypadku usług w wykonaniu których żadna ze stron nie przekracza granic, związek z aspektem osobowym zostaje zerwany. Nie ulega natomiast zmianie usługowy charakter działalności.

Z drugiej jednak strony nie jest uzasadnione zbyt daleko idące łączenie swobody ustanowienia działalności gospodarczej ze swobodą świadczenia usług lub bardziej precyzyjnie – „usług w znaczeniu traktatu”. Próba taka mogłaby być czyniona ze względu na zawarte w art. 55 [66] traktatu odesłanie do art. 45 [55]–48 [58], regulujących swobodę ustanowienia działalności gospodarczej. Takowa wykładnia sprzeciwiałaby się wszakże brzmieniu art. 50 traktatu.

#### 4. ODPLATNOŚĆ ZA USŁUGĘ (KRYTERIUM DRUGIE)

##### 4.1. ODPLATNOŚĆ JAKO PRZEJAW AKTYWNOŚCI EKONOMICZNEJ

Zgodnie z orzecznictwem Trybunału<sup>58</sup> pojęcie wynagrodzenia odnosi się do sytuacji, gdy z samej istoty zachowania wynika, iż ma ono

---

<sup>56</sup> Inaczej M. Szwarc, *Ograniczenia swobody zakładania przedsiębiorstw i świadczenia usług w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, „Studia Prawnicze” 2001, nr 2(148), s. 83, jednak bez podania argumentów.

<sup>57</sup> Por. sprawa C-286/82 i 26/83 *Luisi & Carbone* [1984] ECR 377 § 9; sprawa C-19/92 *Dieter Kraus* [1993] ECR I-1663, § 29 i powołane tam orzecznictwo.

<sup>58</sup> Por. sprawa C-36/74 *Walrave* [1974] ECR 1405; 13/76 *Donà* [1976] ECR 1333, § 12; sprawa 196/87 *Steymann* [1988] ECR 6159, § 10; sprawa C-275/92 *Schindler* [1994] ECR I-1039 § 16; sprawa C-176/96 *Lehtonen* [2000] ECR I-2681, § 43.

naturę działań ekonomicznych (w sensie, jaki nadał temu określeniu art. 2 traktatu<sup>59</sup>). Przyświecać mu więc musi zamiar osiągnięcia zysku.

Główną cechą wynagrodzenia jest z kolei to, iż stanowi ono czynnik konstytuujący usługę<sup>60</sup>, będąc, w normalnych warunkach, elementem uzgodnionym pomiędzy usługodawcą i usługobiorcą<sup>61</sup>.

W orzeczeniu w sprawie *Humbel*, gdzie stan faktyczny obejmował świadczenie usług edukacyjnych w ramach narodowych systemów szkolnictwa, Trybunał podkreślił, iż tworzenie i utrzymywanie takiego systemu nie wynika z chęci osiągnięcia przez państwo korzyści materialnych, lecz z obowiązku wypełniania w stosunku do społeczeństwa szeregu obowiązków o charakterze socjalnym, kulturalnym i edukacyjnym. Ponadto system ten jest zasadniczo finansowany ze środków publicznych, nie zaś przez uczniów lub ich rodziców, nawet jeżeli uiszczają oni opłaty za niektóre zajęcia i w ten sposób współfinansują wydatki operacyjne systemu<sup>62</sup>.

Na tym tle powstaje jednak istotne pytanie. Dotyczy ono zakresu nie objętych pojęciem „usług w rozumieniu traktatu” działań państwa, co z kolei wynika z wielości podejmowanych przez nie funkcji finansowanych w różnym zakresie ze środków publicznych. W odniesieniu do działań edukacyjnych istotne dla omawianej problematyki orzeczenie zapadło w sprawie *Wirth*<sup>63</sup>, gdzie stwierdzono, że oparcie systemu edukacyjnego danego państwa na generalnej zasadzie braku wynagrodzenia za usługę nie oznacza, że wszystkie objęte nim działania stanowią „usługi nie w rozumieniu traktatu”. Również w ramach systemu szkół publicznych państwa istnieć mogą bowiem placówki, które w sposób zasadniczy finansowane są z funduszy prywatnych. Opierając się na wnioskowaniu analogicznym do rozumowania leżącego u podstaw orzeczenia w sprawie *Humble* uznano w końcu, iż w takich placówkach usługi świadczone są za wynagrodzeniem, nawet jeżeli odpłatność nie obejmuje niektórych działań. W konsekwencji świadczą one „usługi w rozumieniu traktatu”, które podlegają swobodzie przepływu<sup>64</sup>.

Podobny dylemat rozstrzygnięty został w identyczny sposób w odniesieniu do placówek służby zdrowia w serii orzeczeń, z których istotę

---

<sup>59</sup> Mówi się w nim, iż jednym z celów Wspólnoty jest harmonijny, zrównoważony i ciągły wzrost działań ekonomicznych.

<sup>60</sup> Powiedzieć by można, iż wynagrodzenie stanowić ma *essentialia negotii* umowy o świadczenie usług.

<sup>61</sup> Por. sprawa 263/86 *Humbel* [1988] ECR 5365, § 17; sprawa C-157/99 *Smits, épouse Geraets, and Peerbooms* [2001] ECR I-5473, § 58.

<sup>62</sup> Ibidem, § 18, 19.

<sup>63</sup> Sprawa C-109/92 [1993] ECR I-6447.

<sup>64</sup> Ibidem, § 17.

problemu najlepiej chyba oddaje rozstrzygnięcie w sprawie *Kohll* (C-158/96)<sup>65</sup>. Ustawodawstwo Luksemburga uzależniało mianowicie zwrot, ze środków publicznych, kosztów leczenia poniesionych w innym kraju, od wcześniejszej ich autoryzacji przez jednostkę refinansującą. Brak było natomiast takiego wymogu w przypadku leczenia się na terenie Luksemburga, czyli państwa refinansującego. W konsekwencji będącemu stroną postępowania przed sądem krajowym Panu Kohll odmówiono zwrotu kosztów leczenia jego córki u ortodonty działającego w Trewirze, w Niemczech. Decyzję oparto na stwierdzeniu, iż leczenie to nie jest tak pilne, by nie było możliwe przeprowadzenie go w Luksemburgu.

Jednym z pytań, na które odpowiedzieć musiał Trybunał było, czy, ze względu na charakter stanu faktycznego, omawiana usługa jest „usługą w rozumieniu traktatu”. Finansowanie kosztów leczenia dokonywane jest przecież ze środków publicznych, w ramach nałożonych na państwo szerszych zadań o charakterze socjalnym, a sam usługobiorca w zasadzie nie uiszcza opłaty za usługę, co dobrze wydaje się wpisywać w sens orzeczenia w sprawie *Humble*.

Trybunał jednak jednoznacznie stwierdził, iż sektor ochrony zdrowia publicznego jest sektorem aktywności ekonomicznej, a usługodawca działał w celach zarobkowych. Nie byłoby zatem racjonalnych podstaw do odmowy objęcia go fundamentalną zasadą swobody świadczenia usług tylko dlatego, że mechanizm płatności odbiega od standardu<sup>66</sup>.

Trybunał odszedł zatem od kolejnego postulatu wynikającego z orzeczenia *Humble*, tj. uiszczania opłaty za usługę wprost przez usługobiorcę. Zapłaty w sprawie *Kohll* dokonywał bowiem podmiot zajmujący się ubezpieczeniem społecznym, który co prawda zasilany był również opłatami wnoszonymi przez powoda, jednak ich związek z odpłatnością za daną usługę nazwać można jedynie pośrednim.

#### 4.2. USŁUGA A PRZEPIY W KAPITAŁU I PŁATNOŚCI

Kolejną kwestią rysującą się na tle zasady odpłatności za usługę jest transgraniczny przepływ pieniędzy będących zapłatą za usługę,

---

<sup>65</sup> Sprawa C-158/96 [1998] ECR I-1931; por. także analogiczną sytuację dotyczącą przepływu towarów – sprawa C-120/95 *Decker* [1998] ECR I-1831.

<sup>66</sup> *Ibidem*, § 46. Na temat odstępstw od modelowego mechanizmu zapłaty za usługę por. również np. orzeczenie w sprawie C-352/85 *Bond van Adverteerders* [1988] ECR 2085, gdzie operatorzy telewizyjnych sieci kablowych świadczyli usługi na rzecz nadawców otrzymując zapłatę od reklamodawców lub abonentów.

a zwłaszcza jego relacja z przepływem kapitału. Zastrzec należy przy tym, że w chwili obecnej, zgodnie z pierwszym i drugim punktem art. 56 [73b] traktatu, jakiegokolwiek ograniczenia tak przepływu płatności, jak i kapitału, są co do zasady zabronione. Poprawne rozgraniczenie tych dwóch sfer ma jednak istotne znaczenie dla samej konstrukcji „usługi w rozumieniu traktatu”.

Chwila wykonania zobowiązania przez usługodawcę (a w przypadkach umownego zastrzeżenia zaliczkowej zapłaty części wynagrodzenia również wcześniejszy, oznaczony za obopólną zgodą, moment) rodzi po stronie usługobiorcy obowiązek dokonania zapłaty. Co dzieje się jednak w sytuacji, gdy usługobiorca przekracza granicę z innym państwem członkowskim, przewożąc ze sobą kwotę przeznaczoną na zapłatę za usługę, która nie tylko jeszcze nie nastąpiła, ale nawet nie istnieje jeszcze stosunek zobowiązaniowy konstytuujący obowiązek jej spełnienia (np. pieniądze wywożone są w celu zapłaty za przyszłe leczenie, podróż lub usługi związane z turystyką)? W momencie przekraczania granicy płatność nie ma charakteru konkretnego. Czy zatem przewóz pieniędzy objąć należy w tym przypadku swobodą przepływu kapitału, czy też jednak swobodą przepływu usług (uznając usługę za aspekt wiodący). Zagadnieniem tym zajął się Trybunał w orzeczeniu w połączonych sprawach *Luisi i Carbone*<sup>67</sup>.

Granica pomiędzy płatnością za świadczone usługi (jak również towary) a kapitałem została jednak we wskazanym orzeczeniu określona jasno i jednoznacznie – płatności bieżące (czyli związane z transferem pieniędzy za granicę) polegają na przekazywaniu dewiz stanowiących świadczenie wzajemne w ramach związanej z nimi transakcji, podczas gdy przepływ kapitału jest operacją finansową nakierowaną bardziej na zainwestowanie danej sumy niż wynagrodzenie za usługę<sup>68</sup>. W rezultacie transfer dokonany w omawianym stanie faktycznym uznany został za płatność.

We wskazanym przypadku swobodą świadczenia usług objęto stan faktyczny, w którym nie istnieje między stronami *vinculum iuris*. W innym orzeczeniu podobnie zakwalifikowano sytuację, gdzie złożone zostało dopiero jednostronne oświadczenie woli – oferta<sup>69</sup>.

Omawiane orzeczenia nie stanowią zresztą jedynych przypadków szczególnej konstrukcji umowy o świadczenie usług. Inne dotyczą transmisji telewizyjnej, gdzie usługodawca ma bardzo ograniczony wpływ

---

<sup>67</sup> Sprawa C-286/82 i 26/83 [1984] ECR 377.

<sup>68</sup> Ibidem, § 21.

<sup>69</sup> Sprawa C-384/93 *Alpine Investment* [1995] I-1141, § 21.

na to, kto konkretnie skorzysta z usługi<sup>70</sup>, a nawet poszkodowania deliktem, który z odbiorem usługi ma związek jedynie pośredni<sup>71</sup>.

„Usługi w rozumieniu traktatu” nie obejmują natomiast procedury dochodzenia roszczeń w przypadku nienależytego wykonania świadczenia<sup>72</sup>.

Dodać należy również, że do roku 1993, kiedy w życie wszedł Traktat z Maastricht, przepływ płatności regulowany był w trzeciej części traktatu pt. „Polityka Wspólnoty”, tam znajdował się bowiem kluczowy w tej materii art. 106. Zgodnie z jego akapitem pierwszym<sup>73</sup> (który zastąpiony został przez obecny art. 56 [73b]) zakres swobody przepływu płatności powiązany był nierozzerwalnie z charakterem świadczenia wzajemnego, mającego władnący w stosunku do płatności charakter. Innymi słowy uzależniony był od przedmiotów czterech swobód (każdej z osobna), które znajdowały się w części drugiej traktatu pt. „Podstawy Wspólnoty”.

W konsekwencji, ponieważ zakres swobody przepływu usług był szerszy od swobody przepływu kapitału<sup>74</sup>, różnie wyglądała w obydwu tych przypadkach sfera swobody przepływu płatności.

W chwili obecnej ta ostatnia regulowana jest natomiast w jednym rozdziale ze swobodą przepływu kapitału. Utraciła też związek funkcjonalny z innymi swobodami. W całości normuje ją art. 56.2 traktatu, z ewentualnym ograniczeniami dopuszczalnymi na podstawie art. 58 [73d] ust. 1.b *in fine* i 58 ust. 3.

W konsekwencji nastąpiło oddzielenie regulacji płatności od usług. Zilustrować można to stanem faktycznym, w którym usługa świadczona pomiędzy osobami mającymi miejsce zamieszkania w jednym państwie członkowskim nie nabiera charakteru transgranicznego pomimo, że płatność dokonana zostanie na rachunek zleceniobiorcy w innym kraju członkowskim<sup>75</sup>. W konsekwencji jednak świadczenie usłu-

---

<sup>70</sup> Por. stan faktyczny w sprawie 52/79 *Debauve i inni* [1980] ECR 833.

<sup>71</sup> Sprawa C-186/87 *Cowan* [1989] ECR 195, §10.

<sup>72</sup> Sprawa C-225/95, C-226/95 & C-227/95; sprawa C-3/95 *Reisebüro Broede* [1996] ECR I-6511, § 43 – por. także omówienie orzeczenia – C. Mik, *Sądowe odzyskiwanie wiarytelności*, „Rzeczpospolita”, 12.3.1998 r.; C-412/97 *ED* [1999] ECR I-3845, § 17.

<sup>73</sup> Stanowił on, iż „Każdy Państwo Członkowskie Wspólnoty zobowiązuje się zezwolić na dokonywanie, w walucie Państwa Członkowskiego, w którym zamieszkuje wierzyciel lub beneficjariusz, płatności związanych z wymianą towarów, usług i kapitału, jak również transferem kapitału i płac, w zakresie w jakim w wykonaniu niniejszego Traktatu zostanie objęty zwolnieniami przepływ towarów, usług, kapitału i osób między Państwami Członkowskimi”.

<sup>74</sup> Dla szczegółów procesu tworzenia rynku wewnętrznego w pozostałym zakresie przepływu kapitału por. J. Galster, C. Mik, op. cit., s. 272–274; G. Druesne, *Prawo materialne i polityki Wspólnot i Unii Europejskiej*, Warszawa 1996, s. 172–174.

<sup>75</sup> Tak też F. Emmert, op. cit., s. 358, nb. 5, przykład 33.8.

godawcy (usługa) nie jest poddane w tym przypadku swobodzie świadczenia usług, a świadczenie usługobiorcy (zapłata) – podlega swobodzie przepływu płatności. Ten sam stosunek prawny nie będzie zatem (świadczenie usługodawcy) i będzie (świadczenie usługobiorcy) podlegał swobodzie podstawowej. Na tym tle powstawać mogą wątpliwości o relacje takiej konstrukcji z minimalnym progiem uznania sytuacji za transgraniczną<sup>76</sup>, a także trudności z poprawnym rozgraniczeniem płatności od kapitału (na gruncie prawa wspólnotowego nie będzie widoczna *causa* świadczenia usługobiorcy, a tym samym cel dokonanego transferu).

W związku z prowadzonymi rozważaniami powróćmy jeszcze do relacji płatności i kapitału. Zwrócić należy bowiem uwagę na to, że położenie akcentu przy definiowaniu kapitału na element inwestycyjny wydaje się szczególnie trafne. W każdym przecież wypadku sens jego przepływu nie sprowadza się wyłącznie do zmiany miejsca lub sposobu zdeponowania<sup>77</sup>, ale na zainwestowaniu wartości pieniężnych, z zamiarem uzyskiwania z nich przyszłych dochodów. Cel dokonania płatności bieżącej jest natomiast zgoła inny. Polega na spełnieniu przez stronę stosunku zobowiązaniowego – usługobiorcę – świadczenia pieniężnego, w zamian za świadczenie drugiej strony umowy – wydanie towarów, świadczenie usług lub transfer środków pieniężnych<sup>78</sup>.

Dla kwalifikacji prawnej transferu środków finansowych jako wynagrodzenia za usługę a nie przepływu kapitału konieczna jest zatem ocena celu owego transferu. Co się jednak dzieje w sytuacji, gdy owo przyszłe świadczenie, za które miała być uiszczona zapłata, w isto-

---

<sup>76</sup> Por. przyp. 107.

<sup>77</sup> Na przewóz kapitału w celu jego zdeponowania jako cel przepływu wskazuje Druesne, op. cit., s. 177, nb. 138 interpretując użyte w orzeczeniu *Luisi i Carbone* pojęcie „*investment*” również jako wyłącznie zdeponowanie środków pieniężnych. Trudno się jednak zgodzić z tym stanowiskiem, zdeponowanie jest bowiem raczej sposobem przechowania wartości pieniężnych, a cel przeniesienia i przechowywania (zdeponowania) kapitału stanowi w każdym przypadku inwestycji kapitałowej uzyskanie korzyści finansowej.

<sup>78</sup> F. Emmert, op. cit., s. 374 nb. 21 powołuje się na definicję kapitału zaczerpniętą od Kiemela „*Kommentierung zu den Art. 67 i n, EWGV*” [w:] Groeben/Thiesing/Ehlermann, *Kommentar zum EWG-Vertrag*: „jednostronne przeniesienie wartości z jednego państwa członkowskiego do innego, które jednocześnie przedstawia sobą jakiś majątek”. Zauważmy jednak, iż w stanie faktycznym analogicznym do sprawy *Luisi*, gdy w momencie wywozu środków pieniężnych za granicę należność z tytułu świadczonej usługi nie tylko nie jest wymagalna, ale w ogóle nie istnieje jeszcze stosunek prawny będący podstawą zapłaty, transfer spełnia wszystkie kryteria wskazanej definicji, a mimo to uważany jest za płatność za usługę. Celem owego transferu jest jednak wygaszenie (przyszłego) stosunku zobowiązaniowego poprzez dokonanie zapłaty, a nie utworzenie nowego stosunku prawnego opartego na inwestycji kapitałowej.

cie nie zostało dokonane, a środki pieniężne wróciły do państwa, z którego zostały wytransferowane?

Zgodnie z orzeczeniem w sprawie *Casati*<sup>79</sup>, które odnosiło się wprawdzie do zapłaty za towary a nie usługi, lecz oparte było na wspólnym dla obydwu kategorii byłym art. 106 traktatu, cel zapłaty za świadczenie musi zostać osiągnięty, aby można było przepływ pieniędzy zakwalifikować jako płatność bieżącą i powiązać z towarami lub usługami. Innymi słowy usługa musi zostać wykonana, a towar zakupiony. W przeciwnym wypadku, zgodnie z punktem 5 sentencji wyroku, prawa nie-rezydenta do re-exportu banknotów poprzednio importowanych w celu dokonania transakcji handlowej ale niewykorzystanych, nie będą chronione przez żadną ze wspólnotowych swobód (choć w świetle późniejszego w stosunku do *Casati* orzeczenia w sprawie *Luisi i Carbone* pierwotny wwóz wartości pieniężnych zakwalifikowany powinien zostać jako transfer płatności bieżącej za przyszłą usługę).

Omówiona linia orzecznictwa pozwala na przeprowadzenie podziału pomiędzy płatnością a kapitałem, a w konsekwencji pomiędzy usługami a kapitałem. Zaznaczyć należy jednak, że zastąpienie art. 106 pierwotnej wersji traktatu przez art. 56 [73b] oznaczać może całkowite zerwanie relacji pomiędzy usługą a płatnością za nią.

Kolejny wątek, który powinien zostać omówiony, dotyczy zasady generalności odpłatności za usługę.

#### 4.3. GENERALNOŚĆ ODPLATNOŚCI ZA USŁUGĘ

Stwierdzenie, iż w danym przypadku usługa świadczona jest za odpłatnością, wystarcza w zasadzie do uznania jej za „usługę w rozumieniu traktatu”. Art. 50 traktatu zawiera jednak postanowienie, zgodnie z którym dla ukonstytuowania „usługi w rozumieniu traktatu” wystarczy, by zwykle świadczona była ona za wynagrodzeniem. Wynika z tego, iż również te usługi, które zasadniczo (w normalnych warunkach) świadczone są za wynagrodzeniem, podlegać będą przepisom dotyczącym swobody świadczenia usług nawet wówczas, gdy w konkretnym przypadku nie jest za nie pobierane wynagrodzenie.

Kwestią tą zajęł się Trybunał w głośnym orzeczeniu w sprawie *Grogan*<sup>80</sup>, gdzie ustalona została wykładnia precyzująca owe rozumowanie.

Sprawa ta dotyczyła bardzo szczególnego stanu faktycznego. Stephen Grogan i inni członkowie działających legalnie w Irlandii stowa-

---

<sup>79</sup> Sprawa C-203/80 [1981] ECR 2595, § 24 i 25.

<sup>80</sup> Sprawa C-159/90 [1991] ECR I-4685.



rzyszeń studentów prowadzili działalność informującą o miejscach, w których poza granicami kraju dokonać można legalnie aborcji, sprzecznej z prawem Irlandii. *Society for the Protection of Unborn Children Ireland*, które wniosło sprawę zażądało jednak przed sądem krajowym zakazania rozpowszechniania takich informacji.

Trybunał, przed który sprawa ostatecznie trafiła, stwierdził, iż usługa aborcji świadczona jest na terenie niektórych państw członkowskich legalnie i odpłatnie. Spełnia zatem kryteria uznania jej za „usługę w rozumieniu traktatu” i jako taka podlegać musi swobodzie świadczenia usług, nawet gdyby wywoływała ambiwalentną ocenę moralną i była zakazana w niektórych państwach<sup>81</sup>.

Co się natomiast tyczy rozpowszechniania informacji o działalności gospodarczej (za jaką uznane zostało przerywanie ciąży), to stanowi ono „usługę w rozumieniu traktatu” tylko wówczas, gdy odbywa się na zlecenie podmiotu prowadzącego taką działalność (co jest o tyle oczywiste, że tylko wtedy istnieje między stronami stosunek zobowiązaniowy, a zatem wyłącznie w tym przypadku działalność taka może zostać uznana za usługę w znaczeniu cywilistycznym).

W innych sytuacjach informowanie o placówkach dokonujących aborcji jest natomiast formą korzystania z wolności wyrażania opinii (podlega wówczas również ochronie, jej tytułem nie jest jednak swoboda świadczenia usług, lecz art. 10 [1] Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności<sup>82</sup>)<sup>83</sup>.

Konkludując stwierdzić należy, że wówczas, gdy usługa w znaczeniu cywilistycznym świadczona jest odpłatnie (kwestia tego, kto – usługobiorca czy osoba trzecia – dokonuje płatności ma znaczenie drugorzędne) w każdym przypadku jest ona jednocześnie usługą w rozumieniu traktatu. W sytuacji natomiast, gdy nie jest wykonywana odpłatnie, podlegać będzie przepisom dotyczącym swobody świadczenia usług tylko wówczas, gdy odpowiada cywilistycznej konstrukcji umowy o nieodpłatne świadczenie usług. Wydaje się przy tym, iż nie ma przeszkód, by uznać dopuszczalność sytuacji, gdy zamawiającym jest inny podmiot niż odbiorca usługi (nieodpłatna umowa o świadczenie na rzecz osoby trzeciej, w której stroną umowy nie jest usługobiorca). Trybunał jednak nie wypowiedział się jeszcze na ten temat.

---

<sup>81</sup> Ibidem, § 18; analogiczna ocena stanu faktycznego dotyczącego reklamy loterii zakazanej w Wielkiej Brytanii zawarta jest w sprawie C-275/92 *Schindler* [1994] ECR I-1039, § 31 i 32.

<sup>82</sup> Opublikowana w Dz.U. z 1993 r., Nr 284, poz. 61 ze zmianami wprowadzonymi przez Protokół nr 11 opublikowany w Dz.U. z 1998 r., Nr 962, poz. 147.

<sup>83</sup> Por. § 25-30 uzasadnienia orzeczenia w sprawie *Grogan* powołanej w przyp. 80.

Wracając natomiast do będącego punktem wyjścia niniejszych rozważań art. 49 i 50 TWE odnieść należy się do pozostałych dwóch zawartych w nich norm – dotyczącej przykładów działalności objętej tą swobodą i wymogu transgraniczności usług.

## 5. CHARAKTER DZIAŁALNOŚCI (KRYTERIUM TRZECIE)

Zacznijmy od postanowienia odnoszącego swobodę świadczenia usług w szczególności do zakresu działalności o charakterze przemysłowym, handlowym, rzemieślniczym i wolnych zawodów.

Sfery te jedynie egzemplifikują obszar, który obejmować może pojęcie „usługi w znaczeniu traktatu”. Zostały one jednak uszczegółowione przez orzecznictwo Trybunału, a samo prawo pierwotne (traktatowe) Wspólnoty Europejskiej również zawiera szereg dodatkowych, bardziej precyzyjnych postanowień, bezpośrednio odnoszących się do omawianego fragmentu art. 50.

Rozdział traktatu dotyczący usług zawiera takie postanowienia szczegółowe w art. 51 [61]. I tak według jego punktu 1 swobodę świadczenia usług w dziedzinie transportu regulują postanowienia działu dotyczącego transportu. Te z kolei w zakresie przewozów kolejowych, drogowych i śródlądowymi drogami wodnymi (art. 80 [84] traktatu) podlegają liberalizacji na zasadach szczególnych, nie została bowiem w stosunku do nich wprowadzona generalna zasada swobody świadczenia usług. Swoboda przepływu zależna jest mianowicie, zgodnie z art. 71 ust. 1 lit. b [75] traktatu, od określenia przez Radę Unii Europejskiej, działającą według procedury współdecydowania z Parlamentem i po uzyskaniu opinii Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów, warunków na jakich przewoźnicy nie mający stałej siedziby w państwie członkowskim mogą wykonywać usługi transportowe na obszarze państwa członkowskiego. Innymi słowy, swoboda świadczenia wskazanych usług transportowych osiągnięta jest w ramach wspólnej polityki transportowej, a nie według przepisów ogólnych<sup>84</sup>.

Drugi wyjątek wprowadza punkt 2 art. 51, który stanowi, że liberalizacja usług bankowych i ubezpieczeniowych, związanych z przepły-

---

<sup>84</sup> Por. sprawa C-49/89 *Corsica Ferries France* [1989] ECR 4441, § 10, wraz z powołanym orzecznictwem; sprawa C-17/90 *Pinaud Wieger* [1991] ECR I-5253 § 7. Przegląd ustawodawstwa dotyczącego realizowanej przez Wspólnotę wspólnej polityki transportowej, w tym aktów liberalizujących przepływ usług transportowych zawarty jest [w:] D. Lasok, *Zarys prawa Unii Europejskiej, Prawo gospodarcze*, Toruń 1998, s. 196–201.

wem kapitałów, winna być zharmonizowana z udzielaniem zwolnień w przepływie kapitałów<sup>85</sup>.

Zgodnie z art. 6 dyrektywy Rady nr 88/361/EEC z 24.6.1988 r. w sprawie wykonania art. 67 Traktatu o EWG<sup>86</sup> pełna realizacja swobody przepływu kapitału miała nastąpić zasadniczo do 1.7.1990 r.<sup>87</sup>. Ponieważ jednak zakresy swobody świadczenia usług i przepływu kapitału nie są tożsame (nieco inne są dopuszczalne ograniczenia) rodzi się zatem pytanie, czy, ze względu na brzmienie art. 51.2 traktatu, usługi finansowe w nim wskazane podlegać powinny, w sposób analogiczny jak w zaprezentowanych wcześniej orzeczeniach w sprawach *Schindler* i *van Schaik*, regulacjom dotyczącym wyłącznie swobody przepływu kapitału (osiągnięto by wówczas pełną harmonizację z zakresem zwolnień w przepływie kapitału), czy też inaczej niż w przypadku wskazanych wyżej usług transportowych wciąż regulowane winny być przez przepisy rozdziału pt. „usługi”.

Kwestię tę pośrednio rozstrzygnął Trybunał w orzeczeniu *Parodi*<sup>88</sup>, potwierdzając linię wyznaczoną w nieco wcześniejszej sprawie *Svensson & Gustavsson*<sup>89</sup>. Stwierdził mianowicie, iż w przypadku gdy ze świadczeniem usług bankowych związany jest transfer kapitału, swoboda ich przepływu może być ograniczona w stosunku do zakresu przewidzianego byłym art. 59 i 60 traktatu w stopniu, w jakim nie został

---

<sup>85</sup> Zakres usług bankowych określony został w dyrektywie 89/646/EWG na temat koordynacji ustaw, rozporządzeń i rozstrzygnięć administracyjnych dotyczących podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje kredytowe i zmieniającą dyrektywę 77/780/EWG, O.J. 1989, L 386/1. Najważniejsze usługi ubezpieczeniowe wymienione zostały natomiast w dyrektywie 92/49/EWG w sprawie koordynacji ustaw, rozporządzeń i rozstrzygnięć administracyjnych dotyczących ubezpieczeń bezpośrednich innych niż na życie i zmieniającej dyrektywę 73/239/EWG i 88/357/EWG, O.J. 1992, L 228/1 oraz 92/96/EWG na temat koordynacji ustaw, rozporządzeń i rozstrzygnięć administracyjnych dotyczących ubezpieczeń na życie i zmieniającej dyrektywę 79/267/EWG i 90/619/EWG O.J. 1992, L 360/1. Por. również J. Galster, C. Mik, op. cit., s. 264–268, gdzie zagadnienie świadczenia wskazanych usług omówione zostało na szerszym tle pojęcia usług finansowych.

<sup>86</sup> O.J. 1988, L 178/5.

<sup>87</sup> Por. przyp. 69 i 86. Zakaz ograniczeń w zakresie swobody ustanowienia działalności gospodarczej i świadczenia usług wprowadzone przez działające we własnym imieniu banki wprowadzony został przez dyrektywę 73/183/EWG i późniejsze akty prawne. Szczegóły dostępne na stronie Unii Europejskiej <http://europa.eu.int/scadplus/leg/en/lvb/l24004.htm>.

<sup>88</sup> Sprawa C-222/95 [1997] ECR 1997 I-3899.

<sup>89</sup> Sprawa C-484/93 [1995] ECR I-3955, zwłaszcza § 19. Por. także V. Hatzopoulos w komentarzu do tejże sprawy – CML Rev. 1996, nr 33, zwłaszcza s. 579. Nadmienić warto, że Trybunał zajął w sprawie stanowisko odmienne niż Rzecznik Generalny Elmer w § 17 swojej opinii.

zliberalizowany przepływ kapitału. W konsekwencji transgraniczne wykonywanie usług determinowane jest zarówno przez przepisy dotyczące swobody ich świadczenia, jak również swobody przepływu kapitału. Przywołuje to na myśl powiązania przepływu usług i towarów ze spraw *Leclerc* i *De Agostini*. Uzyskuje się w ten sposób zdecydowanie większą logikę regulacji niż w przypadku poddania usług postanowieniom dotyczącym wyłącznie swobody przepływu kapitału, z drugiej jednak strony tworzy się wyłom w zasadzie nie poddawania „usług w rozumieniu traktatu” regulacjom dotyczącym innych swobód<sup>90</sup>.

Wśród wskazanych przez art. 50 przykładowych obszarów działalności, do których zastosowanie mają mieć przepisy dotyczące swobody świadczenia usług nie znalazła się działalność o charakterze rolniczym, czyli gospodarka rolna i produktami rolnymi<sup>91</sup>. Nie oznacza to jednak bynajmniej, iż jest ona *a priori* z zakresu swobody świadczenia usług wyłączona. Zgodnie z art. 32 [38] traktatu zasady przewidziane dla utworzenia wspólnego rynku odnoszą się do produktów rolnych, o ile artykuły 33 [39] do 38 [46] włącznie nie stanowią inaczej. W istocie rozłożenie akcentów w dotyczącym rolnictwa w tytule II części III traktatu, jak i wynikające z niego metody organizacji rynków rolnych, nie rodzą większego niebezpieczeństwa kolizji z przepisami dotyczącymi usług<sup>92</sup>. Inter-

---

<sup>90</sup> W książce pt. *Law of the European Communities*, pod red. Davida Vaughana, London 1986, część II, s. 461, autor wyraził opinię, iż w przypadku, gdy transakcja zawiera transfer kapitału, usługa z którą związany jest jego przepływ pozostaje poza zakresem swobody świadczenia usług. Twierdzenie to nie zostało jednak poparte żadnymi argumentami i uznać je należy, jako utrudniające rozróżnienie płatności od kapitału, za chybione. Podobnie zresztą jak uwagę znajdującą się na tej samej stronie, iż usługi bankowe podlegają wyłącznie swobodzie przepływu usług, a terminarz liberalizacji wynikający z przepisów dotyczących kapitału nie wiąże tej swobody w żaden sposób z przepisami dotyczącymi swobody jego przepływu. Konstrukcja taka, zmierzająca do zachowania zgodności wykładni art. 51 ust. 2 Traktatu z brzmieniem art. 50 pozostaje jednak z kolei w sprzeczności z orzecznictwem Trybunału – por. rozstrzygnięcie w sprawie C-118/96 *Safir* [1998] ECR I-1897, a także sprawie C-484/93 *Svensson & Gustavsson* [1995] ECR I-3955, 15/78 *Koestler* [1978] ECR 1971 oraz V. Hatzopoulos, *Recent developments of the case law of the ECJ in the field of services*, CMLRev. 2000, nr 37, s. 47–49.

<sup>91</sup> Por. art. 32 [38] ust. 1 traktatu. Zgodnie z treścią zdania drugiego tego przepisu przez produkty rolne rozumie się produkty ziemi, hodowli i rybołówstwa oraz bezpośrednio z nimi związane produkty pierwszego przerobu.

<sup>92</sup> Przy porównaniu swobód przewidzianych przez traktat ze Wspólną Polityką Rolną konieczne wydaje się rozpatrywanie tego problemu wyłącznie na płaszczyźnie Wspólnego Rynku przewidzianego już w pierwotnej wersji traktatu. Zgodnie z art. 14 [7a] traktatu swobody przepływu towarów, osób, usług i kapitałów tworzą również rynek wewnętrzny, nie obejmuje on wszakże Wspólnej Polityki Rolnej, na tej płaszczyźnie brak jest zatem punktów wspólnych obydwu problematyk. Zaznaczyć należy jednak, że uwaga ta dotyczy jedynie kwestii porządkującej nomenklaturę i nie pociąga za sobą konsekwencji merytorycznych.

wencja w ramach Wspólnej Polityki Rolnej ma bowiem na celu stworzenie producentom rolnym warunków zbytu korzystniejszych niż miałyby to miejsce w przypadku zastosowania do tego sektora reguł rynku wewnętrznego. Poza tym do działalności o charakterze rolniczym większe zastosowanie niż postanowienia dotyczące usług mają reguły obejmujące przepływ kapitału (zwłaszcza inwestycje w nieruchomości rolne) lub przepływ pracowników (sezonowa siła robocza).

Nie można jednak wykluczyć sytuacji, kiedy działalność objęta Wspólną Polityką Rolną zetknie się z „usługami w rozumieniu traktatu”. Tak może być na przykład w przypadku, kiedy na mocy umowy z agencją dokonującą skupu interwencyjnego podmiotowi prywatnemu zlecone zostanie przechowanie produktów rolnych<sup>93</sup>. Działalność ta, o ile świadczona jest odpłatnie, z pewnością podlegać będzie wszystkim regulacjom dotyczącym swobody świadczenia usług (ewentualnie swobody ustanowienia działalności gospodarczej).

## 6. TRANSGRANICZNOŚĆ (KRYTERIUM CZWARTE)

### 6.1. CZTERY RODZAJE TRANSGRANICZNOŚCI USŁUG

Jednym z przypadków, kiedy spełnione zostaje kryterium transgraniczności usługi jest sytuacja przewidziana przez art. 49 akapit 1 – osoba świadcząca usługę udaje się czasowo na terytorium kraju, dla którego usługa ta jest przeznaczona<sup>94</sup> (tzw. usługa czynna, lub bardziej precyzyjnie – czynne świadczenie usługi).

Orzecznictwo i literatura przedmiotu wyróżniają jednak również inne sytuacje, w których spełniony jest wymóg, by usługodawca umocowany był na terenie państwa Wspólnoty innego niż państwo osoby, dla której świadczona ma być usługa. Do klasycznych zalicza się usługi bierne (usługobiorca udaje się do innego kraju członkowskiego w celu odebrania usługi)<sup>95</sup>.

Wyróżniane są też inne kategorie usług, np. „usługi niezależne od osób”<sup>96</sup>, przy czym zaznaczyć należy, że przedsięwzięciem ryzykow-

---

<sup>93</sup> Dopuszczalność magazynowania skupionych interwencyjnie przez państwo produktów rolnych przez podmioty prawa prywatnego stwierdzona została orzeczeniem w sprawach C-433 i C-434/92 *BALM* [1994] ECR I-1543.

<sup>94</sup> Kraj ten nie musi być krajem zamieszkania usługobiorcy.

<sup>95</sup> Por. F. Emmert, op. cit. s. 364, oraz sprawy C-286/82 i 26/83 *Luisi & Carbone* [1984] ECR 377 § 10.

<sup>96</sup> Określenia tego używa F. Emmert, op. cit., s. 364 definiując je w odniesieniu do sytuacji, gdy „usługodawca posiada obywatelstwo państwa członkowskiego i swoją

nym jest abstrahowanie od elementu podmiotowego usługi, zwłaszcza wówczas, gdy ma on wpływ na zakwalifikowanie jej do takiej lub innej kategorii.

Posłużmy się przykładem używanym na zilustrowanie konstrukcji „usług niezależnych od osób”. Usługobiorca z państwa A odbiera sygnały telewizyjne z państwa B, korzysta zatem z usług usługodawcy z innego kraju. Niewątpliwie zatem usługa ma wymiar transgraniczny i podlega traktatowej regulacji swobody świadczenia<sup>97</sup>. Wprawdzie wyłącznie usługa przekracza w tym przypadku granicę, lecz jest to proste następstwo faktu, iż usługodawca i usługobiorca pozostają w różnych państwach członkowskich. Określając zatem taką usługę jako niezależną od osób definiuje się ją przez negację jej podstaw. W istocie lepiej byłoby zatem posłużyć się określeniem usługa podwójnie bierna, która oznaczałaby właśnie stan, kiedy świadczona jest ona mimo tego, że ani usługodawca, ani usługobiorca nie opuszczają kraju, w którym są osiedleni<sup>98</sup>.

Analogicznie istnieją również usługi podwójnie czynne<sup>99</sup>. Ich istota polega na tym, że zarówno usługodawca, jak i usługobiorca, opuszczają swój kraj w celu świadczenia usługi<sup>100</sup>.

---

usługę przekazać chce dowolnemu klientowi w innym państwie członkowskim, albo (...) usługobiorca posiada obywatelstwo państwa członkowskiego i chce odebrać świadczenie od dowolnego usługodawcy z innego państwa członkowskiego”. Zauważyć jednak należy, że bez jakichkolwiek zastrzeżeń dodatkowych definicji tej odpowiadają również zarówno usługi czynne, jak i bierne, a zatem definicja ta objęłaby wszystkie formy usług objęte swobodą przepływu. Użyty przez autora przykład ilustrujący definicję usług niezależnych od osób – sprawa *Säger* (por. następny przypis) – wskazuje natomiast, że do definicji należałoby dodać zastrzeżenie, iż ani usługodawca, ani usługobiorca nie opuszczają swojego kraju, a dynamicznym, przekraczającym granicę państwa elementem jest jedynie sama usługa.

<sup>97</sup> Por. sprawa C-76/90 *Säger* [1991] I-4221, §18.

<sup>98</sup> „Osiedlenie” pojmowane będzie szeroko, jako synonim mniej znanego polskiemu językowi prawnemu pojęcia „umocowania”. Obejmie ono zarówno obywatelstwo i pobyt osób fizycznych, jak i pierwotne oraz wtórne ustanowienie działalności gospodarczej w przypadku spółek i firm, w rozumieniu art. 48 [58] ust. 2 traktatu.

<sup>99</sup> Analogicznego merytorycznego podziału na cztery kategorie usług dokonują P. J. G. Kapteyn i P. VerLoren van Themaat, op. cit., s. 752, oraz D. Vaughan, op. cit., s. 475.

<sup>100</sup> Bardzo nietypową sytuacją usługi jest zlecenie reprezentacji przed organami innego państwa klienta wykonywane przez prawnika w rozumieniu art. 1 ust. 2 dyrektywy 77/249/EWG w sprawie ułatwienia efektywnego korzystania przez prawników ze swobody świadczenia usług O.J. 1977, L 78/17. Wówczas, gdy klient towarzyszy pełnomocnikowi w podróży do państwa trzeciego, do czynienia będziemy mieli z usługą podwójnie czynną, natomiast gdy w podróż udaje się sam pełnomocnik – z usługą czynną. Trafne wyjaśnienie wątku transgranicznego w takiej sytuacji zawarte jest [w:] D. Vaughan, op. cit., s. 475 – usługodawca musi czasowo wykonywać swoje zadania w kraju trzecim i w tym celu jest czasowo umocowany w kraju innym niż kraj zamieszkania usługobiorcy.

Rozpatrując jeden z przypadków usług podwójnie czynnych, taki mianowicie, w którym przewodnik wycieczki opuszcza razem z ową wycieczką jedno z państw członkowskich, udając się do innego, by tam świadczyć swoje usługi jej uczestnikom, Trybunał dokonał bardzo daleko idącej interpretacji przepisu art. 59 traktatu stwierdzając, iż ma on zastosowanie w omawianym stanie faktycznym również wówczas, gdy obie strony stosunku prawnego są osiadłe w tym samym państwie członkowskim. Usługa ma w tym przypadku charakter transgraniczny z uwagi na sam fakt przekroczenia przez strony umowy granic państwa członkowskiego<sup>101</sup>.

Zastosowana przez Trybunał wykładnia jest wprawdzie sprzeczna z brzmieniem traktatu, co zostało wprost stwierdzone we wskazanych orzeczeniach, jednak, jak wywiódł Trybunał, taka interpretacja pozostaje w zgodzie z celem art. 49 traktatu, którym jest cyt. „zniesienie ograniczeń swobody świadczenia usług przez osoby nie osiadłe w państwie członkowskim, na którego obszarze ma być świadczona usługa”. W konsekwencji postanowienie art. 49 musi mieć zastosowanie we wszystkich przypadkach, kiedy osoba świadcząca usługi oferuje je w państwie członkowskim innym niż to, w którym jest osiadła. Nie ma przy tym znaczenia to, gdzie osiadli są odbiorcy usług<sup>102</sup>.

Z omawianych orzeczeń wynika, iż możliwe jest zastosowanie swobody przepływu usług do osób osiadłych w jednym państwie, gdy są to usługi podwójnie czynne. Wskazana linia potwierdzona została przez Trybunał w odniesieniu do omawianej kategorii usług również w późniejszych orzeczeniach. Wskazują one, że swoboda ich świadczenia ma miejsce wówczas, gdy oferowane są one w kraju usługodawcy, i to także w przypadku gdy usługobiorcą jest podmiot osiadły w tym samym kraju<sup>103</sup>.

Zaznaczyć należy przy tym, że stany faktyczne omawianych spraw obejmowały usługi transportu międzynarodowego – lotniczego i morskiego<sup>104</sup>.

---

<sup>101</sup> Por. orzeczenia w sprawach przewodników turystycznych – greckich (C-198/89 [1991] ECR I-727, zwłaszcza § 9), włoskich (C-180/89 [1991] ECR I-709, zwłaszcza § 8) i francuskich (C-154/89 [1991] ECR I-659, zwłaszcza § 9).

<sup>102</sup> Por. paragrafy orzeczeń powołane w poprzednim przypisie, a także orzeczenia w sprawach C-381/93 *Komisja v. Francja* [1994] ECR I-5145, § 14, C-398/95 *SETTG* [1997] ECR I-3091, § 8, C-55/98 *Vestergaard* [1999] ECR I-7641, § 19.

<sup>103</sup> Por. sprawa C-379/92 *Peralta* [1994] ECR I-03453 § 41, C-18/93 *Corsica Ferriers* [1994] ECR I-1783, 30, C-70/99 *Komisja v. Portugalia* [2001] ECR I-4845, § 12, C-163/99 *Komisja v. Portugalia* [2001] ECR I-2613, § 66.

<sup>104</sup> Na powiązania tych rodzajów usług z usługami w zakresie przewozów kolejowych, drogowych i śródlądowymi drogami wodnymi wskazano jednak w orzeczeniu 167/73 *Komisja v. Niemcy* [1974] ECR 359, § 12.

Orzeciono zatem, że wówczas, gdy warunki świadczenia tychże usług, z samej swojej istoty zawierających element transgraniczny, są mniej korzystne od warunków świadczenia relewantnych usług wewnątrz kraju (wyższe opłaty portowe, lotniskowe itp.) wówczas usługodawcy przysługuje roszczenie przeciwko nakładającemu takie opłaty państwu członkowskiemu o ich wyrównanie do poziomu opłat za połączenia wewnątrz krajowe. Nie jest oczywiście wykonalnym obniżanie owych opłat oddzielnie w każdym przypadku proporcjonalnie do liczby korzystających z usług osób zamieszkałych w innym państwie. Omawianym dobrodziejstwem objęte zostały zatem również osoby zamieszkałe w kraju usługodawcy. W istocie więc w tym właśnie przypadku rzeczywiście można mówić o „usługach niezależnych od osób”<sup>105</sup>, gdyż traktatowa swoboda ich przepływu przysługuje każdemu (nawet obywatelowi kraju spoza Unii Europejskiej zamieszkałemu poza terytorium państw członkowskich). Dla porządku dodać trzeba, iż w odniesieniu do osób mających miejsce zamieszkania w kraju innym niż usługodawca, omawiane usługi będą miały charakter usług biernych (mogą z nich skorzystać wówczas, gdy udadzą się do kraju usługodawcy), natomiast gdy świadczone są mieszkańcom państwa członkowskiego siedziby usługodawcy, wówczas będą stanowiły szczególny rodzaj usług podwójnie czynnych, gdzie złożenie oferty i samo zadzierzgnięcie węzła zobowiązaniowego nie ma wprawdzie jeszcze charakteru transgranicznego, jednak jego cel stanowi świadczenie usługi, dla którego konieczne jest przekroczenie granicy co najmniej przez osobę działającą w imieniu usługodawcy (np. pilota samolotu).

## 6.2. WARUNKI TRANSGRANICZNOŚCI

Oprócz wskazania jakie usługi spełniają kryterium transgraniczności, Trybunał ustalił również przesłanki odmowy przyznania usługom charakteru transgranicznego<sup>106</sup>.

Stwierdził mianowicie, iż swoboda świadczenia usług nie obejmuje (tylko) sytuacji, kiedy wszystkie elementy owej usługi ograniczone są do jednego państwa członkowskiego<sup>107</sup>. Innymi słowy, gdy który-

---

<sup>105</sup> Por. przyp. 96.

<sup>106</sup> Jest ono zresztą wspólne dla wszystkich fundamentalnych swobód, na co zwróciła uwagę Rzecznik Generalny Christine Stix-Hackl w opinii w sprawie C-60/00 *Mary Carpenter*, § 49.

<sup>107</sup> Por. np. sprawa 52/79 *Debaue i inni* [1980] ECR 833, § 9; 204/87 *Bekaert* [1988] ECR 2029, § 12; C-54/88, C-91/88 i C-14/89 *Nino i inni* [1990] ECR I-3537,



kolwiek z elementów obejmujących stosunek prawny świadczenia usługi wychodzi poza granicę państwa członkowskiego, wówczas całość zobowiązania zakwalifikowana musi zostać jako „usługa w rozumieniu traktatu”, a w konsekwencji winna być objęta swobodą świadczenia. Sens takiej interpretacji przepisu 49 traktatu dobrze uchwycony został w jednym z orzeczeń<sup>108</sup>, gdzie stwierdzono, że swoboda ma mieć zastosowanie wówczas, gdy możliwy jest (co w sposób oczywisty uznane być musi za pojęcie szersze niż określenie „zaistniały”) efekt działania na handel wewnątrzspółnotowy.

Taka logika uzasadnia zastosowanie swobody świadczenia również do usług podwójnie biernych, nawet gdy obydwie strony są umocowane w jednym państwie członkowskim.

Z pewnością zastępstwo prawne wykonywane zgodnie z regulacjami wspólnotowymi<sup>109</sup> podlegać będzie swobodzie świadczenia usług również wówczas, gdy nie jest związane z przekraczaniem granicy przez pełnomocnika (który np. korzysta z metod komunikacji elektronicznej).

Tak samo zakwalifikowana musi być nieco inna sytuacja, dotycząca nabycia za granicą uprawnień do wykonywania zawodu<sup>110</sup>. Łącznik z prawem wspólnotowym, który w ten sposób powstaje, umożliwia poddanie wykonywanych na podstawie tych uprawnień usług swobodzie wspólnotowej nawet wówczas, kiedy świadczone są one osobom zamieszkałym na terenie państwa obywatelstwa usługodawcy (innego wszakże niż kraj, w którym nabyto uprawnienia)<sup>111</sup>.

Trybunał podkreślił jednak, że państwu członkowskiemu przysługuje prawo kontroli, czy uprawnienia stąd wynikające nie są nadużywane<sup>112</sup> wówczas, gdy działalność skierowana jest wyłącznie lub w przeważającej większości na jego terytorium<sup>113</sup>.

---

§ 11; C-41/90 *Höfner and Elser* [1991] ECR I-1979, § 37; C-330/90 i C-331/90 *Lopez Brea*, C-60/91 *Batista Morais* [1992] ECR I-2085; C-225/95, C-226/95 & C-227/95; C-3/95 *Reisebüro Broede* [1996] ECR I-6511, §14; C-70/95 *Sodemare* [1997] ECR I-3395, §38; C-134/95 *USSL No 47 di Biella* [1997] ECR I-195, § 19, *Kapasakalis* [1998] ECR I-4239, § 22; C-51/96 i C-191/97 *Deliège* [2000] ECR I-2549, § 58; C-108/98 *RI.SAN* [1999] ECR I-5219, § 23; C-97/98 *Jägerskiöld* [1999] ECR I-7319, § 42.

<sup>108</sup> Sprawa C-97/98 *Jägerskiöld*, § 17.

<sup>109</sup> Por. przyp. 100.

<sup>110</sup> Por. sprawa 115/78 *Knoors* [1979] ECR 399, § 24 i 26.

<sup>111</sup> Wskazany rodzaj stanu faktycznego określany bywa jako zawrócenie – por. P. J. G. Kapteyn i P. VerLoren van Themaat, op. cit., s. 582.

<sup>112</sup> W przypadku osób fizycznych nie jest do końca jasne, czy znaczenie pierwszorzędne powinno mieć w tej materii miejsce zamieszkania – tak Trybunał w sentencji orzeczenia w sprawie 39/75 *Coenen* [1975] ECR 1547, w odpowiedzi na specyficznie sformułowane pytanie prejudycjalne – czy też miejsce prowadzenia działalności gospodarczej. Ciekawa argumentacja, polemizująca w tej materii do pewnego stopnia z po-

Sytuacja ta koresponduje z linią przyjętą przez Trybunał w jednym z orzeczeń<sup>114</sup>, na podstawie której przyjąć można, że dopuszczalne jest powiązanie stanu faktycznego z prawem wspólnotowym zawsze wówczas, gdy wykonywanie usług pozostawałoby w związku z pobytem jednej ze stron za granicą.

W konsekwencji, dla oceny kwestii transgraniczności jako łącznika stanu faktycznego z prawem wspólnotowym kwestią całkowicie drugorzędną jest to, którego z państw członkowskich przynależnymi są strony umowy o świadczenie usług. Strona domagająca się ochrony wykazać musi jedynie, iż w związku ze świadczeniem usługi przebywała na terenie innego państwa członkowskiego, by spełnione zostało kryterium transgraniczności.

## 7. WNIOSKI

Na podstawie przedstawionych rozważań trudno jest utworzyć w miarę kompletną definicję tych świadczeń, które uznać należy za „usługi w rozumieniu traktatu”.

W zasadzie jedynym dosyć pewnym twierdzeniem jest to, że za usługi takie uznane powinny zostać usługi w cywilnoprawnym znaczeniu (świadczenie musi być neutralne w stosunku do przedmiotów świadczenia wydanego zleceniobiorcy na mocy umowy). Jednak nie dotyczy ono wszystkich usług w znaczeniu cywilnoprawnym – część z nich, ze względu na okoliczności sprawy, uznana być może za ustanowienie działalności gospodarczej. Z drugiej zaś strony swobodą świadczenia usług objęte mogą być także sytuacje jedynie potencjalnego stosunku prawnego.

Fakt, iż pomiędzy stronami umowy istnieje więź zobowiązaniowa, na mocy której strony umówiły się o zapłatę też pozwala stwierdzić, że mowa jest o „usłudze w rozumieniu traktatu”. Swobodą świadczenia objęte są jednak również stadia poprzedzające powstanie węzła zobowiązaniowego, które dopiero doprowadzić mają do zawarcia umowy.

---

wyższym orzeczeniem i komentująca orzeczenie w sprawie 33/74 *van Binsbergen* [1974] ECR 1299, zawarta jest u F. Burrowsa, *Free Movement in European Community Law*, 1987, s. 220 i 221.

<sup>113</sup> Por. sprawa 115/78 *Knoors* [1979] ECR 399, § 25; w odniesieniu do wszelkich podobnych do wskazanego, zamierzonych lub nie, przypadków „ucieczki od legislacji”, w tym również utworzenia podmiotu gospodarczego za granicą por. sprawy: 33/74 *van Binsbergen* [1974] ECR 1299, § 13; 205/84 *Komisja v. Niemcy* [1986] ECR 3755, § 22, C-148/91 *Omroep* [1993] ECR I-487, § 12, C-23/93 *TV10 SA* ECR [1994] I-4795, § 15, 16, 20, 21.

<sup>114</sup> Por. sprawa 20/87 *Gauchard* [1987] ECR 4879, § 13, *a contrario*.

Ponadto „usługom w rozumieniu traktatu” przysługiwać ma atrybut transgraniczności, to znaczy którykolwiek jej element wykraczać musi poza granicę państwa członkowskiego. Zwrócić należy jednak uwagę na to, iż element ten dotyczyć ma wyłącznie świadczenia usługodawcy, nie zaś uzyskiwanego przez niego od usługobiorcy świadczenia wzajemnego.

Pozostałe kryteria mają natomiast wagę drugorzędną. Z orzecnictwa Trybunału wynika bowiem, że nie podleganie innym fundamentalnym swobodom nie obowiązuje bezwzględnie. Sam traktat przewiduje natomiast, że podobnie jest i z charakterem działalności, chociaż zastrzec należy, że ten ostatni element ma wpływ bardziej na stosowanie reguły swobodnego przepływu niż na samą traktatową konstrukcję usługi.

Jak to zatem wynika z przedstawionych rozważań, stworzona na potrzeby rynku wewnętrznego wspólnotowa konstrukcja „usług w rozumieniu traktatu” jest nie tylko w dużej mierze autonomiczna wobec wyjściowego pojęcia cywilnoprawnego, ale także złożona, eklektyczna i zaryzykować można twierdzenie, iż odbiega czasem od brzmienia traktatu. W istocie jedynym do końca pewnym kryterium uznania określonego świadczenia za „usługę w rozumieniu traktatu” pozostaje znajomość szeregu uzupełniających się „podreguł”, którymi posługuje się Trybunał, a które wynikają z precedensowych wyroków zaczerpniętych z bardzo bogatego orzecnictwa. Zdanie *Burrowsa*<sup>115</sup>, iż prawo europejskie jest ekscytujące, dynamiczne, intrygujące, wprawiające w zakłopotanie i czasem chaotyczne wydaje się więc w przypadku pojęcia usługi szczególnie trafne.

---

<sup>115</sup> F. Burrows, op. cit., wstęp.