

Dariusz Adamski

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

Kwartalnik Prawa Publicznego 3/1, 71-95

2003

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 II: RELACJE Z INNYMI ELEMENTAMI RYNKU WEWNĘTRZNEGO**

1. WPROWADZENIE

Omówienie relacji z innymi filarami rynku wewnętrznego prowadzone będzie począwszy od (mających charakter najmocniejszy) związków z ustanawianiem działalności gospodarczej, przez te, które łączą ją z przepływem towarów, po relacje ze swobodą przepływu kapitału (i w jego ramach – płatności). Odniesienia do powiązanej najsłabiej z problematyką tytułową swobody przepływu pracowników dokonane zostaną natomiast w formie bardziej rozproszonej – przy omawianiu poszczególnych wątków tematyki głównej.

Poza rozważaniami pozostaną zagadnienia przedmiotu swobód – a więc pojęcia usług, osób, towarów, czy kapitału. Owe kwestie, opisując czego dotyczy rynek wewnętrzny, nie wyjaśniają bowiem, jakie mechanizmy nim rządzą. To kształt tych ostatnich określa, na ile nieskrępowany ma pozostać przepływ poszczególnych elementów związanych z produkcją. Sam przedmiot swobody podporządkowany zostaje więc jej mechanizmom¹.

* Mgr Dariusz Adamski – doktorant na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski

** Część I artykułu opublikowana została w KPP 2002, nr 4.

¹ Przyjąć można, iż owe mechanizmy stanowią aspekt wertykalny swobód rynku wewnętrznego, a przedmiot swobody – aspekt horyzontalny.

2. SWOBODA ŚWIADCZENIA USŁUG A SWOBODA USTANOWIENIA DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ

Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich (dalej: Trybunał) niejednokrotnie podkreślał, iż zakres warunków od których przyjmujące państwo członkowskie może uzależnić zgodę na czasowe świadczenie usług winien być mniejszy niż wówczas, gdy zainteresowany kieruje istotną część swojej aktywności zawodowej na jego terytorium, korzystając w konsekwencji ze swobody ustanowienia działalności gospodarczej².

Jednak sfera dyskrecjonalności w ustalaniu przez państwo warunków ustanowienia i prowadzenia działalności gospodarczej ulega wyraźnemu ograniczeniu, upodabniając jej ograniczenia do tych, które dotyczą czasowego świadczenia usług. Konsekwencje tego procesu są w istocie duże, powodują bowiem swoistą konwergencję obydwu swobód.

Rys ów widać szczególnie wyraźnie właśnie w sferze uprawnień państwa do autoryzacji działalności gospodarczej, w tym zwłaszcza potwierdzania kwalifikacji przedsiębiorcy.

Według jednego z orzeczeń Trybunału – w sprawie *Bouchoucha*³ – w braku odnośnego aktu harmonizującego określenie warunków dostępu do zawodu należy do kompetencji państw członkowskich.

Sformułowanie to nie oznacza jednak, iż warunki te mogą być całkowicie dowolne, a zwłaszcza że państwo nie musi uwzględnić tych z nich, które, będąc porównywalne, spełnione już zostały w państwie macierzystym przedsiębiorcy. Wynika to z założenia, iż odnośna legislacja nie może podważać istoty swobody ustanowienia działalności gospodarczej, ani wpływającej z art. 10 [5] traktatu zasady solidarności⁴.

Państwa członkowskie także w przypadku ustanawiania działalności gospodarczej winny zatem respektować kwalifikacje uzyskane przez przedsiębiorcę poza państwem przyjmującym, jeśli nie zostały wydane odnośne wspólnotowe akty harmonizujące. Uwaga ta odnosi

² Sprawy: 205/84 *Komisja v. RFN* [1986] ECR 3755, § 26; C-294/89 *Komisja v. Francja* [1991] ECR I-3591, § 26; C-154/89 *Komisja v. Francja* [1991] ECR I-659, zwłaszcza § 12; C-180/89 *Komisja v. Włochy* [1991] ECR I-709, § 15; C-198/89 *Komisja v. Grecja* [1991] ECR I-727, § 16; C-43/93 *Vander Elst* [1994] ECR I-3803, § 17; C-164/99 *Portugaia Construções* [2002] ECR I-787, § 17.

³ Sprawa C-61/89 [1993] ECR I-1663, § 12.

⁴ Zwłaszcza sprawa C-19/92 *Kraus* [1993] ECR I-1663, § 31.

się również do sytuacji, gdy kwalifikacje nabyte zostały w państwie trzecim⁵. Najnowsze orzecznictwo dodaje, że taki sam skutek ma prawo wspólnotowe, jeśli w danej dziedzinie wspólnotowe akty regulujące wzajemne uznawanie dyplomów zostały wprawdzie wydane, ale nie pociągają za sobą uznania w sposób automatyczny⁶.

Konieczność respektowania kwalifikacji wówczas, gdy zainteresowany korzysta ze swobody ustanowienia działalności gospodarczej niesie za sobą daleko idące konsekwencje dla tezy o upodabnianiu się reguł dotyczących swobody świadczenia usług i ustanowienia działalności gospodarczej.

W sprawie *Gebhard*⁷ Trybunał orzekł, że „reguły krajowe, które utrudniają lub czynią mniej atrakcyjnym wykonywanie swobód fundamentalnych, gwarantowanych traktatem, muszą spełniać cztery warunki: mieć zastosowanie w sposób nie dyskryminujący, być uzasadnione nadrzędnym interesem publicznym, pozostawać odpowiednimi do osiągnięcia stawianego przed nimi celu i nie wykraczać poza to, co konieczne do jego osiągnięcia”⁸.

Podkreślić należy, iż nakaz stosowania reguł w sposób nie dyskryminujący pojmowany jest przez Trybunał jako synonim dyskryminacji bezpośredniej. W późniejszym orzecznictwie zinterpretowano bowiem ów wątek wskazując, iż „ograniczenia mają mieć zastosowanie do wszystkich osób i przedsiębiorstw działających na terytorium przyjmującego państwa członkowskiego”⁹. Nie dyskryminujące stosowanie nie jest zatem tożsame z nie dyskryminującym skutkiem, a więc rozpatrywane ograniczenie musi stanowić dyskryminację pośrednią (ukrytą¹⁰). Jeśli bowiem regulacja pozostanie nie dyskryminująca, wówczas nie utrudni, ani nie uczyni mniej atrakcyjnym wykonywania swobód

⁵ Sprawy: C-238/98 *Hocsmán* [2000] ECR I-6623, § 23 i 31; C-232/99 *Komisia v. Hiszpania* [2002] ECR I-4235, § 22.

⁶ Sprawa C-31/00 *Dreessen* [2002] ECR I-663, § 31. Trybunał uściślił w ten sposób sentencję orzeczenia w powołanej w poprzednim przypisie sprawie *Hocsmán*, które sugerowało całkowitą nieadekwatność omawianych zasad do stanów faktycznych podlegających aktom prawnym harmonizującym wymogi co do kwalifikacji.

⁷ Sprawa C-55/94 [1995] ECR I-4165, § 37.

⁸ Początków takiej wykładni dopatrywać się należy w orzeczeniu w sprawie 71/76 *Thieffry* [1977] ECR 765, § 12, gdzie Trybunał stwierdził, iż „swobody ustanowienia działalności gospodarczej dotyczyć mogą tylko takie reguły zawodowe, które są uzasadnione dobrem wspólnym i nie mają charakteru dyskryminującego”. Por. także D. Vaughan (red.), *Law of the European Communities*, London 1986, część II, s. 485.

⁹ Sprawa C-205/99 *Analir* [2001] ECR I-1271, § 25.

¹⁰ Co do rozumienia dyskryminacji ukrytej w sferze ustanawiania działalności gospodarczej por. C-175/88 *Biehl* [1990] ECR I-1779, § 13, natomiast w zakresie świadczenia usług – por. część I niniejszego opracowania.

fundamentalnych, czyli nie będzie stanowiła restrykcji w transgranicznym przepływie działalności gospodarczej.

Podobnie Rzecznik Generalny Fennelly w opinii do sprawy C-67/98 *Zenatti* uznał, iż kryteria identyfikacji ograniczeń, jak i ich dopuszczalne uzasadnienia, są w zasadzie takie same zarówno w przypadku swobody świadczenia usług, jak i ustanowienia działalności gospodarczej (§ 21). Wskazał on również, że praktyczna różnica między obydwiema swobodami polega na tym, że usługodawca może podlegać tylko w takim zakresie ograniczeniom uzasadnionym interesem publicznym, w jakim nie są one chronione w jego państwie pochodzenia.

Teza ta sugeruje, iż obowiązek uwzględnienia warunków, które usługodawca spełnia w państwie macierzystym, nie dotyczy stanu faktycznego regulowanego przez swobodę ustanowienia działalności gospodarczej. Wniosek ów zdecydowanie traci jednak na ostrości, gdy weźmie się pod uwagę, iż państwa przyjmujące również w przypadku ubiegającego się o ustanowienie działalności gospodarczej brać muszą pod uwagę tak istotne kwestie, jak uzyskane poza owym państwem kwalifikacje i doświadczenie zawodowe¹¹.

Istnieją jednak i dalej idące przejawy konwergencji swobody świadczenia usług i swobody ustanowienia działalności gospodarczej.

Za przykład niech posłuży sprawa *Analir*¹². Trybunał miał w niej odpowiedzieć na pytanie prejudycjalne zadane przez hiszpański Sąd Najwyższy (*Tribunal Supremo*) odnośnie zgodności z prawem wspólnotowym, zwłaszcza z rozporządzeniem Rady Unii Europejskiej (dalej: Rady) nr 3577/92/EWG z 7.12.1992 r. w sprawie stosowania zasady swobody świadczenia usług w odniesieniu do transportu morskiego wewnątrz państw członkowskich (kabotaż morski)¹³ postanowień dekretu królewskiego odnoszącego się do transportu morskiego pomiędzy kontynentem i wyspami tego państwa.

Oдносна legislacja hiszpańska wiązała regularne świadczenie takich usług przez przedsiębiorstwa liniowe z wcześniejszą autoryzacją uzyskaną od administracji publicznej. Zarówno jej udzielenie jak i kontynuację uzależniono przy tym od spełnienia przez przewoźnika kilku warunków, w tym zwłaszcza odnoszących się do terminowego opłacania podatków i składek na ubezpieczenie społeczne. Dodatkowo organy administracji uzyskały uprawnienie do nakładania na niektóre

¹¹ Por. C-232/99 *Komisja v. Hiszpania* [2002] ECR I-4235, § 21 z powołanym tam orzecznictwem.

¹² Sprawa C-205/99 [2001] ECR I-1271.

¹³ O.J. 1992, L 364/7.

kategorii usługodawców obowiązków dotyczących powszechnej dostępności pewnych kategorii usług (zawarcia tzw. kontraktów na usługi powszechne w znaczeniu art. 2.3 owego rozporządzenia).

W istocie zatem zarówno stan faktyczny, jak i odnoszący się do niego akt prawa wtórnego, dotyczyły swobody ustanowienia działalności gospodarczej, a nie czasowego świadczenia usług. Trybunał poddał jednak sprawę analizie pod kątem jej zgodności z zasadą swobody świadczenia usług (§ 17)¹⁴, gdyż to ona stanowi podstawę rozporządzenia 3577/92/EWG¹⁵. Potwierdził w ten sposób, że, w zakresie uregulowanym przez ów akt, identycznie wygląda swoboda świadczenia usług i ustanowienia działalności gospodarczej, przyjmując dla obydwu bardziej liberalne zasady tej pierwszej.

Takie ujęcie odchodzi wprawdzie od przyjętego dogmatu rozdzielenia swobody świadczenia usług od swobody ustanowienia działalności gospodarczej, wydaje się jednak być ze wszech miar godne aprobaty, nie tylko upraszcza bowiem zasady rządzące rynkiem wewnętrznym, ale lepiej przyczynia się do osiągnięcia jego głównego celu – znoszenia istniejących między państwami członkowskimi barier w wymianie czynników produkcji. Jak się wydaje, lepiej oddaje ono również związki istniejące pomiędzy charakterem działalności stanowiącej przedmiot obydwu swobód (świadczenie usług jest przecież rodzajem działalności gospodarczej)¹⁶.

Reasumując ten wątek rozważań zauważyć należy, że najbardziej widoczną obecnie różnicą pomiędzy swobodą świadczenia usług i ustanowienia działalności gospodarczej jest aspekt proporcjonalności¹⁷ re-

¹⁴ Analogiczne rozumowanie zaprezentowane zostało zresztą w orzeczeniu sprzed uchwalenia rozporządzenia 3577/92/EWG – por. sprawa C-17/90 *Pinaud Wieger* [1991] ECR I-5253, zwłaszcza § 11.

¹⁵ Precyzyjnie rzecz ujmując podstawą prawną owego aktu jest art. 51 [61].1 traktatu (dotyczący swobody świadczenia usług) – por. ust. 6 preambuły – i jego art. 80 [84].2 (dotyczący polityki transportowej) – por. ust. 1 preambuły – który na mocy art. 70 [74] traktatu odnosi się również, lecz tylko *implicite*, do swobody ustanowienia działalności gospodarczej. Ponadto brzmienie wskazanego rozporządzenia wskazuje, że regulacji ma zostać poddana swoboda świadczenia usług – por. ust. 7 i 8 preambuły, a swoboda ustanowienia działalności gospodarczej pojawia się w nim tylko niejako mimochodem – por. art. 8.

¹⁶ Stąd istotny wpływ na upodobnienie się kryteriów oceny miały te sprawy, których stan faktyczny wymagał analizy pod kątem obydwu swobód – por. np. sprawa C-106/91 *Ramrath* [1992] ECR I-3351. Omówienie sprawy [w:] A. Zawidzka, *Rynek wewnętrzny Wspólnoty Europejskiej a interes publiczny*, Warszawa 2002, s. 204 – 205, z ciekawą uwagą na temat zastosowania do owego orzeczenia rozwiązań właściwych dla swobody świadczenia usług – s. 205–206.

¹⁷ Por. G. Straetmans w głosie do spraw: C-124/97 *Läärä* [1999] ECR I-6067 i C-67/98 *Zenatti* [1999] ECR I-7289, „Common Market Law Review” (dalej: CML Rev.) 2000, nr 37, s. 999, pryzp. 38.

gulacji krajowej¹⁸. Nie chodzi przy tym o samą konstrukcję owej proporcjonalności (jest ona jednolita w ramach uregulowań rynku wewnętrznego) lecz o jej skutek w postaci określenia, jakie regulacje działają na niekorzyść osób chronionych prawem wspólnotowym¹⁹.

Ze względu na wpływ stałej obecności podmiotu korzystającego ze swobody ustanowienia działalności gospodarczej na rynek państwa przyjmującego (a zatem z uwagi na stan faktyczny sprawy) proporcjonalne mogą być w stosunku do niego takie ograniczenia, które najprawdopodobniej uznane zostałyby za zbyt restrykcyjne, gdyby zastosować je do czasowego świadczenia usług²⁰. W ten właśnie sposób przejawia się w praktyce zasada, mówiąca iż nie wszystkie reguły dopuszczalne w odniesieniu do podmiotów ustanowionych na terytorium danego państwa mogą mieć zastosowanie do usługodawców z innych państw członkowskich²¹.

Zauważmy wszakże, iż teza ta może mieć zastosowanie również do środków państwa członkowskiego dotyczących wyłącznie czasowego świadczenia usług. W jednych stanach faktycznych te same reguły mogą być uznane za proporcjonalne, w innych zaś za całkowicie nieuzasadnione. W istocie więc jakakolwiek generalizacja mechanizmów rozgraniczenia zakresów obydwu swobód skazana jest na porażkę. Prowadzić musi do zbyt daleko idących uogólnień, gdyż zatarciu ulegają nie tylko granice formalne, ale i materialne pomiędzy obydwoma swobodami²².

¹⁸ V. Hatzopoulos, *Recent developments of the case law of the ECJ in the field of services*, CML Rev. 2000, nr 37, s. 74, zwraca także uwagę na fakt, iż orzecznictwo odnoszące się do swobody przepływu usług, inaczej niż dotyczące ustanowienia działalności gospodarczej, zakazuje ograniczeń również wówczas, gdy miałyby one jedynie potencjalny wpływ na handel wewnątrzspółnotowy. Por. także przyp. 33.

¹⁹ Por. sprawa C-106/91 *Ramrath* [1992] ECR I-3351, § 28.

²⁰ Podobnie A. Zawadzka, op. cit. w przyp. 16, s. 212.

²¹ S. Weatherill i P. Beaumont, *EC Law. The essential Guide to the legal workings of the European Community*, London 1995, s. 578-579, wskazują, że możliwe jest stosowanie pewnych przywilejów socjalnych w państwie przyjmującym tylko do korzystających ze swobody ustanowienia działalności gospodarczej, z wyłączeniem przepływu usług, przy czym rozróżnienie to przybiera kształt analogiczny do obowiązującego w stosunku do pracowników długo i krótkoterminowych.

²² Stwierdzenie to ma zastosowanie także do uprawnień jedynie pośrednio związanych z aktywnością zawodową, por. rozstrzygnięcia w sprawach odnoszących się do nabywania i dzierżawy nieruchomości – sprawy: 63/86 *Komisja v. Włochy* [1988] ECR 29 i 305/87 *Komisja v. Grecja* [1989] ECR-1461.

3. SWOBODA ŚWIADCZENIA USŁUG A SWOBODA PRZEPIYU TOWARÓW

Odmienne wyglądają natomiast relacje tytułowej swobody z przepływem towarów. W pewnej mierze jest to spowodowane nieco innym charakterem powiązań ustanowienia działalności gospodarczej z usługami, w porównaniu do relacji tych ostatnich z towarami. O ile bowiem w tym pierwszym przypadku mają one charakter podmiotowy, o tyle towary i usługi są dwoma odrębnymi produktami aktywności ekonomicznej.

3.1. ZAKAZ OGRANICZEŃ ILOŚCIOWYCH I ŚRODKÓW IM RÓWNOWAŻNYCH W PRZYWOZIE TOWARÓW

Dla dokonania analizy relacji swobody świadczenia usług i przepływu towarów omówić należy przede wszystkim wykładnię zakazu ograniczeń ilościowych i środków im równoważnych w przywozie towarów (art. 28 [30] traktatu).

Wskazany przepis ma być z założenia remedium na działające według mechanizmów pozataryfowych ograniczenia w swobodnym przepływie towarów. Cła i opłaty wywierające podobny skutek zakazane są bowiem przez art. 25 [12] traktatu.

Zakres zakazu wytyczony został przez Trybunał etapami. Dla zrozumienia jak wygląda on w chwili obecnej konieczne wydaje się opisanie kolejnych warstw składających się na ów melanz.

I tak tło nakreślone zostało w głośnej sprawie *Dassonville*²³. W orzeczeniu do niej stwierdzono, iż zakazane są wszelkie regulacje dotyczące handlu, które w sposób bezpośredni lub pośredni, rzeczywiście lub potencjalnie, ograniczają handel wewnątrzwspólnotowy (§ 5). Z kolei wyjątki od tej zasady nie mogą stanowić środka arbitralnej dyskryminacji ani ukrytych restrykcji w handlu pomiędzy państwami członkowskimi i mają być rozsądne, a w konsekwencji akceptowalne przez wszystkich przynależnych Wspólnoty (§ 6).

Jak łatwo zauważyć, reguła ta przyjmuje postać dość podobną do zasad podstawowych swobody świadczenia usług (por. część I opracowania). Zauważyć należy jednak, iż jest ona dużo mniej precyzyjna.

²³ Sprawa 8-74 [1974] ECR-837.

Sugeruje mianowicie, że ograniczenia ilościowe w wywozie towarów i środki im równoważne, zakazane na mocy art. 29 [31] traktatu, podlegają takim samym zasadom jak ich odpowiedniki dotyczące przywozu. W przypadku ograniczeń w wywozie Trybunał okazał się jednak dużo mniej skory do uznawania restrykcyjnego charakteru regulacji krajowej²⁴. Ograniczenia w imporcie co do zasady dotyczą jednak przede wszystkim podmioty umocowane na terytorium wprowadzającego je państwa członkowskiego. Ponadto zauważyć należy, że tezy sformułowane w orzeczeniach do spraw odnoszących się do ograniczeń w eksporcie mają szczególnie eklektyczny charakter²⁵.

Formuła Dassonville nie wyjaśnia również szeregu innych kwestii. Nie przesądza, co oznaczać ma dyskryminacja „arbitralna” (dyskryminację bezpośrednią, czy jakiś inny jej rodzaj) oraz czy ukryte restrykcje mogą mieć charakter niezamierzony. Bez odpowiedzi pozostawia także pytania o to, co należy rozumieć pod pojęciem ograniczeń potencjalnych i jakie są warunki dopuszczalności środków restrykcyjnych.

Uszczegółowienie tego ostatniego elementu nastąpiło w rozstrzygnięciu *Rewe-Zentral AG*, znanej bardziej jako „*Cassis de Dijon*”²⁶. Dotyczyła ona, powodującej ograniczenie w imporcie, klasyfikacji przeznaczonego na eksport z Francji do Niemiec likieru o tej samej nazwie, ze względu na ilość zawartego w nim alkoholu. W sprawie tej Trybunał orzekł, iż różnice w prawie państw członkowskich, dotyczące sprzedaży produktów, muszą zostać z mocy art. 28 traktatu zaakceptowane o tyle, o ile mogą być uznane za niezbędne dla realizacji wymogów koniecznych, odnoszących się w szczególności do efektywności nadzoru fiskalnego, ochrony zdrowia publicznego, uczciwości obrotu i ochrony konsumentów (§ 8). Ze wskazanego orzeczenia wysnuwa się przy tym dalsze warunki dopuszczalności omawianych ograniczeń²⁷, a mianowicie wymóg ich stosowania bez względu na pochodzenie²⁸ (zakaz usprawiedliwiania nimi dyskryminacji bezpośredniej) i proporcjonalności²⁹.

²⁴ Por. sprawa 15/79 *Groenveld* [1979] ECR-3409, § 7.

²⁵ Por. A. Zawadzka, op. cit. w przyp. 16, s. 39-42.

²⁶ Sprawa 120/78 [1979] ECR-649.

²⁷ Por. C. Mik, *Rozróżnienie środków krajowych: odnoszące się do towaru oraz dotyczące sposobów jego zbytu*, *Rzeczpospolita* z 16.1.98 r., nr 13.

²⁸ Sprawa 113/80 *Komisja v. Irlandia* [1981] ECR-1625, § 11; połączone sprawy C-1/90 i C-176/90 *Aragonesa de Publicidad Exterior i Publivia* [1991] ECR I-4151, § 13. W drugiej połowie lat dziewięćdziesiątych warunek ten ulegać zaczął jednak erozji, podobnie jak ma to miejsce w odniesieniu do swobody świadczenia usług – por. opinia Rzecznika Generalnego Jacobsa z 26.10.2000 r. do sprawy C-379/98 *Preussen-*

W konsekwencji wówczas, gdy wskazane warunki nie są dochowane, a ograniczenia nie znajdują uzasadnienia w normie art. 30 [36] zdanie 1 traktatu³⁰, stanowić będą one niedopuszczalne ograniczenie ilościowe w imporcie towarów.

Skala wymiany towarowej i bardzo szeroki oraz niedookreślony zakres ograniczeń zakazanych według formuły *Dassonville* przełożyły się na ilość skarg wnoszonych do Trybunału. Skarżący powoływali przy tym choćby teoretyczny wpływ regulacji na handel transgraniczny. Jakkolwiek bowiem Trybunał wskazywał, iż regulacja ma mieć związek z importem³¹, to dopiero w latach dziewięćdziesiątych uściślono, iż związek ów ma mieć charakter rzeczywisty (ang. „actual”)³².

Lata osiemdziesiąte przyniosły więc kilka kolejnych rozstrzygnięć, które, zmierzając do dopasowania zakresu swobody przepływu towarów do istniejących realiów, doprowadziły do dość radykalnego rozwiązania.

W jednym z orzeczeń³³ wskazywano zatem, iż zakaz pracy w sektorach konfekcyjnym i produkcji chleba przed 4⁰⁰ rano jest sam w sobie elementem polityki społeczno-gospodarczej i jako taki odpowiada kryterium dobra publicznego. Ma bowiem poprawić warunki pracy w tych wrażliwych częściach gospodarki, na które wpływ ma szczególnie proces produkcyjny i przyzwyczajenia klientów.

W istocie owe orzeczenie oznaczało, iż ograniczenia wynikające z przepisów państw członkowskich, nawet jeśli mieć mogą wpływ na handel wewnątrzwspólnotowy, będą uznane za dopuszczalne wówczas, gdy w sposób proporcjonalny chronią nadrzędne dobro wspólne.

Podobnie w nieco późniejszej sprawie, dotyczącej legalności ustawodawstwa francuskiego zakazującego równoległej eksploatacji dzieł

Elektra, § 220–233 oraz powołane tam orzecznictwo, zwłaszcza w sprawie C–389/96 *Aher-Waggon* [1998] ECR I–4473, § 19. Na marginesie wskazać warto, że orzeczenie w sprawie *PreussenElektra* było bardziej ostrożne niż opinia Rzecznika Generalnego w odstępowaniu od wcześniejszych kanonów – por. [2001] ECR I–2099, § 73–78.

²⁹ W istocie warunek ten wynika raczej z zawartego w orzeczeniu do sprawy *Dassonville* nakazu, by ewentualne ograniczenia były rozsądne.

³⁰ Wymieniono w nim dopuszczalność derogacji ze względu na moralność publiczną, porządek publiczny, bezpieczeństwo publiczne, ochronę zdrowia i życia ludzi i zwierząt lub ochronę roślin, majątku narodowego posiadającego wartość artystyczną, historyczną lub archeologiczną i ochronę własności przemysłowej i handlowej, o ile nie stanowią one środka arbitralnej dyskryminacji lub ukrytej restrykcji w handlu.

³¹ Sprawa 286/81 *Oosthoek's Uitgeversmaatschappij* [1982] ECR–4575, § 9.

³² Połączone sprawy C–321 – 324/94 *Pistre, Barthes, Milhau, Oberti* [1997] ECR I–2343, § 44. Por. także przyp. 85.

³³ Sprawa 155/80 *Oebel* [1981] ECR–1993, § 12.

kinematograficznych w kinach i na taśmach wideo Trybunał orzekł, iż nie stanowią one środka równoważnego ograniczeniom ilościowym, o ile nie powodują dyskryminacji bezpośredniej i nie wykraczają poza to, co konieczne do pobudzenia produkcji kinematograficznej poprzez zachowanie pierwszeństwa eksploatacji dzieł w kinach³⁴.

Z kolei w orzeczeniu *Torfaen Borough Council*³⁵, czerpiącym z obydwu wskazanych rozstrzygnięć, Trybunał wskazał w kontekście dopuszczalności regulacji zakazujących sprzedaży w niedziele, iż mają one zastosowanie do wszystkich podmiotów w taki sam sposób (§ 11), a ich zamiarem nie jest regulacja handlu międzypaństwowego. Są one również uzasadnione wymogiem cech socjo-kulturowych społeczności regionalnych lub narodowych (§ 14), a zatem znajdują uzasadnienie w przesłankach interesu publicznego (§ 13) i nie wykraczają poza to, co konieczne dla osiągnięcia tego celu (§ 12).

Zauważmy, że we wskazanej formie sfera dopuszczalnych ograniczeń swobody przepływu towarów jest nader zbliżona do swobody świadczenia usług.

Nie zahamowało to jednak lawiny wnoszonych do Trybunału spraw dotyczących importu towarów. Musiało zatem nastąpić dalsze ograniczenie swobody ich przepływu.

Stało się to w głośnym orzeczeniu w połączonych sprawach *Keck i Mithouard*³⁶, dotyczącym dopuszczalności francuskiego zakazu odsprzedaży towarów po cenach niższych niż te, za które zostały one nabyte.

Wskazano w nim przede wszystkim, że w braku harmonizacji ustawodawstw, ograniczenia ilościowe w przepływie towarów legalnie produkowanych i sprzedawanych w innym państwie członkowskim mają miejsce wówczas, gdy dotyczą zasad nakładających wymogi na owe towary (co do oznaczenia, formy, rozmiarów, wagi, składu, wyglądu czy oznakowania), nawet jeżeli zasady te są stosowane bez zróżnicowania do wszystkich towarów, o ile nie mogą być uzasadnione interesem ogólnym, mającym pierwszeństwo przed zasadą swobodnego przepływu towarów (§ 15).

W przypadku właściwości towarów udowodnienie, iż legislacja krajowa wprowadza jakiegokolwiek pośrednio dyskryminujące (nawet potencjalnie) restrykcje rodzić zatem miała domniemanie jej sprzeczności z prawem wspólnotowym. Jego obalenie możliwe zaś było wów-

³⁴ Połączone sprawy 60 i 61/84 *Cinéthèque S.A. i Editions René Chateau* [1985] ECR-2605, § 23 i 24.

³⁵ Sprawa C-145/88 [1989] ECR-3851.

³⁶ Sprawy połączone C-267/91 i C-268/91 [1993] ECR I-6097.

czas, gdy państwo członkowskie udowodniłoby, że ograniczenie jest uzasadnione (proporcjonalnym oraz nadrzędnym) interesem publicznym.

Inaczej natomiast sprawa ma się w przypadku reguł dotyczących metod sprzedaży (porozumień handlowych). Tutaj restrykcje muszą, co do zasady, przyjąć formę dyskryminacji bezpośredniej, by zostały uznane za zakazane.

Zgodnie bowiem z omawianym rozstrzygnięciem restrykcyjnego charakteru, co do zasady, nie mają przepisy wewnętrzne ograniczające lub zakazujące pewnych porozumień handlowych, pod warunkiem, że stosuje się je wobec wszystkich odnośnych handlowców prowadzących działalność na terytorium danego państwa oraz że dotyczą one w taki sam sposób, prawnie i faktycznie, wyrobów krajowych i towarów pochodzących z innych państw członkowskich (§ 16). Co więcej, środki tego rodzaju nie będą w ogóle stanowiły niedopuszczalnych ograniczeń w handlu, gdyż, jak to zostało wprost wskazane w omawianym orzeczeniu, z natury swojej nie uniemożliwiają one dostępu do rynku, ani nie utrudniają go bardziej niż ma to miejsce w odniesieniu do produktów krajowych (§ 17).

Konkludując, w przypadku regulacji odnoszących się do właściwości towarów zakazane są wszelkie ograniczenia dyskryminujące (a więc również szeroko rozumiana dyskryminacja pośrednia), natomiast gdy chodzi o sposób sprzedaży – jedynie ograniczenia dyskryminujące bezpośrednio.

3.2. RELACJE POMIĘDZY SWOBODAMI

Na tym tle powstaje przede wszystkim pytanie o dopuszczalność skorzystania z reguł swobody świadczenia usług do stanów faktycznych zbliżonych do rozstrzygnięcia *Keck – Mithouard*, a także o możliwość stosowania tez wypracowanych w tym ostatnim orzeczeniu do świadczenia usług. Ustalona w nim formuła, jak się podkreśla, zatrzymała przecież w sferze przepływu towarów proces zmierzający do podważenia zasady pewności prawa. Konieczność każdorazowej oceny ekonomicznego wpływu działań władz na stan faktyczny prowadzić bowiem mogła do paraliżu decyzyjnego sądów krajowych³⁷. Ponadto swobodę świadczenia usług można przecież, podobnie jak swobodę prze-

³⁷ P. Oliver, *Some further reflections on the scope of articles 28–30 (ex 30–36) EC*, CML Rev. 1999, nr 36, s. 796–797 i 806; odmiennie N. Reich, *The November of the European Court of Justice: Keck, Meng and Audi Revisited*, CML Rev. 1994, nr 31, s. 470–472.

plywu towarów, odnieść zarówno do właściwości usługi, jak i sposobu jej sprzedaży. Omawiane rozstrzygnięcie wywołało również wątpliwości co do zasad prowadzenia sprzedaży na zlecenie oraz, przede wszystkim, działalności reklamowej związanej ze sprzedażą towarów³⁸.

Odpowiedź na pytanie o relacje formuły *Keck – Mithouard* do swobody świadczenia usług nie jest jednak ani proste, ani w pełni jednoznaczne.

Wskazmy najpierw na opinię Rzecznika Generalnego Légera z 10.7.2001 r. do sprawy *Wouters i inni*³⁹.

Postępowanie główne prowadzono z dwóch niezależnych powództw Holendrów wpisanych na listę adwokatów w tym kraju, którzy zamierzali tam otworzyć praktykę, przy czym zawód wykonywany miał być przez nich w ramach spółek adwokacko-księgowych.

Właściwe Rady Adwokackie odmówiły jednak wyrażenia na to zgody, uzasadniając swoje rozstrzygnięcie sprzecznością wniosku z przepisami rozporządzenia z roku 1993 na temat wspólnej działalności zawodowej (*Regulation on Joint Professional Activity – Samenwerkingsverordening*), w tym głównie z jego art. 4, zgodnie z którym adwokaci mogą wykonywać zawód, w formie spółek, z innymi adwokatami wpisanymi na listę w Holandii, z pewnymi innymi kategoriami prawników po spełnieniu określonych warunków, a z członkami innych profesji tylko wówczas, gdy te profesje uznane zostały przez holenderską Naczelną Radę Adwokacką. Wśród tych ostatnich znaleźli się notariusze, doradcy podatkowi i rzecznicy patentowi, wprost wykluczono natomiast możliwość zawiązywania przez adwokatów spółek z księgowymi.

Raad van State, holenderski Sąd Najwyższy, przed który sprawa ostatecznie trafiła, zwrócił się do Trybunału o wydanie orzeczenia wstępnego, czy zakaz tworzenia spółek adwokacko – księgowych stanowi ograniczenie swobody ustanowienia działalności gospodarczej, świadczenia usług, albo obydwu z nich, a jeśli odpowiedź na którekolwiek z postawionych pytań byłaby twierdząca, to czy można je usprawiedliwić, jako odnoszące się jedynie do porozumień handlowych w rozumieniu formuły *Keck – Mithouard*.

W swojej opinii Rzecznik Generalny po pierwsze stwierdził, że sprawa winna być regulowana przez przepisy traktatu dotyczące swobody świadczenia usług (§ 240). Celem działalności powodów miało być bowiem świadczenie „zintegrowanych” usług nie tylko podmiotom z Ho-

³⁸ Por. uwagi do sprawy *Keck – Mithouard* uczynione przez A. Rigaux i D. Simon – *Comments*, „Europe” styczeń 1994, nr 12, s. 11–12.

³⁹ Sprawa C–309/99 [2002] ECR I–1577.

landii, lecz również z innych państw członkowskich. Ich transgraniczność podkreślał zresztą fakt, iż spółki powiązane miały być z międzynarodowymi firmami konsultingowymi.

Rzecznik Generalny uznał natomiast, że sprawa nie spełnia kryteriów określonych w orzeczeniu *Gebhard* do uznania jej za podlegającą swobodzie ustanowienia działalności gospodarczej, to znaczy nie zostało udowodnione, iż powodowie mieli zamiar uczestniczyć, w sposób stały i stabilny, w życiu ekonomicznym państwa innego niż kraj ich ustanowienia (§ 239)⁴⁰. Byli bowiem obywatelami holenderskimi zamierzającymi tam prowadzić działalność.

Dla prowadzonych tutaj rozważań ważne jest jednak przede wszystkim to, że omawiana opinia zawiera stanowisko, według którego do jej stanu faktycznego nie powinno znaleźć zastosowania rozstrzygnięcie w sprawie *Keck – Mithouard* (§ 248).

Podkreślono po pierwsze, iż formuła ta miała położyć kres zagrożeniom wychodzenia poza zakres pojęcia środków o skutku równoważnym do ograniczeń ilościowym w imporcie towarów (§ 243), przy czym założeniem było, iż regulacje dotyczące sposobu sprzedaży, o ile nie mają charakteru dyskryminującego bezpośrednio, nie wpływają na dostęp importowanych produktów do rynku (§ 244).

Co do relacji owej formuły ze swobodą świadczenia usług, Rzecznik Generalny powołał się na wcześniejsze orzeczenie w sprawie *Alpine Investments*⁴¹, które dotyczyło wydanego przez władze holenderskie, sprzecznie z prawem wspólnotowym, zakazu stosowania, przez holenderską firmę specjalizującą się w świadczeniu usług sprzedaży terminowej, techniki marketingowej zwanej *cold calling*, polegającej na dzwonieniu do klientów wziętych z książki telefonicznej lub z listy adresowej⁴².

W § 28 tego orzeczenia Trybunał wskazał, iż pozbawiając usługodawcę możliwości skorzystania z techniki szybkiej i bezpośredniej sprzedaży usług potencjalnym klientom z innych państw członkowskim, Holandia stworzyła ograniczenie w świadczeniu usług, które musi być możliwe do uzasadnienia, jak każde inne ograniczenie dyskryminujące pośrednio. Wynika to z faktu, iż takie restrykcje, dotycząc ofert składanych potencjalnym odbiorcom usług w innych państwach członkowskich, wpływają na dostęp do rynku usług i w ten sposób ograniczają handel

⁴⁰ Por. także sprawa C-55/94 *Gebhard* [1995] ECR I-4165, § 25.

⁴¹ Sprawa C-384/93 [1995] ECR I-1141.

⁴² Por. także C. Mik, *Wolności rynku wewnętrznego w świetle wyroków Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, „Przegląd Prawa Europejskiego” 1997, nr 1(2), s. 104–105.

nimi wewnątrz Wspólnoty⁴³. *Prima facie*, odmówiono zatem dopuszczalności zastosowania wobec swobody świadczenia usług formuły *Keck – Mithouard*⁴⁴.

Wracając do sprawy *Wouters* wskazać należy, iż, zarówno w opinii jak i w orzeczeniu⁴⁵, uznano fakty za analogiczne do przedstawionych w *Alpine Investments*.

Rzecznik Generalny nie wyłączył przy tym wprost i *a priori* dopuszczalności stosowania formuły *Keck – Mithouard* do usług. Nie stwierdził bowiem, że nie może ona być w żadnym przypadku do nich zastosowana. Wykluczył jedynie dopuszczalność jej odniesienia do spraw, w których regulacje państwa członkowskiego bezpośrednio wpływają na dostęp usługodawców do rynku innego państwa członkowskiego (§ 246). Trudno jednak wyobrazić sobie stan faktyczny, który nie podlegałby takiemu wyłączeniu, a tym samym by możliwe byłoby zastosowanie do niego rozstrzygnięcia w sprawie *Keck – Mithouard*.

W konsekwencji nie dyskryminujące bezpośrednio regulacje dotyczące porozumień wpływających tylko na sposób sprzedaży towarów pozostawały z założenia zgodne ze swobodą przepływu towarów. W obszarze swobody świadczenia usług musiały natomiast być uzasadniane jak wszystkie inne ograniczenia dyskryminujące pośrednio.

Dywersyfikacja regulacji prowadziła jednak do osłabienia konstrukcji rynku wewnętrznego. Często bowiem przepływ towarów, a zwłaszcza sposób ich sprzedaży w innych państwach członkowskich, miał silny związek z transgranicznym przepływem usług, zwłaszcza wówczas, gdy świadczone są one wyłącznie dla ułatwienia przepływu towarów.

Szczególnie wyraźnie kwestia ta rysuje się w przypadku usług reklamowych.

Stany faktyczne ilustrujące omawianą problematykę zawierają sprawy *Leclerc*⁴⁶, *De Agostini*⁴⁷, a także *Gourmet International Pro-*

⁴³ § 38 orzeczenia powołany w § 245 opinii.

⁴⁴ C. Mik, op. cit. w przyp. 42, s. 104.

⁴⁵ Sprawa rozstrzygnięta została nie na gruncie mniej liberalnych przesłanek formuły *Keck – Mithouard*, lecz według reguł odnoszących się do środków ograniczających swobodę świadczenia usług. Nie przeszkodziło to jednak Trybunałowi w stwierdzeniu, iż regulacja holenderska jest usprawiedliwiona proporcjonalnie stosowanym interesem publicznym (łączenie zawodu adwokata i księgowego podważać mogłoby charakter tego pierwszego jako funkcji zaufania publicznego) – por. § 99–109 orzeczenia.

⁴⁶ Sprawa C-412/93 [1995] ECR I-179. Por. także L. Idot, glosa do orzeczenia, CML Rev. 1996, nr 33, s. 113–125.

⁴⁷ Sprawa C-34/95 [1997] ECR I-3843, sprawa połączona z C-35/95, C-36/95 *TV-Shop*. Por. także J. Stuyck, glosa do orzeczenia, CML Rev. 1997, nr 34, s. 1445–1468.

*ducts*⁴⁸. Wszystkie dotyczyły reklamy towarów legalnie dopuszczonych na rynek i podlegających swobodzie przepływu. Krajowa legislacja wykluczała jedynie ich reklamę w formie postulowanej przez powodów⁴⁹, zarzucili jej zatem zarówno naruszenie swobody przepływu towarów, jak i swobody świadczenia usług.

Zapadłe rozstrzygnięcia sygnalizują, że rozbieżna interpretacja zakresu poszczególnych swobód rynku wewnętrznego prowadzić może, przynajmniej potencjalnie, do rozwiązań nie do końca spójnych i logicznych.

I tak w orzeczeniu w sprawie *Leclerc* stwierdzono, iż regulacje dotyczące reklamowania produktów odnoszą się do porozumień handlowych, gdyż zakazują promowania metod sprzedaży towarów (§ 22). Ponadto, stosowane są one bez względu na rodzaj produktu (§ 23). A zatem, bazując na formule *Keck – Mithouard*, ustalono, że odnośna regulacja nie wpływa na sprzedaż produktów z innych państw członkowskich (*ibidem*), a więc nie stanowi ograniczenia w swobodzie przepływu towarów. Pominięto tym samym zdanie Rzecznika Generalnego Jacoba, który w opinii do tej sprawy stwierdził, że zastosowanie formuły *Keck – Mithouard* jest nie satysfakcjonujące, co do zasady pozostaje w sprzeczności z celami traktatu i uzasadniać może stosowanie do towarów dowolnie arbitralnych reguł stanowionych przez państwo, pod warunkiem że takie same restrykcje nałożone zostałyby na wszystkich⁵⁰.

Trybunał nie poprzestał jednak na tym i, nieco wbrew literalnemu brzmieniu traktatu⁵¹, za to zgodnie z utrwalającą się coraz bardziej zasadą dopuszczalności rozpatrywania stanów faktycznych kumulatywnie pod kątem kilku swobód rynku wewnętrznego⁵², odniósł się rów-

⁴⁸ Sprawa C-405/98 [2001] ECR I-1795.

⁴⁹ Reklamę telewizyjną działalności w zakresie dystrybucji paliw we Francji – sprawa *Leclerc*, taką samą formę reklamy magazynów dziecięcych, kosmetyków i detergentów w Szwecji – sprawa *De Agostini* oraz prawie każdą formę reklamy napojów alkoholowych – sprawa *Gourmet International Products*.

⁵⁰ § 38 i nast. Por. także interesujące omówienie tejże opinii P. Oliver, op. cit. w przyp. 37, s. 797–799.

⁵¹ Według art. 50 [60] zd. 1 traktatu za usługi uważane są te odpłatne z zasady świadczenia, których nie uregulowano postanowieniami dotyczącymi innych swobód. Literalne brzmienie traktatu wskazuje zatem, iż poddanie usługi regulacjom dotyczącym swobody przepływu towarów wykluczyć powinno ponowną jej analizę na gruncie swobody świadczenia usług. Dodać warto, że pytanie prejudycjalne będące podstawą rozstrzygnięcia dotyczyło wyłącznie przepływu towarów, gdyż usługa nie miała charakteru transgranicznego.

⁵² Por. zwłaszcza sprawa C-348/96 *Calfa* [1999] ECR I-11, § 29 oraz V. Hatzopoulos, op. cit. w przyp. 18, s. 52–55.

niez do relacji wskazanego zakazu do swobody świadczenia usług. Stwierdził w tym kontekście, że również na owym gruncie odnośne ograniczenie jest uzasadnione (§ 28–48)⁵³.

Omówione rozstrzygnięcie rodzi wszakże pytanie, jakie orzeczenie wydane zostałyby wówczas, gdyby odnośne restrykcje nie miały uzasadnienia w nadrzędnym interesie publicznym. Na mocy formuły *Keck – Mithouard* nie stanowiłyby one nieuzasadnionego ograniczenia w przepływie towarów, gdyby spełnione zostały ustanowione w niej dodatkowe warunki. Wykluczałyby je natomiast swoboda świadczenia usług, a zatem odnośna regulacja nie byłaby dopuszczalna. Czy jednak byłoby tak samo w przypadku, gdyby całość działań reklamowych wykonywał wyłącznie importer, a w konsekwencji sprawa nie miałaby związku ze swobodą świadczenia usług? Raczej nie, bo użyta zostałyby wówczas wyłącznie formuła *Keck – Mithouard*. W konsekwencji odnośna regulacja nie powinna być uznana za niedopuszczalne ograniczenie wolności wspólnotowych. Różne pojmowanie swobód rynku wewnętrznego prowadzić zatem może do wniosków zaiste dość paradoksalnych.

Wprawdzie Trybunał nie został do tej pory postawiony przed takim dylematem, zarysował wszakże ramy rozwiązania, które pozwalały uniknąć rozbieżności przy analizowaniu jednego stanu faktycznego pod kątem obydwu omawianych swobód, a ostatecznie zasygnalizował zamiar odstąpienia od linii wyznaczonej w sprawie *Keck – Mithouard*.

W sprawie *Gourmet International Products* stwierdzono mianowicie, że zakaz reklamy wyrobów alkoholowych dotknąć może w większym stopniu wyroby importowane, gdyż udział, w szwedzkim rynku, alkoholi z innych państw członkowskich (zwłaszcza wina i whisky) różnie (§ 20–22). Przyjęto więc szeroką interpretację zawartego w formule *Keck – Mithouard*⁵⁴ nakazu nie tylko prawnego, ale również faktycznego stosowania w ten sam sposób usprawiedliwionych nią regulacji dotyczących metod sprzedaży. Zasugerowano w konsekwencji możliwość kwestionowania ograniczeń dyskryminujących pośrednio również

⁵³ Co do proporcjonalności odnośnych regulacji por. sprawa *De Agostini*, § 50 i sprawa *Gourmet International Products*, § 39. Z kolei przesłanki nadrzędnego interesu publicznego to: w sprawie *De Agostini* ochrona konsumenta – § 53, ochrona zdrowia publicznego w sprawie *Gourmet International Products* – § 40; W sprawie *Leclerc* podstawą derogacji stała się ogólna klauzula art. 3.1 dyrektywy Rady 89/552/EWG z 3.10.1989 r. w sprawie koordynacji określonych przepisów prawnych i administracyjnych państw członkowskich w zakresie wykonywania działalności telewizyjnej (O.J. 1989, L 298/23) zastrzegająca dla państw członkowskich możliwość ustalenia dalej idących wymogów niż te, które zostały wskazane w dyrektywie – § 31 i 38–47.

⁵⁴ Por. § 16 owego orzeczenia.

na gruncie porozumień handlowych obejmujących import towarów. Oznacza to z kolei konieczność dokonania analizy stanu faktycznego według reguł analogicznych do obowiązujących w sferze swobody świadczenia usług.

Nieco mniej subtelne rozwiązanie zastosowano w sprawie *De Agostini*, gdzie rozszerzono główną tezę orzeczenia do sprawy *Keck – Mithouard* w sposób, który nie dopuszcza rozbieżności w rozumieniu ograniczeń obydwu swobód. Stwierdzono mianowicie, że z art. 28 traktatu wynika, iż państwa członkowskie mogą tworzyć regulacje ograniczające dopuszczalność reklamy telewizyjnej, pod warunkiem jednak, że dotyczą one w ten sam sposób, prawnie i faktycznie, sprzedaży towarów krajowych i pochodzących z innych państw członkowskich, są niezbędne dla osiągnięcia jednego z nadrzędnych wymogów interesu publicznego lub wartości określonych w art. 30 traktatu i proporcjonalne do zakładanego celu, a ponadto nie mogą być osiągnięte środkami mniej ograniczającymi handel wewnątrzwspólnotowy (§ 47).

W ten sposób Trybunał otworzył furtkę do zmiany znaczenia orzeczenia *Keck – Mithouard*, które zasadzało się przecież na założeniu, że dyskryminujące pośrednio środki dotyczące tylko sposobu sprzedaży z zasady nie stanowią ograniczenia w handlu i dlatego ich dopuszczalność nie musi podlegać dalszej weryfikacji. Według przytoczonej tezy rozstrzygnięcia *De Agostini* za każdym razem zapaść musiałoby natomiast orzeczenie na korzyść chronionej swobodą przepływu towarów, jeśli wykazałby on dyskryminujący skutek regulacji dotyczącej sposobu sprzedaży towarów, a państwu członkowskiemu nie udałoby się udowodnić, iż kwestionowany środek realizuje nadrzędny interes publiczny w sposób proporcjonalny. Powyższe rozumowanie wskazano jednak w sposób bardzo zawołany, deklarując jednocześnie jego zgodność z rozstrzygnięciem będącym już kanonem prawa wspólnotowego (§ 40).

Przyjęte rozwiązanie odpowiadało również postulatowi doktryny, by wyłączyć stosowalność formuły *Keck – Mithouard* (i w konsekwencji bazować wyłącznie na sprawie *Cassis de Dijon*) w sprawach, których stan faktyczny obejmuje usługi reklamowe świadczone z obszaru innego państwa członkowskiego⁵⁵.

Drzwi do charakterystycznej dla usług wykładni przepisów krajowych dotyczących sposobu sprzedaży towarów importowanych otwarte zostały natomiast na oścież w sprawie *Heimdienst*⁵⁶.

⁵⁵ J. Stuyck, *L'arrêt Keck et Mithouard (vente à perte) et ses conséquences sur la libre circulation des marchandises*, „Cahiers de droit européen” 1994, s. 435 i n. oraz 454–455.

⁵⁶ Sprawa C-254/98 [2000] ECR I-151.

Dotyczyła ona austriackich przepisów, które warunkowały dopuszczalność prowadzenia przez piekarzy, rzeźników i właścicieli sklepów spożywczych sprzedaży objazdowej w poszczególnych okręgach administracyjnych – *Verwaltungsbezirken* – od posiadania przedsiębiorstw w nich, bądź w okręgach przyległych.

Trybunał stwierdził, iż kwestionowana regulacja odnosi się do porozumień handlowych dotyczących importu towarów (§ 24).

Niewątpliwie również nie miała ona charakteru bezpośrednio dyskryminującego. Wydawać by się więc mogło, iż, zgodnie z doktryną *Keck – Mithouard*, odnośne przepisy nie powinny zostać uznane za środek równoważny ilościowemu ograniczeniu w imporcie.

Tak się jednak nie stało. Wskazano bowiem, że mają one charakter ukrytej restrykcji dyskryminującej, gdyż podmiot importujący towary objęte ową regulacją musi ustanowić w Austrii, równoległe do przedsiębiorstwa w swoim państwie macierzystym, co najmniej jedno przedsiębiorstwo, aby móc prowadzić sprzedaż objazdową (§ 26, 27). Nie ma przy tym znaczenia, iż owa reguła dotyczy w takim samym stopniu sprzedawców z innych części terytorium Austrii (§ 27)⁵⁷. Dla zakwalifikowania bowiem „regulacji jako dyskryminującej lub protekcyjnej w kontekście swobody przepływu towarów nie jest konieczne, by skutkowała ona uprzywilejowaniem produktów krajowych w całości lub by w gorszym położeniu znalazły się tylko produkty importowane, a nie produkty krajowe” (*ibidem*)⁵⁸. Istotne jest natomiast to, że w każdym przypadku sprzedawcy z okręgu, gdzie importer chciałby prowadzić sprzedaż objazdową (lub z okręgu przyległego) pozostaną w stosunku do niego uprzywilejowani. Nie będą bowiem musieli ponieść dodatkowych kosztów na ustanowienie tam przedsiębiorstwa.

Orzeczono również, że kwestionowany przepis nie chroni w sposób proporcjonalny jakiegokolwiek nadrzędnego interesu publicznego (§ 36).

Stwierdzono za to, że ogranicza on „dostęp do rynku państwa członkowskiego dla importu produktów z innych państw członkowskich bardziej niż (...) dla produktów rodzimych” (§ 29). W konsekwencji uznano, iż jest on sprzeczny z art. 28 traktatu.

Co jednak szczególnie istotne, za podstawę owej myśli Trybunał uznał sprawę *Alpine Investments*⁵⁹, która, jak wskazano wcześniej, dotyczyła wyłącznie swobody przepływu usług.

⁵⁷ Por. również powołane we wskazanym paragrafie połączone sprawy C-277/91, C-318/91 i C-319/91 *Ligur Carni i inni* [1993] ECR I-6621, § 37.

⁵⁸ Por. powołane w owym paragrafie połączone sprawy C-1/90 i C-176/90 *Aragonesa de Publicidad and Publivia* [1991] ECR I-4151, § 24.

⁵⁹ Por. przyp. 41.

Zauważyć należy w tym kontekście, iż konfrontacja rozumowania kryjącego się za orzeczeniem *Alpine Investments* z formułą *Keck – Mithouard* przez lata ujawniała chyba najslabszy punkt całej konstrukcji rynku wewnętrznego. Rodziła bowiem pytanie o to, w jaki sposób to samo założenie swobody przepływu realizować może w jednym obszarze regulacja dynamiczna i autonomiczna wobec porządków wewnętrznych, a w drugim formalistyczna i podporządkowana państwu członkowskim⁶⁰. Stąd orzeczenie w sprawie *Heimdienst* uznać należy ze wszelkich miar za przełomowe. Bardzo dobrze wpisująca się w założenie stworzenia obszaru bez granic wewnętrznych logika liberalnej regulacji orzeczenia *Alpine Investments* przeszczepiona została w nim bowiem na grunt wciąż najistotniejszej ilościowo swobody – przepływu towarów.

Uczynione uwagi obrazują, jak reguły dotyczące świadczenia usług mogą wpływać na kształt innych swobód wspólnotowych. Zasadzają się bowiem na założeniu najbardziej zbliżonym do „reguły rozsądku” ze sprawy *Dassonville*, ugruntowanej w rozstrzygnięciu *Cassis de Dijon*⁶¹. Ta ostatnia wydaje się bowiem lepiej i bardziej logicznie niż formuła *Keck – Mithouard* (w swojej pierwotnej postaci) wypełniać sferę wolności przepływu wówczas, gdy istnienie ograniczeń jest praktycznie nieuniknione.

Zauważmy też, że wykładnia dopuszczalności ograniczeń swobody świadczenia usług, paralelna do formuły *Cassis de Dijon*, zastosowana została przez Trybunał we wskazanym wyżej orzeczeniu do sprawy *van Binsbergen*⁶², wcześniejszym o kilka lat od analogicznego rozwiązania w sferze przepływu towarów.

Z kolei w obszarze swobody przepływu kapitału po raz pierwszy posłużono się nią w sprawie *Svensson i Gustavsson*⁶³, a w odniesieniu do swobody przepływu pracowników w rozstrzygnięciu do sprawy *Bosman*⁶⁴.

Dla nomenklatury ważne jest natomiast to, że w orzeczeniu *De Agostini* Trybunał po raz pierwszy użył na gruncie swobody przepływu towarów określenia „wymogi nadrzędne” funkcjonującego wcześniej w zakresie swobód innych niż przepływ towarów. W ramach tej ostat-

⁶⁰ Por. także N. Reich, op. cit., *passim*.

⁶¹ Por. także Komunikat Komisji na temat zakresu swobody świadczenia usług (O.J. 1993, C 334/3) oraz J. Stuyck, op. cit., s. 1464.

⁶² Sprawa 33/74 [1974] ECR-1299, § 12.

⁶³ Sprawa C-484/93 [1995] ECR I-3955, § 16. Por. także V. Hatzopoulos w głosie do tejsze sprawy, CML Rev. 1996, nr 33, s. 583.

⁶⁴ Sprawa C-415/93 [1995] ECR I-4921, § 104. Szerzej wszakże – w zakresie swobody przepływu osób – wcześniejszą jest, dotycząca swobody ustanawiania działalności gospodarczej, sprawa C-106/91 *Ramrath* [1992] ECR I-3351 – por. § 29.

niej posługiwano się bowiem zaczerpniętym z formuły *Cassis de Dijon* pojęciem „wymogi konieczne”.

Podkreślmy ponadto, iż zwłaszcza zasada rozsądku, wyeksponowana w orzeczeniu *Dassonville*, ma odpowiednie zastosowanie do wszystkich innych składników rynku wewnętrznego, łączy zatem najmocniej swobodę świadczenia usług nie tylko z założeniami wolnego przepływu towarów lub ustanowienia działalności gospodarczej (i szerszej – osób), ale także kapitału i płatności.

4. SWOBODA ŚWIADCZENIA USŁUG A SWOBODA PRZEPIYWU KAPITAŁU

Pełna wolność dokonywania transakcji finansowych ma szczególne znaczenie dla prawidłowego funkcjonowania Unii Gospodarczo – Walutowej, jest bowiem najmocniej ze wszystkich swobód z nią powiązana⁶⁵. Stąd art. 6 dyrektywy Rady nr 88/361/EWG z 24.6.1988 r. w sprawie wykonania art. 67 Traktatu o EWG⁶⁶, stanowiącej kluczowy akt prawny w dziedzinie liberalizacji przepływu kapitału, wyznaczył państwom członkowskim 1.7.1990 r. jako datę pełnej liberalizacji przepływu kapitału.

Pomimo przyznania skutku bezpośredniego artykułowi 56 [73b] traktatu⁶⁷, zgodnie z którym w ramach postanowień rozdziału IV tytułu III części II zabronione jest tworzenie wszelkich barier w przepływie kapitału pomiędzy państwami członkowskimi oraz pomiędzy państwami członkowskimi a krajami trzecimi⁶⁸, trudno powiedzieć, by pełnia liberalizacji oznaczała zniesienie absolutnie wszystkich ograniczeń w przepływie środków finansowych. W istocie dopuszczalność ich tworzenia przewiduje zarówno wskazana dyrektywa (art. 4), jak i traktat po nowelizacji uczynionej w Maastricht, gdzie wprowadzono do jego treści art. 58 [73d].

⁶⁵ Jest to przyczyna, dla której wąskie ramy liberalizacji przepływu kapitału z art. 67–73 (i art. 106 w zakresie przepływu płatności) Traktatu Rzymskiego o utworzeniu Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej (dalej: traktatu EWG) zastąpione zostały w Traktacie z Maastricht z 1992 r. przez dużo dalej idące postanowienia art. 56 [73b]–60 [73g] TWE.

⁶⁶ O.J. 1988, L 178/5.

⁶⁷ Połączone sprawy C–163/94, C–165/94 i C–250/94 *Sanz de Lera, Diaz Jiménez, Kapanoglu* [1995] ECR I–4821, § 40–48.

⁶⁸ Co do wykładni omawianego postanowienia, pozostającego w ścisłym związku z art. 57 [73c] por. *ibidem*, § 31–39.

I tak zakres przedmiotowy ograniczeń przewidzianych w art. 58 traktatu jest zmodyfikowany w porównaniu z omówionym w części pierwszej niniejszego opracowania art. 46. Przepis ten upoważnia bowiem państwa członkowskie nie tylko do wprowadzania ograniczających przepływ kapitału i płatności środków koniecznych dla utrzymania porządku i bezpieczeństwa publicznego (analogicznie do art. 46 traktatu), ale także do „podejmowania niezbędnych środków zapobiegających naruszaniu praw i przepisów krajowych, zwłaszcza w sferze podatkowej i nadzoru ostrożnościowego nad instytucjami finansowymi, oraz ustalania procedur zgłaszania przepływu kapitałów dla celów administracyjnych lub informacji statystycznej”.

Wydawałoby się zatem, że przewidziany traktatem zakres ograniczeń swobody przepływu kapitału jest szerszy niż ten, o którym mowa w art. 46 traktatu. Tymczasem Trybunał, wypowiadając się w kwestii swobody przepływu kapitału, orzekł, iż dyrektywa 88/361/EWG „doprowadziła do całkowitej liberalizacji przepływu kapitału”⁶⁹. Pamiętać należy bowiem, iż określenie stanu prawnego jako „pełna liberalizacja” przepływu kapitału wprowadzone zostało do obrotu prawnego nie bezpośrednio ową dyrektywą, lecz wykładnią Trybunału⁷⁰.

Między brzmieniem traktatu a orzecznictwem nie ma jednak rozbieżności. Wynika to z punktu trzeciego art. 58 traktatu. Wskazano w nim, że odnośne regulacje nie mogą oznaczać arbitralnego wprowadzania różnic lub ukrytego ograniczania swobody przepływu kapitału i płatności. Interpretując analogiczne postanowienie art. 30 traktatu Trybunał stwierdził natomiast, iż wynika z niego zakaz wprowadzania ograniczeń wobec podmiotów z innych państw członkowskich wówczas, gdy nie obowiązują one własnych przynależnych⁷¹. Wprowadził tym samym w omawianym zakresie zakaz dyskryminacji bezpośredniej ze względu na przynależność państwową.

Wykluczono jednak również dopuszczalność stosowania zezwoleń na wywóz wartości pieniężnych, nawet gdy mają one charakter dyskryminujący jedynie pośrednio, gdyż czynią omawianą wolność iluzoryczną⁷². Podkreśla się także⁷³, iż rozpatrywanie sprawy pod kątem

⁶⁹ Sprawa C-35/98 *Verkooijen* [2000] ECR I-4071, § 33.

⁷⁰ Połączone sprawy 358/93 i C-416/93 *Bordessa i Mari Mellado* [1995] ECR I-361, § 17.

⁷¹ Por. sprawa 121/85 *Conegate* [1986] ECR 1007, § 16 i 17, odniesiona do swobody przepływu kapitału w § 22 opinii Rzecznika Generalnego Saggio z 21.10.1999 r. do sprawy C-54/99 *Kościół Scjentologiczny*.

⁷² Połączone sprawy 358/93 i C-416/93 *Bordessa i Mari Mellado* [1995] ECR I-361, § 25; połączone sprawy C-163/94, C-165/94 i C-250/94 *Sanz de Lera, Díaz Jiménez, Kapanoglu* [1995] ECR I-4821, § 25.

zarówno swobody świadczenia usług jak i przepływu kapitału moderuje te postanowienia dotyczące kapitału, które w sferze podatkowej dopuszczałyby w innym przypadku dyskryminację ze względu na miejsce pobytu⁷⁴.

Jeśli do tego zważyć, że zawarte w art. 58.1.b traktatu uprawnienie państw członkowskich do zapobiegania naruszaniu praw i przepisów krajowych pokrywa się w zasadzie z pojęciem nadrzędnego interesu publicznego ze swobody świadczenia usług, to okazuje się, że ograniczenia wolności przepływu kapitału dopuszczalne są na zasadach synergicznych do ograniczeń wolności świadczenia usług i ustanowienia działalności gospodarczej.

W konsekwencji reguły dotyczące dopuszczalnych ograniczeń w jednej ze wskazanych sfer mieć będą zastosowanie również do innych, dalej je rozwijających⁷⁵. Dlatego być może Trybunał uznał za stosowne rozstrzygnięcie o niesprzeczności ze swobodą przepływu kapitału środka krajowego, który wprawdzie nie był poddany analizie pod kątem przepisów dotyczących przepływu kapitału, uznany został jednak za stanowiący usprawiedliwione ograniczenie swobody świadczenia usług⁷⁶.

Pozostaje to zresztą w zgodzie z wyrażonym w sprawie *Gebhard*⁷⁷ stanowiskiem, iż ograniczenia wszystkich fundamentalnych wolności rynku wewnętrznego mają mieć zastosowanie w taki sam sposób do

⁷³ V. Hatzopoulos w komentarzu do sprawy *Svensson i Gustavsson*, op. cit. w przyp. 63, s. 579.

⁷⁴ Z kolei wobec uchylecia art. 67 TEWG przez Traktat z Maastricht bezprzedmiotową stała się uwaga autora, iż zastosowanie do swobody przepływu kapitału reguł obowiązujących w sferze swobody świadczenia usług może być problematyczne, gdyż brak jest w tym pierwszym przypadku podstawy odpowiadającej art. 46 traktatu, a orzecznictwo w zakresie przepływu kapitału nie przyznało art. 67 skutku bezpośredniego. Z faktu tego autor wywodził wniosek, iż liberalizacja przepływu kapitału uzależniona jest od wydania aktów harmonizujących, co jednocześnie wyklucza możliwość ustanowienia przez państwa członkowskie dodatkowych wymogów, których dotyczy formuła *Cassis de Dijon* – ibidem, s. 581 – 582. Por także tegoż op. cit. w przyp. 18, s. 49, gdzie dochodzi on do wniosku, że z praktyki orzecniczej Trybunału wynika, odwrotnie do literalnego brzmienia art. 50 traktatu, charakter nadrzędny swobody świadczenia usług wobec przepływu kapitału.

⁷⁵ Dla przykładu wskazać można na reguły dotyczące warunków dopuszczalności autoryzacji, które stosowane są według tych samych kryteriów przy interpretacji stanów faktycznych objętych wszystkimi fundamentalnymi swobodami rynku wewnętrznego – por. połączone sprawy 358/93 i C-416/93 *Bordessa i Mari Mellado* [1995] ECR I-361, zwłaszcza § 25, sprawa C-390/99 *Canal Satélite Digital* [2002] ECR I-607, § 35.

⁷⁶ Sprawa C-148/91 *Veronica* [1993] ECR I-487.

⁷⁷ Sprawa C-55/94 [1995] ECR I-4165, § 37.

sytuacji wewnątrz krajowych i transgranicznych, a także proporcjonalnie chronić winny nadrzędny interes publiczny⁷⁸. Co istotne, orzeczenie *Gebhard*, w sferze ustanowienia działalności gospodarczej i świadczenia usług stosowane w zasadzie tylko do pozatraktatowych przesłańki interesu publicznego, nie objętych przez art. 46 traktatu, w przypadku swobody przepływu kapitału odniesione zostało wprost do jego art. 58⁷⁹.

5. PODSUMOWANIE

Wniosek o charakterze podstawowym, który wyłania się z przedstawionych rozważań, stanowi postępująca uniwersalizacja reguł rządzących swobodą świadczenia usług, której w sposób konieczny towarzyszy ich upraszczanie i uogólnianie.

Widać to już przy spojrzeniu na jej zakres. Symptomatyczne jest tutaj wspólne dla wszystkich swobód wyjście poza zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową i rozszerzenie zakazu na środki dyskryminujące pośrednio, czyli restrykcje skutkujące pogorszeniem statusu osób korzystających z wolności traktatowych.

Lepiej jednak jeszcze uniwersalizacja zasad rządzących swobodą świadczenia usług widoczna jest w kontekście tendencji do postępującego niwelowania różnic w pojmowaniu nie tyle zakresu maksymalnego owej wolności, co dopuszczalnych jego ograniczeń.

W kontekście mechanizmów wewnętrznych tytułowej swobody przypomnieć należy w związku z tym presję na konwergencję zasad dotyczących oceny stanu faktycznego w zależności od tego, czy regulacja krajowa ma charakter bezpośrednio dyskryminujący, czy też stanowi formę dyskryminacji pośredniej.

Tendencja taka, oznaczająca przechodzenia od *numerus clausus* wartości objętych przepisem art. 46 ust. 1 traktatu do bardziej pojemnego kryterium nadrzędного interesu publicznego wydaje się ze wszech

⁷⁸ Por. także V. Hatzopoulos, *Exigences essentielles, impératives ou impérieuses: une théorie, des théories du tout*, „Revue Trimestrielle de Droit Européen” 1998, s. 191–236, *passim*.

⁷⁹ Por. § 17 opinii powołanej w przyp. 71. Na marginesie dodać można, iż rozróżnienie to nadaje praktycznego znaczenia przepisowi art. 58 pkt 2 traktatu, zgodnie z którym „postanowienia niniejszego rozdziału nie naruszają możliwości stosowania, zgodnych z niniejszym Traktatem, ograniczeń prawa ustanowienia działalności gospodarczej”.

miar godna aprobaty. Kryjąca się za nią idea – konieczność ochrony szczególnie istotnych wartości wspólnych – jest bowiem nader czytelna i przekonująca.

Jeszcze bardziej, w kontekście uniwersalizacji reguł swobody świadczenia usług, na podkreślenie zasługuje kryterium proporcjonalności.

Ono ostatecznie decyduje o dopuszczalności restrykcji⁸⁰, a jeśliby nadać mu znaczenie szerokie – jako synonimu racjonalności – to również determinuje, jaki interes nazwać można publicznym i kiedy przydać mu walor nadrzędności⁸¹.

Kryjąca się za wymogiem proporcjonalności zasada rozsądku przy stanowieniu ograniczeń zyskuje zatem znaczenie podstawowe dla konstrukcji swobody świadczenia usług, a w praktyce dla skuteczności podważenia, jak i obrony, restrykcyjnej regulacji krajowej. Jednocześnie łączy ową swobodę z innymi fundamentami rynku wewnętrznego, znajdując swój pierwszoplanowy odpowiednik w każdym z nich.

Proporcjonalność jest zatem najbardziej uniwersalnym z kryteriów dopuszczalnych ograniczeń wolności rynku wewnętrznego. Jej szeroki zakres oznacza jednak również, iż ma ona znaczenie ogólne. Przybiera więc bardziej formę sposobu wnioskowania prawniczego niż normy postępowania.

Ale raczej tylko taki charakter mogą mieć przesłanki oceny wspólne nie tylko dla różnych stanów faktycznych w obrębie jednej swobody, ale także dla całego rynku wewnętrznego⁸². Pojęcia obejmujące szerszy zakres przedmiotów regulacji siłą rzeczy muszą bowiem być abstrakcyjne.

Wydaje się także, iż unifikacja zakresów i kryteriów oceny ograniczeń wolności podstawowych jest niejako wpisana w logikę rynku wewnętrznego, będącego przecież swego rodzaju systemem naczyń połączonych, gdzie nie synchroniczne działanie jednego elementu prze-

⁸⁰ V. Hatzopoulos, op. cit. w przyp. 18, s. 78, wskazuje, że weryfikacja dopuszczalności środka skupia się właśnie na aspekcie jego proporcjonalności, gdyż prawie każda przesłanka interesu publicznego uwzględniana jest przez Trybunał.

⁸¹ Zbliżone znaczenie zasadzie proporcjonalności środka nadaje G. Druesne, *Prawo Materialne i Polityki Wspólnot i Unii Europejskiej*, Warszawa 1996, s. 74, który dostosowanie środka do zamierzonego celu, będące elementem proporcjonalności, uznaje za „jedną z zasad ogólnych wspólnotowego porządku prawnego”.

⁸² Do nieco innych konkluzji w tej materii dochodzi V. Hatzopoulos w op. cit. w przyp. 18, s. 55, który z przenikania się mechanizmów charakterystycznych wcześniej dla pojedynczych swobód wyciąga jedynie wniosek o tendencji Trybunału raczej do udzielania specyficznych odpowiedzi na specyficzne pytania, niż do tworzenia reguł, które mogłyby być stosowane generalnie. Wydaje się jednak, że przeplatanie się regulacji dotyczących różnych obszarów rynku wewnętrznego wykazuje specyficzny kierunek, którym jest wspólna dla wszystkich swobód idea rynku wewnętrznego.

kładać się musi na nieprawidłową pracę całości⁸³. Chodzi przy tym o unifikację zachodzącą pomiędzy elementami rynku wewnętrznego, a nie pomiędzy poszczególnymi państwami członkowskimi. Ten ostatni skutek również wydaje się występować, nie wynika on jednak z przedstawionych w tym miejscu uwag, lecz z oparcia przez Trybunał weryfikacji środków krajowych na przesłance ich wpływu na dostęp do rynku. Kierunkiem, w którym wydaje się zmierzać prawo wspólnotowe jest bowiem wykluczenie wszystkich regulacji krajowych, które (nawet jeśli mają takie samo zastosowanie wobec wszystkich adresatów) w sposób nieuzasadniony utrudniają szeroko rozumiany⁸⁴ dostęp do rynku podmiotom z innych państw członkowskich⁸⁵.

Przypuszczać zatem można, że ideę obszaru bez granic wewnętrznych, na którym zagwarantowany będzie swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału zrealizować uda się wówczas, gdy dopuszczalnymi ograniczeniami rządzić będzie jedna, czytelna zasada. Wobec ciągle rosnącego znaczenia sektora usług dla gospodarek państw członkowskich, być może w „zespole zbiorczym”⁸⁶, jaki stanowi swoboda świadczenia usług, tkwią załóżki wspólnego, uniwersalnego założenia. I jest wielce prawdopodobne, że będzie to reguła rozsądku, rozumiana jako szeroko pojmowana proporcjonalność regulacji. By tak się jednak stało, orzecznictwo Trybunału stanowić powinno projekcję wspólnych zasad, a nie zbiór izolowanych od siebie, kazuistycznych, reguł⁸⁷.

⁸³ Nie wydaje się zatem zasadną uwagę L. Daniele zawarta [w:] *Non-Discriminatory Restrictions to the Free Movement of Persons*, „European Law Review” 1997, nr 22, s. 200, iż owa unifikacja pociąga za sobą ryzyko nieuzasadnionego jednakowego traktowania różnych sytuacji. Rolą norm abstrakcyjnych jest przecież regulowanie stanów faktycznych ze względu na ich wspólne cechy istotne, nawet gdy różnią się nieistotnymi szczegółami.

⁸⁴ Trybunał wydaje się natomiast coraz bardziej skłaniać w kierunku wyłączenia spod ochrony prawa wspólnotowego tych sytuacji, gdzie wpływ regulacji na wymianę transgraniczną jest jedynie potencjalny. Dla pewności prawa i racjonalności orzeczeń takie wykluczenie oceny, która siłą rzeczy ma w istocie charakter czysto spekulacyjny, wydaje się ze wszech miar pożądane. Por. również opinia Rzecznika Generalnego Jacobsa z 11.7.2002 r. do sprawy C-112/00 *Schmidberger*, § 65 z powołanym tam orzecznictwem.

⁸⁵ Inaczej N. Bernard, *Discrimination and the Free Movement in EC Law*, „International and Comparative Law Quarterly” 1996, zwłaszcza s. 904–906, znajdujący w orzecznictwie Trybunału „pluralizm regulacyjny” i dużą sferę autonomii władz państwowych.

⁸⁶ K.-D. Borchardt, *Swobodny przepływ osób i usług we Wspólnocie Europejskiej*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego”, Kraków 1994, nr 4, s. 620.

⁸⁷ Por. także S. Weatherill, *After Keck: some thoughts on how to clarify the clarification*, CML Rev. 1996, nr 33, 1996, s. 904–906.