



Uniwersytet  
Wrocławski



Aleksander Cieśliński

---

**KONSTRUKCJA PRAWNA  
SWOBÓD RYNKU  
WEWNĘTRZNEGO  
UNII EUROPEJSKIEJ**

Prace Naukowe  
Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii  
Uniwersytetu Wrocławskiego

---

**e-Habilitacje**

Seria: Nr 4

Dostęp online: <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/publication/40719>

Aleksander Cieśliński

**KONSTRUKCJA PRAWNA  
SWOBÓD RYNKU WEWNĘTRZNEGO  
UNII EUROPEJSKIEJ**

Wrocław 2013

Komitet Redakcyjny

Przewodniczący – *prof. dr hab. Leonard Górnicki*

Członek – *dr Anna Trzmielak-Stanisławska*

Członek – *mgr Bożena Górna*

Recenzja wydawnicza

*dr hab. prof. nadzw. UWŕ Dagmara Kornobis-Romanowska*

© Copyright by **Aleksander Cieśliński**

Projekt i wykonanie okładki

*Marta Pawlak*

Skład i opracowanie techniczne:

*Aleksandra Kumaszką, Tomasz Kalotą [eBooki.com.pl](http://eBooki.com.pl)*

Wydawca

Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa

ISBN 978-83-61370-81-9

*Mojej Żonie i Córkom  
z wdzięczności  
za czas im niepoświęcony...*



# SPIS TREŚCI

WSTĘP.....	11
------------	----

## CZEŚĆ PIERWSZA

### SWOBODY W UJĘCIU SYSTEMOWYM

<b>ROZDZIAŁ I. GENEZA I RAMY.....</b>	<b>15</b>
---------------------------------------	-----------

1. PODŁOŻE KONCEPCYJNE .....	15
A. Doktryna ordoliberalizmu .....	17
B. Wolność gospodarcza .....	22
2. SPECYFIKA EUROPEJSKIEJ INTEGRACJI GOSPODARCZEJ .....	29
A. Istota jednolitego rynku wewnętrznego .....	30
B. Perspektywa funkcjonalna.....	36

<b>ROZDZIAŁ II. NATURA SWOBÓD .....</b>	<b>43</b>
---	-----------

1. KONCEPCJA OGÓLNEJ TEORII SWOBÓD .....	43
2. PROBLEMATYKA KONSTYTUCJONALIZACJI.....	51
A. Fundamentalny charakter swobód.....	52
B. Rola swobód w podziale władzy w Unii.....	62
3. SWOBODY A JEDNOSTKA.....	67
A. Ujęcie ogólne.....	67
B. Swobody jako prawa podmiotowe .....	71
a) Pojęcie i elementy składowe .....	71
b) Perspektywa ponadpozytywna .....	76
C. Swobody jako prawa obywatelskie .....	82
a) Obywatelstwo rynkowe i jego erozja.....	82
b) Konsekwencje wprowadzenia obywatelstwa UE.....	88

<b>ROZDZIAŁ III. SYSTEMATYKA SWOBÓD.....</b>	<b>97</b>
--	-----------

1. ZAKRES W UJĘCIU PODSTAWOWYM .....	101
2. STRUKTURA POSTANOWIEŃ TRAKTATOWYCH I ICH KONSEKWENCJE .....	110
3. ZWIĄZKI MIĘDZY SWOBODAMI.....	124

---

<b>ROZDZIAŁ IV. WYZWANIA WYKŁADNI NORM SWOBÓD .....</b>	<b>139</b>
1. OGÓLNA CHARAKTERYSTYKA WYKŁADNI UNIJNEJ .....	141
2. WYKŁADNIA CELOWOŚCIOWA I JEJ SKUTKI.....	153

## **CZEŚĆ DRUGA**

### **WPLYW SWOBÓD NA SYSTEMY KRAJOWE**

<b>ROZDZIAŁ I. WYZWANIE OTWARTOŚCI I PODWÓJNYCH OBCIĄŻEŃ .....</b>	<b>171</b>
1. POSZUKIWANIE WŁAŚCIWEJ FORMUŁY .....	174
2. ZASADA WZAJEMNEJ UZNAWALNOŚCI .....	180
A. Pojęcie i znaczenie ogólne .....	180
B. Problem warunku równoważności .....	185
C. Konsekwencje zastosowania .....	190
a) Podział władzy i konkurencja regulacyjna.....	191
b) Skutek deregulacyjny .....	196
<b>ROZDZIAŁ II. ŚRODKI KORYGUJĄCE.....</b>	<b>200</b>
1. OGÓLNE ZAŁOŻENIA .....	200
2. DOPUSZCZALNE WYJĄTKI I OGRANICZENIA SWOBÓD .....	204
A. Zasady obowiązywania .....	204
B. Katalog .....	208
a) Wyjątki traktatowe .....	209
b) Wymogi konieczne.....	212
3. WYZWANIA INTEGRACJI POZYTYWNEJ .....	218
A. Zagadnienia podstawowe .....	219
B. Specyfika harmonizacji minimalnej.....	225
<b>ROZDZIAŁ III. ZNACZENIE ZASADY PROPORCJONALNOŚCI.....</b>	<b>230</b>
1. MODEL OBOWIĄZYWANIA NA RYNKU WEWNĘTRZNYM.....	231
2. BADANIE PROPORCJONALNOŚCI W PRAKTYCE.....	242
A. Ocena środka ograniczającego swobody.....	242
B. Wyważanie wartości.....	250
C. Szczególna rola praw podstawowych.....	264



# CZEŚĆ TRZECIA

## MODEL OCHRONY PRAWNEJ

<b>ROZDZIAŁ I. ZAKRES OCHRONY .....</b>	<b>278</b>
1. PROBLEM ELEMENTU TRANSGRANICZNEGO .....	278
2. OCHRONA PRZED KRAJEM MACIERZYSTYM .....	284
3. OCHRONA PRZED ŚRODKAMI PUBLICZNYMI I PRYWATNYMI .....	298
A. Rozumienie pojęcia środków krajowych .....	298
B. Ochrona przed podmiotami prywatnymi .....	302
<b>ROZDZIAŁ II. ZAKAZ DYSKRYMINACJI .....</b>	<b>310</b>
1. ROLA DYSKRYMINACJI W PRAWIE UE .....	310
2. UJĘCIE PRAKTYCZNE .....	318
A. Dyskryminacja bezpośrednia .....	319
B. Dyskryminacja pośrednia .....	322
3. PROBLEM OGRANICZONEJ SKUTECZNOŚCI OCHRONY .....	336
<b>ROZDZIAŁ III. ZAKAZ NAKŁADANIA BARIER .....</b>	<b>353</b>
1. ROZWÓJ ROZUMIENIA W ORZECZNICTWIE .....	353
2. ZAKRES BARIER I JEGO ZAGROŻENIA .....	362
3. GRANICE ZASTOSOWANIA I ICH NIEJEDNOZNACZNOŚĆ .....	369
A. Poszukiwanie właściwej formuły .....	370
B. Kryterium dostępu do rynku .....	374
C. Ewentualność kryteriów uzupełniających .....	382
<b>ZAKOŃCZENIE .....</b>	<b>389</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>395</b>



## WSTĘP

Celem niniejszej rozprawy jest próba analizy swobód jednolitego rynku wewnętrznego Unii Europejskiej. Rynek ten stanowi fenomen, zapewniając funkcjonowanie między państwami członkowskimi obszaru gospodarczego bez granic wewnętrznych na skalę nieznaną w stosunkach międzynarodowych. Co godne podkreślenia w dobie współczesnej, jest to jedno z niewielu osiągnięć całego procesu integracji europejskiej, którego nie kontestują nawet eurosceptycy. Natomiast jego fundament stanowi przewidziany w art. 26 TFUE swobodny przepływ towarów, usług, osób i kapitału, chociaż należy zaznaczyć, że akurat ta lista ma charakter cokolwiek symboliczny, gdyż nie w pełni pokrywa się z rzeczywistym katalogiem swobód przewidzianych w normach szczególnych.

Swobody są niewątpliwie interesującym obiektem badawczym z wielu względów, które nie ograniczają się jedynie do specyfiki procesu integracji europejskiej, co wymaga oczywiście sięgania do szczególnego podłoża ideowego zapoczątkowanego przez liberalizm i funkcjonalizm. Analiza ich norm okazuje się wyzwaniem z perspektywy teoretycznoprawnej, a ponadto zajmują one poczesne miejsce w unijnych Traktatach, którym przypisuje się charakter aktów konstytucyjnych porządku ponadnarodowego, cechującego się autonomią, wyjątkowymi zasadami stosowania i wykładni.

Na swobody należy też spoglądać jako na prawne instrumenty ingerencji w autonomię oraz regulacji stosunków pomiędzy różnymi uczestnikami powyższego procesu – państwami i Unią, podmiotami publicznymi i prywatnymi, władzą ustawodawczą i sądowniczą. Trudno zarazem nie uwzględnić ich znaczenia z punktu widzenia jednostki i ochrony jej praw, zważywszy zwłaszcza jak bardzo przyczyniło się to do ich rozwoju zarówno w wymiarze materialnym, jak i proceduralnym. Ten ostatni wymiar wiąże się zarazem z interesującym udziałem swobód w ewolucji, jaka zaszła jeszcze w systemie wspólnotowym od obywatelstwa rynkowego do uniwersalnego obywatelstwa unijnego. Są one niewątpliwą determinantą jego obecnego kształtu i treści, a zarazem obywatelstwo to istotnie wpływa na sposób ich współczesnej wykładni. Jednym z istotniejszych tego aspektów jest rola zasady równości wobec prawa, konkretyzowanej zakazem dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, którego rola w ochronie prawnej w Unii stanowiła przedmiot godnych uwagi kontrowersji.

Jest więc naturalne, że swobody stanowią przedmiot poważnego zainteresowania nauki, ale nawet te opracowania prawa materialnego UE, które koncentrują się na rynku wewnętrznym zdominowane są opisem każdej z nich odrębnie, z ewentualnością poświęcenia mniejszej części na rozważenie relacji między nimi, ewentualnie pewne porównanie. Dlatego ich zbiorcze przedstawianie traktuje się z zasady jako uzupełnienie

lub podsumowanie takiego opisu, co wystarczy oczywiście do starannej charakterystyki i temu zagadnieniu autor niniejszej rozprawy poświęcił książkę *Wspólnotowe prawo gospodarcze. Swobody rynku wewnętrznego*. Z drugiej strony w piśmiennictwie spotkać można wiele opracowań różnych zagadnień natury przekrojowej, ważnych dla systemu swobód i często żywo dyskutowanych, jak chociażby zasada wzajemnej uznawalności oraz niedyskryminacji czy zastosowania tzw. formuły Kecka. Każde z nich ma niewątpliwy wkład w naukę i zostały one z znacznym zakresem wykorzystane w tej pracy, ale z założenia nie towarzyszy im zamiar ujęcia całościowego, a więc próba zebrania wszystkich uznanych za zasadnicze aspektów funkcjonowania swobód.

Zamiarem autora nie jest więc dokładna analiza każdej ze swobód, z drobiazgowym przedstawieniem zakresu regulacji oraz wszelkich wynikających stąd uprawnień, ale właśnie potraktowanie ich zbiorcze, jako jednej instytucji, i próba uchwycenia zasadniczych aspektów konstrukcyjnych. Należy bowiem założyć, że prawo rynku wewnętrznego jest już na tyle zaawansowane, aby proponować takie kompleksowe ujęcie pozwalające na wyabstrahowanie wspólnych cech tej instytucji, która jako całość spełnia istotne zintegrowane funkcje, a przede wszystkim opiera się na jednolitej konstrukcji prawnej.

Znajduje to głębokie uzasadnienie w uznanym już zjawisku konwergencji swobód, której zakres nie jest jednak wolny od kontrowersji, gdyż nie wszyscy są przekonani, iż w równym stopniu powinna ona objąć wszystkie swobody, a nie tylko pewne ich subkategorie. Wydaje się ona interesująca, zwłaszcza że ma wymiar systemowy i praktyczny. Odgrywa bowiem istotną rolę nie tylko ze względu na możliwość związków pomiędzy swobodami, lecz także dążenie do wykorzystywania dorobku orzeczniczego Trybunału, wypracowanego w ramach jednej z nich na gruncie pozostałych oraz tzw. nakładanie się, kiedy w danym stanie faktycznym zastosować można gwarancje kilku. Zwłaszcza w sytuacjach brzegowych bywa to wykorzystywane, a nawet nadużywane, celem wyboru tej swobody, która wydaje się najdogodniejsza dla stosujących te normy ze względu na odmienny zakres ochrony, czego symbolem jest nie zawsze jednoznaczna granica pomiędzy swobodą przedsiębiorczości a świadczenia usług. Potwierdza to zarazem, że generalnie zakres oddziaływania swobód nie jest nieograniczony, co z pewnością samo w sobie jest godne analizy.

Należy oczywiście zdawać sobie sprawę, że samo pojęcie konstrukcji prawnej należy do bardziej złożonych i przyjmuje zróżnicowaną postać. Dlatego jej analiza w tym kontekście nie może koncentrować się jedynie na aspektach formalnych, lecz uwzględniając powyższą specyfikę, musi sięgać przede wszystkim po wymiar funkcjonalny oraz wymaga uwzględniania tzw. głębszej treści swobód zdeterminowanej unijną aksjologią, która istotnie wpływa na ich wykładnię i stosowanie. Niezbędne jest zarazem

rozważenie ich podwójnego charakteru prawnego, gdyż na wzór wielu norm konstytucyjnych mogą one być widziane zarówno jako prawa podmiotowe, jak i zasady, których struktura podlega widzeniu przez pryzmat optymalizacji nawiązującej do powyższego wymiaru. Wiąże się to także z mającą długą tradycję kwalifikacją swobód jako fundamentalnych, a taki status i ranga nie może pominąć problemu ich złożonych relacji z prawami podstawowymi.

Znaczenie owego wymiaru funkcjonalnego dostrzec można w zastosowaniu zasady proporcjonalności, a zwłaszcza jej tzw. właściwej postaci, co uznać można za kluczowe w omawianym zakresie. Ujawnia się to ze szczególną mocą ze względu na konieczność pogodzenia i wyważenia wartości integracyjnych na rynku wewnętrznym z wartościami pozarynkowymi. Są one dostrzegalne zwłaszcza w ramach kontroli dopuszczalnych wyjątków i ograniczeń swobód, stanowiących interesujący instrument korygujący ich zastosowanie, a sam ich katalog i sposób sformułowania stanowił przedmiot kontrowersji. Jest to niezbędne ze względu na przyjęcie w omawianym zakresie nakazu otwartości systemów krajowych, wymagającego akceptacji czynników produkcji spełniających wymogi obcych reżimów regulacyjnych. Wypracowanie sposobu jego wykonania, określanego jako zasada wzajemnej uznawalności oraz jej konsekwencje również wymagają rozważenia tym bardziej, że okazały się także wpływać na podział władzy w Unii Europejskiej.

Analiza swobód okazuje się jednak poważnym wyzwaniem, zważywszy, jak skromna jest litera prawa unijnego w omawianym zakresie. Przez dekady zapewnienie przepływu towarów, usług, osób i kapitału odbywało się wyłącznie w oparciu o pozostające na znacznym poziomie ogólności oraz bardzo limitowane w brzmieniu postanowienia traktatowe, gdzie dominuje nieskonkretyzowany zakaz ograniczeń jako takich. W niektórych przypadkach do dziś nie uległo to zmianie ze względu na brak kompleksowych aktów prawa wtórnego, takich jak dyrektywa o usługach na rynku wewnętrznym, m.in. dlatego że ich uchwalanie było kontestowane przez państwa członkowskie. Brak takich przepisów szczególnych mających umożliwić rozwój procesu integracji, jak i ochronę jednostek zdawał się powodować, że te podstawowe gwarancje pozostaną właściwie martwą literą. Okazało się jednak, iż same normy swobód zostały uznane za wystarczające dla zapewniania realizacji tych celów, co wiąże się z ich, stanowiącą istotny problem badawczy, samoistością i na tej podstawie udało się wypracować swoisty mechanizm swobód zapewniający im skuteczne działanie.

Stanowi to oczywiście niewątpliwą zasługę orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości i generalnie jego szczególna rola w systemie unijnym ujawnia się z wyjątkową ostrością w właśnie w tej dziedzinie. Można uznać to nawet za przejaw żywotności neofunkcjonalizmu rozumianego jako usankcjonowanie roli aktorów niepaństwowych w in-

tegracji oraz tzw. efektu *spillover*. Bez tego dorobku natomiast w wielu przypadkach swobody nie zostałyby wypełnione realną treścią i nawet te akty prawa wtórnego, które przyjęto, należy raczej traktować jako jego kodyfikację, a ich relacja z powyższym mechanizmem także wymaga omówienia. Ponieważ jednak dominują tu orzeczenia prejudycjalne, to negatywnym aspektem takiego rozwoju jest uzależnienie owej treści od kontekstu konkretnego stanu prawa krajowego i faktycznego, często za cenę niespójności rozstrzygnięć czy braku konsekwencji terminologicznej, jak np. co do rozumienia tzw. testu proporcjonalności. Dzięki temu natomiast swobody uzyskały mocną pozycję w systemie ochrony prawnej i trudno nie doceniać budowania przez Trybunał linii orzeczniczych oraz takich formuł jak w zakresie swobody przepływu towarów, traktowanych niemalże jak reguły prawnie wiążące. Wpisuje się to w nadal nie do końca rozstrzygnięty spór, w jakim stopniu „precedensowe” ma być orzecznictwo Trybunału.

W celu realizacji założeń badawczych niniejsza rozprawa została podzielona na trzy części. Pierwsza stanowi próbę ujęcia systemowego, które nie ogranicza się jedynie do przedstawienia miejsca norm swobód w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej i ich związków z innymi normami. Dlatego po wstępnym przedstawieniu podłoża ideowego i genezy procesów integracyjnych skoncentrowano się na problematyce ogólnej teorii swobód, ich konstrukcji oraz fundamentalnym charakterze, także jako praw podmiotowych i obywatelskich, analizując ponadto wyzwania wykładni.

W części drugiej rozważany jest wpływ swobód na systemy krajowe oraz zagadnienia podziału władzy w Unii, jaki one generują, co wiąże się z koniecznością znalezienia formuły ich otwartości na obce czynniki produkcji w ramach swobodnego przepływu oraz rozwiązania dylematu zarządzania różnicami w regulacjach krajowych. Wymaga to uwzględnienia roli wyjątków i ograniczeń swobód rozumianych jako mechanizm korygujący oraz znaczenia zastosowania zasady proporcjonalności.

Natomiast w części trzeciej analizowany jest model ochrony prawnej, jaki zapewniają swobody. Najpierw przedstawiony został jej zakres podmiotowy i przedmiotowy, ze szczególnym uwzględnieniem wymogu elementu transgranicznego. Następnie dokonano analizy rozumienia i roli zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność oraz kluczowego zakazu stosowania barier w swobodnym przepływie między państwami członkowskimi UE.

# CZEŚĆ PIERWSZA

## SWOBODY

### W UJĘCIU SYSTEMOWYM

#### ROZDZIAŁ I

#### GENEZA I RAMY

Przewidziany w art. 26 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE) katalog swobód przepływu towarów, usług, osób i kapitału stanowi niezaprzeczalny fenomen integracji europejskiej, który wart jest staranniejszej analizy. W tym celu należy najpierw przedstawić szerszy kontekst ich funkcjonowania, a więc z jednej strony podstawowe idee, leżące u podstaw tego procesu, które miały wpływ na kształtowanie się swobód, a z drugiej ramy systemowe, a więc obecny jednolity rynek wewnętrzny.

#### 1. PODŁOŻE KONCEPCYJNE

Zrozumienie fenomenu swobód jednolitego rynku wewnętrznego Unii Europejskiej oraz przyczyn ich funkcjonowania w obecnym kształcie nie jest możliwe bez odwołania się do koncepcyjnych podstaw całego procesu integracji. Oczywiście sama próba wskazywania idei porządkujących oraz definiowania ewentualnej aksjologii unijnej jest bardzo poważnym wyzwaniem już ze względu na ich wewnętrzne konflikty oraz mnogość tradycji wnoszonych przez kolejne państwa członkowskie<sup>1</sup>. Współcześnie jest to dodatkowo utrudnione ze względu na dosyć łatwe podważanie sensu tego procesu oraz ogólny odwrót od perspektywy liberalnej w dobie współczesnego kryzysu. Jednak akurat w przypadku swobód perspektywa ta odegrała rolę pierwszorzędą i bez jej uwzględnienia trudno dokonywać analizy tej części systemu prawnego UE. Wydaje się

---

<sup>1</sup> M. Avbelj, *European Court of Justice and the Question of Value Choices: Fundamental human rights as an exception to the freedom of movement of goods*, Jean Monet Working Papers 06/04, s. 11, rozważa właśnie problem wartości i ewentualny konflikt w systemie unijnym.

nawet, że w przeciwieństwie do wielu innych polityk unijnych cechujących się interwencjonizmem, swobody mogą być przedstawiane jako swoista ostoja wolności jednostki skoncentrowanej oczywiście na wymiarze gospodarczym, z wszystkimi tego zresztą konsekwencjami. Dlatego właśnie ją warto uczynić punktem wyjścia całych rozważań, pamiętając oczywiście, że liberalizm od samego początku istnienia EWG przyjmował specyficzną postać – tzw. ordoliberalizmu. Doktryna ta jest godna przywołania, nawet jeżeli dziś wydaje się mieć znaczenie wyłącznie historyczne, a sama integracja UE kojarzy się głównie z nadmierną regulacją. Należy równocześnie uwzględniać, iż analiza ta wymaga metodologii odwołującej się do myślenia ekonomicznego, a nie jedynie czysto prawniczego.

Przyjmowanie powyższego spojrzenia jest tym bardziej uzasadnione, że wolność jako jedna z naczelných zasad Unii Europejskiej i fundament procesu integracji jest wpisana w samą istotę swobód już w swoim najbardziej podstawowym rozumieniu, a ich zapewnianie jest traktowane właściwie jako równoznaczne z urzeczywistnieniem wolności gospodarczej, także w wymiarze indywidualnym. Sprzyjają temu założone cele eliminacji barier w wymianie i rezygnacji z protekcjonizmu. Ze względu na znaczenie gwarancji niedyskryminacji w tym kontekście, godne przywołania wydaje się pełniejsze ujęcie tej zasady, określanej jako „równa wolność”, zwłaszcza że to właśnie ona zdaniem komentatorów istotnie wpływa na sposób wykładni ich gwarancji traktatowych przez Trybunał Sprawiedliwości UE<sup>2</sup>.

Zasada ta wpisuje się w głębszy sens swobód, znajdujący także odzwierciedlenie w ich tzw. fundamentalnym charakterze, gdyż od początku nie były one rozumiane jedynie jako środek zapewniania na przykład nieskrępowanego przepływu towarów, lecz jako wyraz tzw. konstytucji gospodarczej, co podkreśla zarówno ich szczególną rangę, jak i funkcje. W takim ujęciu położono nacisk na ogólną ochronę autonomii jednostki, zwłaszcza przed interwencjonizmem publicznym, a nawet starano się traktować je jako instrument generalnej deregulacji. O ile zbyt daleko idące propozycje, które wydają się nawiązywać do tradycyjnego leseferyzmu, byłyby trudne do akceptacji, o tyle nie powinno to jednak podważać tego podstawowego paradygmatu i perspektywy liberalno-konstytucyjnej, nawet jeżeli niektórzy autorzy nie są gotowi do utożsamiania swobód z wolnością gospodarczą<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Por. A. Wróbel, komentarz do art. 1, [w:] *Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, red. A. Wróbel; t. 1. *Art. 1–89*, red. D. Miąsik, N. Półtorak, t. 2. *Art. 90–222*, red. K. Kowalik-Bańczyk, M. Szwarz-Kuczer, Warszawa 2012, t. 1 s. 167. Wróbel wymienia „konstytucyjne” zasady prawa UE – wśród nich zasadę wolności; oraz D. Miąsik, komentarz do art. 26..., t. 1, s. 509.

<sup>3</sup> Por. poglądy przedstawione przez A. Frąckowiak-Adamską, *Zasada proporcjonalności jako gwarancja swobód rynku wewnętrznego Wspólnoty Europejskiej*, Warszawa 2009, s. 211;



W konsekwencji swobody wymagają pogodzenia się także z wyzwaniem deregulacyjnym, co nie oznacza jednak, że w systemie unijnym wykluczono interwencję wymierzoną przeciwko wolności gospodarczej. Jej ograniczanie traktuje się jako dopuszczalną przeciwwagę w ramach konfliktu przeciwstawianych sobie dóbr i wartości, którego rozwiązywanie towarzyszy instytucjom unijnym od samego początku. Jego znaczenie dla rozwoju tej części unijnego systemu prawnego również wymaga starannego przedstawiania w tej pracy.

## A. Doktryna ordoliberalizmu

Zgodnie z powyższym założeniem warto odwołać się do samych podstaw liberalizmu i postarać się wskazać te jego aspekty, które wydają się stanowić koncepcyjną podbudowę modelu swobód – w stopniu z pewnością znaczniejszym niż klasyczny komunitaryzm. Już wskazanie, że doktryna ta dostarczała argumentów za poszanowaniem autonomii podmiotowej jednostki, uzasadniającej prawa człowieka, wydaje się cenne dla lepszego zrozumienia ich specyfiki. W taki sposób widzenia dobrze wpisuje się zarazem swoiste „upodmiotowienie” jednostek w systemie wspólnotowym na gruncie Traktatu EWG, które zostało potwierdzone przez Trybunał Sprawiedliwości w słynnej sprawie Van Gend rozstrzyganej w związku z powołaniem się przez podmiot prywatny na jedną z norm gwarantujących swobodę przepływu towarów<sup>4</sup>. Za punkt wyjścia Trybunał przyjął założenie, że w odróżnieniu od zwykłych umów międzynarodowych Traktat stanowi coś więcej niż jedynie zobowiązania wzajemne pomiędzy państwami członkowskimi i konstytuuje porządek, którego podmiotami są także jednostki uzyskujące prawa niezależne od ustawodawstw tych państw i prawa te mogą być przez nie dochodzone we własnym interesie.

Równocześnie tak charakterystyczne dla liberalizmu ujmowanie praw i wolności od strony negatywnej i gwarancje poskramiania ingerencji władz publicznych są nieodłącznie związane także z funkcjonowaniem modelu swobód. O ile poszanowanie jednostki i jej indywidualnego dobra wydaje się godne podkreślenia właśnie w takim ujęciu, w którym swobody stają się instrumentem jego realizacji, o tyle nie musi to prowadzić do redukcji, a nawet kwestionowania obiektywnego charakteru dobra wspólnego, lecz jedynie braku jego nadrzędnej rangi akurat w tej dziedzinie. Natomiast przyznawanie samej wolności prymatu w hierarchii dóbr sankcjonuje także w kontekście

---

N. Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law*, The Hague 1996, s. 116.

<sup>4</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 5 lutego 1963 r. w sprawie 26/62 *NV Algemene Transport - en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v. Nederlandse administratie der belastingen*, Zb. Orz. 1963 00003.

swobód wykorzystanie tradycyjnego domniemania *in dubio pro libertate* – zwłaszcza w przypadku konfliktu z innymi dobrami wykorzystywanymi do ograniczania swobód, co potwierdza konieczność dokonywania zawężającej wykładni traktatowych wyjątków od ich przestrzegania<sup>5</sup>.

Warto przytoczyć następujący cytat, który dobrze oddaje sposób rozstrzygnięcia tego konfliktu na gruncie liberalizmu, a zarazem wskazuje na konieczność dokonywania ważenia interesów, co jest tak charakterystyczne dla swobód:

Mimo iż doktryna liberalna stała się ideologicznym fundamentem praw człowieka, nie da się na jej gruncie udzielić uniwersalnej odpowiedzi na pytanie, któremu z interesów w razie konfliktu przyznać pierwszeństwo. Rozwiązanie tego konfliktu, choć skłaniać się powinno ku wolności i prawom jednostki, z pewnością będzie zależę od wagi poddanych konfrontacji interesów oraz od płaszczyzny, na jakiej dochodzi do konfliktu. W kwestiach należących do sfery prywatności jednostki, w której występuje ona jako autonomiczny i samorządny podmiot, z pewnością pod uwagę powinno być brane przede wszystkim jej osobiste dobro. Jednakże w sporze, w którym występuje ona jako członek społeczności, zajdzie konieczność ważenia interesów, zarówno gdy na drugiej szali leżeć będzie interes innej jednostki, jak i społeczeństwa jako całości<sup>6</sup>.

Odwołując się natomiast do dorobku liberalizmu ekonomicznego, trzeba sięgnąć do nurtów neoliberalnych, stanowiących współczesne odniesienie do klasycznych koncepcji tzw. niewidzialnej ręki rynku, oraz szerszej idei ładu samorządowego A. Smitha, według której rynek miał być ucieleśnieniem systemu naturalnej wolności. Starły się one dostarczyć odpowiedzi na zarzuty formułowane wobec jego stanowiska, a także Benthama z jego utylitaryzmem. Wśród zarzutów wymieniano nihilizm państwowy, absolutyzację idei wolności, przesadny utylitaryzm, relatywizm moralny i etyczny, nadmierny indywidualizm – liczy się tylko jednostka<sup>7</sup>.

Niewątpliwie w wymiarze ogólnym godna szacunku była propozycja szkoły londyńskiej ze słynnym F.A. Hayekiem na czele, który nie starał się ograniczać tylko do rynku, lecz stworzył całą naukę o społeczeństwie w ujęciu dalece pozaekonomicznym, także filozoficznym i prawno-politycznym. Nie wszystkie proponowane przez niego koncepcje dałoby się wykorzystywać w omawianym kontekście. Z pewnością jednak mieści się w nim zasada wolnego systemu społecznego opartego na rządach prawa, zwłaszcza że ingerencja władz publicznych w gospodarkę nie została przez Hayeka całkowicie wykluc-

---

<sup>5</sup> Opis genezy i istoty liberalizmu zob. A. Murawska, *Konflikt interesów indywidualnego i ogólnego w prawie praw człowieka*, [w:] *Wykładnia prawa i inne problemy filozofii prawa*, red. L. Morawski, Toruń 2005, s. 188 i nast.

<sup>6</sup> *Ibidem*, s. 193.

<sup>7</sup> Genezę liberalizmu ekonomicznego i ordoliberalizmu opisuje M. Zdyb, *Wspólnotowe i polskie publiczne prawo gospodarcze*, Warszawa 2008, s. 30 i nast.

czona, o ile służy określonym celom, a zwłaszcza udoskonaleniu systemu rynkowego i wspieraniu żywiołowych sił gospodarki. Nie wydaje się zarazem odbiegać szczególnie od idei leżących u podstaw EWG założenie dopuszczalności, a nawet zachęcania do takiej polityki, która świadomie stosuje konkurencję, rynek i ceny oraz wykorzystuje system prawny w celu uczynienia konkurencji maksymalnie efektywną i dobroczynną<sup>8</sup>.

Uznanie natomiast tzw. szkoły fryburskiej, reprezentującej ordoliberalizm, za mającą tu istotne znaczenie uzasadniać może już dorobek jej głównych reprezentantów, którzy jak W. Röpke, A. Rüstow czy A. Müller-Armack, byli współtwórcami niemieckiego sukcesu gospodarczego Ludwiga Erharda po drugiej wojnie światowej. Trudno wykluczać więc jego koncepcyjny wpływ na system wspólnotowy i kształt integracji ekonomicznej EWG, ze szczególnym uwzględnieniem wspólnego rynku. Doktryna ta bowiem zawiera propozycje znajdujące odzwierciedlenie w modelu jego funkcjonowania. Dotyczy to zwłaszcza próby wpisania wolności gospodarczej i rynku, uznawanego za wart wspierania, ochrony i rozwoju, a więc pierwiastka liberalnego uosobianego właśnie przez swobody, w szerszy porządek społeczny, polityczny etc., nad którym pieczę musi sprawować władza publiczna. Tego rodzaju ujęcie pozwala lepiej zrozumieć nie tylko samą istotę „czystego” swobodnego przepływu, lecz także jego zewnętrzne uwarunkowania i mechanizmy oraz dobra, które muszą przy jego realizacji być uwzględniane. W wymiarze bardzo konkretnym dostarcza natomiast uzasadnienia dla ograniczeń, jakie dopuszczalne są w systemie unijnym w tym zakresie. Należy także przypomnieć, że Müller-Armack był autorem charakterystycznego dla niemieckiego „cudu gospodarczego” pojęcia społecznej gospodarki rynkowej, która z jednej strony była przeciwna centralnemu sterowaniu, ale zarazem odrzucała skrajny leseferyzm, nadając szczególną rangę celom socjalnym powiązanych z procesem gospodarczym<sup>9</sup>.

O ile w kontekście analizy samych swobód ówczesna „trzecia droga” może wydawać się już zbyt odległa, zważywszy także, jak odmienne dylematy towarzyszą państwom europejskim w drugiej dekadzie XXI wieku, o tyle warto podkreślać, że gospodarka takiego typu, cechująca się zarazem wysoką konkurencyjnością, znalazła się obecnie wśród podstawowych celów Unii przewidzianych w art. 3 TUE. Stąd nie wydaje się nieuprawniony pogląd, że Traktat Lizboński powstawał także z inspiracji ordoliberalnej<sup>10</sup>. Natomiast sam wymiar socjalny stał się niezwykle ważnym elementem systemu

---

<sup>8</sup> Por. C. Kosikowski, *Publiczne prawo gospodarcze Polski i Unii Europejskiej*, Warszawa 2005, s. 19.

<sup>9</sup> Por. *ibidem*, s. 24–25.

<sup>10</sup> L. Azoulai, *The Court of Justice and the social market economy: The emergence of an ideal and the conditions for its realization*, „Common Market Law Review”, 45, 2008, nr 5, s. 1337.

unijnego i gwarancji praw obywateli UE i również w ramach swobód uzyskał istotne miejsce jako gwarancja przepływu osób, co wymaga jeszcze analizy.

Ordoliberalizm cechuje z pewnością odmienne podejście zarówno do samej idei wolnego rynku, jak i wolności gospodarczej, pomimo uznawania jego wyższości nad interwencjonizmem i zachowania perspektywy liberalnej, co stoi w opozycji nie tylko wobec „ortodoksji” klasycznego liberalizmu, ale także np. monetaryzmu M. Friedmana. W omawianym kontekście nie chodzi jednak o przywoływanie najbardziej reprezentatywnych dla szkoły chicagowskiej zagadnień teorii pieniężnej, tylko przywiązanie do ogólnych założeń samoregulacji i zwalczania interwencjonizmu, uznawanego za źródło zakłóceń gospodarki. Ten dorobek liberalizmu poddany został w szkole fryburskiej istotnej rewizji – zgodnie z przekonaniem jej twórcy W. Enckena, iż te podstawowe kategorie wymagały pewnego uporządkowania, skąd zresztą pochodzi przedrostek *ordo-*, wykorzystany nawet jako tytuł jego czasopisma. Celem w szczególności było wzmocnienie instytucji państwa, które ma te samoistne mechanizmy uzupełniać, uwzględniając ów szerszy kontekst życia społecznego i politycznego, w jakim funkcjonuje gospodarka<sup>11</sup>.

Wydaje się, że także współczesną Unię Europejską, którą rzadko kojarzy się z liberalizmem niezależnie od jej rzeczywistej postaci, doktryna ordoliberalizmu może właściwie opisywać. Same próby ustalenia właściwych relacji między władzą publiczną a rynkiem w kontekście integracji europejskiej można było niewątpliwie od początku przenosić na poziom wspólnotowy, sankcjonując także docenianie instytucji EWG i ich roli już w procesie integracji gospodarczej, co do dziś pozostaje aktualne. Odbywa się to jednak w poszanowaniu konieczności ochrony wolności jednostki i bez demontowania mechanizmów wolnorynkowych, co także potwierdza dodatkowo adekwatność doktryny do opisu modelu swobód, gdyż są to jego integralne elementy. Równocześnie taka swoista ewolucja od wymiaru czysto rynkowego w stronę bardziej uniwersalnego jest o tyle warta podkreślenia, że dostarcza odpowiedniego aparatu pojęciowego do zrozumienia procesu rozwoju, którego początkiem było tzw. obywatelstwo rynkowe (*market citizenship*), a ukoronowaniem uniwersalne obywatelstwo Unii Europejskiej, co będzie stanowić przedmiot dalszych rozważań. Wykraczanie poza ten wymiar, jak się wydaje, ma jeszcze rys konserwatywny, w którym owa idea wolności godzona jest z nakazem respektowania wartości także najbardziej podstawowych i niekoniecznie ekonomicznych – zwłaszcza takich, które chronią przed nadużyciami będącymi następstwem samoistnie działających sił rynkowych, mogącymi godzić w naturę ludzką. Szukanie owej równowagi pomiędzy różnymi dobrami, a także interesem wspólnym i indywidualnym,

---

<sup>11</sup> Zob. szerzej: T.G. Pszczółkowski, *Spoleczno-polityczna i gospodarcza doktryna neoliberalizmu w RFN. Ordoliberalizm*, Warszawa 1990.

implikuje natomiast dokonywanie tzw. wyważania i optymalizacji, co – jak zostanie wykazane – jest szczególnie charakterystyczne dla modelu funkcjonowania samych swobód<sup>12</sup>.

Adekwatną konceptualizację systemu swobód, jaką zapewnia ordoliberalizm pomimo swojego „archaicznego” pochodzenia, należy więc widzieć z dwóch perspektyw. Z jednej strony pojawia się wskazanie znaczenia ekonomicznych podstaw porządku społecznego, co dobrze wpisuje się w specyfikę procesu integracji europejskiej, wspierając koncepcyjnie idee Moneta, z drugiej zaś, wymagające jeszcze analizy, owo szczególne podejście do wartości, które pozwala zwłaszcza na odkrywanie głębszego sensu i treści swobód oraz widzenie ich wymiaru ponadpozytywnego. Odgrywa to istotną rolę we właściwym rozumieniu funkcji i celów, a także pełnym przedstawieniu specyficznej konstrukcji. Przede wszystkim natomiast tak kompleksowe podejście może uzasadniać posługiwanie się w tym kontekście terminem ekonomicznej konstytucji ustanawiającej określony porządek także w rozumieniu ordoliberalnym, jaką stanowić mogą unijne Traktaty dzięki swobodom, które są tego porządku istotnym instrumentem i najbardziej realnym przejawem.

Jako oparty na filarach gospodarczych ma on charakter obiektywny, a ponieważ umocowany został na poziomie wspólnotowym w kontekście integracji europejskiej, uzyskuje jeszcze dodatkowy walor. Porządek ten funkcjonuje niezależnie na wyższym niż struktura państwowa poziomie, cokolwiek równoległe do tradycyjnego porządku politycznego, którego źródłem w dominującej części pozostały państwa członkowskie, co wywołuje zresztą zarzuty niedostatku klasycznych procesów politycznych w Unii Europejskiej. Takie ujęcie pozwala zarazem na formułowanie tezy, iż chociaż to owe państwa porządek ten powołały do życia, dzięki owemu specyficznemu charakterowi, pozapolitycznym regułom oraz postępującej autonomizacji, same zostały podporządkowane jego wymogom. Wśród takich obiektywach reguł właśnie swobody odgrywają poczesną rolę istotnego regulatora stosunków, którego egzekwowanie przez Trybunał Sprawiedliwości z zastosowaniem bardzo twórczej wykładni wymusiło rozwój zarówno procesu integracji, jak i praw podmiotowych przysługujących jednostkom, które nie mogły być kontestowane przez władze krajowe. W naturalny sposób jednak musi rodzić to pytania o ich ewentualną kolizję oraz podział realnej władzy, a także rolę instytucji unijnych, co również musi stanowić przedmiot analizy, odwołującej się m.in. do neofunkcjonalizmu.

---

<sup>12</sup> Odnośnie do znaczenia ordoliberalizmu w kontekście unijnym zob. też V. Zeno-Zencovich, N. Vardi, *European Union Law as a legal System in a Comparative Perspective*, „European Business Law Review”, 19, 2008, s. 252.

## B. Wolność gospodarcza

Po przedstawieniu założeń doktrynalnych warto pochylić się nad rozumieniem kluczowego dla liberalizmu i generalnie gospodarki rynkowej pojęcia wolności gospodarczej. Ma ono niewątpliwie złożony charakter i na poziomie koncepcyjnym dotyka także na przykład wymiaru politycznego, a w systemach normatywnych krajów europejskich odzwierciedla zarówno niezbędną dla rozwoju państwa i społeczeństwa zasadę leżącą u podstaw przyjętego porządku, jak i samą wolność jednostek, którą powinien on chronić i gwarantować. Oba te ujęcia jurystyczne, mające tam zresztą niejednorodną postać i zakres, można niewątpliwie odnosić do systemu unijnego, uwzględniając oczywiście jego specyfikę, koncentrując się na istocie i pomijając drugorzędne rozbieżności. Nabiera to szczególnego wymiaru, zważywszy, że swobody rynku wewnętrznego traktować należy jako instrument realizacji tak rozumianej wolności gospodarczej, której treść i charakter ulega zwykle sprecyzowaniu poprzez odesłanie do norm szczególnych. Znajduje to pokrycie w formułowanym w literaturze założeniu, iż stanowi ona więzkę konkretnych uprawnień czy też nawet dosłownie „swobód dotyczących podejmowania, organizacji i wykonywania działalności gospodarczej”<sup>13</sup>. W tym kontekście warto przywołać komentarz rzecznika generalnego Tesauro w sprawie Hunermund<sup>14</sup>, dowodzący konieczności traktowania jednej z norm gwarantujących swobodny przepływ towarów jako instrumentu ogólnej liberalizacji handlu<sup>15</sup>.

Celem zrozumienia wolności gospodarczej najpierw należy więc sięgnąć do dorobku systemów krajowych. Także w Konstytucji RP (art. 20) posłużono się terminem „wolność działalności gospodarczej”, natomiast w omawianym kontekście interesujące jest odwołanie się do dwóch najważniejszych państw założycielskich EWG, a więc Francji i Niemiec, zważywszy na ich wpływ na traktatowy kształt swobód. Francuska zasada wolności handlu i przemysłu, w której mieści się zresztą zarówno wolna przedsiębiorczość, jak i swobodna konkurencja, dotyczy prawa podejmowania i wykonywania wszelkiej działalności gospodarczej, obejmując swobodę wyboru miejsca jej prowadzenia, przedmiotu i zakresu. W tej tradycji silnie podkreślano władczą rolę państwa mogącego narzucać jej ograniczenia podyktowane przesłankami bardzo różnej natury – związanej nie tylko z ochroną jego podstawowych interesów, ale także ekonomicznej, społecznej i politycznej, co rozwinięto w dopuszczalność daleko idącej reglamentacji,

---

<sup>13</sup> Pojęcie wiązki swobód: C. Kosikowski, *Publiczne prawo...*, s. 61.

<sup>14</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 15 grudnia 1993 w sprawie C-292/92 *Ruth Hünermund i inni v. Landesapothekerkammer Baden-Württemberg*, Zb. Orz. 1993 I-06787.

<sup>15</sup> Geneza wolności gospodarczej zob. K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2007, s. 69–70; oraz *Wolność gospodarcza*, red. Z. Brodecki, Warszawa 2003, s. 75–82 (tu rozdział czwarty autorstwa Z. Brodeckiego i A. Machnikowskiej).

regulacji i zakazów. Również w systemie niemieckim ograniczenia stanowią istotny aspekt regulacji i odwołują się nawet do celów ogólnogospodarczych. Ale, co wydaje się szczególnie zbieżne z dorobkiem wspólnotowym, to określenie reguł wiążących prawodawcę przy ich wprowadzaniu, które związane są z przydatnością, koniecznością, a przede wszystkim proporcjonalnością. Ponadto w systemie niemieckim używa się określenia prawa wolnego wyboru i wykonywania zawodu, rozumianego jako swoboda zarobkowania. Jego konkretne gwarancje także koncentrują się na tworzeniu i funkcjonowaniu przedsiębiorstwa, samodzielnych decyzjach gospodarczych i swobodnym konkuroowaniu, ale również możliwości decydowania o profilu produkcji, towarach i usługach oraz sposobie zaangażowania kapitału<sup>16</sup>.

We wszystkich systemach europejskich, także w Polsce, istnieje zarazem powszechna zgoda co do podstawowego rozumienia wolności gospodarczej. Jest ona kojarzona właśnie z podejmowaniem, wykonywaniem i zakończeniem działalności gospodarczej w celu osiągnięcia zysku, czemu służyć ma swoboda i samodzielność w wyborze sposobu, rodzaju, zakresu, miejsca i czasu działania oraz formy i wewnętrznej struktury przedsiębiorstwa. Ale nawet przywołany powyżej zakres uznany w Niemczech wydaje się do tego nie ograniczać. Stąd słusznie część autorów zauważa, iż nie powinno się jej zawężać do tego podstawowego obszaru, wykluczając np. działalność wolnych zawodów, o ile nie są one wykonywane w określonych formach organizacyjnych właściwych dla działalności gospodarczej, czy nawet pracę najemną, co znalazło odzwierciedlenie w ustawodawstwach niektórych państw. Opiera się to na szerokim ujęciu, w którym mieści się każdy przejaw inicjatywy ekonomicznej prowadzący do aktywności zarobkowej, co pozwala widzieć wolność gospodarczą jako swoistą superwolność czy też konglomerat i syntezę bardzo różnych praw, niezbędnych do realizacji takiej aktywności, a więc własności, przedsiębiorczości, wyboru zawodu i miejsca zamieszkania, wolnej konkurencji i swobody umów, a nawet wolności osobistej i równości<sup>17</sup>.

Należy równocześnie pamiętać o dwojakim wymiarze obowiązków spoczywających na władzy publicznej w tym kontekście, a więc niemożności ograniczenia się jedynie do nieingerencji w sferę samej wolności. Ów negatywny obowiązek powstrzymania się od wszelkich działań, które by mogły utrudnić jednostkom faktyczne korzystanie z niej, odgrywa oczywiście bardzo istotną rolę, implikując skuteczne roszczenie o jej zaniechanie, o ile nie zachodzi szczególnie chroniony interes publiczny. Z zasady jest on natomiast

---

<sup>16</sup> Por. S. Biernat, A. Wasilewski, *Wolność gospodarcza w Europie*, Kraków 2000, s. 178; C. Kosikowski, *Publiczne prawo...*, s. 57–59.

<sup>17</sup> S. Biernat, A. Wasilewski, *Wolność gospodarcza...*, s. 182; M. Zdyb, *Wspólnotowe i polskie...*, s. 39; K. Pawłowicz, *Prawo człowieka do swobodnej działalności gospodarczej*, [w:] *Prawa człowieka w społeczeństwie obywatelskim*, red. A. Rzepliński, Warszawa 1993, s. 69.

uzupełniany przez pozytywny obowiązek stworzenia wszelkich niezbędnych gwarancji tego, aby z wolności tej korzystać w sposób nieskrępowany, co rozciąga się na ochronę przed utrudnieniami grożącymi ze strony innych prywatnych uczestników obrotu<sup>18</sup>.

Wolność gospodarczą powszechnie traktuje się jednak jako prawo naturalne, które nie jest samodzielnie kreowane przez prawo pozytywne, lecz jedynie tam potwierdzone wraz z ustanowieniem gwarancji jej poszanowania przez władze publiczne i inne podmioty oraz ewentualnych granic. Już to sankcjonuje, iż aktywność podejmowana w tych ramach musi być w pełni swobodna i nieskrępowana przez nie w sposób nieuzasadniony. Odwołanie się do tego ponadpozytywnego źródła wydaje się ułatwiać zrozumienie owego przywołanego już jej podwójnego charakteru prawnego, który często pojawia się w literaturze. Może więc być uznana za ogólną zasadę, która determinuje między innymi podstawy ustroju gospodarczego, a z drugiej strony zaliczana bezpośrednio do katalogu wolności i praw podstawowych człowieka, a nawet traktowana jako publiczne prawo podmiotowe o charakterze negatywnym. Razem nadaje to wolności gospodarczej właściwy wymiar i treść, zapewnia szczególną ochronę rangi konstytucyjnej oraz uzasadnia owo słynne domniemanie *in dubio pro libertate* w procesie stanowienia i stosowania prawa w tym zakresie<sup>19</sup>.

Odnosząc powyższe do swobód rynku wewnętrznego, warto nawiązać do owego podwójnego charakteru prawnego, a zarazem należy zauważyć dominację aspektów negatywnych, jeżeli chodzi o obowiązki krajowych władz publicznych nakładane w tym kontekście. W porządku unijnym wolność gospodarcza jest zaliczana do zasad ogólnych – strukturalnych i ekonomicznych. Uważa się jednak, że ma tu charakter tzw. własnej zasady (niezapóżyczonej), a więc jej źródła znajdują się w dorobku wspólnotowym oraz szczególnej filozofii integracyjnej opartej na celach ekonomicznych i jako taka pochodzi z wewnątrz całości prawnej organizacji. Natomiast niewątpliwie stanowi jeden z filarów ustroju Unii Europejskiej, którym rządzi się jej cały system ekonomiczny, co pozwala nawiązywać do pojęcia konstytucji gospodarczej UE<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> M. Szydło, *Swoboda działalności gospodarczej*, Warszawa 2005, s. 8; także C. Kosikowski, *Publiczne prawo...*, s. 196 i nast., pokazuje, na czym polegają obowiązki władzy publicznej w Polsce z tytułu wolności, i można to uwzględnić uzupełniająco.

<sup>19</sup> K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze...*, s.70–72; M. Szydło, *Swoboda działalności...*, s. 5; J. Kołacz, *Swobody cząstkowe a swoboda działalności gospodarczej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”, 2008, z. 2, s. 79; S. Biernat, A. Wasilewski, *Wolność gospodarcza...*, s. 179; C. Kosikowski, *Publiczne prawo...*, s. 196 i nast.

<sup>20</sup> *Wolność gospodarcza...*, s. 84; K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze...*, s. 30, 87; M. Drobysz, *Zasady ogólne prawa wspólnotowego związane z funkcjonowaniem jednolitego rynku*, [w:] *Europeizacja prawa krajowego. Wpływ integracji europejskiej na klasyczne dziedziny prawa krajowego*, red. C. Mik, Toruń 2000, s. 362–363.



Należy jednak uwzględnić, że obecnie część autorów twierdzi, iż traktowanie samego leseferyzmu jako współczesnego fundamentu ustroju unijnego jest anachronizmem. Rozwój UE, także jako zbiorowości o wymiarze politycznym i socjalnym, posiadającej obywateli, dążącej do pełnego zatrudnienia czy postępu społecznego, z gwarancjami ochrony praw podstawowych odległymi od sfery ekonomicznej, miał spowodować uznanie innych paradygmatów za dominujące. Z pewnością obecnie system unijny jako całość jest o wiele bardziej złożony, nie ogranicza się bowiem tylko do tradycyjnych ekonomicznych aspektów. Jednak akurat na gruncie systemu swobód rola wolności gospodarczej nie może być umniejszana. Warto zresztą zwrócić uwagę na orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości<sup>21</sup> w sprawie *Echirolles Distribution*<sup>22</sup>, w którym Trybunał nie zgodził się z sugestią, iż rozwój celów i wartości unijnych, które były bardzo zróżnicowane już na podstawie poprzednich art. 2 i 3 TWE, odzwierciedlający właśnie powyższy proces, powinien skutkować zmianą wykładni także gwarancji swobód. Wolność ta w swym podstawowym rozumieniu pozostaje zawsze szczególnie związana z funkcjonowaniem jednolitego rynku wewnętrznego i jako taka stanowi fundament swobód, bez których zarazem nie mogłaby w Unii w ogóle zostać zrealizowana, zwłaszcza na poziomie transgranicznym. Jeżeli jednocześnie swobody są przedstawiane jako służące temu celowi, uzasadnia to konieczność traktowania ich jako funkcjonalnej całości, która musi ulegać postępującej konwergencji, stanowiącej istotny aspekt niniejszych rozważań<sup>23</sup>.

Natomiast wskazany wymiar prawno-naturalny wolności, nadaje właściwe ramy wykładni i umożliwia poszukiwanie czegoś, co można określać jako głębsza treść, także w przypadku swobód, która nie zawsze wynika z literalnego brzmienia norm stanowiących ich gwarancję. W tym kontekście pojawia się jeszcze aspekt kwalifikacji wolności gospodarczej, jako „konstrukcji danego porządku prawnego”, co wydaje się godne uwagi już w świetle podstawowego założenia tej pracy, jakim jest analiza konstrukcji prawnej swobód. Posłużenie się takim konceptem ułatwia zarazem funkcjonalne umiejscawianie ograniczeń wolności, które są nie tylko dopuszczalne – mimo idei nieingerencji, ale przez tę konstrukcję immanentnie inkorporowane. Stanowi to zarazem właściwy punkt odniesienia dla określenia miejsca ograniczeń i wyjątków w systemie swobód czy

---

<sup>21</sup> W niniejszej pracy autor opiera się na orzecznictwie byłego Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, który na podstawie Traktatu lizbońskiego zmienił nazwę na Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Dlatego odwołania się w całym tekście do „orzeczeń”, „wyroków” czy „rozstrzygnięć” względnie do „Trybunału” będą oznaczały właśnie orzecznictwo tej instytucji unijnej, o ile nie zostanie wyraźnie zaznaczone odrębnie.

<sup>22</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (szósta izba) z dnia 3 października 2000 r. w sprawie *C-9/99 Echirolles Distribution SA v. Association du Dauphiné i in.*, Zb. Orz. 2000 I-08207.

<sup>23</sup> L. Woods, *Free Movement of Goods and Services within the European Community*, Aldershot 2004, s. 7–8.

też ich relacji ze swobodami, a zwłaszcza traktowania ich jako integralnej części samej istoty, a nie elementu zewnętrznego. Dlatego też można było parafrazować powyższe domniemanie, które w rozwoju Wspólnoty przybierało postać *in dubio pro communitate*. Natomiast razem zapewnia to zrozumienie natury swobód oraz modelu ich funkcjonowania – zwłaszcza jako szczególnego instrumentu regulacji stosunków jednostki z władzą publiczną – unijną, a przede wszystkim krajową, w tym także z macierzystym państwem członkowskim<sup>24</sup>.

Z pewnością więc także dorobek orzecznicy ETS w zakresie kontroli dopuszczalności ograniczeń wolności gospodarczej w systemie UE można traktować jako modelowy w omawianym kontekście. Jeśli chodzi o rzeczy oczywiste, dotyczy to zwłaszcza założenia podporządkowania ich ścisłej kontroli wykluczającej rozszerzającą interpretację oraz wymogu uzasadnienia i wyraźnej podstawy. Szczególnie cenne wydaje się to, że z jednej strony wolność nie jest absolutna czy też nie stanowi tzw. nieograniczonej prerogatywy i musi być ujmowana w świetle swojej społecznej funkcji, ale z drugiej jej ewentualne ograniczenia muszą się wiązać z interesem publicznym albo – ujmując szerzej – ochroną innego ważnego dobra. Towarzyszy temu niezwykle ważny w omawianym kontekście wymóg zachowania proporcjonalności, która wiąże się z nakazem odpowiedniego wyważania tego interesu z interesem indywidualnym<sup>25</sup>.

W przypadku samej wolności bardzo często pojawia się zastrzeżenie niedopuszczalności naruszania przez ograniczenia tzw. istoty (*substance*) danego prawa. Przez dekady wydawało się ono nie towarzyszyć wyraźnie orzecznictwu dotyczącemu ograniczeń samych swobód, ale być może w przyszłości okaże się to niezbędne, szczególnie tam, gdzie nie są one już traktowane jako prawa czysto ekonomiczne, lecz jako gwarancje obywatelskie. Warto zauważyć, że np. w orzeczeniu Zambrano<sup>26</sup> owa *substance of right*, która nie może być naruszona, stanowiła podstawę rozstrzygnięcia Trybunału, choć oczywiście należy dodać, że dotyczyło to czystego prawa pobytu, a nie prawa rynkowego<sup>27</sup>.

Generalnie to proklamowanie wolności gospodarczej w orzecznictwie nadało jej bardzo silną pozycję w systemie wspólnotowym, ale co interesujące, Trybunał na jej

---

<sup>24</sup> S. Biernat, twierdzi, że wolność gospodarcza jest konstrukcją danego porządku prawnego; *idem*, *Podejmowanie i prowadzenie działalności gospodarczej – wolność gospodarcza de lege lata i de lege ferenda*, „Przegląd Prawa Handlowego”, 1994, nr 9, s. 10; E. Kosiński, *Aspekt prawny wolności gospodarczej*, „Kwartalnik Prawa Publicznego”, 2003, nr 4, s. 14 i nast.

<sup>25</sup> S. Biernat, A. Wasilewski, *Wolność gospodarcza...*, s. 200–220.

<sup>26</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (wielka izba) z dnia 8 marca 2011 r. w sprawie C-34/09 *Gerardo Ruiz Zambrano v. Office national de l'emploi (ONEm)*, Zb. Orz. 2011 I-01177.

<sup>27</sup> S. Biernat, A. Wasilewski, *Wolność gospodarcza...*, s. 200–220. Zob. zwłaszcza analizę dopuszczalności ograniczeń w kontekście nienaruszalności istoty.

określenie nie wypracował jednolitego nazewnictwa i posługuje się, nawet w tym samym orzeczeniu, różnymi zwrotami. Obok słowa *economic* pojawia się więc *freedom* albo *liberty*, ewentualnie mowa jest o prawie lub prawie fundamentalnym, a nawet wolności do prowadzenia, wykonywania (*carry, engage, pursue*) działalności, aktywności gospodarczej, przedsiębiorczości (*economic, business activity*) czy też nawet wszelkiej dozwolonej działalności (*freedom of action and disposition* lub *freedom to pursue any lawful activity*)<sup>28</sup>.

Wracając natomiast do problemu jej przedmiotu czy też zakresu, w omawianym kontekście warto sięgać do owego zaproponowanego powyżej szerokiego, uniwersalnego ujęcia nieograniczonego jedynie do klasycznej działalności gospodarczej. W ramach unijnych pozwala ono bowiem obejmować całe spektrum aktywności, jakie składają się na realizację przepływu towarów, usług, osób i kapitału, możliwych dzięki gwarancjom swobód. Wtedy mogłyby one być traktowane jako specyficzne elementy swoistego „konglomeratu”, kreowanego przez wolność gospodarczą. Nie jest zresztą odosobnione stanowisko dowodzące, iż w systemie unijnym objęta jest nią nie tylko swoboda przedsiębiorczości, lecz także wszystkie pozostałe swobody rynku wewnętrznego<sup>29</sup>.

Ale nawet analizując zakres tej wolności w naszym rodzimym systemie prawnym, autorzy potrafią posługiwać się zwrotem „różny rodzaj swobód związanych z działalnością gospodarczą”<sup>30</sup>, które mają się na nią składać, zaliczając także swobody: w konkrowaniu z innymi podmiotami, w zakresie zatrudniania, zbywania własnych towarów i usług, kształtowania cen oraz decydowania o sposobie zaangażowania kapitału. Należy oczywiście pamiętać, że w kontekście unijnym zakres oddziaływania wolności gospodarczej nie ograniczał się wyłącznie do stosowania norm swobód rynku wewnętrznego, co wykracza jednak poza materię niniejszych rozważań. Istnieje bardzo bogaty dorobek orzecniczy Trybunału Sprawiedliwości, w którym powoływanie się na konieczność jej ochrony oraz zarzuty zbędne jej ograniczenia służyły poskramianiu zbyt daleko idącego interwencjonizmu wspólnotowego w dziedzinie wielu różnych polityk związanych z węglem i stalą, potem rolnictwem i rybołówstwem, transportem, a także chociażby ochroną środowiska czy konsumentów<sup>31</sup>.

Słusznie natomiast także w polskiej literaturze za bezzasadne uznawano propozycje nadmiernego mnożenia kolejnych wyodrębnianych w systemie wspólnotowym praw

---

<sup>28</sup> Por. *ibidem*, s. 197–198, tam analiza problemów terminologicznych.

<sup>29</sup> Prezentację stanowisk polskich autorów odnośnie do objęcia wszystkich swobód zakresem wolności gospodarczej zob. E. Kosiński, *Aspekt prawny...*, s. 13.

<sup>30</sup> M. Zdyb, *Wspólnotowe i polskie...*, s. 39.

<sup>31</sup> Por. S. Biernat, A. Wasilewski, *Wolność gospodarcza...*, s. 200 i nast., tam też zob. problematyka wolności gospodarczej w innych dziedzinach.

podstawowych – obok wolności gospodarczej i wykonywania zawodu miały się bowiem pojawiać jeszcze dotyczące handlu oraz osobno konkurencji<sup>32</sup>. Uwzględniając jednak systematykę przyjętą w Karcie Praw Podstawowych wobec zakresu objętego przez swobody, zastosowanie będą miały dwie przewidziane tam „wolności” – użycie takiego określenia na tę kategorię wynika z umiejscowienia ich w Tytule II, który tak został nazwany, a ponadto znajduje uzasadnienie w podziale wprowadzonym przez art. 52 na „prawa i wolności” z jednej strony oraz „zasady” z drugiej. Będzie to więc zarówno wolność prowadzenia działalności gospodarczej z art. 16, jak i przewidziana w art. 15 wolność wyboru zawodu i prawa do podejmowania pracy, która zgodnie z jego ustępnym 2 obejmuje swobodę poszukiwania zatrudnienia, wykonywania pracy, korzystania z prawa przedsiębiorczości oraz świadczenia usług w każdym państwie członkowskim.

Tak rozumiana ogólna wolność gospodarcza miałaby więc status systemowo autonomiczny i bardziej uniwersalny również w stosunku do wolności z Karty, co wydaje się zasadne ze względu na jej złożony charakter prawny – także zasady ogólnej. Z drugiej strony same te wolności nie mogą być automatycznie utożsamiane ze swobodami rynku wewnętrznego, które stanowią odrębny byt prawny, przyjmujący postać bardziej praw podmiotowych stanowiących normatywną konkretyzację wolności gospodarczej oraz umożliwiających zarazem praktyczną realizację tych wolności. Te specyficzne relacje znajdują pewne odzwierciedlenie w brzmieniu tzw. Wyjaśnień do Karty, które odsyłają do dorobku orzeczniczego ETS oraz konkretyzujących norm prawa pozytywnego. Te dotyczące art. 16 koncentrują się na w miarę klasycznym zakresie, obejmującym działalność gospodarczą i handlową, swobodę zawierania umów oraz wolną konkurencję. Natomiast w przypadku art. 15 z jednej strony duży nacisk położono na aspekty socjalne, sięgając po Europejską Kartę Społeczną<sup>33</sup> oraz Wspólnotową Kartę Socjalnych Praw Podstawowych Pracowników<sup>34</sup>, a z drugiej ustęp 2 powiązано z trzema swobodami – swobodą przepływu pracowników, przedsiębiorczości i świadczenia usług. W konsekwencji, jak widać sam art. 16 nie wyczerpuje problematyki działalności gospodarczej, skoro owa przedsiębiorczość znalazła się w ramach art. 15, ale w zamian charakteryzuje się takim zakresem, że może być odnoszony do obrotu towarowego i kapitałowego.

---

<sup>32</sup> *Ibidem*, s. 199.

<sup>33</sup> Europejska Karta Społeczna sporządzona w Turynie dnia 18 października 1961 r., Dz.U.1999.8.67.

<sup>34</sup> Wspólnotowa Karta Socjalnych Praw Podstawowych Pracowników, przyjęta w Strasburgu w dniu 9 grudnia 1989 r.

## 2. SPECYFIKA EUROPEJSKIEJ INTEGRACJI GOSPODARCZEJ

Zgodnie z ideami ojców założycieli Wspólnot Europejskich „wolny handel” od początku nie był celem samym w sobie. Został wybrany jako najdogodniejszy w istniejącym kontekście historyczno-politycznym sposób integracji, czy też szerzej zapewnienia pokoju w Europie, wymuszający współpracę oraz wypracowywanie kategorii wspólnego interesu, a także pogłębianie współzależności i nawet solidarności między narodami<sup>35</sup>.

Swobody uznano za najważniejszy instrument jej realizacji i dlatego od początku nie były one po prostu jednymi z wielu postanowień traktatowych, ale normami o szczególnej wadze i roli. Ich zaletą jako jednolitych gwarancji prawnych był obiektywny, wolny od kontekstu czysto politycznego charakter oraz możliwość egzekwowania przez instytucje ponadnarodowe w duchu idei rządów prawa przeciwstawianego w miarę skutecznie klasycznemu partykularyzmowi państwowemu. Mogły więc prowadzić do wykonywania funkcjonalnych, niezależnych od struktur państwowych, powiązań międzynarodowych w ramach EWG. Rzeczywiście, zresztą w pewnym zakresie właśnie dzięki nim taka samoistna integracja, rozwijająca się niejako autonomicznie i równoległe do działań państw członkowskich, powiodła się, chociaż w wielu innych obszarach wydawałaby się tylko utopią. Uświadomienie sobie tego szerszego kontekstu, wykraczającego nawet poza wymiar ekonomiczny, ułatwia dostrzeżenie głębszego sensu swobód i pozwala zrozumieć, dlaczego zaczęto traktować je w orzecznictwie w tak twórczy i rozwojowy sposób, a zwłaszcza poddano rozszerzającej wykładni ich norm, sięgającej bardzo różnorodnych uprawnień.

Obecne ramy ich funkcjonowania wyznacza rynek wewnętrzny, przewidziany w art. 26 TFUE, który wymaga ogólnego przedstawienia na początku tej analizy. Stanowi on owoc regionalnej integracji gospodarczej, przyjętej jako model integracji, u której zarania, pod koniec lat 60., najpierw powołano unię celną zapewniającą jedynie swobodny przepływ towarów, a następnie tzw. wspólny rynek, uznawany za poprzednika rynku wewnętrznego. Oczywiście nie jest to ostatni etap tego procesu, zważywszy, że Traktat z Maastricht zadekretował budowę unii gospodarczo-walutowej, ale jej dorobek

---

<sup>35</sup> Warto zauważyć, że w obecnym dorobku orzecznictwym kategoria solidarności, jaka pojawiać się ma w następstwie realizowania swobód, pojawia się w zupełnie nieoczekiwanych z tamtej perspektywy miejscach, np. w wymiarze socjalnym w stosunku do migrujących obywateli UE. Na przykład wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 20 września 2001 r. w sprawie C-184/99 *Rudy Grzelczyk v. Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, Zb. Orz. 2001 I-06193, omawiany dalej, mówi o takiej solidarności. Idee Moneta omawia M. Burges, *Federalism and Federation*, [w:] *European Union Politics*, ed. M. Cini, Oxford 2007, s. 77–78.

wykracza już poza obszar niniejszych rozważań. On jednak wydaje się godzien szczególnej uwagi, zwłaszcza że nawet jeżeli ogólna idea integracji europejskiej stanowi nadal powszechnie akceptowaną wartość, to w praktyce do dziś jej osiągnięcia na obszarze politycznym czy monetarnym są dalekie od postaci skończonego projektu, a coraz częściej do głosu dochodzi eurosceptycyzm i kontestacja zbyt pogłębionych rozwiązań. Natomiast jednym z nielicznych osiągnięć, którego się generalnie nie kwestionuje, lecz traktuje z powszechnym uznaniem, jest właśnie sukces jednolitego rynku, co może nawet wywoływać wrażenie, że to wyłącznie swobody są nadal władne realizować cały ten proces, a w skrajnym przypadku, że jedynie one realnie spajają państwa europejskie, stanowiąc swoiste remedium na brak prawdziwych związków politycznych. Obserwując współczesne debaty, można jednak dojść do wniosku, że jeżeli integracja ma być widziana jako projekt rzeczywisty, a nie tylko abstrakcyjna wizja, to właśnie ten obszar stanowi ów pewny i trwały punkt odniesienia.

### **A. Istota jednolitego rynku wewnętrznego**

Zgodnie z ustępem 2 art. 26 TFUE właśnie swobody stanowią podstawę rynku wewnętrznego. Historia EWG od jej zarania dowiodła, że okazały się one niezwykle skutecznym instrumentem prawnym znoszenia barier w wymianie między państwami członkowskimi, a nieskrępowany obrót czynników produkcji oraz przepływ jednostek ludzkich nie tylko przynoszą wiele korzyści ekonomicznych i politycznych całemu systemom gospodarczym państw, ale także wpływają na rozwój praw indywidualnych. Nie byłoby to oczywiście możliwe w takim stopniu, gdyby od początku nie zakładano celów wykraczających poza sam wolny handel na poziomie znanym np. z WTO. Należy pamiętać, że zagrożeniem dla integracji, z jakim musiano się zmierzyć, był nie tylko czysty protekcyjizm, lecz także różnice w wymogach krajowych np. wobec towarów, co normy te pozwalały przewycięzać. Już w tym miejscu należy podkreślić, że rola swobód w tym zakresie nie ma wyraźnego umocowania w brzmieniu Traktatu, a przede wszystkim jest zasługą rozwoju orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości, które wywoływało efekty liberalizacyjne i deregulacyjne, ułatwiając oczywiście przeciwstawianie się protekcyjizmowi, a nawet interwencjonizmowi stosowanemu przez część państw na skalę częstokroć nieoczekiwaną,

Niedostatki regulacji traktatowych, a zwłaszcza ich bardzo ogólnikowy charakter powodowały zresztą dążenie do tworzenia środków legislacyjnych na poziomie wspólnotowym, a należy przyznać, że ów dorobek orzecznictwa nie wydawał się początkowo wystarczający i pierwotnie nie zakładano jego wiodącej roli. Już w tym kontekście przywołać należy terminy, których zwykle używa się na określenie dwóch sposobów rozwoju rynku wspólnotowego. Tradycyjnie mówi się o tzw. integracji negatywnej, która uosa-

bia właśnie eliminację istniejących przeszkód w handlu, co jest bliskie swobodom, oraz integracji pozytywnej, którą kojarzy się głównie z harmonizacją, gdyż polega na modyfikacji i tworzeniu wspólnych instrumentów prawnych i instytucji mających zapewnić właściwe funkcjonowanie rynku jako zintegrowanego obszaru. Niektórzy autorzy wyodrębniają ewentualnie jeszcze integrację neutralną, która ma polegać na wzajemnym uznawaniu standardów, ale wydaje się, że mieści się ona w tym pierwszym pojęciu<sup>36</sup>.

Już w latach 70. i 80. Rada przyjęła wiele aktów prawa wtórnego, niezbędnych do istnienia ówczesnego wspólnego rynku, jak np. rozporządzenie 1612/68 dotyczące praw pracowników migrujących, obecnie zastąpione przez rozporządzenie 492/2011<sup>37</sup>. Stanowiły one niezbędne przygotowanie do przyszłego ukonstytuowania rynku wewnętrznego, ale były bardzo trudne do przeprowadzenia ze względu na ograniczone kompetencje wspólnotowe oraz wymóg jednomyślności państw. Realizacja tej nowej idei wiązała się więc z koniecznością udroźnienia procedur legislacyjnych i stworzenia nowych podstaw zaawansowanej legislacji, a przede wszystkim ambitnego i kompleksowego programu ponadnarodowej regulacji wymagającego wyzwolenia impulsu politycznego<sup>38</sup>.

Obecnie nie ulega wątpliwości, że jednolity rynek wewnętrzny, jak brzmi jego pełna nazwa<sup>39</sup>, należy do najważniejszych osiągnięć całego procesu integracji i traktowany jest jako jeden z podstawowych fundamentów konstytucji gospodarczej UE, a nawet tzw. megazasada *sui generis* dająca szerokie uzasadnienie realizacji różnych środków na poziomie ponadnarodowym. Bez względu na rozwój legislacji pozostaje ona w ścisłym związku z innymi takimi zasadami, a zwłaszcza wolnością gospodarczą. W takim ujęciu eliminacja barier w wymianie i liberalizacja handlu nabierają szczególnego umocowania, chociaż z drugiej strony procesy te mogą się wiązać z ograniczeniami, jakie są nieodłącznie z nimi związane, oraz muszą respektować wymogi innych unijnych polityk i reguł. Nie chodzi przy tym jedynie o społeczną gospodarkę rynkową, gdyż niektórzy autorzy zwracają uwagę chociażby na zasadę zrównoważonego rozwoju<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> P. Dąbrowska, E. Gromnicka, Ł. Gruszczyński, B. Nowak, A. Pudło, *Swobodny przepływ towarów*, cz. 1, [w:] *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, red. J. Barcz, Warszawa 2011, s. I-23; *Swobodny przepływ pracowników wewnątrz Unii Europejskiej*, cz. 2, red. Z. Hajn, [w:] *Prawo gospodarcze Unii...*, s. II-11; J. Pelkmans, *Mutual Recognition in Goods and services: An Economic Perspective*, [w:] *The Principle of Mutual Recognition in the European Integration Process*, eds F. Kostoris, P. Schioppa, Basingstoke 2005, s. 8.

<sup>37</sup> Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 492/2011 z dnia 5 kwietnia 2011 r. w sprawie swobodnego przepływu pracowników wewnątrz Unii, Dz.U. L 141 z 27.5.2011.

<sup>38</sup> D. Miąsik, komentarz do art. 26..., s. 505–506.

<sup>39</sup> Geneza rynku wewnętrznego a także analiza relacji między pojęciem rynku wspólnego i wewnętrznego oraz możliwości ich zamiennego stosowania zob. A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo gospodarcze*, t. 1. *Swobody rynku wewnętrznego*, Warszawa 2009<sup>2</sup>, s. 3–7.

<sup>40</sup> K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze...*, s. 88–91.

Pierwotnym źródłem utworzenia rynku wewnętrznego stała się Biała Księga Komisji Europejskiej<sup>41</sup> z 1985 r., która opierała się właśnie na idei znoszenia wszelkich barier, także fizycznych i technicznych, co miało umożliwić stworzenie obszaru na podobieństwo rynku krajowego, ale także zawierała zaawansowany program wprowadzania legislacji wspólnotowej o bardzo szerokim zakresie regulacji. Ważne było przyjęcie szerokiej definicji owych barier, obejmującej różne krajowe regulacje dotyczące importu, jak procedury kontrolne, dopuszczenia do obrotu krajowego, licencje importowe, certyfikaty i wymogi wobec towarów, zakazy wwozu, obowiązek posiadania infrastruktury w państwie przyjmującym itp. Podstawę traktatową dla tego projektu, zawartą obecnie we wspomnianym art. 26 TFUE, oraz środki prawne dla tych działań zapewniła zmiana wprowadzona Jednolitym Aktem Europejskim w 1986 r.<sup>42</sup>

Co prawda sam art. 26 przewiduje, że Unia przyjmuje niezbędne środki służące ustanowieniu lub zapewnieniu funkcjonowania rynku wewnętrznego, ale ponieważ dla integracji pozytywnej istotniejszą rolę odgrywają te postanowienia Traktatu, które określają zasady ich uchwalania, a zwłaszcza art. 114, należy skoncentrować się na jego roli liberalizacyjnej. W tym względzie natomiast proponuje się, aby dwa cele, jakie ewentualnie można stamtąd wywieść, a więc zniesienia granic wewnętrznych oraz realizacji swobód, nie były traktowane jako tożsame, gdyż w wielu sektorach nie odgrywają one równorzędnej roli. Wydaje się jednak, iż podział taki jest cokolwiek sztuczny, gdyż właśnie w istotę swobód wpisane jest znoszenie granic, również fizycznych kontroli, oraz przewyższanie różnic w systemach prawnych pomiędzy państwami członkowskimi. Na przykład w orzeczeniu w sprawie Schul<sup>43</sup> Trybunał podkreślił, że art. 26 wiąże się z eliminacją wszelkich przeszkód w handlu, co ma przekształcić rynki krajowe państw członkowskich w jeden rynek o cechach jak najbardziej zbliżonych do rzeczywistego rynku wewnętrznego<sup>44</sup>.

Należy się natomiast zgodzić, iż artykuł ten nie konkretyzuje statusu samych swobód ani nie precyzuje, na czym one mają polegać, oraz nie określa, jaki ma być poziom liberalizacji, a więc traktuje je cokolwiek instrumentalnie. W tym względzie oczywiście niezbędne jest odwołanie do norm Traktatu, które je regulują, ale – jak dowodzi orzecz-

---

<sup>41</sup> Completing The Internal Market: White Paper From The Commission To The European Council COM (85), [http://europa.eu/documents/comm/white\\_papers/pdf/com1985\\_0310\\_f\\_en.pdf](http://europa.eu/documents/comm/white_papers/pdf/com1985_0310_f_en.pdf).

<sup>42</sup> Pierwotnie był to art. 8a Traktatu EWG, po traktacie z Maastricht – 7a TWE, a po Traktacie amsterdamskim – 14 TWE.

<sup>43</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 5 maja 1982 r. w sprawie 15/81 *Gaston Schul Douane Expeditieur BV v. Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen te Roosendaal*, Zb. Orz. 1982 01409.

<sup>44</sup> Zob. D. Miąsik, komentarz do art. 26..., s. 504–509.



nictwo Trybunału – niewątpliwie wpływa on na ich wykładnię i stosowanie. Jeżeli jednak przedstawienie systemu prawnego rynku wewnętrznego ma być pełne, niezbędne jest odwołanie do jeszcze jednego postanowienia Traktatu, które ma absolutnie podstawowe znaczenie dla całego jego funkcjonowania, a zwłaszcza dla stosowania samych swobód. Jest to przewidziana w obecnym artykule 18 TFUE zasada niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową, która wymaga jeszcze analizy w dalszej części<sup>45</sup>.

Ukonstytuowanie i budowa rynku wewnętrznego okazały się natomiast wyzwaniem ze względu na przeciwstawne wizje filozofii regulowania gospodarki prezentowane przez główne państwa członkowskie. Równocześnie, mimo że Biała Księga była oparta na harmonogramie, który miał zostać urzeczywistniony do końca 1992 r., długo po tej dacie trudno było mówić o jednolitym rynku jako kompletnym i skończonym projekcie i nawet dziś wydaje się to częściowo hipotetyczne. Wynika to zresztą ze swoistej rekonceptualizacji polegającej na rezygnacji z perspektywy ostatecznego celu, który w zamkniętej postaci miałby zostać osiągnięty w przyjętym terminie, na rzecz wizji projektu dynamicznego, który ewoluuje zarówno pod względem konstrukcji, instrumentów prawnych, jak i zakresu<sup>46</sup>.

Stąd nie powinno dziwić, że w kolejnych latach przyjmowano kolejne programy mające zapewnić rozwój jednolitego rynku. Wśród nich warto chociażby wymienić Plan działania na rzecz jednolitego rynku Komisji Europejskiej<sup>47</sup> przyjęty przez Radę Europejską w czerwcu 1997 r., określający działania, jakie należy podejmować dla usprawnienia jego funkcjonowania, a przede wszystkim dokończenia budowy. Nadal opierał się on m.in. na uczynieniu reguł efektywnymi, eliminacji barier czy zapewnieniu korzyści obywatelom, konsumentom, przedsiębiorstwom. Podobnie Strategia rynku wewnętrznego z 1999 r.<sup>48</sup>, w której sformułowano pewne strategiczne cele związane na przykład z modernizacją rynków, doskonaleniem warunków prowadzenia działalności gospodarczej oraz zaproponowano różne instrumenty, jak chociażby usuwanie barier podatkowych. Nie są to oczywiście wszystkie plany związane z dokończeniem budowy jednolitego rynku, gdyż kolejne pojawiają się regularnie co kilka lat. Dla porządku należałoby jeszcze wspomnieć o Protokole nr 27 dołączonym do Traktatu Lizbońskiego „W spra-

---

<sup>45</sup> *Ibidem*, s. 507. Na potwierdzenie wpływu art. 26 na wykładnię norm swobód Mięsiak przywołuje wyrok Trybunału Sprawiedliwości (pierwsza izba) z dnia 9 września 2004 r. w sprawie C-72/03 *Carbonati Apuani Srl v. Comune di Carrara*, Zb. Orz. 2004 I-08027, i *Echirolles Distribution SA v. Association du Dauphiné i in.* (C-9/99).

<sup>46</sup> J. Shaw, J. Hunt, Ch. Wallace, *Economic and social law of the European Union*, Basingstoke 2007, s. 78–79.

<sup>47</sup> [http://ec.europa.eu/internal\\_market/strategy/action-plan\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/strategy/action-plan_en.htm).

<sup>48</sup> Communication from the Commission to the European Parliament and the Council of 24 November 1999 – Strategy for Europe’s Internal Market [COM(1999) 624 final].

wie rynku wewnętrznego i konkurencji”, ale jest on niezwykle lakoniczny i koncentruje się na potwierdzeniu, że rynek ten ma zapewniać niezakłóconą konkurencję, a Unia podejmować wszelkie środki niezbędne w tym celu.

Generalnie jednak przedmiot tych dokumentów wykracza poza obszar niniejszych rozważań i nie jest konieczny do analizy samych swobód, natomiast dowodzi utrzymania przez nie szczególnego znaczenia. Wbrew pierwotnym założeniom trudno byłoby nawet dzisiaj dowodzić, że odwrócono proporcje pomiędzy integracją negatywną i pozytywną oraz oderwano się od modelu kreowanego orzecznictwem na rzecz systemu opartego na aktach prawnych, pomimo zniesienia formalnych przeszkód w legislacji. Stąd właśnie swobody określa się jako *core of the EU* i traktuje jego centralną oś całego procesu integracji – zarówno w wymiarze ogólnym, jak i z perspektywy praw indywidualnych uczestników rynku<sup>49</sup>. Jednakże, organizując rynek jednolity, Unia Europejska mimo wszystko stała się wielkim systemem regulacyjnym, który nie zawsze hołduje idei wolnego handlu, wyważając ją z wyzwaniem tworzenia wielkiego wspólnego obszaru oraz ochroną innych wartości zagrożonych liberalizacją. System ten tworzy szerszy kontekst funkcjonowania swobód, a zarazem czasem przesłania ich pierwotne założenia, co pozwala rozważać konkurencję czy też opozycję pomiędzy integracją negatywną i pozytywną. Relacje pomiędzy tymi dwoma metodami stanowią bardzo interesujące, ale też złożone zagadnienie, które wymaga jeszcze analizy w dalszych rozważaniach.

Natomiast same swobody okazały się trwale specyficznym i kluczowym instrumentem pogłębiania integracji, który umożliwia skuteczne zwalczanie protekcjonizmu oraz przewyżczanie różnic w systemach prawnych pomiędzy państwami członkowskimi poprzez wypełnianie treścią tych ogólnych norm w praktyce orzeczniczej Trybunału. W tym względzie stały się w istotnych zakresach „samowystarczalne”, a harmonizacja pozostała cokolwiek uzupełniająca. Ów brak rzeczywistej legislacji w wielu sferach rynku wewnętrznego oraz oparcie się na Trybunale poszerzającym granice integracji negatywnej bywają określane jako *judicial harmonisation*, która wykorzystuje otwarty i rozwojowy charakter norm swobód, co implikuje specyfikę ich stosowania. Stanowi to zarazem asumpt do ogólniejszej refleksji, iż integracja ekonomiczna uległa istotnej jurydyzacji, a rola sądów w tym procesie znacznie się umocniła, co jeszcze wymaga analizy. Taki sposób budowy rynku wewnętrznego oznacza zarazem, że częstokroć zamiast kompleksowych rozwiązań regulujących jakiś obszar jednolitego rynku dochodzi do incydentalnych rozstrzygnięć eliminujących zwykle jakiś środek krajowy, co pozostawia ostatecznie władzom krajowym wybór metody rozwią-

---

<sup>49</sup> R.C. White, *Workers, Establishment, and Services in the European Union*, Oxford 2004, s. 3.

zania konkretnego ujawnionego tą drogą problemu. Paradoksalnie sprzyjało to ochronie autonomii krajowej przed nadmierną ingerencją, będącą naturalnym następstwem narzucania wspólnych europejskich standardów, pozwalało kłaść nacisk na współpracę systemów krajowych oraz unikać zastępowania rozwiązań krajowych takimi jednolitymi regulacjami, które mają z zasady szerszy charakter i nie ograniczają się do jednego konkretnego aspektu<sup>50</sup>.

Równocześnie jednak doszło w pewnym sensie do odwrócenia porządku, gdyż to swobody nie tylko determinowały rozwój tego procesu integracji, ale nawet zaczęły wpływać na kształt prawodawstwa, gdyż stanowi ono niejednokrotnie kodyfikację tego dorobku w miejsce odgórnego zaprojektowania samoistnego aktu regulacyjnego. Nie byłoby to oczywiście możliwe bez swoistej opieszałości czy też niechęci państw członkowskich do uchwalania kluczowych aktów prawnych, co wymuszało rozstrzygnięcie o najbardziej fundamentalnych problemach integracji gospodarczej oraz prawach podmiotowych jednostek w oparciu o ogólne gwarancje traktatowe i tym samym powodowało wypełnianie luk w owym założonym systemie. Szczególnie przemawiającymi do wyobraźni przykładami takiej opieszałości mogą być wieloletnie batalie o przyjęcie rozporządzenia o spółce europejskiej, dyrektywy o usługach na rynku wewnętrznym czy o prawie do leczenia za granicą. Przypadek tego ostatniego aktu jest zarazem najlepszym przykładem wspomnianej kodyfikacji, gdyż to dyrektywa 2011/24/UE w sprawie stosowania praw pacjentów w transgranicznej opiece zdrowotnej stanowi czyste ukoronowanie długoletniego dorobku orzecznictwa.

---

<sup>50</sup> A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 209, w kontekście swobód wyraźnie używa terminu „pogłębianie integracji”. S. Weatherill, *Why harmonise?*, [w:] *European Union Law for Twenty-First Century. Rethinking the New Legal Order*, vol. 2. *Internal Market and Free Movement Community Policies*, eds T. Tridimas, P. Nebbia, Oxford 2004, s. 12. J. Shaw, J. Hunt, Ch. Wallace, *Economic and social...*, s. 12–15. A. Stone Sweet, *The European Court and Integration*, [w:] *idem, The Judicial Construction of Europe*, Oxford 2004, s. 3; G. Davies, *Nationality Discrimination in the European Internal Market*, The Hague 2003, s. 3. Zob. też interesujący artykuł K. Mortelmans, *The Common Market, the internal market and the single market, what's in a market?*, „Common Market Law Review”, 35, 1998, nr 1.

## B. Perspektywa funkcjonalna

Nawet jeżeli dzisiaj funkcjonalizm odbiera się jako nieco archaiczny i w wielu dziedzinach skazany na porażkę, to w pewnym zakresie nadal może on adekwatnie definiować rzeczywistą naturę procesów integracyjnych. Od początku bowiem proponował atrakcyjną alternatywę czy też dosłownie ich „trzecią drogę”, z jednej strony nie zakładając – w przeciwieństwie do federalizmu – tworzenia państwa europejskiego, ale z drugiej w opozycji do konfederalizmu, podważając utrzymanie przez państwa członkowskie wyłącznej mocy sprawczej. Była to próba wzniesienia się ponad klasyczną opozycję państwa narodowego i „Stanów Zjednoczonych” Europy, z założeniem, że prawdziwa integracja może się dokonywać cokolwiek autonomicznie i równolegle wobec tego rodzaju dychotomii. Doceniano go ponadto za niewątpliwy pragmatyzm zarówno co do samej metody integracyjnej, jak i generalnie poszukiwania rozwiązań konkretnych wyzwań zamiast deklarowania szumnych przełomów, co przeciwstawiano idealizmowi federalizmu, choć zdaniem przeciwników funkcjonalizm różni od niego tylko strategia dążenia do ostatecznej federacji europejskiej, a nie ostateczny cel<sup>51</sup>.

Jednak w Unii nie doprowadzono do pełnej integracji politycznej, a zarazem w kontekście swobód, które jak wykazano skutecznie pogłębiają integrację, wydaje się on stanowić interesującą propozycję, zwłaszcza że funkcjonalizm w wydaniu europejskim właśnie w mechanizmach gospodarczych i ich prymacie nad polityką oraz rezygnacji z autarkii upatruje podstawowych funkcji integracyjnych. Dobrze pasuje tutaj założenie urzeczywistniania jedności europejskiej nie poprzez budowanie struktur, a pomnażanie realnych więzi tego rodzaju, gdyż prowadzą one do daleko posuniętej współzależności, która wymusza relacje międzypaństwowe na zupełnie innym poziomie. Zważywszy natomiast, jak daleko idącą ingerencję umożliwiły swobody w wielu dziedzinach pierwotnie niepoddanych kontroli wspólnotowej, np. w sporcie czy systemie ochrony zdrowia publicznego, trudno nie odwoływać się do kojarzonej z funkcjonalizmem koncepcji samorozwoju, samonapędzania, automatycznego rozszerzania procesu integracji czy też efektu „rozlewającego się mleka” (*spillover effect*). To właśnie jej przedstawiciele dowodzili, że zapoczątkowanie współpracy w jednej wybranej dziedzinie powoduje jej dalszy rozwój w wielu innych – cokolwiek automatycznie, a więc niekoniecznie w następstwie rozstrzygnięć politycznych<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> Por. R. Schütze, *On “federal” ground...*, s. 1074 – autor prezentuje stanowisko co do jego aktualności. Zob. A. Marszałek, *Z historii europejskiej idei integracji międzynarodowej*, Łódź 1996, s. 143–147; też M.P. Egan, *Constructing a European Market. Standard, Regulation, and Governance*, Oxford 2001, s. 34.

<sup>52</sup> C.S. Jensen, *Neo-functionalism*, [w:] *European Union Politics*, ed. M. Cini, Oxford 2007, s. 87–92; A. Marszałek, *Z historii europejskiej...*, s. 148–150.

W ujęciu precyzyjnym w omawianym kontekście należałoby odwoływać się przede wszystkim do dorobku neofunkcjonalizmu, który uznawany jest za bliższy integracji regionalnej, lecz w niniejszych rozważaniach różnice pomiędzy nimi nie odgrywają roli pierwszorzędnej. Zważywszy zarazem na zmieniający się charakter europejskich procesów integracyjnych, można zaproponować odejście od ścisłej wierności doktrynie na rzecz przyjęcia pewnego nawiązującego do niej spojrzenia, które można by określić mianem perspektywy funkcjonalnej. Pozwala to także unikać zdarzających się czasem zarzutów, że ten kierunek myślowy ma niewielkie umocowanie teoretyczne. Natomiast warto podkreślać, iż neofunkcjonałiści nie tyle przywiązywali wagę do samoistności procesów gospodarczych, które mają zdominować politykę, ile zakładali ścisłe powiązanie integracji politycznej i ekonomicznej, skutkujące rozwojem opartym na zasadzie powyższego efektu samorozszerzania, także poprzez przekonanie krajowych decydentów politycznych co do nieuchronności zmian i zrzekania się określonych uprawnień<sup>53</sup>.

Oczywiście w Unii, zwłaszcza tą drogą, nie doszło jak dotąd do realizacji prawdziwej integracji politycznej, ale z pewnością trudno kwestionować, iż dzięki swobodom udało się doprowadzić do bardzo daleko idącego samorozwoju<sup>54</sup>. Spowodowały one bowiem podporządkowywanie kontroli wspólnotowej kolejnych obszarów i swoiste przenoszenie na poziom ponadnarodowy decyzji o środkach prawnych z bardzo różnych dziedzin, wymuszając w efekcie współpracę między państwami. Przywołując ponownie ów wpływ dorobku orzeczniczego Trybunału ma kształt legislacji wspólnotowej, można nawet wyciągać wniosek, że w tym zakresie ewentualna instytucjonalizacja jest częściej następstwem takiego praktycznego rozwoju systemu swobód niż odgórnego inicjowania. Nie jest zresztą przypadkiem, że właśnie program budowy rynku wewnętrznego na początku lat 90. był traktowany jako renesans neofunkcjonalizmu, zwłaszcza jako usankcjonowanie pewnej samoistności procesów integracyjnych<sup>55</sup>.

Takie orzeczenia, jak w sprawie *Calfa*<sup>56</sup> czy *Cowan*<sup>57</sup>, pokazują zarazem zakres owego oddziaływania. Na przykład normy gwarantujące swobodę przepływu usług mogły być wykorzystywane w ramach krajowego postępowania karnego do dochodzenia świadczeń dla ofiar przestępstw ewentualnie dla obrony w sprawie o posiadanie narko-

---

<sup>53</sup> A. Marszałek, *Z historii europejskiej...*, s. 150.

<sup>54</sup> C.S. Jensen, *Neo-functionalism...*, s. 89–96, który wyodrębnia nawet tzw. samorozwój polityczny i, właśnie, funkcjonalny.

<sup>55</sup> M.A. Pollack, *Theorizing EU Policy-Making*, [w:] *Making in the European Union*, eds H. Wallace, W. Wallace, M.A. Pollack, Oxford 2005, s. 15.

<sup>56</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 19 stycznia 1999 r. w sprawie C-348/96. Postępowanie karne przeciwko *Donatella Calfa*, Zb. Orz. 1999 I-00011.

<sup>57</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 2 lutego 1989 r. w sprawie 186/87 *Ian William Cowan v. Trésor public*, Zb. Orz. 1989 00195.

tyków. W dalszych rozważaniach zostaną jeszcze przedstawione przykłady „generowania” praw socjalnych w oparciu o ogólne normy gwarantujące obywatelom UE swobodę przepływu osób, a warto jeszcze wspomnieć o usankcjonowaniu nawet podporządkowania kontroli unijnej krajowych zasad nadawania nazwisk dzieciom, jak stało się w sprawie Avello<sup>58</sup>.

Neofunkcjonalizm nie jest niewątpliwie propozycją uniwersalną czy też generalną teorią opisującą cały proces integracji lub odzwierciedlającą całokształt zjawisk zachodzących przez dziesiątki lat w ramach EWG, WE oraz UE. Natomiast adekwatne potwierdzenie znaczenia tej koncepcji w obszarze poddanym obowiązywaniu swobód dowodzi, że dopiero równoległe uwzględnianie obu perspektyw, a więc nie tylko tzw. międzyrządowej, która nie powinna być stawiana w wykluczającej opozycji wobec funkcjonalnej, pozwala całościowo zdiagnozować specyfikę rozwoju tego procesu. O ile w wielu innych sferach nadmierne przekazywanie władzy na poziom ponadnarodowy bywało kwestionowane, o tyle tutaj odbywa się ono bardzo konsekwentnie i właśnie często z pominięciem klasycznych procedur decyzyjnych. Nie oznacza to generalnego przekreślenia roli państw członkowskich, zwłaszcza w harmonizacji jednolitego rynku wewnętrznego, ale szczególnie ta wyjątkowa dziedzina swobód może sugerować ograniczenie ich pierwszorzędnego wpływu. Skoro wpływ ten jest równoważony generowaną przez nie integracją negatywną, przyjmując postać pewnego złożonego mechanizmu jednoczenia rynków narodowych i zapewniania obrotu transgranicznego, musi to rodzić pytania o rolę państw w całym procesie integracji, a szerzej nawiązywać do wyzwań podziału władzy w Unii Europejskiej, co jeszcze wymaga rozważenia. Na pewno ułatwia to zrozumienie, dlaczego nawet przyjęcie i realizacja wspomnianego powyżej ambitnego planu legislacyjnego nie spowodowały rezygnacji z rozwoju Wspólnot w tym zakresie równoległe tą drogą.

W tym kontekście istotne jest podkreślanie przez neofunkcjonalizm, iż ten odbywający się cokolwiek niezależnie proces ma swoich innych „sprawców”, których można by określać mianem ponadpaństwowych oraz „podpaństwowych”. W zakresie jednolitego rynku odnieśli oni niewątpliwy sukces właśnie dzięki wykorzystaniu możliwości, jakie stwarzał powyższy mechanizm, potwierdzając tym samym jego ogromne znaczenie. Tę pierwszą kategorię konstytuują instytucje unijne, które stały się cokolwiek autonomiczne i zdolne do jego samoistnego napędzania. Nadal aktualne w tej dziedzinie uzupełnianie przez nie, a nawet zastępowanie państw w roli sił sprawczych, jest tym bardziej godne podkreślenia w czasach, gdy głosi się renesans już nie tylko modelu mię-

---

<sup>58</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 2 października 2003 r. w sprawie C-148/02 *Carlos Garcia Avello v. państwo belgijskie*, Zb. Orz. 2003 I-11613.

dzyrządowego w ramach jednak organizacji ponadnarodowej, lecz nawet metody dyplomatycznej rodem z klasycznego prawa międzynarodowego. Należy jednak zauważyć, że oparcie się na środkach natury technokratycznej lub sądowej wzmacnia znane zarzuty deficytu demokracji, ale to tylko potwierdza adekwatność perspektywy funkcjonalnej, której przedstawiciele, jak Haas nie byli nadmiernie przywiązani do jej apoteozowania, zwłaszcza jako remedium na zjednoczenie Europy<sup>59</sup>.

Tzw. *supranational governance* kojarzy się zwykle z Komisją Europejską. Z jednej strony występuje ona jako strażnik Traktatów, który kwestionuje działania państw naruszających zasady rynku wewnętrznego, ale z drugiej jest też istotnym neofunkcjonalnym aktorem procesów politycznych w ramach Unii, choć ten drugi nurt bywa częstokroć poskramiany. Natomiast, jak się słusznie podkreśla, słynne orzeczenie w sprawie Cassis de Dijon<sup>60</sup> dowodzi, że przełomowe rozstrzygnięcia zapadały nie tylko wbrew woli władz krajowych, które istotnie musiały zrewidować swoją politykę, odejść od tradycji i oczywiście zrezygnować z protekcyjizmu. Akurat to rozstrzygnięcie wyprzedzało nawet inicjatywy polityczne Komisji i stąd Biała Księga miała być tworzona między innymi pod jego pewnym wpływem<sup>61</sup>.

Dlatego też ową „funkcję” neofunkcjonalną przypisywać należy przede wszystkim Trybunałowi Sprawiedliwości, a jej przejawy są w tym miejscu jedynie zasygnalizowane, i rozwinięte zostaną dalej. Dotyczy to zwłaszcza sposobu wyrokowania, który zdecydowanie nie ogranicza się do rozstrzygnięcia konkretnego problemu, lecz wykazuje znany powszechnie aktywizm służący konsekwentnej budowie zrębów nowego systemu oraz ewidentnemu pogłębieniu integracji. Stało się to dostrzegalne od początku lat 70., chociażby w jednym z najsłynniejszych w kontekście gwarancji swobodnego przepływu towarów orzeczeń, a mianowicie w sprawie Dassonville<sup>62</sup>. Jak powszechnie wiadomo, dotyczyło ono wykładni obecnego art. 34 TFUE, zakazującego nakładania przez władze krajowe ograniczeń ilościowych oraz środków o skutkach równoważnych. Słusznie podkreśla się w literaturze, iż zgodnie z pierwotnymi założeniami jego zakres miał być mocno ograniczony w stosunku do tego, co ostatecznie postanowił Trybunał, który objął nim wszystko, co nawet pośrednio lub bezpośrednio, rzeczywiście bądź potencjal-

---

<sup>59</sup> C.S. Jensen, *Neo-functionalism...*, s. 95.

<sup>60</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 20 lutego 1979 r. w sprawie 120/78, *Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, Zb. Orz. 1979 649 (Cassis de Dijon).

<sup>61</sup> Opis zwiększającej się roli instytucji zob. R.S. Chari, S. Kritzinger, *Understanding EU Policy Making*, London 2006, s. 39–40, 73; A.R. Young, *The Single Market, A New Approach to Policy*, [w:] *Policy-Making in the European Union*, eds H. Wallace, W. Wallace, M.A. Pollock, Oxford 2005, s. 100.

<sup>62</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 11 lipca 1974 r. w sprawie 8/74 *Procureur du Roi v. Benoît i Gustave Dassonville*, Zb. Orz. 1974 837.

nie może stanowić utrudnienie w tym względzie. Owa ocena, która w mniejszym stopniu koncentruje się na charakterze środka, a bardziej na jego ewentualnie negatywnym wpływie na proces integracji, stała się bardzo charakterystyczna dla tego orzecznictwa<sup>63</sup>.

Chociaż zmiany wprowadzone przez Jednolity Akt Europejski mogły sugerować, iż kontynuacja tej roli staje się zbędna, to w praktyce okazało się, że artykuł ten nadal był nieodzowny do zwalczania protekcjonizmu oraz wszelkich środków utrudniających dostęp do poszczególnych rynków krajowych, a nawet przewyższania różnic w obowiązujących tam wymogach prawnych. Oparta na swobodach integracja negatywna w połączeniu z aktywizmem Trybunału oraz promowanie wzajemnej uznawalności miało w tym kontekście ogromne znaczenie, a ze względu na swój charakter prawny oraz przedmiot regulacji normy te, jako podstawa orzekania, okazały się szczególnie predestynowane do odwoływania się do ogólniejszych celów i wartości, gdyż pozostawiały znaczny stopień dyskrekcji. Stąd oparte na nich orzeczenia są często przepojone aksjologią integracyjną, mają tendencję do kreatywnego wykraczania poza utarte schematy, a perspektywa funkcjonalna przydaje się nie tylko do analizy samych tego rodzaju osiągnięć, lecz także dostarcza instrumentów zrozumienia modelu orzekania i wykładni, praktykowanych w tym kontekście<sup>64</sup>.

Odgrywanie przez sędziów roli przypisywanej zwykle innym instytucjom przybrało jeszcze jeden wymiar, wykraczający poza kształtowanie samego modelu integracji, w którym już można wskazywać na zastępowanie ustawodawcy i charakterystycznego procesu negocjacji politycznych w imię jej rozwoju. Co więcej, Trybunał niejako przyznał sobie kompetencję do dokonywania wyborów natury politycznej. Trudno o nich nie wspominać, jeżeli w konkretnych sprawach w oparciu o tak ogólne podstawy należało przesądzać o zakresie wolności gospodarczej i jej ograniczeń oraz wyważać różne interesy i wartości. Dlatego też taką rolę odgrywać zaczęło korzystanie z zasady proporcjonalności, która pozwoliła zarazem badać, czy krajowe władze publiczne, realizując określone cele i polityki, rzeczywiście musiały odwoływać się do określonych środków. Słusznie podkreśla się jednak, że zgodnie z perspektywą funkcjonalną Trybunał, realizując ów z góry założony cel czy też promując integrację, nie w pełni wpisuje się w rolę niezależnego, neutralnego arbitra rozstrzygającego pomiędzy państwami a dzisiejszą Unią czy wymogami liberalizacji przepływu na jednolitym rynku a innymi dobrami. Także w tym rozumieniu odpowiednia wydaje się formuła *in dubio pro communitate*, implikująca w szczególności dostosowywanie rozstrzygnięcia do potrzeb swobód zamiast literalnego przestrzegania norm. Przywoływanie powyższej perspektywy pozwala

---

<sup>63</sup> D. Chalmers, Ch. Hadjiemmanuil, G. Monti, A. Tomkins, *European Union Law*, Cambridge 2006, s. 661–662.

<sup>64</sup> Zob. D. Miąsik, komentarz do art. 26..., s. 505.



więc lepiej rozumieć motywy, jakimi się kieruje Trybunał, a nawet przewidywać kierunek ewolucji orzecznictwa<sup>65</sup>.

Trybunał zarazem ściśle współdziała z drugą wymienianą powyżej kategorią „sprawców” wskazywanych przez neofunkcjonalizm, a więc podmiotami niepaństwowymi. Najczęściej kojarzy się je z różnymi grupami interesu starającymi się uzyskać wpływ na procesy polityczne, co również w Unii niewątpliwie występuje, szczególnie w formie rozbudowanego lobbingu. W omawianym kontekście warto natomiast zwrócić większą uwagę na podmioty prywatne domagające się realizacji gwarancji swobód, głównie w ramach sporów z krajowymi władzami publicznymi. Wielokrotnie dawało to asumpt do inicjowania procedury pytań prejudycjalnych, która zresztą istotnie przyczyniła się do wzrostu znaczenia tych gwarancji oraz rodziła konsekwencje wykraczające poza działanie strony jedynie we własnym interesie. To w tej procedurze ujawniło się znaczenie omawianej w kolejnym punkcie tzw. konstytucjonalizacji norm swobód, gdyż umożliwiła ona sądom państwowym wszystkich instancji nie tylko śmielsze kontrolowanie tzw. środków krajowych, uznawanych za bariery w budowaniu rynku wewnętrznego. Orzekanie w sprawach takich powodów czy skarżących w naturalny sposób sprzyjało uznaniu, że normy te kreują prawa podmiotowe, i to szczególnego rodzaju, wymagające ochrony w danym postępowaniu – także wbrew miejscowemu prawu oraz działaniom władz publicznych i innych uczestników obrotu<sup>66</sup>.

W ramach tej procedury zarazem wydano najśłynniejsze orzeczenia przełamujące generalnie bariery w procesie integracji i dostarczające pretekstu do ustanawiania reguł ogólniejszej, *quasi*-precedensowej natury. Częstokroć na podstawie norm swobód konkretny przypadek był wykorzystywany do tworzenia reguł abstrakcyjnych, określanych chociażby znanym w omawianym kontekście mianem formuł, które następnie były dopiero do niego odnoszone, a także wykorzystywane szerzej – zarówno do innych stanów faktycznych, jak i jako element budowy tzw. linii orzeczniczych, które istotnie wpisują się w omawiany model funkcjonalny. Z formalnego punktu widzenia ani Traktaty, ani sam Trybunał nie posługują się w tym kontekście terminem precedensu ani nie odwołują do reguły *stare decisis* i rzeczywiście owoc aktywności orzeczniczej Trybunału nie do końca pokrywa się z tradycją anglosaską. Nie można jednak zapominać o regulaminowej możliwości odsyłania do poprzednich wyroków w odpowiedzi na pytanie prejudycjalne sądów krajowych. Dorobek w zakresie swobód jest najlepszym chyba przykła-

---

<sup>65</sup> A. Stone Sweet, *The European Court...*, s. 9; M.P. Egan, *Constructing a European...*, s. 83–86; G. Davies, *Abstractness and concreteness in the preliminary reference procedure: implications for the division of powers and effective market regulation*, [w:] *Regulating the Internal Market*, ed. N.N. Shuibhne, Cheltenham 2006. s. 226.

<sup>66</sup> M.A. Pollack, *Theorizing EU...*, s. 16; C.S. Jensen, *Neo-functionalism...*, s. 87–96; M.P. Egan, *Constructing a European...*, s. 87.

dem, iż generalnie w praktyce Trybunał w znacznym zakresie nawiązuje do wcześniejszych rozstrzygnięć i stara się liniami tym zapewnić spójność, niechętnie też odchodzi wyraźnie od nich, modyfikując sposób wykładni lub kształt wypracowanej zasady<sup>67</sup>.

Elementem tego modelu jest także dążenie do starannego uzasadniania odmienności okoliczności leżących u podstaw dwóch orzeczeń, mającego uzasadnić, dlaczego muszą być one rozbieżne. Najsłynniejszym tego przejawem było oczywiście powszechnie znane stanowisko w sprawie Keck<sup>68</sup>, w którym Trybunał wskazał z jednej strony, czym różnią się regulacje występujących tam warunków sprzedaży od ocenianych dotąd wymogów wobec towaru, a zarazem ogólnie wskazał powody zawężenia swojej dotychczasowej wykładni obecnego art. 34 TFUE, która była nadużywana przez strony. Także kiedy w postępowaniu w sprawie Schmidbergera<sup>69</sup> skarżący zamierzał skorzystać z „precedensu” w sprawie Komisja v. Francja<sup>70</sup>, potwierdzającego naruszającą ten przepis bezprawność państwa, polegającą na zaniechaniu organów porządku i tolerowaniu blokad dróg przez farmerów, Trybunał dowodził, że ich okoliczności są nieporównywalne, co będzie jeszcze rozważane.

---

<sup>67</sup> G. Davies, *Abstractness and...*, s. 233, analizuje model działania Trybunału, odnosząc go do cech systemu anglosaskiego i kontynentalnego oraz pokazując zapożyczenia z obu, a nie jednoznaczne odwzorowanie tego pierwszego. O roli precedensów w orzecznictwie Trybunału pisze M. Jeżewski, *Między wykładnią a tworzeniem prawa przez Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich*, [w:] *Wykładnia prawa Unii Europejskiej*, red. C. Mik, Toruń 2008, s. 167–171.

<sup>68</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 24 listopada 1993 r. w sprawach połączonych C-267/91, C-268/91. Postępowanie karne przeciwko *Bernard Keck i Daniel Mithouard*, Zb. Orz. 1993 I-06097.

<sup>69</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 12 czerwca 2003 r. w sprawie C-112/00 *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v. Republik Österreich*, Zb. Orz. 2003 I-05659.

<sup>70</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 9 grudnia 1997 r. w sprawie C-265/95 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Francuska*, Zb. Orz. 1997 I-06959.

## ROZDZIAŁ II

### NATURA SWOBÓD

#### 1. KONCEPCJA OGÓLNEJ TEORII SWOBÓD

Przedstawiony powyżej rynek wewnętrzny ustanawia, jak już wskazano, ramy prawne swobód, które należy widzieć w szerszym kontekście ideowym i funkcjonalnym. Pomimo założeń harmonizacyjnych pozostały one kluczem do procesu integracji, a ich oddziaływanie łączy się jeszcze z innymi specyficznymi aspektami i w związku z tym stały się interesującym przedmiotem analizy. Znalazło to potwierdzenie w literaturze, w której można spotkać propozycje badania swobód jako szczególnej instytucji, a także budowania ich swoistej ogólnej teorii – wspólnej dla wspólnego rynku, który wymaga takiego ujęcia chociażby w świetle art. 26 TFUE, obejmującego je wszystkie razem. Wielu autorów uznaje to za niezbędne dla jego właściwego funkcjonowania i stworzenia koherentnego systemu prawnego, zapewniającego realizację rzeczywistego swobodnego przepływu jako takiego, niezależnie od formy aktywności ekonomicznej czy czynnika produkcji<sup>71</sup>.

W powyższym założeniu nie chodzi o zamaskowanie oczywistych różnic i odrębności pomiędzy swobodami, gdyż trudno kwestionować, iż regulują one odmienne czynniki produkcji i w pewnych aspektach muszą cechować się daleko idącą specyfiką regulowanych procesów ekonomicznych. Zestawianie przepływających towarów oraz przemieszczających się jednostek ludzkich jest tego prostym przykładem, a nawet przepływ usług, który często wydaje się podobny do przepływu towarów, zwykle ma z nimi niewiele wspólnego wtedy, gdy łączy się z przekraczaniem granicy przez osoby. Jednakże nie powinno to przekreślać dążenia do formułowania zbiorczego podejścia i spojrzenia na swobody z zewnątrz jako na jedną całość, a więc bez przedstawiania ich odrębnych podstaw prawnych i osobnej charakterystyki, która wraz z wewnętrzną systematyką zostanie przedstawiona dalej. Nie wymaga ono zresztą unifikacji, lecz poszukiwania dających się wyabstrahować wspólnych wzorców i koncepcji leżących u ich

---

<sup>71</sup> O takiej *general theory* mówi np. *Principles of European Constitutional Law*, ed. A. Bogdany, J. Bast, Oxford 2006; o teorii swobód wspomina też Y. Borgmann-Prebil, *The Rule of Reason in European Citizenship*, „European Law Journal”, 14, 2008, nr 3, s. 331; R.C. White, *Workers, Establishment...*, s. 217; taka propozycja zob. też J. Sell, *Goods and Services in EC Law. A Study of the Relationship between the Freedoms*, Oxford 2002; D. Edward, N.N. Shuibhne, *Continuity and Change in the Law Relating to Services*, [w:] *Continuity and Change in EU Law*, eds A. Arnall, P. Eeckhout, T. Tridimas, Oxford 2008, s. 253.

podstaw, które pozwalają traktować je jako części całości, jednak bez zbędnych zróżnicowań zaciemniających obraz. Umożliwia to zresztą także podejście Trybunału Sprawiedliwości, wpływającego na treść oraz charakter prawny i strukturę systemu prawnego rynku wewnętrznego<sup>72</sup>.

Formułowanie ogólnej teorii swobód jest ściśle związane z ideą ich postępującej konwergencji, która wymaga oczywiście dokonania systematyzacji, ale w tym miejscu warto wskazać na jej wstępne założenia<sup>73</sup>. Od dawna można bowiem dostrzec w orzecznictwie tendencję do podkreślania zbliżania się swobód, a nawet minimalizowania znaczenia ich samodzielności, co może powodować, że stopniowo konieczność zadeklarowania wyboru tylko jednej z dotyczących ich norm zacznie być traktowana w wielu przypadkach jako drugorzędna. Już w rozstrzygnięciu w sprawie Royer<sup>74</sup> na tle stosowania ograniczeń podyktowanych względami ochrony porządku publicznego Trybunał wskazywał, że nie ma znaczenia, czy dana osoba jest zatrudniona czy samo zatrudniona. Właśnie w takich sprawach widać postępującą zbędność dokonywania rozróżnienia swobód w praktyce i ich konstrukcyjne zbliżanie się, co wymaga analogicznego podejścia czy też swoistego paralelizmu. Wykładnia rozumienia tego rodzaju wyjątków, mających takie samo brzmienie we wszystkich swobodach, była zresztą jednym z pierwszych obszarów, gdzie to się ujawniło, gdyż rzeczywiście trudno traktować skrajnie odmienne zagrożenie chronionych przez nie dóbr, nawet jeżeli przedmiotowa działalność nie jest tożsama<sup>75</sup>.

Szczególnie w odniesieniu do wszelkiej aktywności ekonomicznej jednostek, coraz częściej zbiorczo traktowana jest zwłaszcza swoboda przepływu pracowników, przedsiębiorczości i świadczenia usług, co prowadzi orzecznictwo do zbliżonych konkluzji. Kładą one nacisk na ogólne ułatwianie w podejmowaniu przez obywateli UE wszelkiego rodzaju transgranicznej działalności profesjonalnej na obszarze UE oraz zwalczanie środków mogących postawić ich w mniej korzystnym położeniu właśnie z tego powodu, prowadząc do powszechnego prawa do podejmowania i wykonywania zawodu w innym państwie członkowskim, bez różnicowania odnoszącego się do poszczególnych swobód. Dlatego też przyjęło się, iż przepisy krajowe wpływające negatywnie na rynek wewnętrzny należy

---

<sup>72</sup> Y. Borgmann-Prebil, *The Rule of...*, s. 332.

<sup>73</sup> Konwergencja jest z pewnością bardzo popularna, np. P. Oliver, M. Jarvis, *Free Movement of Goods in the European Community*, London 2003<sup>4</sup>, s. 10.

<sup>74</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 8 kwietnia 1976 r. w sprawie 48/75 *Jean Noël Royer*, Zb. Orz. 1976 00497.

<sup>75</sup> A. Arnall, *The European Union and its Court of Justice*, Oxford 2006<sup>2</sup>, s. 498. Jako przykład literatury rozważającej „paralelizm”: R.C. White, *Workers, Establishment...* Zob. też A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 124, i dokonany tam przegląd poglądów zwolenników i przeciwników wspólnego podejścia..

oceniać z perspektywy wszystkich swobód, na podstawie których osoby mogą być aktywne, i nie ma znaczenia, czy zainteresowany ma status pracownika, samozatrudnionego czy usługodawcy<sup>76</sup>. W takim ujęciu ewentualne różnice nie są maskowane, tylko stają się drugorzędne, i dlatego często może nie mieć znaczenia, którą ze swobód się wybierze do uprawiania aktywności, zwłaszcza że szczególnie na początku może być wątpliwe, czy zamiarem osoby osiedlającej się w innym państwie będzie zatrudnienie czy działalność na własny rachunek. Jak pokazuje doświadczenie, nie stanowi to przeszkody przede wszystkim w odniesieniu do samego prawa pobytu, które zdaniem Trybunału w obu przypadkach może przysługiwać w równym stopniu<sup>77</sup>.

Warto natomiast zwrócić uwagę na podejście Trybunału do zakresu dopuszczalnych ograniczeń swobód, co sprowadza się do jednego z najbardziej kluczowych pytań, czy państwu wolno je nakładać, o ile tylko nie różnicują ze względu na pochodzenie państwowe osoby lub rzeczy. Pierwotnie tylko przepływ towarów wydawał się oparty na zakazie wszelkich barier negatywnie wpływających na wymianę – niezależnie, czy traktują towary krajowe i obce w taki sam sposób, czy nie. Trybunał nie poprzestawał więc tylko na wykluczaniu ograniczeń dyskryminujących, co wydawało się towarzyszyć swobodom związanym z przepływem osób, ale to uległo zmianie w latach 90. Z takich orzeczeń, jak *Bosman*<sup>78</sup>, *Säger*<sup>79</sup> czy *Gebhrad*<sup>80</sup>, można było już wywieść wnioski o przyję-

<sup>76</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (szósta izba) z dnia 20 maja 1992 r. w sprawie C-106/91 *Claus Ramrath v. Ministre de la Justice*, przy udziale *l'Institut des réviseurs d'entreprises*, Zb. Orz. 1992 I-03351.

<sup>77</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (trzecia izba) z dnia 5 lutego 1991 r. w sprawie C-363/89 *Danielle Roux v. Państwo belgijskie*, Zb. Orz. 1991 I-00273; M. Kożuch, *Swoboda świadczenia usług w Unii Europejskiej*, cz. 4, [w:] *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, red. J. Barcz, Warszawa 2011, s. IV-7; D. Miąsik, komentarz do art. 26..., s. 510. Warto tu przywołać dwa – z wielu – orzeczenia: wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 27 stycznia 2000 r. w sprawie C-190/98 *Völker Graf v. Filzmoser Maschinenbau GmbH*, Zb. Orz. 2000 I-00493; oraz wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 26 stycznia 1999 r. w sprawie C-18/95 *F.C. Terhove v. Inspecteur van de Belastingdienst Particulieren/Ondernemingen buitenland*, Zb. Orz. 1999 I-00345. W.-H. Roth, *Export of Goods and Services within the Single Market: Reflections on the Scope of Articles 29 and 49 EC*, [w:] *European Union Law for Twenty-First Century. Rethinking the New Legal Order*, vol. 2. *Internal Market and Free Movement Community Policies*, eds T. Tridimas, P. Nebbia, Oxford 2004, s. 35; D. Chalmers, Ch. Hadjiemanuil, G. Monti, A. Tomkins, *European Union...*, s. 705.

<sup>78</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 15 grudnia 1995 r. w sprawie C-415/93 *Union royale belge des sociétés de football association ASBL v. Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA v. Jean-Marc Bosman i inni*, oraz *Union des associations européennes de football (UEFA) v. Jean-Marc Bosman*, Zb. Orz. 1995 I-04921.

<sup>79</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 25 lipca 1991 r. w sprawie C-76/90 *Manfred Säger v. Dennemeyer & Co. Ltd.*, Zb. Orz. 1991 I-04221.

<sup>80</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 30 listopada 1995 r. w sprawie C-55/94 *Reinhard Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, Zb. Orz. 1995 I-04165.

ciu tej dalej idącej, a zarazem wspólnej koncepcji i jednolitych standardów traktowania swobód w tym zakresie. W tym ostatnim orzeczeniu Trybunał zajmował się zarazem generalnie środkami krajowymi mogącymi utrudniać lub zniechęcać do korzystania z wszystkich podstawowych swobód, a nie jednej wybranej, i w takim zbiorczym podejściu zaproponował również warunki, jakie muszą one spełniać. Na kształt tych warunków istotny wpływ miała zasada proporcjonalności stanowiąca instrument kontroli tych ograniczeń, a jej model stosowania we wszystkich swobodach także okazał się wspólny.

Problemy ujawniające się w powyższych rozstrzygnięciach wskazują zarazem, jakie aspekty uznać należy za kluczowe w proponowanej teorii ogólnej, gdyż nie musi to być już ogólnie fundamentalna dla przyszłości Europy rola integracyjna swobód. Wydaje się, że w omawianym kontekście pierwszorzędne znaczenie ma ich rola regulatora specyficznego układu stosunków na rynku wewnętrznym. Pojawia się tu zresztą kilka „konstelacji”, a więc zarówno relacje pomiędzy Unią a państwami członkowskimi, jak i pomiędzy jednostkami a państwami czy też ogólniej z władzą publiczną oraz między samymi jednostkami. Swobody powinny być więc zarazem analizowane nie tylko jako zwykłe postanowienia traktatowe, lecz także z perspektywy uzyskanego statusu praw podmiotowych, mających zresztą otwartą naturę oraz służących ogólniejszej funkcji rozstrzygania sporów pomiędzy interesem indywidualnym i zbiorowym.

Równocześnie już przywołane powyżej orzeczenia mogą dowodzić, że tworzenie wspólnej konceptualnej bazy swobód przydaje się do sprecyzowania wspólnego wzorca kontroli środków krajowych zagrażających integracji na rynku wewnętrznym, do której są one przecież chętnie wykorzystywane. O ile to, co pojawia się w takich przypadkach najpierw, a więc zakres zakazu adresowanego do władz krajowych, wydaje się specyficzne dla każdej ze swobód – na przykład co do zatrudnienia, przedsiębiorczości czy handlu, o tyle sam model kwalifikacji takiego środka, jako mieszczącego się w tym zakazie ze względu na jego konstytutywne elementy, okazuje się zbieżny. Właśnie w imię tego zastosowania analiza swobód jako instrumentów ochrony prawnej stawała się wspólna i wymagała rozstrzygnięcia, czy ma nastąpić jedynie odwołanie się do zwalczania dyskryminacji, czy sięgać kontroli środków nieróżnicujących ze względu na pochodzenie państwowe, które jednak stanowią utrudnienie w swobodzie aktywności ekonomicznej. Także zakres wyjątków i derogacji, a więc zestaw wspólnych przesłanek ochrony interesu ogólnego oraz sposób ich stosowania czy też usprawiedliwiania owych ograniczeń swobód, zaczął podlegać daleko idącej konwergencji, co sprzyjało zresztą usankcjonowaniu tego wspólnego testu proporcjonalności i związanego z tą zasadą jed-

nolitego modelu tzw. wyważania wartości<sup>81</sup>. Wymaga to oczywiście staranniejszej analizy, która zostanie dokonana w części drugiej niniejszego opracowania.

Interesujący wydaje się zarazem sposób wypracowania owego wspólnego podejścia, który miał charakter oddolny, często polegający na próbach wykorzystania dorobku jednej ze swobód i przenoszenia go na poziom ogólniejszy, a więc wykorzystania w pozostałych. Było to dostrzegalne chociażby w „rozpropagowaniu” zasady wzajemnej uznawalności oraz katalogu wymogów imperatywnych ochrony interesu ogólnego, stanowiących podstawę wprowadzania wspomnianych ograniczeń niedyskryminujących. Jak będzie jeszcze rozważane, chociaż czasem jest to kwestionowane, za ich źródło uznaje się zwykle orzeczenie w sprawie Cassis de Dijon, które usankcjonowało je w zakresie swobody przepływu towarów, stając się jednak zarazem istotnym punktem odniesienia. Łączy się to zresztą z zagadnieniem zróżnicowania czasu liberalizacji poszczególnych swobód, gdyż proces integracji miał charakter etapowy, a właśnie ta obejmująca towary rozwinęła się jako pierwsza i stąd też jej dorobek koncepcyjny dostarczył zrębów wykorzystanych następnie w rozstrzygnięciach dotyczących pozostałych. Z biegiem czasu natomiast bardziej zaawansowane okazały się swobody związane z przepływem osób, ale właśnie w tym wypadku zjawisko przenoszenia ujawniło się ze szczególną mocą, czemu sprzyjało nadanie wyjątkowego umocowania jednostkom w każdej z nich poprzez wprowadzenie obywatelstwa UE. Ochrona ich praw zaczęła bowiem być traktowana zbiorczo, niejako niezależnie od rodzaju aktywności.

Z drugiej strony trudno nie zauważyć, że jedna z najżywszych dyskusji w historii teorii swobód dotyczyła możliwości przenoszenia na grunt innych swobód dorobku orzeczenia w sprawie Keck. Wymaga to jeszcze analizy, ale w już w tym miejscu należy wskazać, iż chodziło o powszechniejsze wykorzystanie zastosowanego w ramach swobody przepływu towarów podziału na tzw. wymogi wobec towarów oraz wymogi konieczne. Okazało się to jednak ostatecznie trudne do realizacji, co pokazuje, że z jednej strony sama metoda leżąca u podstaw konwergencji była uważana za naturalną, ale zarazem nie może być stosowana w sposób nieograniczony<sup>82</sup>.

Z pewnością więc owo „przenoszenie” będzie pełniejsze tam, gdzie występuje zbieżność wynikająca z natury poszczególnych czynników produkcji objętych integracją i charakteru założonej liberalizacji. To oczywiście uzasadnia dokonywanie swoistej systematyki swobód w kolejnych punktach niniejszego opracowania oraz wewnętrznych

---

<sup>81</sup> Tak postrzega to G. Davies, *Nationality Discrimination...*, s. 4–6. On też dokonuje przeglądu prac wielu autorów i na tej podstawie dowodzi konieczności widzenia zbiorczego i budowania owego *common conceptual framework*.

<sup>82</sup> Potwierdzeniem tego jest wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 10 maja 1995 r. w sprawie C-384/93 *Alpine Investments BV v. Minister van Financiën*, Zb. Orz. 1995 I-01141.

podziałów w ramach wspólnej, całościowej kategorii. Jej uniwersalnych elementów stycznych nie można już kwestionować, wykluczając jednak automatyzm podejścia i akceptując granice „upodabniania się”, gdyż konwergencja niewątpliwie obejmuje wszystkie swobody, ale nie może być jednolita i pełna w ramach każdej z nich. Oznacza to dopuszczanie swoistych subkategorii czy też „subteorii” – zgodnie nawet z już wskazanymi odrębnościami i zbieżnościami, a więc jeszcze głębszych powiązań pomiędzy niektórymi swobodami, które dopiero razem składają się w jedną całość<sup>83</sup>.

Co ciekawe, jednak w tym zakresie spotkać można różne często sprzeczne propozycje czy też przesłanki kategoryzacji, uzasadniające odmienne podejścia. Z jednej więc strony uwypukla się specyfikę formuły Kecka i swobody przepływu towarów, np. wobec przepływu usług, a z drugiej np. opinia 1/94<sup>84</sup> Trybunału może być widziana jako starająca się objąć te dwie swobody jednym modelem, traktowanym jednak jako odrębny od obejmujących inne swobody. Natomiast zakres zastosowania tzw. horyzontalnego skutku bezpośredniego również nie musi pokrywać się z innymi podziałami, skoro jest kwestionowany chociażby w przypadku przepływu towarów. Wydaje się to jednak potwierdzać wtórność tego rodzaju rozgraniczeń oraz zasadność podtrzymania idei wspólnej teorii, przechodzącej do porządku nad wieloma różnicami.

Uznanie takiej teorii ma ponadto znaczenie dla usankcjonowania pojęcia wspólnej konstrukcji prawnej swobód, uzasadniającego ustalenie i analizę ich struktury normatywnej rozumianej jako całość<sup>85</sup>. Samo odnoszenie pojęcia konstrukcji do prawa i wolności człowieka ma już charakter utrwalony w teorii prawa<sup>86</sup> i często pojawia się w tym kontekście założenie badania struktury uprawnienia. W. Lang w swojej pracy *Zarys analitycznej teorii uprawnienia* dokonywał klasyfikacji uprawnień, wprowadzając strukturalne kryterium ich podziału – na uprawnienia proste i złożone, a więc tworzące pewien kompleks<sup>87</sup>. Także stosowany m.in. przez Alexego podział norm na reguły i zasady odwołuje się do analizy ich struktury, obejmującej zresztą także opis modelu ich realizacji. To ona pozwala dojść do znanej już konkluzji, iż normy zaliczane

<sup>83</sup> J. Shaw, J. Hunt, Ch. Wallace, *Economic and social...*, s. 153; pełnej konwergencji przeciwstawia się L.W. Gormley, *The Genesis of the Rule of Reason in the Free Movement of Goods*, [w:] *Rule of Reason. Rethinking another Classic of European Legal Doctrine*, ed. A. Schrauwen, Groningen 2005, s. 25.

<sup>84</sup> Opinia Trybunału Sprawiedliwości z dnia 15 listopada 1994 r., opinia 1/94, Zb. Orz. 1994 I-05267.

<sup>85</sup> W.-H. Roth, *Export of Goods...*, s. 35; *European Fundamental Rights and Freedoms*, ed. D. Ehlers, Berlin 2007, s. 182.

<sup>86</sup> L. Wiśniewski takim terminem posługuje się już w tytule, zob. *idem*, *Prawo a wolność człowieka – pojęcie i konstrukcja prawa*, [w:] *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, red. L. Wiśniewski, Warszawa 1997.

<sup>87</sup> W. Lang, *Zarys analitycznej teorii uprawnienia*, „Studia Prawnicze”, 1985, z. 3–4, s. 160.



do zasad w tym rozumieniu jako tzw. nakazy optymalizacyjne znajdują zastosowanie, ale ograniczone – mogą być realizowane tylko do pewnego stopnia, co wydaje się także trafnie opisywać swobody<sup>88</sup>. Generalnie więc cały tego rodzaju aparat pojęciowy może w sposób zasadny być wykorzystywany w omawianym zakresie i jest to warte wypunktowania, zwłaszcza że znajduje zastosowanie w literaturze poświęconej analizie norm swobód<sup>89</sup>.

Rodzi to oczywiście pytanie, jak należy rozumieć pojęcie konstrukcji prawnej swobód, a zwłaszcza jakie jej aspekty trzeba uznać za szczególnie godne uwagi, co w tym miejscu może zostać jedynie wstępnie skatalogowane. Zważywszy na ich funkcje, raczej nie należy koncentrować się na prostym przenoszeniu na ten grunt analizy formalnej. Oczywiście, co do zasady wydaje się ona godna uwagi i warto patrzeć na normy swobód przez pryzmat podziału Langa, zaliczając je do uprawnień złożonych, a więc odnoszących się co najmniej do dwóch normatywnie wyróżnionych rodzajów zachowań, przypisywanych jednemu podmiotowi uprawnionemu, i zrelatywizowanych do dwóch różnych reguł postępowania. Nie pozwala to jednak na sięganie do determinantów bezpośrednio związanych ze specyfiką swobód oraz ich rolą w procesie integracji i ochronie praw podmiotowych, gdzie szczególne znaczenie ma oddziaływanie proporcjonalności, niedyskryminacji czy wzajemnej uznawalności. Bliższe temu może być ewentualnie rozumienie struktury normy proponowane we wspomnianej analizie Alexego.

Nie przekreśla to natomiast uwzględniania także w tych ramach zarówno podmiotów uprawnionych i zobowiązanych, jak i specyfiki łączących je praw i obowiązków. W ujęciu szerokim aspekt podmiotowy pozwala odnosić się do ogólnego statusu jednostki na podstawie swobód, a aspekt przedmiotowy – objąć kluczowe zagadnienie zakresu swobód, zarówno dopuszczalnej wolności, jak i ograniczeń oraz nawet postulat dotyczący modelu stosowania tych norm traktatowych, rozumiany jako reguły korzystania z wynikających z nich praw i obowiązków. W wymiarze konkretniejszym natomiast w przypadku norm takiej rangi wskazuje się zwykle na złożony charakter zobowiązań władzy publicznej, które odnoszą się z jednej strony do działań jej samej – obejmujących zarówno nieingerencję, jak i przyznanie pewnych pozytywnych uprawnień, oraz z drugiej do powstrzymywania innych przed ewentualnymi naruszeniami. Niektórzy proponują także, aby strukturę takich norm, np. gwarantujących przepływ usług, rozpa-

---

<sup>88</sup> P. Tuleja, *Normatywna treść praw jednostki w ustawach konstytucyjnych RP*, Warszawa 1997, s. 64; M. Błachut, *Pojęcie prawa podmiotowego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Problemy bezpieczeństwa prawnego z perspektywy teorii i filozofii prawa*, red. J. Jabłońska-Bonca, J. Guść, „Gdańskie Studia Prawnicze” IX, 2002.

<sup>89</sup> Y. Borgmann-Prebil, *The Rule of...*, s. 332, stosuje termin „structure” w kontekście swobód.

trywać jako obejmującą nie tylko same prawa i obowiązki, jakie na tej podstawie powinny przysługiwać beneficjentom, lecz także stanowiącą podstawę tzw. warunków regulacyjnych, na jakich konkretna swoboda ma być realizowana<sup>90</sup>.

Warto zarazem odwoływać się do propozycji, które traktują wskazany powyżej swoisty ciąg praw i obowiązków jako tylko jeden z poziomów struktury normatywnej. Struktura ta ma posiadać jeszcze bardziej złożony charakter, powodując konieczność powiązania ich z pewnymi dobrami, którym służą, a na poziomie jeszcze wyższym – z wartościami, wokół których same te dobra są zorganizowane. Również w kontekście analizy swobód nie należy pomijać owego niejako podwójnie wyższego porządku, zwłaszcza że znajduje on oparcie w idei konstrukcji praw podmiotowych, która będzie jeszcze omawiana. Jest on zresztą intensywnie obecny w wykładni, jaką stosuje Trybunał Sprawiedliwości – zarówno odczytując głębszy sens swobód, jak i przeciwstawiając im inne dobra i wartości, które w systemie unijnym mają być chronione. Biorąc pod uwagę analizę struktury praw człowieka, gdzie mowa jest chociażby o wolności osobistej czy ochronie socjalnej, także tutaj warto uwzględnić jako element analizowanej struktury swobód z jednej strony wolność gospodarczą, a z drugiej dobra pozaekonomiczne, potwierdzając stanie na straży obu tych czasem przeciwieństw. Z pewnością także w analizie swobód trudno obejść się bez porządku *implicite* aksjologicznego, nawet jeżeli wydawałoby się, iż wartości nie są niezbędne do opisu ich konkretnej treści. One jednak także tutaj mają swoje poczesne miejsce w takiej całościowej strukturze normatywnej i z pewnością nadają głębszy sens, co także wymaga jeszcze rozważenia<sup>91</sup>.

W tym miejscu należy jedynie przypomnieć, że znaczenie wartości w systemie unijnym uległo tylko wzmocnieniu po Traktacie Lizbońskim, który na nowo sprecyzował ich katalog znajdujący chociażby odzwierciedlenie w art. 2 TUE, co nadało powyższym rozważaniom konkretną podstawę traktatową. Dodatkowo w kontekście swobód można jeszcze uwzględnić specyficzną aksjologię integracyjną, która strukturę ową istotnie uzupełnia i determinuje. Jednakże zarazem trudno nie zauważyć, że o ile w wymiarze teoretycznym w takim ujęciu konstrukcyjnym rozróżnianie dóbr i wartości wydaje się bardzo cenne ze względu na możliwość wyodrębniania owych poziomów, o tyle w praktyce działania swobód nie zawsze wydaje się to tak oczywiste. Przykładem może

---

<sup>90</sup> Taką propozycję prezentuje J. Shaw, J. Hunt, Ch. Wallace, *Economic and social...*, s. 141; zebranie zaś głównych elementów konstrukcyjnych np. u H.D. Jarass, *A Unified Approach to the Fundamental Freedoms*, [w:] *Services and Free Movement in EU Law*, eds M. Andenas, W.-H. Roth, Oxford 2003, s. 141 i nast.

<sup>91</sup> C. Mik, *Karta Praw Podstawowych: wyznaczniki standardów ochronnych*, [w:] *Ochrona praw podstawowych w Unii Europejskiej*, red. J. Barcz, Warszawa 2008, s. 68–71 i nast., proponował analizę samej struktury normatywnej oraz jej poziomów – odnosił to do praw człowieka.

być problem z kwalifikacją statusu moralności publicznej, której ochronę w zakresie swobody przepływu towarów przewiduje art. 36 TFUE, gdyż funkcjonalnie jest ona traktowana jako dobro, ale trudno nie dostrzegać owego wyższego, czysto aksjologicznego wymiaru<sup>92</sup>.

## 2. PROBLEMATYKA KONSTITUCJONALIZACJI

Wspomniane już ogólnie zagadnienie konstytucjonalizacji norm swobód stanowi pokłosie specyficznego charakteru prawa rynku wewnętrznego. Wydaje się, że jest to prawo publiczne, które może być wyodrębniane w ramach systemu prawa Unii Europejskiej ze względu na wyjątkową rolę integracji negatywnej, wpływ na krajowe ustawodawstwa oraz bardzo rozwinięte bezpośrednie stosowanie w sprawach indywidualnych tego rodzaju norm traktatowych. Jest to porządek prawny oparty z jednej strony na idei rządów prawa, a z drugiej szczególnie zdeterminowany wskazanymi już celami integracyjnymi, wykraczającymi poza model organizacji międzynarodowej, jak również paradygmatem ekonomicznym. Nawet jeżeli nie jest to powszechnie akceptowane, obecnie nie budzi już raczej zdziwienia utrwalony pogląd, że system unijny istotnie odbiega od klasycznego porządku międzynarodowego, ewoluując w stronę systemu konstytucyjnego z wszystkimi tego konsekwencjami, co stanowić ma następstwo przypisywania jeszcze Traktatowi EWG charakteru „ekonomicznej konstytucji” tej organizacji. Zważywszy oczywiście na opory, jakie rodziła sama idea Traktatu Konstytucyjnego, nie chodzi tu o porównywanie chociażby obecnego TFUE z prawdziwą konstytucją ani samej Unii z państwem, lecz wskazanie na pewne istotne cechy jego postanowień, które rzutują na charakter norm swobód. Warto zresztą zwrócić uwagę na koncepcję tzw. wielopoziomowego konstytucjonalizmu, która zakłada, iż normy o charakterze konstytucyjnym nie muszą występować jedynie na poziomie państwowym<sup>93</sup>.

---

<sup>92</sup> A. Cieśliński, *Wartości Unii Europejskiej jako wartości konstytucyjne*, „Przegląd Prawa i Administracji”, 2012, nr 91.

<sup>93</sup> Rozważania o konstytucjonalizacji przywołane w tym akapicie i w kolejnych zob. R. Lane, *The internal market and the individual*, [w:] *Regulating the Internal Market*, ed. N.N. Shuibhne, Cheltenham 2006, s. 258; A. Stone Sweet, *The European Court...*, s. 19; A. Wróbel, komentarz do art. 1..., s. 147; J. Shaw, J. Hunt, Ch. Wallace, *Economic and social...*, s. 25; V. Zeno-Zencovich, N. Vardi, *European Union Law...*, s. 250. O wielopoziomowości oraz ogromnym znaczeniu przypisywanym miejscu jednostek w tym systemie pisze P. Policastro, *A new Garment for an Old Question: “A Clash between Man’s Rights and Citizens” Rights in the Enlarged Europe*, [w:] *Nordic and Other European Constitutional Traditions*, ed. J. Nergelis, Leiden–Boston 2006, s. 67–87. Zob. też wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 23 kwietnia 1986 r. w sprawie 294/83 *Parti écologiste „Les Verts” v. Parlement Europejski*, Zb. Orz. 1986 01339, w którym Trybunał stwierdził, że Traktat ma „nature of a constitutional

Przypisanie systemowi unijnemu powyższego charakteru wpisuje się oczywiście w perspektywę funkcjonalną, a także nadaje odpowiedni wymiar znoszeniu barier w wymianie. Należy również przypomnieć, iż to właśnie ramy konstytucyjne są właściwe dla wolności gospodarczej jako zasady – tu także może ona determinować ustrój gospodarczy Unii. Zgodnie z pierwotnymi założeniami jako podstawa swobód wolność gospodarcza miała uzasadniać ich liberalny wymiar, a zwłaszcza traktowanie jako instrumentu walki z ograniczeniami aktywności gospodarczej, ze szczególnym naciskiem na eliminację protekcjonizmu, co dzięki temu otrzymało umocowanie konstytucyjne. O ile więc prawo wspólnotowe nie zawsze miało być wolne od idei interwencji rynkowej, o tyle – jak już wskazano – właśnie w kontekście swobód akurat to założenie uzyskiwało priorytet, i to o tak dużej randze. Oczywiście, jak już wskazano, nawet odwoływanie się do wolności nie wykluczało sankcjonowania ich ograniczeń podyktowanych koniecznością ochrony innych wartości, co jest wpisane w samą jej istotę.

Idea ekonomicznej konstytucji stała się pretekstem do formułowania koncepcji tzw. ekonomicznego konstytucjonalizmu, którą kojarzy się przede wszystkim z nadaniem owym normom traktatowym statusu podstawy praw podmiotowych rangi konstytucyjnej. Ma jej towarzyszyć inna idea – tzw. ekonomicznego supranacjonalizmu, który dla odmiany koncentruje się na podziale władzy pomiędzy różnymi uczestnikami procesu integracji w ramach UE, a zwłaszcza pomiędzy państwami członkowskimi a Unią – ponadnarodowym centrum a częściami składowymi. Jednakże oba te zagadnienia wydają się mieścić w szeroko rozumianych rozważaniach natury konstytucyjnej, zwłaszcza w takiej formie zaawansowanej organizacji, jaką tworzy Unia, gdzie pytania o te relacje stają się nie mniej ważne od ochrony praw podstawowych jednostek. Przyjęcie takiego założenia oznacza, iż pojęcia konstytucjonalizacji swobód można by używać w obu kontekstach, a więc zarówno jako podstawy uprawnień szczególnej natury, jak i właśnie instrumentu dystrybucji władzy, co poniżej zostanie jedynie ogólnie scharakteryzowane<sup>94</sup>.

## **A. Fundamentalny charakter swobód**

Z procesu konstytucjonalizacji swobód wywodzić można ich fundamentalny charakter, który co prawda nie został wyraźnie określony w Traktatach, ale od dawna był

---

charter<sup>93</sup>, a więc tzw. ekonomicznej konstytucji – wspomina o tym, podając też literaturę, W.-H. Roth, *Export of Goods...*, s. 33.

<sup>94</sup> D. Chalmers, Ch. Hadjiemmanuil, G. Monti, A. Tomkins, *European Union...*, s. 662, starannie rozważa ekonomiczny konstytucjonalizm oraz supranacjonalizm właśnie w kontekście gwarancji swobodnego przepływu towarów.

potwierdzany przez orzecznictwo Trybunału i literaturę<sup>95</sup>. Trybunał sankcjonuje ich szczególną rangę i status jako podstawy systemu unijnego oraz zasady prawnej, także w rozumieniu Dworkina i Alexego, jak również znaczenie dla realizacji wolności gospodarczej i innych idei leżących u podstaw całego procesu integracji. Takie ujęcie nie pozostawia ponadto wątpliwości, że za prostą gwarancją, np. swobodnego przepływu towarów, kryje się coś o wiele dalej idącego, co nie ogranicza się nawet do niezwykle ważnego ustanowienia rynku wewnętrznego. Uzasadnia to zarazem specyficzny model stosowania i interpretacji norm swobód, który ma istotny wpływ na istnienie, wymagającego jeszcze przedstawienia, tzw. mechanizmu swobód<sup>96</sup>.

To fundamentalny charakter równocześnie stanowi istotną determinantę funkcji, jakie pełnią swobody, kojarzonych przede wszystkim z rolą w indukowaniu procesu integracji, która – jak już wskazano – pozostaje aktualna mimo wprowadzania prawa wtórnego. Swobody wymusiły także poważne ograniczanie kompetencji państw członkowskich oraz akceptację daleko idącej ingerencji w funkcjonowanie gospodarek narodowych. Natomiast, jak już wskazywano, kluczowego znaczenia w omawianym kontekście nabrało właśnie traktowanie swobód jako instrumentu ochrony prawnej, co należy widzieć przez pryzmat przypisania wyjątkowej roli jednostce w systemie unijnym, mimo że jako obywatel jednego z państw członkowskich podlegać powinna przede wszystkim jego władzy suwerennej, co bywa nawet określane jako tzw. *person-based approach*. Swobody urastają do rangi kluczowego elementu gwarancji poszanowania indywidualnego wyboru, służącego ochronie osobistej autonomii i wolności oraz indywidualnej różno-

<sup>95</sup> A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo...*, s. 39–47. Por. N. Emiliou, *The Principle of Proportionality...*, s. 116. Zob. np. wyrok Trybunału Sprawiedliwości (druga izba) z dnia 13 grudnia 1989 r. w sprawie C-49/89 *Corsica Ferries France v. Direction générale des douanes françaises*, Zb. Orz. 1989 04441; w kontekście swobody przepływu towarów Trybunał posługiwał zwrotem „fundamental Community provisions” – i ono jest najczęściej przytaczane; albo alternatywnie zamiast „provision” (postanowienie) *fundamental freedom* w wyroku z dnia 22 stycznia 2002 r. w sprawie C-390/99 *Canal Satélite Digital SL v. Administración General del Estado*, przy udziale *Distribuidora de Televisión Digital SA (DTS)*, Zb. Orz. 2002 I-00607; także wobec innych swobód: usług – wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 3 października 2000 r. w sprawie C-58/98 *Josef Corsten*, Zb. Orz. 2000 I-07919; wyrok Trybunału Sprawiedliwości (pierwsza izba) z dnia 14 października 2004 r. w sprawie C-36/02 *Omega Spielhallen- und Automatenanstaltungs-GmbH v. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, Zb. Orz. 2004 I-09609; pracowników – wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 28 października 1975 r. w sprawie 36/75 *Roland Rutli v. Ministre de l'intérieur*, Zb. Orz. 1975 01219; przedsiębiorczości – wyrok Trybunału Sprawiedliwości (piąta izba) z dnia 13 kwietnia 2000 r. w sprawie C-251/98 *C. Baars v. Inspecteur der Belastingen Particulieren/Ondernemingen Gorinchem*, Zb. Orz. 2000 I-02787; kapitału – wyrok Trybunału Sprawiedliwości (szósta izba) z dnia 15 maja 2003 r. w sprawie C-300/01 *Doris Salzmann*, Zb. Orz. 2003 I-04899; oraz wyrok Trybunału Sprawiedliwości (pierwsza izba) z dnia 15 lipca 2004 r. w sprawie C-315/02 *Anneliese Lenz v. Finanzlandesdirektion für Tirol*, Zb. Orz. 2004 I-07063.

<sup>96</sup> Orzeczenia, w których wykorzystywana jest ta terminologia, przytacza A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 106.

rodności i niezależności. Wiąże się to z ich ujęciem podmiotowym, a także dodatkowo wzmacnia skojarzenie z prawami podstawowymi w UE<sup>97</sup>.

Warto więc na początku rozważyć odmienność obu tych kategorii, pomijając omawianie samego znaczenia i statusu praw podstawowych w systemie unijnym, gdyż jest to problematyka powszechnie znana. Należy zarazem przypomnieć, że ogólna relacja między nimi została już przywołana w kontekście wolności gospodarczej, gdzie wskazano na nadrzędny charakter gwarancji wynikających z art. 15 i 16 Karty Praw Podstawowych w stosunku do traktatowych gwarancji swobód. Już to nie powinno pozostawiać wątpliwości, iż nie są to normy tożsame, o takim samym statusie i randze, zważywszy także na uniwersalny charakter praw podstawowych, który daleko wykracza poza naturę porządku ekonomicznego. Chociaż niewątpliwie można stwierdzić, iż swobody zapewniają realizację wolności przewidzianych w Karcie, której postanowienia wzmacniają ich wykładnię względnie mogą stanowić dla nich przeciwagę w przypadku konieczności ochrony innych praw, zasad lub wolności. Uznając tę oczywistą odrębność, ostrożnie traktować należy poglądy zakładające, iż celem swobód w przeciwieństwie do praw podstawowych nie jest nadal realizacja indywidualnej wolności jednostki, gdyż jest to sprzeczne z samą istotą konstytucjonalizacji. Natomiast jako interesującą przyjąć można koncepcję, iż różnica polega także na kierunku jej ochrony, gdyż o ile prawa podstawowe w systemie unijnym mają być skierowane także, a może nawet przede wszystkim, przeciwko instytucjom unijnym i jej aktom władczym, o tyle z perspektywy jednostek swobody z zasady oddziałują w relacjach z państwem<sup>98</sup>.

Odróżnienia nie ułatwia jednak posługiwanie się przymiotnikiem „fundamentalny” na określenie właśnie praw podstawowych, a w angielskiej i francuskiej wersji językowej także jego wykorzystanie w obecnym tytule Karty, co oczywiście daje się wyjaśnić naturą samego przekładu. Uwzględniając to wyzwanie terminologiczne i korzystając z różnicy, jaka istnieje w języku polskim, warto więc przypisywać swobodom ów bardzo szczególny charakter związany z jego zastosowaniem, który jednak nie może pretendować do statusu przypisywanego gwarancjom z Karty. Inaczej trudno zresztą zrozumieć posługiwanie się przez Trybunał zwrotami „fundamentalne postanowienie” lub „swobo-

---

<sup>97</sup> Tak widzą swobody przez pryzmat konstytucjonalizacji V. Zeno-Zencovich, N. Vardi, *European Union Law...*, s. 252; *Swobodny przepływ pracowników...*, s. II-10. Zob. też P. Oliver, W.-H. Roth, *The Internal Market and the Four Freedoms*, „Common Market Law Review”, 41, 2004, nr 2, s. 407 i nast.

<sup>98</sup> Por. K. Mortelmans, *The relationship between the Treaty rules and Community measures for the establishment and functioning of the internal market – towards a concordance rule*, „Common Market Law Review”, 39, 2002, nr 6, s. 1314; M. Szydło, *Swobody rynku wewnętrznego a reguły konkurencji. Między konwergencją a dywergencją*, Toruń 2006, s. 232; K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze...*, s. 94–98.

da” w tym kontekście, z którego wcale nie wynika ewentualne zrównywanie obu kategorii. Z jednej strony dezawuowałoby to bowiem wyjątkową rangę praw gwarantowanych przez Kartę, a z drugiej mogłoby stanowić podstawę do kwestionowania statusu swobód pod pretekstem niedopuszczalności takiego zrównywania<sup>99</sup>.

Starając się zbliżyć swobody do praw podstawowych, próbowano także wyodrębnić te, które zapewniają przepływ osób, np. pracowników, i tym samym wydają się zapewniać jednostkom gwarancje o analogicznym charakterze, rozumiane jako prawa człowieka. Ma to podkreślać także tzw. ludzki wymiar swobód, które nie mogą już sprowadzać jednostek wyłącznie do czynników produkcji. Natomiast do odrębnej kategorii należałaby chociażby swoboda przepływu towarów, którą trudno byłoby uznać za należącą do takich praw. Rodzi to jednak wyzwanie związane z brakiem koherentnego traktowania swobód jako jednej instytucji, objętej jedną teorią, która mimo wielu różnic podlega w praktyce orzeczniczej zbliżonemu modelowi podejścia Trybunału, nadającego wszystkim swobodom ów szczególny charakter. Zresztą proces ich nadzwyczajnego rozwoju uosabiany przez konstytucjonalizację, który może być kojarzony z jego uzyskiwaniem, odnosi się do wszystkich swobód. Należy to natomiast traktować jako niezależne od analizy swobód jako praw podmiotowych – analiza ta pojawi się jeszcze w tych rozważaniach<sup>100</sup>.

Jak już wskazywano, nie ma zresztą powodu, aby z przywoływanych postanowień Karty w równym stopniu nie wywodzić skonkretyzowanej traktatowej swobody przepływu pracowników, jak i towarów czy kapitału, skoro mowa jest tam także o wolności prowadzenia działalności gospodarczej. Ponadto akurat przypadek przepływu pracowników jest przywoływany szczególnie chętnie, ponieważ ma on stanowić ważny element koncepcji obywatelstwa UE, co jednak w świetle systematyki Karty nie znajduje uzasadnienia, gdyż te jej postanowienia zawarte są w Tytule II poświęconym wolnościom, a prawa obywatelskie zebrano w Tytule V. Tam zresztą w art. 45 Karty znajduje się prawo, które często błędnie utożsamiane jest z tym przepływem, a więc *expressis verbis* swoboda przemieszczania się i pobytu, która zresztą brzmieniem pokrywa się z początkiem artykułu 21 TFUE – na skalę niestosowaną w kontekście samych swobód traktatowych, które nie mają swoich dosłownych odpowiedników w Karcie.

O ile jednak powyższa ranga praw podstawowych wymaga uwzględnienia, o tyle należy równocześnie zwrócić uwagę na to, w jak szczególnej relacji znajdują się obie

---

<sup>99</sup> Kwestia niższej rangi swobód – np. Avbelj M., *European Court...*, s. 67; odmienne stanowisko odnośnie do rangi swobód zajmują S. Besson, A. Utzinger, *Introduction: Future Challenges of European Citizenship – Facing a Wide-Open Pandora’s Box*, „European Law Journal”, 13, 2007, nr 5, s. 577–578.

<sup>100</sup> Por. A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności...*, 106–107; *Swobodny przepływ pracowników...*, s. II-9–11.

kategorii norm. Wykracza ona poza naturalny po Traktacie Lizbońskim, który nadał Kartce charakter wiążący, obowiązek wykładni traktatowych postanowień swobód w zgodzie z jej podstawowymi prawami, wolnościami i zasadami. Może zostać bowiem określona przez pryzmat procesu wspierania i wyważania swobód, co wymaga jeszcze analizy w kontekście zasady proporcjonalności, ale już teraz warto ogólnie to przedstawić. W tym pierwszym przypadku chodzi o wzmacnianie wolnościowego ujęcia swobody i jej szerokiej wykładni dzięki wykorzystaniu praw podstawowych ze względu na to, iż tego rodzaju rozstrzygnięcie jest zasadne jako równocześnie sprzyjające realizacji obu kategorii norm. Jednym z bardziej znanych tego przykładów jest orzeczenie w sprawie *Carpneter*<sup>101</sup>, w którym prawo pobytu członka rodziny obywatela UE, będącego obywatelem państwa trzeciego, nie miało podstaw w prawie wtórnym i zostało wywiedzione z ogólnej traktatowej gwarancji swobody świadczenia usług tego obywatela właśnie dlatego, że została ona wsparta, czy też ujrzana, „w świetle prawa podstawowego do poszanowania życia rodzinnego”<sup>102</sup>.

Jeszcze bardziej interesująca wydaje się sytuacja konfliktu pomiędzy tymi dwoma kategoriami norm. Sposób jego rozwiązywania a właściwie równoważenia nie w pełni wpisuje się w ideę nadrzędności praw podstawowych, co zresztą wielokrotnie wywoływało zarzuty instrumentalnego ich traktowania przez Trybunał Sprawiedliwości. Jego szczególnie interesującego przejawu dostarcza orzeczenie w sprawie *Schmidberger*<sup>103</sup>, którego przedmiotem było niewydanie przez władze austriackie zakazu zgromadzenia, co spowodowało wielogodzinną blokadę ważnego szlaku komunikacyjnego w Austrii i co uznano za naruszenie obecnego art. 34 TFUE, a więc jednej z gwarancji swobodnego przepływu towarów. Jest interesujące, że naczelną przeciwwagą w tym przypadku nie były ogólnie, dopuszczalne jako wyjątki, względy ochrony środowiska i zdrowia publicznego, lecz właśnie prawa podstawowe – zgodnie z ogólnym założeniem, iż niedopuszczalne jest podejmowanie we Wspólnocie środków sprzecznych z ich poszanowaniem. Trybunał wyraźnie wskazał, że ich ochrona może usprawiedliwiać ograniczenie swobód zagwarantowanych traktatem, a w tej sprawie, zezwalając na takie

---

<sup>101</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 11 lipca 2002 r. w sprawie C-60/00 *Mary Carpenter v. Secretary of State for the Home Department*, Zb. Orz. 2002 I-06279.

<sup>102</sup> O. Cherednychenko, *EU Fundamental Rights, EC Fundamental Freedoms and Private Law*, „European Review of Private Law”, 14, 2006, nr 1, s. 55; N. Reich, S. Harbacevica, *Citizenship and Family on Trial: A fairly optimistic overview of recent Court practice with regard to free movement of persons*, „Common Market Law Review”, 40, 2003, nr 3, s. 622–626. Może też się wiązać z przywołaniem prawa do życia rodzinnego wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 17 września 2002 r. w sprawie C-413/99 *Baumbast i R v. Secretary of State for the Home Department*, Zb. Orz. 2002 I-07091.

<sup>103</sup> *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v. Republik Österreich* (C-112/00).



ograniczenie, władze krajowe oparły się na potrzebie poszanowania praw podstawowych i tym samym postępowanie dotyczyło niezbędnego pogodzenia wymogów wynikających z obu gwarancji<sup>104</sup>.

Z jednej więc strony Trybunał nie miał wątpliwości, że sama swoboda przepływu towarów, mimo swojego fundamentalnego charakteru, w pewnych warunkach może być przedmiotem ograniczeń. Ale z drugiej wolność wypowiedzi i zgromadzeń, pomimo iż zostały uznane za główne podwaliny demokratycznego społeczeństwa, również mogą temu podlegać, tj. względem interesu ogólnego, gdyż nie stanowią tzw. prerogatyw o charakterze absolutnym i podlegają ocenie w świetle ich funkcji społecznej. W tym kontekście oczywiście pojawiały się typowe kryteria, a więc wskazujące, że odstępstwa powinny być przewidziane prawem, zainspirowane celami uzasadnionymi w świetle tych przepisów i niezbędne z punktu widzenia demokratycznego społeczeństwa, czyli usprawiedliwione nadrzędną potrzebą społeczną i w szczególności proporcjonalne wobec uzasadnionego celu, który realizują. Natomiast najważniejszy jest nakaz Trybunału, aby wyważyć te interesy i stwierdzić, w świetle ogółu okoliczności sprawy, czy zachowano właściwą równowagę między nimi. Nawijając zaś do zarzutu instrumentalnego traktowania praw podstawowych, warto zauważyć, że nie wszystkie zostały uznane za podlegające jakimkolwiek ograniczeniom, gdyż w tym orzeczeniu Trybunał wskazał, że nie są one dopuszczalne w przypadku tych najbardziej podstawowych, a więc prawa każdego człowieka do życia lub zakazu poddawania torturom i niehumanitarnemu lub poniżającemu traktowaniu albo karaniu.

W świetle powyższego natomiast nie mogło ulegać wątpliwości, że same normy swobód nie mają statusu „zwykłych” postanowień umowy między państwami członkowskimi czy też postanowień o charakterze programowym, stawiających przed organami państwa jedynie ogólne zadania eliminacji ograniczeń w wymianie z innymi państwami, z których realizacji władne są rozliczać wyłącznie instytucje wspólnotowe. Niezależnie od wskazanej rangi ich konstytucjonalizacja powinna być widziana przede wszystkim z perspektywy podmiotowej – jako podstawy praw jednostek określającej możliwość ich postępowania, które chronione są konstytucyjnie i mogą być dochodzone w praktyce, co wiąże się też z wymaganiami szczególnej wykładni oraz wyjątkowej gwarancji skuteczności. W tym miejscu zagadnienie to analizowane jest jako integralny aspekt fundamentalnego charakteru swobód i na poziomie ogólnym, ale wymaga jeszcze

---

<sup>104</sup> Zob. też V. Skouris, *Fundamental Rights and Fundamental Freedoms: The Challenge of Striking a Delicate Balance*, „European Business Law Review”, 17, 2006, s. 236; np. *European Fundamental Rights...*, s. 430.

ponownego przywołania w następnym punkcie koncentrującym się na ich specyfice jako praw podmiotowych i obywatelskich.

Można więc zaznaczyć, że tym samym pełnią one bardzo istotną funkcję instrumentu ochrony – przed różnorodnymi ograniczeniami szeroko rozumianej wolności jednostki na jednolitym rynku, związanymi z odmową, zakazem czy karą za korzystanie ze swobód. Dotyczy to przede wszystkim tych, które narzucane są przez władze publiczne państw członkowskich, oraz ich różnorodne „emanacje” wyposażone w kompetencje władcze, jak np. korporacje zawodowe. Natomiast ochrona ta rozciąga się także na działania podmiotów prywatnych, wywołujące analogiczny skutek, a więc np. dyskryminujące ze względu na przynależność państwową działania pracodawców, instytucji kredytowych, jak również związków sportowych. Słusznie podkreśla się, że przyjęcie takiego modelu miało dramatyczny wpływ na zdolność wszystkich prywatnych uczestników obrotu – handlowców, pracowników, przedsiębiorców – do kwestionowania warunków, na jakich mogą utrzymywać swoją aktywność ekonomiczną, czy też szerzej korzystać z wolności gospodarczej w wymiarze transgranicznym<sup>105</sup>.

Owe środki zapewniania skuteczności ulegały systematycznemu rozwojowi w toku ewolucji systemu unijnego, obecnie składa się na nie cały zestaw środków, których jednostka może używać, korzystając z materialnych gwarancji, jakie zapewniają swobody. Są one powszechnie znane i bardzo popularne w praktyce, a w tym miejscu warto przywołać jedynie skutek bezpośredni oraz ewentualnie automatyczną niestosowalność, umożliwiającą kwestionowanie wadliwych norm krajowych. Stanowi to natomiast dodatkowe uzasadnienie wprowadzenia w tym kontekście użytego już terminu „mechanizm swobód”, gdyż może odzwierciedlać on także całą złożoność ich praktycznych zastosowań oraz sposób korzystania z nich i wywoływanych konsekwencji. Jest to perspektywa modelu działania związanego właśnie ze specyficznym sposobem stosowania i interpretacji oraz dążeniem do eliminacji wszelkich barier. Mechanizm ten wiąże się między innymi ze znacznym potencjałem swobód do ingerencji w systemy krajowe i podważania jego często mających setki lat rozwiązań. Jego uniwersalny charakter nie ogranicza się do samego katalogu wszelkich środków ochrony prawnej, które w tych ramach zostały wypracowane i pozwalać objąć, będące przedmiotem następnego punktu, swoiste zarządzanie różnicami w krajowych regulacjach dotyczących np. wymagań wobec towarów, które stanowią istotną przeszkodę w swobodnym przepływie. Dlatego termin ten będzie się pojawiał w dalszych rozważaniach w różnych kontekstach.

Jak już wskazywano, nie byłoby to możliwe bez dorobku ETS, wzbudzającego zresztą obawy przed ekonomicznym rządem sędziów, usankcjonowanym takim konsty-

---

<sup>105</sup> J. Shaw, J. Hunt, Ch. Wallace, *Economic and social...*, s. 59–63.

tucjonalizmem. Mają oni uzurpować sobie szerokie kompetencje *implicite* polityczne w odniesieniu do obrotu wewnątrz krajowego bez ponoszenia politycznej odpowiedzialności oraz rozstrzygać skomplikowane zagadnienia współczesnego życia społecznego i gospodarczego. Wpływ Trybunału ujawnił się już w słynnym orzeczeniu w sprawie Van Gend & Loos, wydanym na podstawie jednej z gwarancji przepływu towarów, które kojarzy się w szczególności z zasadą skutku bezpośredniego, zapewniającą możliwość dochodzenia wykonania norm swobód przez państwo w postępowaniu administracyjnym i sądowym<sup>106</sup>.

Właśnie w tym rozstrzygnięciu Trybunał zdefiniował zręby systemu wspólnotowego, dowodząc zwłaszcza, iż jest to nowy porządek prawny, którego podmiotami są nie tylko państwa, ale i jednostki uzyskujące w nim indywidualny status oraz bezpośrednio, z pominięciem porządku krajowego, uprawnienia stanowiące ich prawne dziedzictwo. Najistotniejsze w omawianym kontekście było uznanie, że niezależnie od ustawodawstwa krajowego ówczesne prawo wspólnotowe przyznało owe prawa jednostkom, podobnie jak nałożyło na nie obowiązki. Jak wiadomo zarazem podstawa tych praw została ujęta bardzo szeroko, gdyż mają powstawać nie tylko wtedy, gdy wynika to wyraźnie z Traktatu, lecz także w oparciu o zobowiązania nakładane w szczególności na państwa członkowskie. Pozwoliło to na późniejsze ujmowanie swobód jako praw podmiotowych wolnościowych i równościowych, co wcale nie przekreśla ich omawianego wcześniej tzw. wymiaru obiektywnego<sup>107</sup>.

Można uznać, iż ten szczególny status jednostki nadany u zarania procesu integracji doznał ostatecznego ukoronowania w następstwie wprowadzenia obywatelstwa Unii Europejskiej. W takim kontekście także szczególnego wymiaru nabiera proces konstytucjonalizacji oraz widzenie samego fundamentalnego charakteru swobód, a nie ulega wątpliwości, że obywatelstwo wywiera istotny wpływ na rozumienie ich gwarancji. Determinuje zwłaszcza sposób wykładni i stosowania, narzucając twórcze i otwarte podejście do warunków korzystania, a także ograniczania tych praw, które awansowały do rangi i charakteru obywatelskich, co zawsze nakłada szczególne wymogi na sądy i inne władze publiczne. Jest to z pewnością kolejny czynnik pozwalający zrozumieć specyfikę swobód rynku wewnętrznego<sup>108</sup>.

---

<sup>106</sup> M.P. Egan, *Constructing a European...*, s. 86; R. Lane, *The internal market...*, s. 258; D. Chalmers, Ch. Hadjiemmanuil, G. Monti, A. Tomkins, *European Union...*, s. 662.

<sup>107</sup> Analizę swobód z różnych perspektyw zob. *European Fundamental Rights...*, s. 183–193.

<sup>108</sup> M. Dougan, *The constitutional dimension to the case law on Union citizenship*, „European Law Review”, 31, 2006, nr 5, s. 625; D. Kostakopoulou, *European Union Citizenship: Writing the Future*, „European Law Journal”, 13, 2007, nr 5, s. 624.

Bezpośrednio status obywatelski oraz związane z tym konsekwencje wydają się odnoszone tylko do niektórych swobód, a więc przepływu pracowników, przedsiębiorczości oraz świadczenia usług, które wyraźnie przyznają prawa bezpośrednio wszystkim osobom objętym zakresem ich regulacji. Należy jednak pamiętać, że formalnie ani w świetle postanowień Karty, ani samego Traktatu żadna ze swobód nie należy do praw obywatelskich i są one zebrane razem w innym miejscu systematyki tych aktów. Ale w omawianym kontekście nie chodzi o automatyczną kwalifikację swobód, zwłaszcza cechujących się brzmieniem neutralnym i przewidujących przepływ czystych, pozaosobowych czynników produkcji jako praw tego rodzaju, tylko uchwycenie wpływu tego procesu na ich funkcjonowanie, zwłaszcza traktowanych jako pewna całość. Stąd nawet jeżeli trudne do przyjęcia wydaje się to, że np. swoboda dotycząca towarów miałyby być już prawem podmiotowym, warto przypomnieć, iż już orzeczenie Van Gend wydano na tle zakazu podwyższania ceł i wprowadzania nowych, obowiązującego właśnie w tych ramach. Zresztą o powierzaniu praw jednostkom na podstawie innych gwarancji z tego zakresu, tj. zakazu ograniczeń ilościowych w przywozie i wywozie, Trybunał przesądzał także w innych rozstrzygnięciach<sup>109</sup>.

Prawa podmiotowe można więc wywodzić nie tylko z tych swobód, w których wyraźnie uwypuklony jest ów aspekt podmiotowy, chociaż z pewnością mają one wiele istotnych wspólnych cech, które warto są jeszcze rozważać. Z pewnością także przepływ towarów, usług, kapitału i płatności służy realizacji aktywności zaangażowanych w niego podmiotów, łącznie z ochroną osób niemających charakteru profesjonalnego, a więc np. także kupców nieruchomości lotniskowych czy beneficjentów usług. Dlatego chociażby posługiwanie się określeniem „dyskryminacja towarów” w kontekście art. 110 TFUE uznawane jest za pewne uproszczenie, skoro formalnie jej podmiotem jest ten, kto dokonuje określonych, przewidzianych tam czynności dotyczących towarów, co nie przekreśla skutku rynkowego, a więc utrudnienia im dostępu do rynku krajowego<sup>110</sup>.

W omawianym kontekście szczególnie interesujące wydaje się uznanie tak daleko idącego potencjału swobód do rozstrzygania w sprawach indywidualnych i przesądzania o prawach podmiotowych, mimo iż stanowiące ich podstawę postanowienia traktatowe cechuje znaczny stopień ogólności czy też ramowości. Wbrew stanowisku państw członkowskich, podkreślających, zwłaszcza że nie mogą one być powoływane w sądach krajowych, już od orzeczenia Van Gend było coraz bardziej jasne, że stały się samoistne czy też samowystarczalne, a to, co wydawało się wadą, pozwalało na bardzo twórcze i otwar-

---

<sup>109</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 29 listopada 1978 r. w sprawie 83/78 *Pigs Marketing Board v. Raymond Redmond*, Zb. Orz. 1978 02347, § 66.

<sup>110</sup> A. Zalański, komentarz do art. 110, [w:] *Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej...*, t. 2, s. 489.

te podejście do ich interpretacji. Znaczenie tego osiągnięcia widzieć należy oczywiście w szerszym kontekście, a więc łącznie z rolą w realizacji szerzej rozumianego procesu integracji, gdyż dzięki orzecznictwu umożliwiało ono i nadal częściowo umożliwia „obchodzenie się” właściwie bez norm prawa wtórnego. W przeciwieństwie więc do spotykanego w wielu systemach założenia, iż normy konstytucyjne wymagają przełożenia na język norm szczególnych rangi ustawowej, w tym przypadku będące ich odpowiednikiem dyrektywy mają w praktyce charakter właściwie jedynie uzupełniający czy też uławiający i są ewentualnie zastępowane przez niezwykle twórczy i celowościowy dorobek orzecznicy. Warto tu zresztą wskazać na zjawisko orzekania zarówno bez prawa wtórnego, jak i cokolwiek wbrew niemu<sup>111</sup>.

W tym pierwszym przypadku bardzo charakterystyczne jest się orzeczenie w sprawie Reynersa<sup>112</sup>, które można rozumieć jako swoiste remedium z perspektywy jednostek, a przede wszystkim jako sankcję za wieloletnie zaniechania państw w przyjmowaniu środków legislacyjnych w Radzie. Akty takie nie były wydawane, mimo że miały się pojawić po zakończeniu okresu przejściowego celem konkretyzacji swobody przedsiębiorczości. Początkowo mogło się wydawać, że skutkuje to zwłaszcza niemożnością dochodzenia praw podmiotowych, a jednak Trybunał przyjął bardzo innowacyjne podejście, przyznając sobie kompetencję do orzekania w tak indywidualnej sprawie wprost na podstawie norm Traktatu. ETS zakwalifikował bowiem te normy jako bezpośrednio skuteczne oraz uznał, iż luka tego rodzaju, polegająca na braku norm szczególnych, nie może pozbawiać jednostek skuteczności gwarancji prowadzenia działalności na własny rachunek w innym państwie członkowskim. Natomiast jednym z najbardziej charakterystycznych przejawów orzekania z pominięciem ograniczeń narzucanych przez prawo wtórne jest z pewnością rozszerzanie prawa do leczenia za granicą poza gwarancje przewidziane w rozporządzeniu 1408/71, jedynie na podstawie obecnego art. 56 TFUE<sup>113</sup>. Warto zresztą zwrócić uwagę na takie orzeczenia, jak np. w sprawie Baumbast<sup>114</sup>, a zwłaszcza Grzelczyk<sup>115</sup>, które dowodzą, że Trybunał był w stanie przyznać uprawnienia czy świadczenia, które nie znajdowały podstaw w prawie wtórnym, a nawet bywały wykluczane<sup>116</sup>.

---

<sup>111</sup> M. Condinanzi, A. Lang, B. Nascimbene, *Citizenship of the Union and Free Movement of Persons*, Leiden 2008, s. 106.

<sup>112</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 21 czerwca 1974 r. w sprawie 2/74 *Jean Reyners v. państwo belgijskie*, Zb. Orz. 1974 00631.

<sup>113</sup> Dorobek orzecznictwa zob. A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo...*, s. 561 i nast.

<sup>114</sup> *Baumbast i R v. Secretary of State for the Home Department* (C-413/99).

<sup>115</sup> *Rudy Grzelczyk v. Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve* (C-184/99).

<sup>116</sup> M. Dougan, *The constitutional dimension...*, s. 619 i nast.

Szczególnie pouczającego przykładu znaczenia swobód dostarcza tzw. dyrektywa usługowa<sup>117</sup>. Zanim powstała w 2006 roku, objęte przez jej postanowienia swobody świadczenia usług i przedsiębiorczości były z powodzeniem realizowane mimo braku tego rodzaju konkretyzujących aktów prawnych. W wielu orzeczeniach okazywało się, że do realizacji i rozwoju tych gwarancji wystarczające było opieranie rozstrzygnięć na samych normach traktatowych bez konieczności legislacji wtórnej, tak jak w powyższym orzeczeniu w sprawie *Reyners*. Sytuacja taka nadal dotyczy zresztą niektórych swobód<sup>118</sup>.

Natomiast sama ta dyrektywa powstawała w atmosferze ogromnych sporów oraz dwóch zwalczających się wizji, które symbolizował konflikt dotyczący zamieszczenia w jej treści zasady kraju pochodzenia. Z przyczyn politycznych z wyraźnego brzmienia dyrektywy zasada ta znikła, chciano natomiast tam zmieścić sprzeczne założenia, przez co akt ten jest oceniany w literaturze jako koncepcyjnie niespójny. W szczególności nie rozwiązano ostatecznie dylematu, czy ma ona realizować ideę pogłębiania integracji i daleko idącej liberalizacji poprzez znoszenie wszelkich ograniczeń i zapewnienie skutecznego dostępu do rynków innych państw członkowskich czy też może eliminować tylko najbardziej podstawowe ograniczenia swobodnego przepływu. Chociaż będzie to jeszcze analizowane, warte jest przywołania w tym miejscu, gdyż potwierdza możliwość opierania się na samych traktatowych gwarancjach swobód, zwłaszcza w sytuacji tego rodzaju rozbieżności. Okazało się bowiem, że w praktyce uchwalenie dyrektywy jednak niewiele zmieniło, gdyż to bardzo rozbudowany dorobek orzecznicy Trybunału może w tym zakresie wyjaśniać wątpliwości i o wiele lepiej wypełniać swobody konkretną treścią, co tylko pogłębia wrażenie ich samoistności<sup>119</sup>.

## **B. Rola swobód w podziale władzy w Unii**

Już w świetle dotychczasowych rozważań mechanizm swobód można było kojarzyć z daleko idącą ingerencją w systemy krajowe, ale okazuje się, iż sięga to o wiele dalej. W toku rozwoju systemu rynku wewnętrznego swobody zaczęły pełnić istotną funkcję w podziale władzy w Unii Europejskiej, którego skutki wykraczają poza prostą liberalizację handlu. Swobody bywają nawet uznawane za normy kompetencyjne, mimo iż z założenia służą integracji negatywnej. Warto w szczególności spojrzeć przez ten

---

<sup>117</sup> Dyrektywa 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotycząca usług na rynku wewnętrznym, Dz. Urz. L 376, 27/12/2006 P. 0036–0068.

<sup>118</sup> Zwraca na to uwagę L. Woods, *Free Movement...*, s. 188, chociaż w odniesieniu do usług nie używa terminu „samoistność”.

<sup>119</sup> M. Kożuch, *Swoboda świadczenia...*, s. IV-101–103

pryzmat na słynne orzeczenia w sprawie Cassis de Dijon oraz Keck, w których Trybunał określił, iż w sprawach wymogów wobec towarów kompetencja regulacyjna przysługuje z zasady państwu pochodzenia. Natomiast państwo przyjmujące uzyskuje możliwość wprowadzania i egzekwowania własnych wymogów wyłącznie pod pewnymi warunkami, które zresztą wynikają z modelu narzuconego przez instytucje wspólnotowe. Stąd zwłaszcza to pierwsze rozstrzygnięcie bywa opisywane jako służące nie tyle determinacji samej swobody przepływu towarów, lecz także określeniu zasad podziału kompetencji regulacyjnych we Wspólnocie. W tym miejscu problem ten zostanie jedynie zasygnalizowany i wróci w ramach szczególnych rozważań<sup>120</sup>.

W ujęciu koncepcyjnym ma to realizować wspomniany już ekonomiczny supranacjonalizm, który koncentruje się na wpływie stosowania norm swobód na wykonywanie suwerenności państwa. Można tu też przywoływać teorie integracji ekonomicznej, które starają się opisywać proces optymalnej dystrybucji kompetencji na różnych poziomach<sup>121</sup>, a w systemie jednolitego rynku, który ma charakter zdecentralizowany, to swobody okazują się jej podstawowym instrumentem. Przede wszystkim, skoro skutkują zakwestionowaniem przepisów krajowych, musi to rodzić pytania o deregulację i z pewnością prowadzi do wypracowywania podziału „wpływów” pomiędzy regulatorem, w tym przypadku krajowym, a rynkiem. Jest to niewątpliwie zgodne z ideą wolności gospodarczej, ale może uderzać w chronione przez nie tzw. wartości lokalne, ważne dla danego społeczeństwa, w którego imieniu działał krajowy ustawodawca. Natomiast zważywszy, że dokonuje tego Trybunał jako instytucja ponadnarodowa, a zarazem w dalszej konsekwencji unijny prawodawca, może dążyć do harmonizacji danego obszaru; wkroczenie w sferę władzy państwowej i dążenie do swoistego „cichego” jej przejmowania staje się jaskrawe. Z tego też powodu proces ten wydaje się wyjątkowo ciekawy, bo nie jest dokonywany środkami regulacyjnymi lub w wyniku uzgodnień pomiędzy uczestniczącymi państwami, tylko z wykorzystaniem orzecznictwa, które w praktyce, opierając się na normach swobód, wyznacza granice władzy<sup>122</sup>.

Idąc dalej, sugeruje się nawet, że ów mechanizm swobód stwarza możliwość ingerencji w proces polityczny w państwach członkowskich i jego korektę, zwłaszcza poprzez umożliwienie reprezentacji interesów podmiotów unijnych korzystających z jednolitego rynku. Ze względu na swoje pochodzenie z innych państw członkow-

---

<sup>120</sup> D. Chalmers, Ch. Hadjiemmanuil, G. Monti, A. Tomkins, *European Union...*, s. 664–666, 677.

<sup>121</sup> M.P. Egan, *Constructing a European...*, s. 8.

<sup>122</sup> W.-H. Roth, *The European Court of Justice's Case Law on Freedom to Provide Services: Is Keck Relevant?*, [w:] *Services and Free Movement in EU Law*, eds M. Andenas, W.-H. Roth, Oxford 2003, s. 7.

skich nie są one w stanie wywierać demokratycznego wpływu na treść i charakter ustawodawstwa miejscowego, które determinuje jednak kształt ich aktywności ekonomicznej zapewnianej przez swobody. Najbardziej oczywistym przykładem są standardy produkcji towarów, które właśnie dzięki ochronie zapewnianej przez swobody mogą być modyfikowane w sposób korzystny dla tych unijnych podmiotów, a przynajmniej nieegzekwowane automatycznie. Trudno zarazem nie kwalifikować takich norm, które to umożliwiają jednostkom, jako fundamentalnych, skoro dzięki nim podmioty te uzyskują prawo wpływu w tym procesie, a ich głos musi być uwzględniany. Można to zresztą uznać za specyficzny przejaw realizacji obowiązków natury pozytywnej, jakie spoczywają na władzach publicznych z tytułu poszanowania wolności gospodarczej, które wykraczają poza wymóg nieingerencji i wymuszają podejmowanie wszelkich środków, aby mogła ona być w praktyce realizowana, łącznie z aktami ustawodawczymi. W wymiarze politycznym natomiast jest to przedstawiane jako przejaw budowy szerszego społeczeństwa obywatelskiego na poziomie ponadnarodowym oraz solidarności między narodami Europy<sup>123</sup>.

Obecnie nie ulega więc wątpliwości, że mechanizm swobód skutkuje istotnym ograniczeniem autonomii władz krajowych, które tracą możliwość samodzielnego regulowania obrotu gospodarczego nawet w dziedzinach traktowanych jako zastrzeżone dla ich kompetencji, co można w szczególności traktować jako potwierdzenie omawianego już funkcjonalnego samorozwoju systemu. Zważywszy natomiast na wskazany model oddziaływania tego mechanizmu, a zwłaszcza na sytuację, w której regulacja krajowa musi „ustąpić” wymogom innego państwa ewentualnie harmonizacji unijnej, należy zwrócić uwagę, iż problematyka podziału władzy może być widziana w kilku wymiarach. Przede wszystkim będą to wymiary horyzontalny oraz wertykalny, a dodatkowo jeszcze instytucjonalny.

Wskazana daleko idąca unijna ingerencja w systemy krajowe kojarzona jest przede wszystkim z podziałem wertykalnym, skoro w wymiarze ogólnym państwo musi podporządkować się swoistemu dyktatowi ponadnarodowemu. Warto jeszcze raz wyraźnie podkreślić, że od początku odbywało się to cokolwiek równoległe do oficjalnie deklarowanego podziału kompetencji między Wspólnotę, a potem Unię, i państwa członkowskie. Skutecznemu kwestionowaniu ulegały bowiem regulacje krajowe z tak odległych dziedzin, jak prawo karne, zdrowie publiczne, podatki bezpośrednie czy sport, które przez wiele lat nie miały z założenia podlegać kompetencjom wspólnotowym. W takich sytuacjach Trybunał niejednokrotnie dowodził, iż nawet jeżeli dziedziny te

---

<sup>123</sup> Por. też M.P. Maduro, *We, the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford 1998, s. 167–168.



podlegały państwom w sposób niekwestionowany, swoje władztwo muszą one wykonywać w sposób zgodny z regułami wspólnotowymi, a więc nawet jeżeli dana dziedzina mieści się w wyłącznych kompetencjach państw członkowskich, właśnie konieczność podporządkowania wymogom swobód oznaczała brak pełnej niezależności i w konsekwencji determinowała na nowo podział władzy. Można zaryzykować tezę, że to, co uznano za niewątpliwy sukces Traktatu Lizbońskiego, a więc jednoznaczne wyznaczenie granic kompetencji unijnych, akurat w tym kontekście nie spowoduje istotnej zmiany. Dotyka to więc bardzo wrażliwej kwestii, a wykorzystywanie takiego dorobku do samorozwoju prawa unijnego oznacza powiązanie problematyki podziału władzy z modyfikacją zakresu regulacji czy też oddziaływania prawa UE, który może rozwijać się niejako samoistnie<sup>124</sup>.

Należy jednak pamiętać, że jest to możliwe wyłącznie dlatego, że w tym przypadku rozstrzygnięcia mają charakter negatywny, a więc nie sięgają tak daleko, aby skutkować automatycznie harmonizacją. Stąd można uznać, iż taki podział władzy, choć istnieje, ma jednak charakter połowiczny, dopóki nie dojdzie do rzeczywistej legislacji na poziomie unijnym. Legislacja stanowić może następstwo swobód, gdy instytucje unijne uznają ją za niezbędną do funkcjonowania rynku wewnętrznego, tak jak stało się to w oparciu o postanowienia Białej Księgi, ale harmonizacja nie jest już integralnym elementem mechanizmu swobód, a więc wykracza poza niniejsze rozważania. Natomiast owa negująca moc oddziaływania swobód, która skutkować może wspomnianą deregulacją, ma ogromne znaczenie także ze względu na ewentualne pozbawienie państwa władzy dokonywania wyboru wielu istotnych dla niego wartości, jeżeli miałyby się to odbywać kosztem wolnego handlu promowanego niewątpliwie przez swobody.

Podział horyzontalny jest natomiast typowy dla samego mechanizmu swobód, co znalazło swoje odzwierciedlenie w przywoływanym już rozstrzygnięciu w sprawie *Cassis de Dijon*. Trybunał niejednokrotnie formułował swoje decyzje, szczególnie w zakresie swobody przepływu towarów oraz usług, starając się wskazać, który z dwóch regulatorów krajowych powinien je normować ze skutkiem dla pozostałych – państwa pochodzenia/produkcji czy państwa przyjmującego/sprzedazy. Stanowi to konsekwencję jednej z podstawowych zasad rynku wewnętrznego, a więc wzajemnej uznawalności, na której opiera się cały mechanizm swobód, oraz element zjawiska szczególnie kojarzonego z tym systemem, tj. konkurencji regulacyjnej, jaka zachodzi pomiędzy państwami członkowskimi. Dlatego w tym miejscu jest to tylko zasygnalizowane i będzie starannie rozważone w części drugiej niniejszego opracowania.

---

<sup>124</sup> W.-H. Roth, *Export of Goods...*, s. 33; A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 154.

Natomiast przywołanie dodatkowo podziału w wymiarze instytucjonalnym uzasadnia niebywały wzrost znaczenia sędziów w systemie unijnym, przewijający się zresztą przez te wszystkie rozważania. Określa on właśnie relację władzy sądowniczej z ustawodawcą – zarówno na poziomie unijnym, jak i krajowym, która w zakresie oddziaływania swobód ulegała istotnemu zaburzeniu zwłaszcza w zestawieniu z tzw. kontynentalnym widzeniem roli trzeciej władzy. Należy przypomnieć, że w systemie rynku wewnętrznego uległo to jeszcze dalszemu wzmocnieniu, skoro linie orzecnicze oraz formuły nie tylko mogą zastępować klasyczną legislację, ale jeszcze stanowić asumpt do jej wprowadzania. Oczywiście w tym kontekście rodzi się dodatkowa wątpliwość dotycząca legitymacji sądów co do podejmowania decyzji i wspomnianych już wyborów natury politycznej, zwłaszcza że Trybunał przyznał sobie funkcję właściwie ostatecznego arbitra, ale właśnie na gruncie swobód została ona w praktyce przyznana w znacznym zakresie, co kojarzy się nawet z samym omawianym mechanizmem<sup>125</sup>.

Jak już wspomniano, na poziomie wspólnotowym nie byłoby to oczywiście możliwe bez opieszałości Rady, w której państwa jako członkowie nie były zainteresowane rozwojem prawodawstwa. Tym samym jednak ogólne gwarancje traktatowe zaczęły być konkretyzowane i wypełniane treścią nie przez akty wykonawcze, lecz właśnie aktywność orzecniczą. Uwzględniając historię procesu integracji, można nawet wskazać na prawidłowość, zgodnie z którą tzw. aktywizm sędziowski nasilał się szczególnie wtedy, gdy dominowała legislacyjna wstrzeźliwość czy też nawet eurosceptycyzm<sup>126</sup>.

Uwzględniając zarazem traktatowe kompetencje Trybunału, a zwłaszcza procedurę pytań prejudycjalnych, należy jeszcze wskazać na charakterystyczny dla niej problem relacji z sądami krajowymi. W tym kontekście wiąże się on z pytaniem, w jakim stopniu Trybunał może ingerować w materię konkretnego postępowania i swoiście wyręczać te sądy w rozstrzygnięciu sporu, skoro ideą tej procedury jest przesądzenie w Luksemburgu samej wykładni. Wiąże się to także z wazaniem wartości i dóbr, które niejednokrotnie ma tu miejsce, oraz z odpowiedzią na pytanie, czy konkretny środek krajowy przekracza granice proporcjonalności, ewentualnie co do faktu okazuje się pośrednio dyskryminujący. Według pierwotnych założeń takie i wiele innych rozstrzygnięć miały raczej pozostawać domeną tych sądów, lecz w praktyce wygląda to różnie, a więc podział instytucjonalny warto widzieć także w wymiarze relacji tych dwóch poziomów sądownictwa<sup>127</sup>.

---

<sup>125</sup> J. Snell, M. Andenas, *Exploring the Outer Limits: Restrictions on the Free Movement of Goods and Services*, [w:] *Services and Free Movement in EU Law*, ed. M. Andenas, W.-H. Roth, Oxford 2003, s. 97; W.-H. Roth, *Export of Goods...*, s. 33.

<sup>126</sup> Por. M.P. Egan, *Constructing a European...*, s. 85.

<sup>127</sup> G. Davies, *Abstractness and...*, s. 215.

### 3. SWOBODY A JEDNOSTKA

#### A. Ujęcie ogólne

Jak już wspomniano ogólnie, jedną z najważniejszych perspektyw ujęcia swobód rynku wewnętrznego jest przedstawianie ich jako praw jednostek, co ma być sformułowaniem na tyle pojemnym, aby objąć różne aspekty statusu osób w porządku unijnym, wynikającego z tych szczególnych gwarancji. Stanowi to oczywiście element ogólniejszego zagadnienia charakteru praw w tym systemie, dla którego zrozumienia rola swobód jest trudna do przecenienia. Stanowią one jedną z najważniejszych determinant tego statusu, głównie ze względu na to, że określają stosunki jednostki z władzą publiczną nie tylko kraju macierzystego, ale wszystkich państw członkowskich. Pozwalają dzięki gwarancjom skuteczności, wynikającym z wymagającego jeszcze omówienia modelu ochrony, kwestionować różnego rodzaju ograniczenia, chronić się np. przed dyskryminacją oraz domagać realizacji wielu konkretnych uprawnień. Pewne aspekty tego zagadnienia musiały zostać już przedstawione jako determinanta fundamentalnego charakteru swobód, natomiast wymaga ono tutaj rozwinięcia i samoistnej analizy. Jeżeli twierdzi się, że na długo przed wprowadzeniem obywatelstwa UE jednostki zostały postawione w centrum wspólnotowego systemu prawnego, to stanowi to zasługę odpowiedniego wykorzystania swobód jako norm zdecydowanie nie tylko programowych, zapewniających, że ich status dalece wykracza poza traktowanie instrumentalnie. Historycznie w takim właśnie kontekście mogła zacząć się rodzić europejska filozofia praw jednostki, przypisująca im niezwykle ważną rolę urastającą niemalże do rangi zasad w rozumieniu teorii Ronalda Dworkina, jako przeciwstawianych regułom<sup>128</sup>.

Znalazło to swój wyraz już w przywoływanym orzeczeniu Van Gend & Loos, potwierdzającym nadanie jednostkom podmiotowości w tym nowym autonomicznym systemie prawnym, która stała się niezależnym od obywatelstwa krajowego źródłem praw stanowiących integralny element ich dziedzictwa<sup>129</sup>. Pewną wątpliwość budziło założenie, że prawa te, często nieprzewidziane w Traktacie, powstają głównie w sposób „refleksyjny”, a więc jako odzwierciedlenie obowiązków wyraźnie nałożonych na państwa na rynku wewnętrznym przez swobody. Miało to nawet wyłamywać się typowej

---

<sup>128</sup> J. Zajadło, *Filozoficzne problemy ochrony praw jednostki*, [w:] *Ochrona praw jednostki*, red. Z. Brodecki, Warszawa 2004, s. 27–34; S. Kadelbach, *Union Citizenship*, [w:] *Principles of European Constitutional Law*, eds A. von Bogdany, J. Bast, Oxford 2006, s. 454, też wspomina o postawieniu jednostki w centrum.

<sup>129</sup> T.C. Fisher, *European “Citizenship”: In its Own Right and in Comparison with the United States*, „The Cambridge Yearbook of European Legal Studies”, 5, 2002–2003, s. 361.

konstrukcji i powielać na gruncie prawa publicznego sposób myślenia zapożyczony z prawa prywatnego, gdzie taka ekwiwalentność jest naturalna<sup>130</sup>. Jednak ten właśnie model uznać należy za typowy na gruncie swobód zdominowanych przez zakazy adresowane przede wszystkim do państw, co można ewentualnie uznać za realizację tzw. teorii interesu, traktowanej jako odpowiednia do opisu specyfiki systemu unijnego w omawianym kontekście<sup>131</sup>. Generalnie więc w tym systemie jednostki zostały wyposażone we własne prawa szczególnego rodzaju, określane jako podnarodowe – o autonomicznym źródle i wykraczające poza systemy krajowe. Zresztą sama podmiotowość unijna jest specyficzna nie tylko ze względu na swój ograniczony charakter, lecz także zależność od prawa krajowego, które z zasady musi dopiero zostać zastosowane, zanim np. ochrona swobód zostanie uruchomiona<sup>132</sup>.

Natomiast już od tego kluczowego orzeczenia można było widzieć swobody jako prawa jednostki, mające swoje źródło w owej specyficznej podmiotowości, i to nawet w przypadku swobody przepływu towarów, skoro w Van Gend chodziło o zakaz podwyższania ceł. Kwalifikacja ta była następnie stopniowo utrwalana i rozwijana w orzecznictwie, potwierdzając, że normy te służyć mają nie tylko powszechnej integracji państw i rynków, lecz także gwarantować indywidualny oraz wypełniony konkretnymi uprawnieniami status jednostek, które zgodnie z podstawowymi założeniami tworzą wspólnotę, jaką ma stanowić Unia. Warto zresztą zauważyć, że jego nadanie ma szersze znaczenie, które nie ogranicza się tylko do eksponowanej tutaj realizacji indywidualnych dążeń, a więc nadal służy celom ogólniejszym. Wpisuje się to w rolę bliską perspektywie funkcjonalnej, która zakłada swoiste wymuszanie procesów integracyjnych przez działania oddolne oderwane od klasycznych negocjacji międzyrządowych, które mogą podejmować beneficjenci swobód we własnym interesie, ale ku powszechniejszej korzyści – wymuszając chociażby znoszenie barier w wymianie i rezygnację z protekcjonizmu. Należy przypomnieć, że w tym przypadku państwu trudniej jest kontestować zobowiązania w tym zakresie, skoro egzekwowane są na podstawie wyroków własnych sądów, często w sprawach własnych obywateli korzystających właśnie z tych praw, niż byłoby to w przypadku orzeczenia klasycznego sądu międzynarodowego. W historii okazało się to bardzo skutecznym środkiem bu-

---

<sup>130</sup> J. Kaczor, *Prawa podmiotowe w europejskim porządku prawnym. Uwagi na tle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, [w:] *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Teoria prawa europejskiego*, red. J. Kaczor, Wrocław, 2005 s. 153.

<sup>131</sup> Ch. Hilson, T. Downes, *Making sense of Rights: Community Rights In EC Law*, „European Law Review”, 24, 1999, nr 2, s. 123–124.

<sup>132</sup> Specyfikę podmiotowości charakteryzuje A. Łazowski, *Ochrona jednostek w prawie wspólnot europejskich*, Kraków 2002, s. 29.

dowy rynku wewnętrznego, co stanowi jeden z powodów, dla którego rola traktowania swobód jako praw jednostki tak istotnie wzrosła<sup>133</sup>.

Jej zrozumienie wymaga najpierw spojrzenia przez pryzmat ogólnego modelu praw jednostki, z naturalnych przyczyn głównie liberalnego, który zbudowany jest w oparciu o określone umocowanie koncepcyjne wspólnoty politycznej oraz systemu prawa<sup>134</sup>. W tych ramach warto uwypuklać dwie kluczowe zasady, a więc autonomii jednostki oraz pierwszeństwa jej dobra przed dobrem wspólnym, które sankcjonują właśnie znaczenie indywidualnych praw widzianych jako jej atuty pozwalające zwłaszcza wyznaczać granice ingerencji państwa i gwarantować równość, ale także pełnić różne funkcje, a więc nie tylko ochronną i aksjologiczną, lecz także polityczną, gospodarczą czy nawet socjalną. Można to ewentualnie uzupełnić o parafrazę słynnej formuły Dworkina, aby tak rozumiane swobody traktować poważnie, zwłaszcza że stają się fundamentem systemu oraz podstawą wielu konkretnych uprawnień, a więc wyinterpretowuje się z nich szczególne normy postępowania stające się elementami rzeczywistych sytuacji prawnych determinujących status jednostki. Znajduje to dodatkowe uzasadnienie, jeżeli swobody ocenia się z perspektywy typowej dla praw podstawowych, w których takie znaczenie odgrywa odwołanie zarówno do wolności jednostki, jak i wartości leżących u ich podstaw, które powinny także determinować wykładnię, co nadaje im zarazem bardziej zobiektywizowanego charakteru<sup>135</sup>.

Ujmując całościowo, w swobodach dostrzec można zarówno elementy wolności, jak i prawa *sensu stricto*, a więc z pewnością pozwalają one kształtować własne postępowanie i dokonywać samodzielnych wyborów, stojąc na straży legitymowanych interesów. Od początku stanowią dla beneficjentów przede wszystkim podstawę do żądania zaniechania ingerencji w gwarantowaną przez nie sferę zachowań, co implikuje negatywny obowiązek, zwłaszcza po stronie państwa, powstrzymania się od określonych działań kolidujących z realizacją tych wyborów. Natomiast początkowo wątpliwe wydawało się widzenie przez ten drugi pryzmat, a więc sankcjonowanie obowiązku pozytywnego

---

<sup>133</sup> W. Maas, *Creating European Rights*, Plymouth 2007, s. 7; M.P. Egan, *Constructing a European...*, s. 86; C. Barnard, *The Substantive Law of the EU*, Oxford 2007, s. 16; T.C. Fisher, *European "Citizenship"...*, s. 362.

<sup>134</sup> Zob. np. R. Piszko, *Pojęcie prawa podmiotowego*, [w:] *Prawa podmiotowe. Pojmowanie w naukach prawnych*, red. J. Ciapała, K. Flaga-Gieruszczyńska, Szczecin 2006, s. 20–23, który analizuje modele praw jednostki i jej relacje ze wspólnotą, prezentowane przez najważniejszych teoretyków: Harta, Rawlsa oraz Dworkina; W. Maas, *Creating European...*, s. 3.

<sup>135</sup> M. Smolak, *Uzasadnianie sądowe jako argumentacja z moralności politycznej. O legitymizacji władzy sędziowskiej*, Kraków 2003, s. 98–99; P. Tuleja, *Normatywna treść...*, s. 15; analizę koncepcji praw zob. też w *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, red. B. Banaszak, A. Preisner, Warszawa 2002, s. 34–52; *Prawo konstytucyjne*, red. P. Sarnecki, Warszawa 2008 s. 90–91; o nakładaniu się konstrukcji praw podstawowych i pozostałych praw wspólnotowych piszą Ch. Hilson, T. Downes, *Making sense...*, s. 121–122.

nego, który zapewnia jednostce podstawę żądania podjęcia określonego działania, a zwłaszcza przyznania świadczenia ze strony publicznej. Ale w toku rozwoju systemu rynku wewnętrznego gwarancje te okazały się w orzecznictwie dostateczną podstawą żądania wielu z nich, np. w sferze socjalnej, edukacyjnej czy medycznej, ze względu na potencjalny, szeroko rozumiany wpływ praw tego rodzaju na realizację gwarancji przepływu na rynku wewnętrznym<sup>136</sup>.

Zwykle starając się przedstawić konstrukcję normatywną, trudno nie stwierdzić, iż nawet na poziomie krajowym uchwycenie cech konstytutywnych stanowi poważne wyzwanie, a wśród państw członkowskich UE spotyka się różne tradycje w tym względzie. Taki bogaty i wielobarwny dorobek można traktować jako dobrodziejstwo wzbożające formułowanie ewentualnej koncepcji unijnej, ale bywa on też utrudnieniem w budowie spójnego i zarazem autonomicznego ujęcia praw w tym systemie, które wydaje się niezbędne w odniesieniu do swobód. Jednakże nawet jeżeli nie zawsze dopracowano się tu jednolitych definicji, literatura wskazuje na pewne podlegające analizie teoretyczno-prawne aspekty norm traktatowych i wspólnych konstrukcji wynikających z nich praw i obowiązków. Nie chodzi oczywiście o rozważanie wszystkich elementów konstrukcyjnych, lecz jedynie tych o szczególnym znaczeniu<sup>137</sup>.

Zgodnie z ogólnym standardem wyodrębnić należy przede wszystkim indywidualne prawo o skonkretyzowanej treści, jakie nadawać powinna norma, zwłaszcza że wyklucza to traktowanie jej jako jedynie ogólnego zobowiązania po stronie państw, pozbawionego takiego ekwiwalentu. Okazuje się to jednak niełatwe do ustalenia zarówno ze względu na wyzwania wykładni, ale także problemy ze stwierdzeniem dopuszczalnego marginesu uznania pozostawionego władzom publicznym oraz możliwości stosowania ograniczeń i nie zawsze wiadomo, kiedy takie prawa zostały naruszone, co oczywiście sprzyja twórczej roli orzecznictwa. Odwołując się do analiz konstytucyjnych praw jednostki także w Polsce, dostrzec można trudności w rozstrzygnięciu ich charakteru i ustaleniu owej ostatecznej treści, a zwłaszcza jednoznacznie brzmiącej normy postępowania, co w systemie tak dynamicznym jak unijny musi być zwielokrotnione. Pewnym rozwiązaniem jest sięgnięcie także do celów, które powinny wskazywać na ochronę interesu indywidualnego, a nie tylko zbiorowego, co pozwala zarazem uwzględnić także te normy, których brzmienie nie dotyczy bezpośrednio podmiotów uprawnio-

---

<sup>136</sup> Zob. *Prawo konstytucyjne*, red. P. Sarnecki..., s. 91–107.

<sup>137</sup> Por. J. Ciapała, *Konstytucyjna regulacja praw podmiotowych. Podstawowe konsekwencje dla ustawodawcy*, [w:] *Prawa podmiotowe. Pojmowanie w naukach prawnych*, red. J. Ciapała, K. Flaga-Gieruszczyńska, Szczecin 2006, s. 26; A. Łazowski, *Ochrona jednostek...*, s. 30–31.

nych, a mimo wszystko może gwarantować im jednostkowe prawa, jak stało się też w *Van Gend*<sup>138</sup>.

Równocześnie wskazuje się, że norma powinna być zdolna do ukształtowania konkretnego stosunku prawnego jednostki w sposób wiążący. Jego oczywistą drugą stroną musi być państwo, ale w kontekście unijnym nie tylko macierzyste, a ponadto jeśli chodzi o swobody, nie można obejść się bez rozszerzenia tego na inne podmioty ze względu na znaczenie, jakie ich ochrona ma także w relacjach z innymi osobami prywatnymi, np. pracodawcami. Gwarancją stanowiącą integralną część takiego stosunku musi być zarazem możliwość skutecznego dochodzenia praw wraz z całym modelem ochrony, które w duchu cokolwiek anglosaskim stają elementem kluczowym w analizie, ważniejszym nawet niż sama ich treść, ale sprecyzowanie tego nie zawsze okazuje się łatwe. Nawet jeżeli pierwotnie nie wydawało się to oczywistym przymiotem swobód, to właśnie dorobek orzecznicy Trybunału Sprawiedliwości nie pozostawił wątpliwości w tym względzie<sup>139</sup>.

## B. Swobody jako prawa podmiotowe

### a) Pojęcie i elementy składowe

Po takiej wstępnej analizie, która w odniesieniu do swobód może być traktowana jedynie jako wyjściowa, należy skoncentrować się na przedstawieniu ich jako praw podmiotowych, gdyż dopiero to pozwala na pokazanie, jak złożonym są zjawiskiem, które zasługuje na taką kwalifikację. Jest ona zresztą akceptowana wobec praw człowieka, do których konstrukcji swobody mogą być odnoszone, i też za ich pośrednictwem sama ta kategoria praw podmiotowych pojawiła się pierwotnie w systemie prawa wspólnotowego<sup>140</sup>.

Natomiast współcześnie nie ma już wątpliwości, że należeć do owej kategorii mogą także prawa ekonomiczne i socjalne inne niż klasyczne prawa podstawowe, co nadaje im odpowiedniej rangi, a nawet powagi, właściwie zabezpiecza i ułatwia ochronę oraz możliwość skutecznego dochodzenia<sup>141</sup>. Co prawda może ona być kojarzona ze swobodami określanymi jako podmiotowe, a nawet koncentrować się na obywatelskim

---

<sup>138</sup> P. Tuleja, *Normatywna treść...*, s. 60.

<sup>139</sup> Analizę pojmowania prawa jednostki w systemie unijnym i jego konstytutywnych elementów przeprowadza S. Prechal, *Directives in EC Law*, Oxford 2005, s. 97–138.

<sup>140</sup> J. Kaczor, *Prawa podmiotowe...*, s. 144; W. Lang, *Prawa podmiotowe i prawa człowieka*, [w:] *Księga Pamiątkowa Profesora Tadeusza Jasudowicza*, red. J. Białocerkiewicz, M. Balcerzak, Toruń 2004 s. 202.

<sup>141</sup> W. Sadurski, *Teoria sprawiedliwości – podstawowe zagadnienia*, Warszawa 1988, s. 171.

prawie do przemieszczania się, które uznaje się za najbliższe prawom podstawowym, ale właśnie już w świetle Van Gend, dotyczącego towarów, ograniczenie takie nie wydaje się zasadne. Nie ulega więc wątpliwości, iż należy przyjąć jedno wspólne podejście do wszystkich swobód, stanowiące funkcję zagwarantowanej tam podmiotowości i możliwości realizacji przyznanych przez nowy system praw, czego usankcjonowanie, cokolwiek wbrew woli władz krajowych, również wydaje się charakterystyczne dla tej kategorii<sup>142</sup>.

Nawet jeżeli Trybunał w swoim orzecznictwie niekoniecznie posługiwał się tą terminologią, to ujęcie swobód z omawianej perspektywy, z wszystkimi charakterystycznymi cechami praw podmiotowych wskazanymi poniżej, przebija właściwie z jego wszystkich przełomowych rozstrzygnięć, jak np. w sprawie Bosman<sup>143</sup>, Gebhard<sup>144</sup>, Sager<sup>145</sup>, Keck i wielu innych. W tym miejscu chodzi bardziej o skupienie się na wyodrębnieniu najważniejszych aspektów konstrukcyjnych opisywanych w nauce, natomiast samo widzenie swobód w tych poszczególnych orzeczeniach przez ten pryzmat wypływać będzie także z rozważań dotyczących modelu ochrony prawnej.

Prawa podmiotowe same w sobie stanowią jeden z najważniejszych elementów dyskursu prawniczego; jako skomplikowana konstrukcja, która wykracza poza pojęcie uprawnienia, znajduje zastosowanie w bardzo różnych sytuacjach i wymyka się nawet prostym stwierdzeniom o istnieniu upoważnienia podmiotu do określonego zachowania. Warto jednak zwrócić uwagę na przeciwstawianie owej sfery możliwości postępowania prawu przedmiotowemu, a więc określającym ją normom pozytywnym, które mają precyzować jej ramy i zakres, gdyż często opozycja ta jest źródłem wielu sporów. Również w nauce polskiej prawa podmiotowe mają już ugruntowaną pozycję, nawet jeżeli za czasów PRL były uznawane za przeżytek, z wyjątkiem może prawa cywilnego, co jednak w przeszłości spowodowało determinowanie ich widzenia ową prywatnoprawną perspektywą. W kontekście swobód jest ona jednak mało przydatna, zważywszy na dominujący tu wymiar obywatelski i publicznoprawny oraz sankcjonowanie szczególnego modelu ochrony w relacjach

---

<sup>142</sup> Por. A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 15; O. Cherednychenko, *EU Fundamental...*, s. 35; H. Lokrantz Bernitz, *Citizenship Law – No Longer Exclusive National Competence Towards Individual European Union Membership Based on Domicile?*, „Swedish Studies in European Law”, 1, 2006, s. 207.

<sup>143</sup> *Union royale belge des sociétés de football association ASBL v. Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA v. Jean-Marc Bosman i inni*, oraz *Union des associations européennes de football (UEFA) v. Jean-Marc Bosman* (C-415/93).

<sup>144</sup> *Reinhard Gebhard v. Consiglio dell’Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano* (C-55/94).

<sup>145</sup> *Manfred Säger v. Dennemeyer & Co. Ltd.* (C-76/90).



z państwem, a dodatkowo zasięg transgraniczny i stosunki z władzami krajowymi różnych krajów<sup>146</sup>.

Opierając się na klasycznym już rozumieniu prawa podmiotowego wypracowanego na gruncie polskiej nauki, w szczególności przez S. Wronkowską<sup>147</sup>, nie można nie przywołać pojęcia złożonej sytuacji prawnej o charakterze pochodnym, gdyż dopiero ona może być odnoszona do swobód i tego ich niejednorodnego charakteru o bardzo wielu zróżnicowanych aspektach. Co bardzo ważne, nie wyczerpuje się ono bowiem w jednym konkretnym uprawnieniu, które musi być traktowane jako kategoria podrzędna, rozumiana jako wynikająca z prawa podmiotowego możliwość skutecznego skonkretyzowanych działań. Natomiast to prawo stanowi strukturę o specyficznej wieloelementowej konstrukcji, na którą składają się funkcjonalnie powiązane, ale traktowane jako odrębne ze względu na swoją specyfikę, nie tylko uprawnienia, ale także wolności uważane za indyferentne prawnie oraz kompetencje czy upoważnienia. Nie musi ona właśnie być zawsze jednorodna, gdyż w nauce zalicza się do niej jeszcze np. immunitety czy przywileje, a owo funkcjonalne powiązanie, które samo w sobie jest godne uwagi, może mieć różną postać, co nadaje tej strukturze uniwersalnego charakteru. Ponadto sama sytuacja pochodna nie daje się opisać wyłącznie przez zachowania danego podmiotu jako nakazane, zakazane albo indyferentne prawnie, lecz przez tzw. pochodne modalności normatywne zachowań jakichś innych podmiotów oraz przez podstawowe modalności normatywne zachowań jego samego<sup>148</sup>.

Powyższa definicja znajduje pełne odzwierciedlenie tam, gdzie tak jak w ramach gwarancji rynku wewnętrznego uprawnienia jednostek stają się następstwem egzekwowania obowiązków innych podmiotów będących bezpośrednimi adresatami danych norm. Jak już zarazem wskazano, o ile swobody najbardziej mogą kojarzyć się z wolnościami powiązаныmi z zakazami tego rodzaju, to należy uwzględnić, iż w toku ich rozwoju stały się także podstawą żądań określonych świadczeń, chociażby socjalnych. Równocześnie można w ich złożonych strukturach wyodrębnić szereg różnorodnych elementów składowych, a zwłaszcza skutecznie dochodzonych uprawnień o bardzo od-

<sup>146</sup> P. Łabieniec, *Josepha Raza i Johna Finnis'a poglądy na temat istoty praw podmiotowych (rights)*, [w:] *Zmiany społeczne a zmiany w prawie. Aksjologia, konstytucja, integracja europejska*, red. L. Leszczyński, Lublin 1999, s. 293; S. Jarosz-Żukowska, *Konstytucyjna zasada ochrony własności*, Kraków 2003, s. 71–73; P. Tuleja, *Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności*, Kraków 2003, s. 134; J. Ciapała, *Konstytucyjna regulacja...*, s. 34.

<sup>147</sup> S. Wronkowska, *Analiza pojęcia prawa podmiotowego*, Poznań 1973.

<sup>148</sup> S. Wronkowska, *Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa*, Poznań 2002<sup>2</sup>, s. 154–162, starannie analizuje pojęcie i klasyfikację sytuacji prawnych; J. Chaciński, *Prawa podmiotowe a ochrona dóbr osobistych*, Lublin 2004, s. 17–34; M. Jackowski, *Ochrona praw nabytych w polskim systemie konstytucyjnym*, Warszawa 2008, s. 77; R. Piszko, *Pojęcie prawa...*, s. 16–18; W. Lang, *Prawa podmiotowe...*, s. 206.

miennym charakterze, postaci oraz treści, jak również zobowiązanych. Udaje się je realizować w ramach szeroko określonej sfery możliwości działania uzależnionej od woli jednostki – zarówno domagać się „nieprzeszkadzania” w wykonywaniu czynności gwarantowanych na tej podstawie, jak i podejmowania stosownych działań, w szczególności przez państwo, zapewniających korzystanie z nich, łącznie z roszczeniem o udzielenie ochrony. W takiej konstrukcji także kryje się uzasadnienie swoistego domniemania na rzecz pełnej swobody i ich rozszerzającego traktowania przy równoczesnej eliminacji wszelkich ograniczeń, dla których istotnym punktem odniesienia jest ochrona interesu ogólnego. Interes ten i jego ochrona to niezwykle istotna kategoria stanowiąca integralny element tej konstrukcji, której realizacja jest dodatkowo wsparta ciężarem dowodu spoczywającym na wprowadzających ich władzach<sup>149</sup>.

Uwzględniając sposób analizy konstytucyjnych praw podmiotowych, można ponadto próbować wyodrębnić prawa o różnej typologii, które mają składać się także na swobody jako prawa podmiotowe, a więc z pewnością prawa-uprawnienia, prawa wolnościowe, prawa negatywne, prawa-kompetencje, prawa proceduralne. Wskazuje się jeszcze nawet na tzw. prawa-instytucje, które cechuje wyjątkowo skomplikowana struktura i które mogłyby stanowić podstawę oczekiwania stworzenia przez krajowe władze, łącznie z ustawodawcą, skutecznie chronionych instytucji prawnych w oparciu o ogólne traktatowe gwarancje swobód. Miałyby one zapewniać jak najszerszy zakres wolności jednostki przy rygorystycznie traktowanej dopuszczalności jej ograniczania w imię szczególnie cennych wartości, umożliwiając korzystanie z niej i ochronę prawną zarówno w relacjach z innymi podmiotami prywatnymi, jak i wobec instytucji sprawujących władztwo publiczne, a więc w wymiarze publiczno- i prywatnoprawnym<sup>150</sup>.

Sięgając ponownie do klasycznych polskich opracowań<sup>151</sup>, warto wskazać na słuszne podkreślanie konieczności uwzględnienia w analizie praw podmiotowych nie tylko elementów czysto konstrukcyjnych i wyjścia poza analizę formalną obejmującą podmioty, ich zachowania wraz z kwalifikacją ze względu na normy danego systemu. Są bowiem jeszcze dodatkowe aspekty, które wydają się odgrywać rolę kluczową w ich obowiązywaniu i stosowaniu oraz pozwalają także lepiej zrozumieć swobody, włączając

---

<sup>149</sup> Por. W. Jakimowicz, *Publiczne prawa podmiotowe*, Kraków 2002, s. 267, 280 i nast.

<sup>150</sup> S. Jarosz-Żukowska, *Konstytucyjna zasada...*, s. 70–84; godna uwagi analiza własności jako prawa podmiotowego publicznego, dokonana tam przez autorkę, gdyż przedstawiane tu traktowanie swobód nie odbiega istotnie od takiego podejścia, co może potwierdzać dodatkowo ich ujmowanie z perspektywy prawa podmiotowego, także w ujęciu konkretniejszym. Zob. też przywoływany przez nią K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999, s. 24–38.

<sup>151</sup> S. Wronkowska, *Analiza pojęcia...*, s. 7–17; A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii państwa i prawa*, Warszawa 1992, s. 143.

w to szerszy funkcjonalny kontekst. Generalnie mówi się bowiem o uwzględnianiu ogólnych funkcji praw podmiotowych, szczególnie społecznych, wraz z ich ideologicznymi założeniami, co odrywa rolę niebagatelną także w prawie nacelowanym integracyjnie. Funkcje te stają się zarazem właściwie cechą definicyjną pojęcia prawa podmiotowego i pozwalają rozstrzygać, czy pozbawianie adresata określonych uprawnień czy wolności albo ich przyznanie narusza albo służy jego istocie, a więc też może ewentualnie być rekompensowane przyznawaniem innych, dotąd nawet nieistniejących, modyfikując niejako dobór jego elementów składowych. W tym kontekście wskazuje się zarazem na leżące u podstaw dobra, a więc pewien katalog stanów rzeczy uznanych za cenne i godne ochrony z perspektywy prawodawcy na tyle, aby znalazły swoje gwarancje w prawie rozumianym przedmiotowo. Stanowią one zewnętrzne determinanty treści i sposobu stosowania norm, odwołując się do określonego systemu wartości oraz ogólniej uzasadnionego interesu beneficjenta, które traktuje się jako niezależny element opisu praw podmiotowych. Razem pozwala to traktować normy te w ich podstawowym brzmieniu jako swoisty potencjał, który wymaga dopiero odszyfrowania, co ułatwia także rozumienie szczególnej roli orzecznictwa<sup>152</sup>.

Ujmowanie swobód z powyższej perspektywy wymaga jeszcze sięgnięcia do kategorii publicznych praw podmiotowych, która odnosi się do relacji z państwem, będącym zwłaszcza bezpośrednim adresatem obowiązków określonych w gwarantujących je normach. Są to właśnie sytuacje prawne jednostki wobec państwa, mające pierwotne źródło w prawach człowieka, które narzucają władzy publicznej określony standard działania, a więc wyznaczają granice ingerencji w autonomię jednostki, chroniąc przed omnipotencją, a także umożliwiając kierowanie skutecznych, skonkretyzowanych roszczeń, a nawet żądań świadczeń wobec takiego zbiorowego podmiotu publicznego. Kategoria ta wydaje się więc znajdować adekwatne odzwierciedlenie w omawianym kontekście, zważywszy, iż ów zakres zastosowania pokrywa się z obecnymi funkcjami swobód. Z pewnością odwołując się do tej konstrukcji, można uznawać je za podstawę wypracowanych tam zarówno tzw. praw negatywnych, zakreślających granice ograniczania wolności jednostki, jak i pozytywnych, a więc pozwalających żądać od państwa określonych zachowań, wzięwszy pod uwagę, jak bardzo orzecznictwo rozwinęło się także w tym drugim obszarze<sup>153</sup>.

Jednak zdaniem niektórych, praw podmiotowych nie należałoby kategoryzować w taki sposób, aby wyodrębniać podkategorię publicznych, lecz jedynie ewentualnie

---

<sup>152</sup> Zob. też W. Jakimowicz, *Publiczne prawa...*, s. 35; M. Błachut, *Pojęcie prawa...*, s. 188–190.

<sup>153</sup> W. Jakimowicz, *Publiczne prawa...*, s. 76; S. Jarosz-Żukowska, *Konstytucyjna zasada...*, s. 75; M. Jackowski, *Ochrona praw...*, s. 78; ogólnie o publicznych zob. P. Tuleja, *Normatywna treść...*, s. 12.

zaznaczać znaczenie ich zastosowania w prawie publicznym<sup>154</sup>. Wydaje się to godne uwagi, zwłaszcza gdy publiczne prawa podmiotowe kojarzone są jednoznacznie z prawem administracyjnym do tego stopnia, że sfera zachowań nieobjęta jego regulacją miałaby w ogóle nie stanowić ich źródła<sup>155</sup>. Z pewnością bowiem gwarancje swobód stały się bardziej uniwersalne i chociaż mają niewątpliwie charakter publicznoprawny, znajdując zastosowanie głównie w tego rodzaju relacjach, to jednak dorobek orzecznicy, wynikający zwłaszcza z tzw. horyzontalnego skutku bezpośredniego, nie pozostawia wątpliwości co do realizacji ochrony również wobec podmiotów prywatnych.

Natomiast z drugiej strony istotną zaletą tak wyodrębnionej kategorii jest wypuklenie znaczenia interesu publicznego, dla którego realizacji publiczne prawa podmiotowe są udzielane. Cechuje je szczególny charakter, gdyż mają chronić dobra służące nie tylko poszczególnym jednostkom, lecz także zbiorowości, przez co zresztą nie można się ich zrzec. Równocześnie jednak interes ten nie jest uznawany za nadrzędny, a nawet przeciwstawiany interesowi indywidualnemu, lecz bardziej traktowany jako narzędzie kształtowania sytuacji jednostki i sprzyjający jego realizacji, a nie odwrotnie. Stąd oba niejako koegzystują i się uzupełniają, a interesy indywidualne są podstawowym i niezbędnym składnikiem publicznych praw podmiotowych. Oczywiście nie zakłada to braku konfliktu, ale w omawianym kontekście ważniejszy jest sam dualizm tego rodzaju, gdyż właśnie pełne widzenie swobód nie jest możliwe bez uwzględnienia ich znaczenia zarówno dla realizacji ogólnego procesu integracji, jak i indywidualnej sytuacji jednostek<sup>156</sup>.

### **b) Perspektywa ponadpozytywna**

Wspomniane już odwoływanie się do wymiaru aksjologicznego wydaje się mieć szczególne znaczenie, jeżeli sięgnie się do genezy praw podmiotowych wiązanej z narodzinami szkoły prawa natury, której fundamentem było założenie istnienia niezbywalnych, przyrodzonych i niewymagających uzasadnienia praw człowieka, postrzeganych nie tylko jako elementy moralne, ale także prawne. Jest ona godna przywołania nie w celu przedstawiania sporów z pozytywizmem prawniczym, lecz ze względu na dostarczanie uzasadnienia przywołanej już, niewątpliwie interesującej i adekwatnej, propozycji widzenia norm prawa przedmiotowego jako zaledwie swoistego potencjału, zdającej się odzwierciedlać w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości w zakresie swobód. Obec-

---

<sup>154</sup> R. Piszko, *Pojęcie prawa...*, s. 19, jest przeciwny wyodrębnianiu praw podmiotowych publicznych.

<sup>155</sup> Natomiast M. Maciołek, *O publicznym prawie podmiotowym*, „Samorząd Terytorialny”, 1992, nr 1–2, s. 10, kojarzy to ściśle z prawem administracyjnym.

<sup>156</sup> J. Chaciński, *Prawa podmiotowe...*, s. 76; W. Jakimowicz, *Publiczne prawa...*, s. 119–120, 239–241.

nie często wskazuje się zarazem, że żadna inna instytucja prawna, prócz prawa podmiotowego, nie wspiera się tak bezpośrednio na systemie wartości. Wiąże się to z mocno eksponowanym założeniem, iż wszelkie prawo bierze swój początek z istoty ludzkiej natury i jest konsekwencją akceptacji takich przyrodzonych niepodważalnych praw, potwierdzając swój pochodny charakter wobec nich. Właśnie taką perspektywę należy traktować jako godną szczególnej uwagi i pozwalającą adekwatnie odzwierciedlić specyfikę konstrukcji swobód, mimo iż formalnie mają one pochodzenie traktatowe<sup>157</sup>.

Według założeń szkoły prawa natury prawo pozytywne praw podmiotowych nie konstytuowało, lecz jedynie potwierdzało i katalogowało, a szanując pierwotne pochodzenie określało metody ich ochrony oraz warunki korzystania, ewentualnie ograniczało w niezbędnym zakresie przyrodzoną wolność w imię zgodnego społecznego współżycia. Oczywiście w dalszym toku rozwoju zjawisko określane jako pozytywizacja doprowadziło do odwrócenia hierarchii pojęć i wartości oraz swoistego podporządkowania prawa podmiotowego rozumianego jako sfera wolności jednostki. Skutkiem stała się jego relatywizacja do systemu norm stanowionych i woli państwa, traktowanych właściwie jako samodzielne, a nawet jedyne źródło praw, sankcjonując przedmiotowe postrzeganie i wykładnię, co uznaje się za groźne, chociaż współcześnie nieodwracalne. Jednakże obecnie nawet wśród poglądów pozytywistycznych dostrzec można pewne niuansowanie polegające na uzupełnianiu założenia, iż prawa podmiotowe wynikają z systemu norm prawa stanowionego, przekonaniem o równoczesnym respektowaniu przez nie powszechnie akceptowanych i nienaruszalnych wartości, gwarantowanych w systemie demokratycznym. Pojawiają się natomiast wątpliwości, czy prawdziwe prawo podmiotowe powinno być traktowane jako kategoria zewnętrzna, oderwana od właściwego prawa przedmiotowego i wywierająca na nie jedynie pewien wpływ, co może mieć jednak także pozytywne skutki<sup>158</sup>.

Z pewnością natomiast, pomimo pozytywizacji, prawo podmiotowe nie powinno zostać zredukowane do relacji norm pozytywnych do określonych podmiotów, w pełni wyczerpując się w ramach przez nie narzuconych, i należy ostrożnie podchodzić do jego wtórnego charakteru. W omawianym kontekście wzorcem mogą być prawa i wolności konstytucyjne, którym przypisuje się dwojaki charakter, a więc w równym stopniu praw naturalnych jednostki, jak i pozytywnych gwarantowanych przez państwo, które jednak nie ma wyłączości na ich kształtowanie. Toteż szereg uprawnień ma być pierwotnych

<sup>157</sup> Charakterystyka koncepcji prawno-naturalnych zob. W. Jakimowicz, *Publiczne prawa...*, s. 175; P. Tuleja, *Normatywna treść...*, s. 15–22; R. Alexy, *W obronie niepozytywistycznej koncepcji prawa*, „Państwo i Prawo”, 1993, z. 11–12, s. 34–49.

<sup>158</sup> W. Jakimowicz, *Publiczne prawa...*, s. 30–41; W. Lang, *Prawa podmiotowe...*, s. 202; J. Chaciński, *Prawa podmiotowe...*, s. 34; P. Tuleja, *Stosowanie Konstytucji RP...*, s. 133–134.

wobec aktów prawa państwowego, chociaż oczywiście współcześnie treść praw wydaje się w dużej części zdeterminowana tymi postanowieniami. Dotyczy to chociażby kluczowej, także dla swobód, konstytucyjnej wolności gospodarczej, uznawanej jednak za jedynie zadeklarowaną przez ustawodawcę, a nie nadaną obywatelom<sup>159</sup>. Prawo podmiotowe nie jest w pełni wyrażone tymi postanowieniami i nie ma czysto normatywnej treści, a też normy te z niego wprost nie wynikają, a więc nie może zarazem obejść się bez prawa przedmiotowego, które zarazem jest współcześnie niezbędne do ustalenia treści prawa podmiotowego, co implikuje ściśle stosunki współzależności, a nawet zintegrowania. Jest to jednak kategoria wyższego rzędu, wyznaczająca kierunek egzegezy samych przepisów, a zadaniem praktyki powinno być jej odkrywanie oraz uszanowanie szczególnej roli, nawet jeżeli determinanta tego rodzaju nie wydaje się w pełni uchwytana, co uzasadnia zresztą ponownie szczególną rolę orzecznictwa. W tradycyjnym ujęciu prawno-naturalnym sprzeczność z nią mogłaby prowadzić do pozbawienia mocy obowiązującej przepisu i nawet jeżeli dziś trudno oczekiwać tak skrajnego rezultatu, to tego rodzaju podejście rezerwuje się jednak raczej dla praw fundamentalnych przeciwstawianych prawom „zwykłym”<sup>160</sup>.

Z drugiej strony sama pozytywizacja może dowodzić, że umocowanie danego prawa w normie powstałej z woli ustawodawcy nie musi pozostawać w sprzeczności z jego dualnym charakterem czy też wykluczać doszukiwania się jakiegoś wyższego wymiaru – nawet w przypadku tych, które wydają się pochodzić wyłącznie z takiego źródła. Obecnie elementów kategorii prawa podmiotowego nie należy bezpośrednio wiązać z jednoznacznie naturalnym pochodzeniem czy też uzależniać od niego możliwości szerszego postrzegania norm i uwzględniania aspektów ponadpozytywnych. W tym zakresie mogą się mieścić normy ustanowione w traktacie międzynarodowym, których źródłem była wola państw założycieli – np. EWG, zwłaszcza jeżeli mają cechy takie, jak swobody rynku wewnętrznego. Odwołują się one przecież do wolności, z której prawa podmiotowe miały wynikać, przyznano im w orzeczeniu Van Gend charakter praw podmiotów nowego systemu prawa, a zarazem – jak już wskazano – zasługują na traktowanie zbliżone do praw podstawowych, w ramach których podejście prawno-naturalne jest szczególnie intensywnie obecne<sup>161</sup>.

W tym kontekście jednak nie chodzi o usilne doszukiwanie się powiązań swobód z prawami natury, chociaż oczywiście nie są one wykluczone, jeżeli uwzględni się wska-

<sup>159</sup> W. Jakimowicz, *Publiczne prawa...*, s. 266.

<sup>160</sup> *Prawa podmiotowe. Pojmowanie w naukach prawnych*, red. J. Ciapała, K. Flaga-Gieruszczyńska, Szczecin 2006, s. 27; S. Jarosz-Żukowska, *Konstytucyjna zasada...*, s. 78; P. Tuleja, *Stosowanie Konstytucji RP...*, s. 129–136; P. Tuleja, *Normatywna treść...*, s. 42.

<sup>161</sup> W. Lang, *Prawa podmiotowe...*, s. 219–220.

zywane już ich związki z prawami podstawowymi chronionymi przez Kartę, którym taką proveniencję łatwiej jest przypisywać. Odpowiedniejsze wydaje się natomiast przyjęcie, zwłaszcza w wykładni i stosowaniu swobód, swoistej perspektywy naturalistycznej czy też ponadpozytywnej, sankcjonującej podwójną naturę, a nie podważającej prawo przedmiotowe oraz respektującej szczególną rangę, zwłaszcza w relacji z państwem oraz konieczność efektywnej ochrony. W konsekwencji można też zakładać, że ich traktatowe źródło nie wyczerpuje pełnej treści i zakresu, a także nie może podlegać dowolnemu rozumieniu, co jest typowe dla praw rangi fundamentalnej, będących nośnikiem wymiaru moralnego i politycznego. Musi ono być zderzane z posiadającym abstrakcyjną postać prawem podmiotowym wyższego rzędu, które dopiero determinuje charakter i funkcje także swobód.

Perspektywa powyższa kładzie nacisk na wartościujące podejście do prawa obowiązującego oraz uszanowanie wyższego, nadrzędnego porządku praw niezależnego od norm pozytywnych. Trudno oczywiście nie wspomnieć tu o niemalże odwiecznych sporach o katalog wartości stanowiących ów punkt odniesienia, chociaż współcześnie nie jest już raczej problemem odrywanie go od umocowania religijnego i akceptuje się powiązanie istoty państwa liberalnego z jego neutralnością moralną<sup>162</sup>. Natomiast warto w omawianym kontekście uznać za przydatne pewne ogólniejsze postulaty co do kształtu takich aksjologicznych podstaw prawa, gdyż owa neutralność wywodzona jest z poszanowania oraz dążenia do maksymalizacji wolności i wynikającej z niej moralności jednostkowej oraz ma zapewniać, iż ten, kto konflikty aksjologiczne rozstrzyga, nie jest sam ich stroną. Natomiast w systemie unijnym jest to o tyle ułatwione, że zwłaszcza po przyjęciu Traktatu Lizbońskiego samo istnienie oraz skonkretyzowana zawartość takiego unijnego zbioru pozbawiona została wątpliwości, co zbliżyło ją do swoistego ideału integralności w tym zakresie. Wolność także w tym katalogu odgrywa pierwszorzędną rolę, co w wypadku swobód ma niebagatelne znaczenie, a dodatkowo można proponować posługiwanie się kategorią swoistej aksjologii integracyjnej, która wydaje się kluczowa dla swobód, nawet jeżeli termin ten nie występuje wyraźnie w traktatach. To też powinno potwierdzać, iż niesłuszny jest pogląd jakoby ekonomiczny charakter integracji europejskiej u jej początków miał skutkować ogólną obojętnością systemu na wartości, a przynajmniej brakiem jednorodności katalogu<sup>163</sup>.

Od powyższej zawartości jednak istotniejsze w omawianym kontekście jest samo ukonstytuowanie wartości jako elementu konstrukcji prawa podmiotowego, co wzmac-

---

<sup>162</sup> W. Sadurski, *Neutralność moralna prawa. (Przyczynek do teorii państwa liberalnego)*, „Państwo i Prawo”, 1990, nr 7.

<sup>163</sup> Tak twierdzi J. Kaczor, *Prawa podmiotowe...*, s. 146; P. Tuleja, *Normatywna treść...*, s. 17–19. Zob. też A. Cieśliński, *Wartości Unii...*

nia tylko rezygnację z traktowania postanowień traktatowych jako ostatecznego punktu odniesienia oraz usankcjonowanie metody swoistej aksjologicznej weryfikacji. Konieczność włączania tych aspektów pozasystemowych nie jest całkowicie wykluczane nawet w porządku prawnym RP, przynajmniej przez niektórych teoretyków dowodzących, że przy interpretacji przejawów administracyjnej reglamentacji wolności obywatelskich należy uwzględniać właśnie przyjęty system wartości<sup>164</sup>.

Warto także sięgnąć do dorobku Ronalda Dworkina, który nie unikał swoistych uwikłań aksjologicznych, wskazując zarazem na konieczność widzenia prawa jako szczególnego faktu interpretacyjnego oraz sięgania do jego tzw. głębokiej struktury, a więc fundamentu aksjologicznego. W tym ujęciu pochodzenie prawa nie może więc przesłaniać prawidłowości, iż jako zjawisko kulturowe staje się ono dopiero w procesie interpretacji, którego rezultat zdeterminowany jest wartościami oraz zasadami moralnymi społeczeństwa, określającymi wiążące standardy postępowania i wpływającymi na sposób pojmowania praw podmiotowych. Ponadto, wbrew pozorom, taka otwartość systemu nie musi oznaczać zwiększania władzy dyskrecjonalnej sędziego – zwłaszcza w tzw. trudnych przypadkach (*hard cases*), w których brakuje jasno określonej podstawy normatywnej orzeczenia, skoro jego obowiązkiem jest właśnie identyfikacja prawa podmiotowego poprzez odwołanie się do tego wyższego porządku uznanego za wiążący. Może stać się on nawet czynnikiem kreującym takie prawa w tych przypadkach, a przynajmniej wyznaczać kierunki argumentacji uzasadniającej konkretne rozstrzygnięcia<sup>165</sup>.

Dodatkowo przydatne może być sięgnięcie do teorii interpretacji, która wyodrębnia nawet trzy jej poziomy w przypadku koegzystencji prawa przedmiotowego i podmiotowego. Oczywiście specyfika wykładni prawa unijnego zostanie jeszcze dokładniej omówiona, ale w tym miejscu chodzi o sięgnięcie do takiego spojrzenia, które wpisuje się w powyższy dorobek. W tym pierwszym zakresie prawa wystarczający jest więc tzw. poziom deskryptywny, kojarzony z koncentracją na tekście i jego wyraźnym brzmieniu, oraz dyrektywalny, mający opisywać wszystkie zabiegi interpretacyjne służące ustaleniu tego, co prawodawca zamierzał w nim wyrazić. Natomiast prawo podmiotowe wymagać ma poziomu presupozycji, a więc dalekiego wychodzenia poza literalne brzmienie, które umożliwia uwzględnienie tego, co wprost z treści nie wynika, ale ją dopełnia, zapewniając dopiero kompletność, ze szczególnym uwzględnieniem właśnie wartości, gdyż niejako muszą się one w tekście odnaleźć. Uważa się zarazem, że poziom ten ujawnia się w przypadku

---

<sup>164</sup> W. Jakimowicz, *Publiczne prawa...*, s. 268.

<sup>165</sup> Różne koncepcje widzenia praw podmiotowych, zwłaszcza przez Harta i Dworkina, oraz problem uwikłania aksjologicznego prezentuje M. Błachut, *Pojęcie prawa podmiotowego we współczesnej liberalnej filozofii prawa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”, 2002, z. 1, s. 36–45; W. Jakimowicz, *Publiczne prawa...*, s. 36.



aktów prawnych wyższego rzędu ze względu na ich generalny charakter, gdzie takie „założenia” czynić jest łatwiej, a wydają się niezbędne w przypadku realizacji określonych celów i dóbr, których także trudno doszukać się w wyraźnym brzmieniu. Może oczywiście rodzić się wątpliwość, w jakim stopniu aprioryczny okazuje się ów wybór interpretatora, ale jest to w ogóle nieodłączny element podejścia naturalistycznego<sup>166</sup>.

W konsekwencji wydaje się, że właśnie taki model pozwala zrozumieć nader twórcze podejście orzecznictwa Trybunału do norm traktatowych, charakteryzujące się intensywnym sięganiem do kategorii ponadpozytywnych, a nawet kształtowania postaci aksjologicznych fundamentów wspólnotowego porządku prawnego. Z pełną mocą ujawniło się to wobec gwarancji systemu rynku wewnętrznego, upoważniając nawet do formułowania owej tzw. aksjologii integracyjnej. Zwłaszcza ze względu na wątpliwości co do jednoznacznie określonej podstawy normatywnej rozstrzygnięcia, obfitowały one w tzw. trudne przypadki, szczególnie wymagające uwikłań aksjologicznych oraz poszukiwania wspomnianej wcześniej głębokiej struktury norm. Konieczność takiego podejścia należy natomiast traktować jako nieodłączną konsekwencję specyfiki norm swobód, których treść nie może być widziana jako wyczerpująca się w brzmieniu traktatowym, a musi być ona dopiero poszukiwana i odkrywana z uwzględnieniem takich determinant. Trybunał niejako zmuszony do wypełniania luk w systemie, korzystając z ogólnego upoważnienia zawartego w obecnym art. 19 ust. 1 TUE do zapewnienia poszanowania prawa w interpretacji i stosowaniu Traktatów, musiał nie tylko zastępować instytucje powołane do stanowienia przepisów prawa wtórnego determinujących prawa beneficjentów rynku wewnętrznego, ale też w równym stopniu korzystał obficie z możliwości odwoływania się do standardów pozaprawnych<sup>167</sup>.

W ten sposób właściwie prawo podmiotowe stanowiłoby swoistą presupozycję aksjologiczną prawa przedmiotowego, a więc postanowień traktatowych, co znalazło też odzwierciedlenie w wykorzystaniu jedynej w swoim rodzaju wykładni funkcjonalnej, pozwalającej w bardzo szerokim zakresie uwzględniać wartości. Należy zauważyć, że leżą one u podstaw nie tylko samych postanowień regulujących prawo do realizacji swobody, ale w równym stopniu także dopuszczalnych ograniczeń, które stoją przeciw na straży różnorodnych dóbr ogólnie chronionych, również wyrażając wyższy porządek wymagający uwzględnienia. Implikuje to więc wyważanie na tym bardzo zaawansowanym poziomie – a więc wartości<sup>168</sup>.

---

<sup>166</sup> Taki model interpretacji proponuje np. R. Sarkowicz, *Pozioma interpretacja tekstu prawnego*, Kraków 2005, s. 64 i nast.

<sup>167</sup> Por. J. Kaczor, *Prawa podmiotowe...*, s. 146–154.

<sup>168</sup> Por. P. Tuleja, *Stosowanie Konstytucji RP...*, s. 143–150, autor rozważa tam problem ograniczeń na tle gwarantowanej w Konstytucji RP swobody działalności gospodarczej.

Warto zarazem podkreślić, iż w systemie prawa państwowego model powyższy był wykorzystywany do ograniczania roli prawodawcy i wykazywania, że prawa jednostki nie wynikają jedynie z jego woli, usprawiedliwiając także brak legitymacji demokratycznej rozstrzygnięć sądowych na nim opartych. Jest to godne podkreślenia w systemie unijnym, w którym ów brak wiązany z pozbawianiem władzy państw członkowskich przez nadmierną rolę orzecznictwa jest często podnoszony jako kluczowy. Natomiast w takim kontekście model ten nabiera zupełnie innego wymiaru i nie może być kwestionowany, jako właściwie nieodłączny element nowoczesnego prawa i orzekania, niezbędny zarazem do rozwoju procesu integracji i ochrony praw obywateli UE.

## C. Swobody jako prawa obywatelskie

### a) Obywatelstwo rynkowe i jego erozja

O ile w poprzednim punkcie analiza koncentrowała się na odnoszeniu do swobód konstrukcji praw podmiotowych, o tyle w tym miejscu warto rozważać je jako prawa obywatelskie. Punktem wyjścia w tych rozważaniach nie jest jednak przewidziana w obecnym art. 20 TFUE instytucja obywatelstwa UE, która powstała stosunkowo późno, właściwie dekady po tym, jak swobody zaczęły funkcjonować, lecz zaproponowana w literaturze kategoria obywatela rynkowego (*market citizen*), której treść była właściwie przez nie wyłącznie wypełniona<sup>169</sup>. Kategoria ta została nieodłącznie powiązana z celami integracji EWG i jako taka miała założony wymiar *stricte* ekonomiczny, wywodząc się głównie ze swobody przemieszczania na rynku wewnętrznym jako szczególnie „obywatelskiego” prawa. Jednak bez względu na krytykę obywatelstwa rynkowego niewątpliwie był to niezwykle ważny etap rozwoju statusu jednostkowego w systemie wspólnotowym, a następnie unijnym, który – jak się okazało – mogły zapewnić swobody i wbrew przekonaniu niektórych przedstawicieli doktryny nie było ono wyzute z praw podmiotowych<sup>170</sup>.

Z pewnością łatwo było zgodzić się z zarzutami wąskiego, mało uniwersalnego ujęcia osoby ludzkiej w tych ramach, sprowadzanej do kategorii rynku i czynnika produkcji, czy też odpowiadać na wytyki instrumentalnego traktowania jej w procesie integracji, które miało przełamać dopiero pełne obywatelstwo UE. Jednakże to właśnie ów indywidualny status odnoszony do statusu obywatelskiego, i to fundowany od początku, miał znaczenie trudne do przecenienia. Nie byłby on natomiast możliwy bez swobód, jako pierwotnych jego gwarantów, które wypełniły obywatelstwo rynkowe pełną treścią. Natomiast jeżeli

---

<sup>169</sup> Ogólnie na temat obywatelstwa rynkowego zob. A. Bodnar, *Obywatelstwo wielopoziomowe. Status jednostki w europejskiej przestrzeni konstytucyjnej*, Warszawa 2008, s. 76.

<sup>170</sup> *Ibidem*, s. 76, autor wydaje się prezentować pogląd o takim braku.

nawet obecnie samo obywatelstwo UE wydaje się bardziej rzeczywiste, to ponownie zaszczepia się ono na swobodnym przemieszczaniu, chociaż o dużo szerszym wymiarze, a wewnętrzna konstrukcja nadal nie może się obejść bez klasycznych swobód<sup>171</sup>.

Równocześnie wszelkie omówione dotychczas cechy swobód, a więc w szczególności model relacji z władzą publiczną oraz ochrony prawnej, nabierają nowego wymiaru i zostają ujęte w ramy tej całościowej instytucji obywatelstwa rynkowego. Nie ulega wątpliwości zarazem, iż zapewnia ona jednostkom sytuację prawną szczególną – dalece wykraczającą poza przywileje zwykle przyznawane cudzoziemcom, nawet w zakresie ekonomicznym, a więc swobody jako prawa obywatelskie okazują się bardziej zaawansowane i muszą ustanawiać rangę wyższą niż nie tylko postanowienia innych traktatów, lecz także „zwykle” prawa podmiotowe. Na długo przed Maastricht wskazywano bowiem, że jednostki ludzkie, mające zwłaszcza prawo do przemieszczania, nie mogą jednak być zredukowane całkowicie do poziomu tylko „siły roboczej” i paradoksalnie mogło to sankcjonować właśnie powiązanie pierwiastka rynkowego z obywatelskim. Dodatkowo posługiwanie się tą instytucją dobrze koresponduje z ideą konwergencji swobód, gdyż spaja je wszystkie razem klamrą jako wspólne prawa osobowe w ramach większej całości, dla której różnice pomiędzy nimi czy też przyporządkowanie określonej aktywności do wybranej normy traktatowej można traktować jako drugorzędne<sup>172</sup>.

Ponadto w toku rozwoju systemu wspólnotowego obywatelstwo rynkowe zaczęło ulegać stopniowej uniwersalizacji wynikającej z postępującej erozji aspektu ekonomicznego. Stopniowo bowiem swobody podlegały rozwojowi obejmującemu coraz więcej uprawnień, które trudno było zaliczać do prawdziwie rynkowych, wykraczając poza te granice. Zresztą nawet to, że w procesie ewolucji rynku wewnętrznego priorytet stracił przepływ towarów na rzecz swobód osobowych, można było traktować jako widomy znak owej ewolucji, zważywszy, że w migracjach ludnościowych trudno jest wyabstrahować jako zupełnie odrębną kategorię przemieszczanie czysto komercyjne czy też prawa *stricto* gospodarcze. Warto zauważyć, że definicja rynku wewnętrznego z art. 26 TFUE, odwołująca się do słynnych czterech wolności, posługuje się trzema czynnikami wyłącznie ekonomicznymi, a więc towarami, usługami i kapitałem oraz właśnie osobami, a nie np. siłą roboczą<sup>173</sup>.

---

<sup>171</sup> M. Everson, *The Legacy of the Market Citizen*, [w:] *New Legal Dynamics of the European Union*, eds J. Shaw, G. More, Oxford 1995, s. 73; S. Kadelbach, *Union Citizenship...*, s. 455, krytykuje concept *market citizen*, albowiem uważa, że jest to przejaw bardzo instrumentalnego traktowania.

<sup>172</sup> K. Kowalik-Bańczyk, komentarz do art. 21, [w:] *Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej...*, t. 1, s. 462; A.G. Toth, *The Oxford Encyclopedia of European Community Law*, vol. 2. *The Law of the Internal Market*, Oxford 2006, s. 402.

<sup>173</sup> D. Miąsik, komentarz do art. 26..., s. 510–511.

Stąd też ta erozja czy ewolucja jest najbardziej dostrzegalna w swobodzie przepływu osób, którą od dawna uważano za mającą różne aspekty, nawet w ramach integracji EWG, wśród których aspekt ekonomiczny jest oczywiście najstarszy i w omawianym kontekście najbardziej oczywisty, ale jednak niejedyny. Toteż zaledwie punktem wyjścia było podporządkowanie tej swobody owym pierwotnie skrojonym celom, co znalazło odzwierciedlenie np. w orzeczeniu w sprawie Auer<sup>174</sup> z końca lat 70., w którym Trybunał wskazywał jeszcze, iż ma ona po prostu przyczyniać się do ustanowienia wspólnego rynku, na którym obywatele państw członkowskich mogą wykonywać aktywność ekonomiczną, szczególnie w zakresie przedsiębiorczości i usług. Jednak już w tym okresie coraz bardziej stawało się ewidentne, że – jak już wskazano – jednostek nie da się redukować w taki sposób; ten wymiar czysto ludzki musiał stopniowo zacząć dominować, wykluczając instrumentalne traktowanie. Właśnie w takim kontekście pojawił się i zaczął zwiększać swoje znaczenie wymiar socjalny, początkowo jedynie w ramach swobody przepływu pracowników, która zgodnie z preambułą nieobowiązującego już rozporządzenia 1612/68 zaczęła być widziana jako służąca nie tylko zapewnieniu rozwoju gospodarczego, lecz także udoskonaleniu warunków życia i pracy oraz wspieraniu rozwoju społecznego. Stopniowo oba te wymiary – gospodarczy i społeczny – zostały niemalże zrównane, otwierając obywatelstwo rynkowe poza tradycyjne ramy, co było potwierdzane w orzecznictwie, jak np. Forcheri<sup>175</sup>, i znalazło następnie odzwierciedlenie we Wspólnotowej Karcie Podstawowych Praw Socjalnych Pracowników<sup>176</sup>.

Od dawna we Wspólnocie zwracano więc uwagę na zmianę paradygmatu i odchodzenie od pierwiastka *stricte* gospodarczego w integracji i podmiotowości jednostek. Ten nowy wymiar wydaje się zresztą adekwatnym pomostem pomiędzy obywatelstwem rynkowym a politycznym i jego rola w Unii nadal wzrasta, także jako swoistego tradycyjnego równoważnika dla aspektów czysto rynkowych<sup>177</sup>. Tak też należy widzieć przywiązywanie coraz większej wagi do podnoszenia poziomu życia, ochrony socjalnej czy postępu społecznego, co tylko uległo nasileniu po Traktacie Lizbońskim, nawiązującym do idei społecznej gospodarki rynkowej, której źródeł można się jednak doszukiwać

---

<sup>174</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 7 lutego 1979 r. w sprawie 136/78. Postępowanie karne przeciwko *Vincent Auer*, Zb. Orz. 1979 00437.

<sup>175</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (czwarta izba) z dnia 13 lipca 1983 r. w sprawie 152/82 *Sandro Forcheri i Marisa Marino, małżonkowie Forcheri, v. państwo belgijskie i Asbl Institut supérieur de sciences humaines appliquées – École ouvrière supérieure*, Zb. Orz. 1983 02323.

<sup>176</sup> A.G. Toth, *The Oxford Encyclopedia...*, s. 402–403; *European Fundamental Rights...*, s. 542 – tu opis procesu odchodzenia od obywatelstwa rynkowego.

<sup>177</sup> *Editorial Comments: Two-speed European Citizenship? Can the Lisbon Treaty help close the gap?*, „Common Market Law Review”, 45, 2008, nr 5, s. 9.

w korzeniach integracji odwołujących się do ordoliberalizmu. Współcześnie znaczenie to odcisnęło się w takich orzeczeniach, jak *Viking Line* oraz *Laval*<sup>178</sup>, stanowiących przykłady zaawansowanego godzenia obu wymiarów, ale właśnie w ramach systemu swobód i z wykorzystaniem ich gwarancji, które okazały się wystarczające, potwierdzając swoje bardzo uniwersalne zastosowanie i zbliżając się do pełniejszego obywatelstwa<sup>179</sup>.

Wracając natomiast do początków ewolucji swobód i obywatelstwa rynkowego, należy wskazać, iż rola powyższego wymiaru musiała rosnąć, jeżeli uwzględni się konieczność zwiększania uprawnień migrującej siły roboczej – nie tylko w zakresie czysto socjalnym, ale także chociażby edukacyjnym, i nie jedynie pracownikom czy nawet przedsiębiorcom, lecz również członkom ich rodzin. Coraz bardziej zaczęło to odbiegać od minimum niezbędnego do samego swobodnego przepływu czynników produkcji i niejako „żyć własnym życiem”, w imię budowy pełniejszego systemu opartego zarówno na efektywności ekonomicznej, jak i nawet idei sprawiedliwości społecznej. Już wtedy można było zacząć się zastanawiać, czy pojęcie obywatelstwa rynkowego nie straciło na znaczeniu, ale też od początku była to kategoria czysto utylitarna. Natomiast z pewnością opierało się ono na swobodach, które uzyskały status praw obywatelskich w tym rozumieniu oraz wykazywały się stopniowo potencjałem rozwoju, służąc szerszym celem niż uczestnictwo w rynku i autonomizując rolę jednostki. Można to zresztą traktować jako przejaw naturalnego w integracji wspólnotowej procesu określanego jako *spillover*, który powoduje europeizację kolejnych dziedzin mocniej lub słabiej powiązanych z jej pierwotnie założonym zakresem<sup>180</sup>.

W tym kontekście zwrócić należy szczególną uwagę na ewolucję rozumienia zakresu tzw. korzyści socjalnych wprowadzonych rozporządzeniem 1612/68. Po pierwsze więc zakres ich beneficjentów został poszerzony poza samych pierwotnie uprzywilejowanych pracowników na samozatrudnionych i świadczących usługi, co wynikało z założenia, że odmowa utrudniałaby realizację swobód przedsiębiorczości i świadczenia usług<sup>181</sup>. Przede wszystkim natomiast zgodnie z pierwotnymi założeniami korzyści te

---

<sup>178</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (wielka izba) z dnia 11 grudnia 2007 r. w sprawie C-438/05 *International Transport Workers' Federation i Finnish Seamen's Union v. Viking Line ABP i OÜ Viking Line Eesti*, Zb. Orz. 2007 I-10779; oraz wyrok Trybunału Sprawiedliwości (wielka izba) z dnia 18 grudnia 2007 r. w sprawie C-341/05 *Laval un Partneri Ltd v. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan i Svenska Elektrikerförbundet*, Zb. Orz. 2007 I-11767.

<sup>179</sup> L. Azoulai, *The Court of ...*, s. 1336–1340; J. Shaw, J. Hunt, Ch. Wallace, *Economic and social...*, s. 343–358, tu opis znaczenia i rozwoju wymiaru socjalnego w procesie integracji od czasów EWG.

<sup>180</sup> R.C. White, *Workers, Establishment...*, s. 121.

<sup>181</sup> J. Shaw, J. Hunt, Ch. Wallace, *Economic and social...*, s. 303; wyrok Trybunału Sprawiedliwości (piąta izba) z dnia 18 czerwca 1985 r. w sprawie 197/84 *P. Steinhauser*

miały swoje źródło w świadczeniach, jakie pracownicy miejscowi otrzymywali od pracodawców, i można zakładać, że celem twórców było zagwarantowanie, aby pracownicy migrujący nie byli gorzej traktowani już nie tylko w zakresie samego wynagrodzenia i warunków zatrudnienia, pracy i zwolnienia, lecz także wszelkich świadczeń zapewnianych przez pracodawców. Jednakże w toku rozwoju orzecznictwa przyjęto bardzo ekspansywne rozumienie tego pojęcia rozciągające się na wszelkie świadczenia, jakie mogliby otrzymywać pracownicy miejscowi, które powinny także zacząć przysługiwać tym migrującym oraz członkom ich rodzin – również od państwa. Dodatkowo związek tych świadczeń z wykonywaną pracą lub inną aktywnością ekonomiczną stopniowo stawał się coraz odleglejszy, pozwalając na domaganie się np. zniżek w przejazdach komunikacją publiczną dla wdowy<sup>182</sup>. Właściwie świadczenia te bardziej skoncentrowały się na korzystaniu z prawa pobytu i ułatwianiu ogólnej mobilności w ramach Unii i tym samym nabrały więc charakteru przywilejów mocno obywatelskich, zwłaszcza że tak znaczne wsparcie rezerwuje się w stosunkach międzynarodowych dla osób legitymujących się szczególnymi związkami z danym państwem, podczas gdy pierwiastek rynkowy uległ rozmyciu<sup>183</sup>.

Podobnie należałoby rozumieć rozszerzenie ochrony wspólnotowej na odbiorców usług transgranicznych, mimo że nie było to przewidywane wyraźnie w Traktacie. Oczywiście formalnie miało to czysto rynkowy wymiar, skoro zgodnie z definicją zawartą w obecnym art. 57 TFUE usługą musi być świadczenie realizowane zwykle za wynagrodzeniem. Jednak w praktyce okazało się to wystarczające do objęcia tą ochroną niemalże wszystkich obywateli UE, o ile tylko mogą wykazać się, wymagającym jeszcze omówienia, tzw. elementem transgranicznym, gdyż we współczesnym świecie trudno obejść się bez transakcji natury komercyjnej, szczególnie wyjeżdżając do obcego kraju. Stąd kategorią takich chronionych odbiorców objęto, jedynie z wykorzystaniem gwarancji swobód, chociażby pacjentów, osoby pobierające naukę w placówkach niepublicznych czy wreszcie turystów właściwie w trakcie całego pobytu za granicą. Ochrona ta bowiem nie koncentruje się wyłącznie na realizacji danej przedmiotowej

---

v. *Ville de Biarritz*, Zb. Orz. 1985 01819; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 14 stycznia 1988 r. w sprawie 63/86 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Włoska*, Zb. Orz. 1988 00029.

<sup>182</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 30 września 1975 r. w sprawie 32/75 *Anita Cristini v. Société nationale des chemins de fer français*, Zb. Orz. 1975 01085.

<sup>183</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (pierwsza izba) z dnia 31 maja 1979 r. w sprawie 207/78. Postępowanie karne przeciwko *Gilbert Even i Office national des pensions pour travailleurs salariés (ONPTS)*, Zb. Orz. 1979 02019; wyrok Trybunału Sprawiedliwości (druga izba) z dnia 27 marca 1985 r. w sprawie 249/83 *Vera Hoeckx v. Centre public d'aide sociale de Kalmthout*, Zb. Orz. 1985 00973; R.C. White, *Workers, Establishment...*, s. 149–150; A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo...*, s. 207 i nast.

transakcji komercyjnej, lecz rozciąga na szerokie spektrum działań wykonywanych nawet tylko przy okazji korzystania ze świadczeń czy też właściwie wykazujących niewielki z nimi związek, jak np. widzowie programów telewizyjnych emitowanych z zagranicy<sup>184</sup>.

W sprawie H.O. Bickel i U. Franz<sup>185</sup> tym obywatelem rynkowym, zresztą oprócz uznania jego uniwersalnego statusu obywatela UE, okazał się austriacki kierowca – na potrzeby wszczętego przeciwko niemu postępowania karnego i niezależnie od korzystania z jakichkolwiek usług – który przejeżdżał przez Włochy w stanie nietrzeźwości, a w sprawie Carpenter<sup>186</sup> – Brytyjczyk, mąż obywatelki państwa trzeciego, której groziła deportacja tylko dlatego, że mogło mu to utrudnić wyjazdy służbowe za granicę. Wreszcie w chyba najgłośniejszej w tym kontekście sprawie Cowan<sup>187</sup> był to turysta brytyjski, który przy okazji swojego pobytu we Francji stał się ofiarą napadu, a następnie domagał się, jak się okazało skutecznie, rekompensaty z funduszu dla takich osób o charakterze prawno-karnym, który miał nie być zarezerwowany dla cudzoziemców. Dlatego była ona komentowana jako przełomowy krok w stronę faktycznego obywatelstwa<sup>188</sup>. Orzeczenia te, które będą jeszcze omawiane w kontekście modelu wykładni, dowodzą specyfiki funkcjonowania swobód i przyznawania na ich podstawie ochrony osobom, których związek ze swobodnym przepływem czynników produkcji o charakterze ekonomicznym istotnie się zacieśnia<sup>189</sup>.

Do wyjątkowo kontrowersyjnych zalicza się także dorobek orzecznicy przyznający na podstawie powyższych gwarancji prawo do leczenia za granicą w zakresie znacznie wykraczającym poza uprawnienia wynikające z norm szczególnych prawa wtórnego. W tym przypadku oczywiście należało najpierw uznać takie świadczenia za usługę komercyjną, nawet jeżeli realizowane są w ramach publicznego systemu opieki zdrowotnej. Ale skutkiem stało się przyznanie statusu uprawnionych ogromnej liczbie osób, które z pewnością nie parały się aktywnością gospodarczą i nawet nie musiały

---

<sup>184</sup> M. Condinanzi, A. Lang, B. Nascimbene, *Citizenship of the Union...*, s. 151.

<sup>185</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 24 listopada 1998 r. w sprawie C-274/96. Postępowanie karne przeciwko *Horst Otto Bickel i Ulrich Franz*, Zb. Orz. 1998 I-07637.

<sup>186</sup> *Mary Carpenter v. Secretary of State for the Home Department* (C-60/00).

<sup>187</sup> *Ian William Cowan v. Trésor public* (186/87).

<sup>188</sup> J.D. Mather, *The Court of Justice and the Union Citizen*, „European Law Journal”, 11, 2005, nr 6, s. 735.

<sup>189</sup> E. Spaventa, *From Gebhard to Carpenter: Towards a (non-)economic European Constitution*, „Common Market Law Review”, 41, 2004, nr 3, s. 768, A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo...*, s. 547 i nast.

płacić składek na ubezpieczenie zdrowotne, jeżeli w danym państwie leczenie finansowane jest wprost z budżetu państwa<sup>190</sup>.

W świetle powyższego można nawet zaryzykować tezę o swoistej paradoksalnej autonomizacji swobód od integracji gospodarczej oraz przyzwania na ich podstawie statusu, który coraz trudniej odróżnić od „prawdziwego” obywatelstwa. Pozwala to także zrozumieć te komentarze, które niemalże od orzeczenia w sprawie Van Gend głosiły pogląd o „zakodowaniu” w tych gwarancjach obywatelstwa o charakterze embriotycznym<sup>191</sup>. O ile bowiem formalnie osoby należące do tak szerokich powyższych kategorii są nadal obywatelami rynkowymi, o tyle w praktyce na takich przykładach dobrze widać, jak bardzo swobody stały się czysto obywatelskie i jak niewiele potrzeba, aby traktować to jeszcze jako zachowanie owego przymiotu rynkowego. Ich beneficjenci stopniowo doszli do statusu, w którym mogą domagać się równego traktowania z miejscowymi, tak jak prawdziwi obywatele, w bardzo szerokim zakresie uprawnień nader odległych od esencji praw niezbędnych do realizacji swobód jako takich. Tak widziane obywatelstwo UE byłoby więc pewnym ostatecznym rezultatem nie przełomowego aktu nadania, lecz długiego procesu ewolucji i owego słynnego *spillover*, dzięki któremu integracja „gospodarcza” (cudzystów wydaje się niezbędny zważywszy, jak bardzo się od gospodarczej oddaliła) niejako dotarła do granic integracji politycznej<sup>192</sup>.

### **b) Konsekwencje wprowadzenia obywatelstwa UE**

Warto jeszcze wskazać na znaczenie swobód już w kontekście rzeczywistego obywatelstwa UE wprowadzonego ostatecznie Traktatem z Maastricht, które w tym miejscu nie będzie oczywiście analizowane, łącznie ze znaczeniem obecnego art. 21 TFUE, który zapewnia ogólną swobodę przemieszczania. Celem jest natomiast wskazanie reperkusji dla klasycznych swobód rynku wewnętrznego, jakie wywołał ten akt, oraz wzajemnych związków między nimi<sup>193</sup>. Okazuje się bowiem, że nawet ta z założenia

---

<sup>190</sup> A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo...*, s. 561 i nast.

<sup>191</sup> F.G. Jacobs, *Citizenship of the European Union – A Legal Analysis*, „European Law Journal”, 13, 2007, nr 5, s. 592.

<sup>192</sup> E. Marias, *European citizenship in action: from Maastricht to the intergovernmental conference*, [w:] *European Citizenship. An Institutional Challenge*, ed. M. la Torre, The Hague 1998, s. 293; L. Woods, *Free Movement...*, s. 166 i nast.; R.C. White, *Workers, Establishment...*, s. 152.

<sup>193</sup> Staranną analizę natury obywatelstwa, jego zależność od krajowego i uzupełniający charakter zamieścili M. Condinanzi, A. Lang, B. Nascimbene, *Citizenship of the Union...*, s. 4–10; naturze obywatelstwa UE poświęca uwagę też K. Kowalik-Bańczyk, komentarz do art. 20, [w:] *Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej...*, t. 1, s. 444–449; A. Bodnar, *Obywatelstwo wielopoziomowe...*, s. 34–37; zob. także G. Davies, *Nationality Discrimination...*, s. 187.



uniwersalna instytucja w dominującym zakresie pozbawiona byłaby realnej treści, gdyby nie swobody. W tym kontekście można zarazem dostrzec swoiste sprzężenie zwrotne, gdyż równocześnie obywatelstwo wpłynęło także na ich postrzeganie i model wykorzystania. Pierwotnie wydawało się ono zresztą reprezentować bardzo minimalistyczną postać czy też bardziej symboliczny charakter, a jeżeli tak się nie stało, to przede wszystkim dzięki tym gwarancjom i dorobkowi orzecznictwa w tym zakresie – na równi z zastosowaniem owego art. 21<sup>194</sup>.

Warto w szczególności zwrócić uwagę na delikatność konstrukcji prawnej obywatelstwa UE, zwłaszcza jako instytucji zależnej i akcesoryjnej. Niezależnie od innych niedoskonałości brakuje mu przecież klasycznych pierwiastków legitymizujących – naturalnych w kontekście państwowym, z tzw. *demos* na czele, a idee integracyjne są w stanie zastąpić to tylko częściowo. Nadal konstatacje o ukształtowaniu się *demos* na poziomie europejskim traktować należy bardziej jako postulaty i nawet jeżeli można mówić o pewnej kształtującej się zbiorowości, to z pewnością ma ona nadal bardzo skromną postać, co wymaga także szczególnego podejścia, odbiegającego od przyjmowanego w ramach klasycznej wspólnoty państwowej, a zwłaszcza narodowej<sup>195</sup>.

Wydaje się jednak, że na poziomie unijnym nie należy koncentrować się na wymiarze czysto politycznym czy też substancjalnym obywatelstwa odczytywanego przez pryzmat zbiorowości. Właściwsza będzie perspektywa bardziej funkcjonalistyczna czy też formalnoprawna, jako posiadająca bardziej realny wymiar, która współcześnie zaczyna odgrywać coraz większą rolę w podejściu do obywatelstwa jako takiego, chociaż nie należy zapominać o rozróżnianiu pojęć *nationality* i *citizenship*. Natomiast nawet w tym zakresie rodzą się wątpliwości co do „esencji” obywatelstwa UE na poziomie praw i obowiązków, jakie mają wynikać z uczestnictwa w takiej zbiorowości, zwłaszcza że nie ma tutaj tradycyjnych relacji jednostki z państwem i z niewielkimi wyjątkami trudno mówić o prawach politycznych. Ogólnie obywatelstwo charakteryzuje się przecież także jako więź prawną, opierającą się na wzajemnych prawach i obowiązkach, które w tym kontekście wydają się więcej niż skromne, jeżeli uwzględni się te prawa, o których wyraźnie wspomina TFUE w części II, poświęconej tej instytucji, a więc

---

<sup>194</sup> K. Kowalik-Bańczyk, komentarz do art. 20..., s. 438, mówi o tym pierwotnym minimalizmie. I. Cieślicka-Tomaszewska, *Prawa studentów do niedyskryminacyjnego traktowania (art. 12 TWE)*, „Europejski Przegląd Sądowy”, 2007, nr 7, s. 42, wskazuje, że obywatelstwo UE pierwotnie było postrzegane jako symboliczne.

<sup>195</sup> Wątpliwościami co do braku *demos* dzieli się też J. Weiler, zob. *idem*, *Introduction. European Citizenship – identity and difference*, [w:] *European Citizenship. An Institutional Challenge*, ed. M. la Torre, The Hague 1998; R.R. Marin, *Equal citizenship and the difference that residence makes*, [w:] *European Citizenship. An Institutional Challenge*, ed. M. la Torre, The Hague 1998, s. 222. Zob. też K. Wójtowicz, *Sądy konstytucyjne wobec prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2012, s. 6.

głównie wyborcze, związane z opieką dyplomatyczną i konsularną oraz oczywiście z ogólną swobodą przemieszczania<sup>196</sup>.

W związku z tym pojawiała się propozycja, aby zaliczać do nich prawa fundamentalne, zważywszy zarówno na ich rangę, jak i usankcjonowanie znaczenia w Karcie oraz umocowanie aksjologiczne. Wskazywano zarazem, że na tym można budować współczesną tożsamość europejską jako odpowiednik tożsamości narodowej<sup>197</sup>. Propozycja ta rodzi jednak szereg wątpliwości wykraczających poza kwestie systematyki samej Karty, w której prawa obywatelskie stanowią tylko jedną z części. Prawa podstawowe natomiast są z pewnością fundamentem tożsamości na naszym kontynencie, a ich rola jest trudna do przecenienia, ale nie sposób uważać je za podstawę obywatelstwa unijnego, rozumianego jako kategoria autonomiczna, o własnych przymiotach i charakterze.

Stąd właśnie swobodom, tak specyficznym tylko dla Unii, przypisać należało trudną do przecenienia rolę w tym względzie, zwłaszcza że na poziomie konkretniejszym mogły one „zaoferować” indywidualne uprawnienia o unikalnym, ponadnarodowym charakterze. Należy do nich przecież zaliczać nie tylko te wynikające z wyraźnego brzmienia norm traktatowych, ale także stanowiące konsekwencję rozwoju orzecznictwa i szczególnego sposobu ich wykładni. Jak już wskazywano, w tej postaci mają one bowiem coraz bardziej charakter uniwersalny i odrywają się od instrumentalnego traktowania. O ile jednak ich praktyczne zastosowanie jest rzeczywiście nieporównywalne, o tyle z pewnością w sensie politycznym mogą być określane jako zapewniające bardzo minimalistyczne podejście i trudno na tym budować „prawdziwe” obywatelstwo unijne na wzór klasycznego państwowego, jeśli oczywiście takowe miałyby kiedykolwiek powstać. Natomiast omówiony już konsekwentny rozwój wymiaru socjalnego wydaje się cokolwiek ów technokratyczny wizerunek ocieplać<sup>198</sup>.

Z pewnością dzięki wypracowaniu owej skonkretyzowanej treści obywatelstwo UE cokolwiek niezależniło się od wymiaru politycznego. Jeżeli natomiast cechuje je taka odrębność i opiera się ono na zupełnie innej konstrukcji niż obywatelstwo państwowe, to można zakładać, iż nie ma ono ambicji „konkurować” z nim czy też go zastępować. Paradoksalnie utrwała to rolę owego obywatelstwa państw członkowskich i po-

<sup>196</sup> K. Rostek, G. Davies, *The impact of Union citizenship on national citizenship policies*, European Integration online Papers (EIoP), 10, 2006, nr 5, <http://eiop.or.at/eiop/texte/2006-005a.htm>, s. 4; S. Besson, A. Utzinger, *Introduction: Future...*, s. 577; V. Lippolis, *European citizenship: what it is and what it could be*, [w:] *European Citizenship. An Institutional Challenge*, ed. M. la Torre, The Hague 1998, s. 322; E. Guild, *EU Citizenship and Migration Law*, The Hague 2005, s. 69.

<sup>197</sup> D. O’Keeffe, A. Bavasso, *Fundamental Rights and the European Citizen*, [w:] *European Citizenship. An Institutional Challenge*, ed. M. la Torre, The Hague 1998, s. 255–262.

<sup>198</sup> W. Maas, *Creating European...*, s. 5–6. Zob. też O. Golynger, *Ubiquitous Citizens of Europe: The Paradigm of Partial Migration*, Antwerpen–Oxford 2006, s. 23.

twierdza ich szczególne znaczenie w procesie integracji. W takim ujęciu uwypuklanie funkcji swobód w tej konstrukcji, zamiast poszukiwania metod wypełniania jej klasyczną treścią zmierzającą chociażby do implementacji wzorców obywatelstwa amerykańskiego, mogłoby nawet sprzyjać ochronie tożsamości narodowej, sankcjonując szczególnie, ale ograniczoną czy też funkcjonalną postać obywatelstwa UE.

Należy jednak zaznaczyć, iż nie wszyscy są gotowi podzielać pogląd, iż można zaliczać do wspólnej kategorii prawa czysto obywatelskie ze wspomnianej Części II TFUE oraz właśnie same swobody, wskazując chociażby na ich odrębną genezę. Stanowisko to cechuje natomiast brak propozycji innego sposobu „wzbogacenia” tej nader ograniczonej treściowo instytucji<sup>199</sup>. Ponadto, nie podważając genezy obywatelstwa państwowego oraz jego klasycznej postaci, coraz częściej podkreśla się, iż staje się ona archaiczna i nieprzystająca do wyzwań jakiegokolwiek nowoczesnego obywatelstwa. W tym kontekście wskazuje się, że generalnie jego konstrukcja musi uwzględniać aspekty partycypacji i solidarności, a ponadto obecnie jest ono bezpośrednio powiązane z systemem gospodarczym opartym na wolnej wymianie, co wymaga zupełnie nowego spojrzenia<sup>200</sup>. Przyjmując stanowisko wyważone, można zaproponować traktowanie tej propozycji jako nie tyle alternatywy i całkowitej redefinicji, ile uzupełnienia powyższej postaci. Warto się zgodzić, aby rolę kluczową w tym spojrzeniu przypisano właśnie prawom ekonomicznym w zakresie nabywania i sprzedaży towarów, usług, pracy, które muszą być zagwarantowane obok tradycyjnych praw obywatelskich, oraz ideę partycypacji poszerzono poza wymiar polityczny, obejmując także pełnoprawne uczestnictwo w powyżej wskazanym systemie gospodarczym. To natomiast nie odbiega radykalnie od modelu swobód, zwłaszcza że wspomniana propozycja sankcjonuje istotne znaczenie zasady solidarności, kojarzonej z prawami socjalnymi, które gwarancje te są władne generować w coraz szerszym zakresie. Właśnie tego rodzaju prawa zaczynają być przez niektórych uznawane za klucz do współczesnej instytucji obywatelstwa jako takiego i tu również pierwiastek socjalny urasta niemalże do rangi równorzędnego z politycznym<sup>201</sup>.

Przechodząc jeszcze do drugiego kierunku wspomnianego na początku sprzężenia zwrotnego, warto podkreślić wpływ obywatelstwa UE na swobody, oczywiście w tym zakresie, w jakim ich beneficjentami są osoby fizyczne. Zdaniem części autorów

---

<sup>199</sup> A. Bodnar, *Obywatelstwo wielopoziomowe...*, s. 83; S. Besson, A. Utzinger, *Introduction: Future...*, s. 577.

<sup>200</sup> M.J. Elsmore, P. Starup, *Union Citizenship – Background, Jurisprudence, and Perspective: The Past, Present, and Future of Law and Policy*, „Yearbook of European Law”, 26, 2007, s. 60.

<sup>201</sup> W. Maas, *Creating European...*, s. 63; oraz S. Besson, A. Utzinger, *Introduction: Future...*, s. 570, tam takie prawa są owym „kluczem” o podstawowym znaczeniu. Zob. D. Chalmers, Ch. Hadjiemmanuil, G. Monti, A. Tomkins, *European Union...*, s. 561–565 – analiza tego rodzaju propozycji z uwzględnieniem poglądów literatury.

nadało ono swobodom „ludzką twarz” czy też szczególnie, jeszcze bardziej fundamentalny charakter, wyjątkową moc i wzmocniło konstytucjonalizację. Wpłynęło to niewątpliwie na sposób wykładni czy też stało się „inspiracją dla interpretacji”<sup>202</sup>, dostarczając dodatkowego uzasadnienia integracyjnego widzenia ogólnego zakresu oraz konkretnych uprawnień, a także modelu ochrony prawnej, opartego na szczególnej efektywności. W tym należy dopatrywać się zwłaszcza źródeł poszerzenia zakresu uprawnień oraz uprawnionych z tytułu swobód jeszcze bardziej poza sferę komercyjną i poza podmioty rzeczywiście aktywne ekonomicznie<sup>203</sup>.

Powyższa inspiracja odniosła się już do praw przysługujących wcześniej obywatelom państw członkowskich, nawet od początku istnienia UE, które musiały zostać odczytane niemalże na nowo, a sam ów przełom wymusił transformację natury swobód, mimo że formalnie ich treść pozostała nietknięta<sup>204</sup>. Spowodował on konieczność przeomyślenia dorobku klasycznego orzecznictwa w tym zakresie i nadania im jeszcze bardziej prointegracyjnej treści. Stąd konstytucjonalizacja jest wiązana także z koniecznością reinterpretacji Traktatu, łącznie z gwarancjami norm swobód w duchu konstytucyjnym, w którym jednostka uzyskuje specyficzny status, a postanowienia mają szczególną rangę i charakter<sup>205</sup>. Z pewnością ten wzmocniony status wynikających z nich uprawnień w zakresie pobytu, pracy, działalności gospodarczej czy inwestycji powoduje, iż jeszcze trudniej przychodzi usprawiedliwiać dopuszczalne ograniczenia ze względu na konieczność ochrony innych przeciwstawianych im dóbr. Stosowany w tym przypadku mechanizm proporcjonalności jest bowiem oparty na wyważaniu, w którym właśnie waga czy też znaczenie wpływają na ostateczne rozstrzygnięcie<sup>206</sup>.

Można więc założyć, że wspomniany już rozwój pierwiastka społecznego oraz szersze wychodzenie poza wymiar *stricte* rynkowy nie dokonałyby się bez takiego przełomu. Tak komentuje się chociażby orzeczenie w sprawie Collins<sup>207</sup>, dotyczące osoby

---

<sup>202</sup> N. Reich, S. Harbacevica, *Citizenship and...*, s. 617.

<sup>203</sup> G. Davies, *Nationality Discrimination...*, s. 189; F. Weiss, F. Wooldridge, *Free Movement of Persons within the European Community*, The Hague 2007, s. 3 – warto tu zwrócić uwagę na tytuł jednego z punktów: *European Citizenship: the Human Face of Market Freedoms*; D. Kostakopoulou, *European Union...*, s. 636, prezentowane tam stanowisko można zrozumieć jako potwierdzenie, że to wprowadzenie obywatelstwa UE jest ostatecznym przypieczętowaniem statusu swobód jako praw podmiotowych szczególnego rodzaju.

<sup>204</sup> A. Evans, *Union citizenship and the constitutionalization of equality in EU law*, [w:] *European Citizenship. An Institutional Challenge*, ed. M. la Torre, The Hague 1998, s. 268; M.J. Elsmore, P. Starup, *Union Citizenship...*, s. 77.

<sup>205</sup> S. Kadelbach, *Union Citizenship...*, taka jest wymowa całego artykułu.

<sup>206</sup> H. Oosterom-Staples, Case C-138/02, *Brian Francis Collins v. Secretary of State for Work and Pensions*, [komentarz], „Common Market Law Review”, 42, 2005, nr 1, s. 217.

<sup>207</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (pełny skład) z dnia 23 marca 2004 r. w sprawie C-138/02, *Brian Francis Collins v. Secretary of State for Work and Pensions*, Zb. Orz. 2004 I-02703.

poszukującej pracy, która w tym klasycznym ujęciu mogła liczyć na równouprawnienie z miejscowymi w zakresie samego dostępu do zatrudnienia, ale już nie świadczeń czy korzyści socjalnych. Natomiast z tego rozstrzygnięcia wynika, iż Trybunał uznał konieczność innego spojrzenia na brzmienie obecnego art. 45 TFUE, dotyczącego swobody przepływu pracowników, w świetle ustanowienia obywatelstwa, a więc przestać wykluczać w przypadku bezrobotnych możliwość ubiegania się o nie, jeżeli tylko służą ułatwieniu dostępu do zatrudnienia na innym rynku pracy. Sam obecny art. 20 TFUE, gwarantujący obywatelstwo, został uznany za szczególne „narzędzie integracji” o charakterze konstytucyjnym, także w zakresie swobód rynku wewnętrznego<sup>208</sup>.

Warto też zwrócić uwagę na podejście przyjęte przez Trybunał w przywoływanej już sprawie H. O. Bickel and U. Franz, w której chodziło o uprawnienie do posługiwania się przez niemieckojęzycznego kierowcę we Włoszech swoim językiem w postępowaniu karnym. Miał on oczywiście status usługobiorcy, a więc mieścił się w i tak już poszerzonym zakresie obecnego art. 56 TFUE, który wyraźnie chroni jedynie usługodawców. Jednak nawet na tym tle uznanie, że to uprawnienie, którego się domagał, miało jakkolwiek związek z korzystaniem z usług w czasie tranzytowego przejazdu przez Włochy, wydaje się bardzo daleko idące. Jednakże w tym samym punkcie orzeczenia, w którym status powyższy został przez Trybunał uznany, potwierdzono, iż zainteresowany jest właśnie obywatelem UE i korzysta ze szczególnie uprzywilejowanej swobody przemieszczania z obecnego art. 21 TFUE. Nie ulega więc wątpliwości, że odwołanie się do tego statusu wzmocniło wykładnię swobody rynku wewnętrznego, wpływając na jej bardzo integracyjne ujęcie, i przynajmniej ułatwiło, jeżeli nawet nie umożliwiło, przyznanie jeszcze szerszych uprawnień<sup>209</sup>.

Nie mniej interesujące wydaje się orzeczenie w sprawie G. Hartmann v. Freistaat Bayern<sup>210</sup>, dotyczące powoływania się przez obywatela niemieckiego, będącego urzędnikiem w Niemczech, na status pracownika wspólnotowego celem uzyskania wynikających stąd przywilejów, a zwłaszcza uzyskania zasiłku rodzinnego przez jego żonę. Nie rezygnując z dotychczasowego zatrudnienia w tym państwie, przeniósł miejsce zamieszkania do innego państwa członkowskiego i od tego czasu wykonywał swój zawód jako pracownik przygraniczny. Trybunał nie podzielił stanowiska władz krajowych, zgodnie z którym jedynie przemieszczenie się do innego państwa członkowskiego w celu wyko-

---

<sup>208</sup> C. Barnard, Case C-209/03, *R (on the application of Danny Bidar) v. London Borough of Ealing, Secretary of State for Education and Skills*, [komentarz], „Common Market Law Review”, 42, 2005, nr 5, s. 1475; F.G. Jacobs, *Citizenship of the European...*, s. 595.

<sup>209</sup> A. Somek, *Solidarity decomposed: being and time in European citizenship*, „European Law Review”, 32, 2007, s. 794 – zob. tam zwłaszcza analizę znaczenia obecnego art. 21 TFUE.

<sup>210</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (wielka izba) z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie C-212/05, *Gertraud Hartmann v. Freistaat Bayern*, Zb. Orz. 2007 I-06303.

nywania działalności zawodowej winno zostać uznane za wykonywanie prawa do swobodnego przepływu pracowników i podlegać przywilejom wynikającym z i tak już szerokiego rozumienia tej swobody. Tym samym osoba taka jak zainteresowany, który nie przerwał swego zatrudnienia w państwie członkowskim i zachował jego obywatelstwo i który przeniósł tylko miejsce swego zamieszkania do innego państwa członkowskiego, nie mogłaby skorzystać z gwarancji unijnych w omawianym zakresie. Tu widać jednak wpływ obywatelstwa na postrzeganie sytuacji zainteresowanego, który skorzystał ze swobody przemieszczania, ale bez wymiaru ekonomicznego i nie w celu podjęcia pracy w innym państwie członkowskim. Okazało się, że należy mu przyznać prawa, jakie zwykle przysługują pracownikom migrującym, gdyż postrzeganie obecnego art. 45 TFUE musi gwarancje wynikające z tej instytucji uwzględniać<sup>211</sup>.

Orzeczenie powyższe można zresztą traktować jako przejaw dosyć już rozbudowanej linii, którą miało zapoczątkować orzeczenie w sprawie Hans-Jürgen Ritter-Coulais, Monique Ritter-Coulais v. Finanzamt Germersheim<sup>212</sup>. Oceniając z perspektywy czasu, przekonująca wydaje się konstatacja, iż pod wpływem obywatelstwa doszło w jej ramach do poszerzenia zakresu zastosowania nie tylko swobody przepływu pracowników, lecz także np. przedsiębiorczości. Dotyczyło to właśnie wykorzystywania transgranicznego przemieszczania się obywateli UE, bez przenoszenia do innego państwa członkowskiego aktywności ekonomicznej, celem uzyskania ochrony wynikającej ze swobód rynkowych, łącznie z prawem do różnorodnych świadczeń lub przywilejów podatkowych. Miały one oczywiście przysługiwać, ale w przypadku przepływu czynników produkcji o charakterze gospodarczym. Swobodom tym zaczął podlegać natomiast każdy, kto jest aktywny ekonomicznie nawet w kraju macierzystym, gdyż równocześnie skorzystał z prawa obywatelskiego do zmiany miejsca pobytu, choć pierwotnie można było uważać, że np. przepływ pracowników realizuje się dopiero wtedy, gdy to zatrudnienie zostało podjęte za granicą. Warto pamiętać, że to właśnie zatrudnienie lub działalność gospodarcza zapewniają tytuł do ubiegania się o prawa powyższego rodzaju, a te aktywności w ścisłym rozumieniu nie były objęte zmianą lokalizacji, w przeciwieństwie do realizacji gwarancji obywatelskich, które znowu praw tych nie zapewniały<sup>213</sup>.

---

<sup>211</sup> Zob. też Ch. O'Brien, Case C-212/05, *Gertraud Hartmann v. Freistaat Bayern*; Case C-213/05, *Wendy Geven v. Land Nordrhein-Westfalen*; Case C-287/05, *D.P.W. Hendrix v. Raad van Bestuur van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen*, [komentarz], „Common Market Law Review”, 45, 2008, nr 2, s. 503–506.

<sup>212</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (wielka izba) z dnia 21 lutego 2006 r. w sprawie C-152/03, *Hans-Jürgen Ritter-Coulais i Monique Ritter-Coulais v. Finanzamt Germersheim*, Zb. Orz. 2006 I-01711.

<sup>213</sup> A. Tryfonidou, *In Search of the Aim of the EC Free Movement of Persons Provisions: Has the Court of Justice Missed the Point?*, „Common Market Law Review”, 46, 2009, nr 5, s. 1591–1608, analizuje rozwój tego orzecznictwa.

Ów ewidentny wpływ obywatelstwa na warunki korzystania ze swobód nie może już więc budzić wątpliwości, a uważa się nawet, że nie ogranicza się on jedynie do samych norm Traktatu, które je gwarantują. Powinno rozciągać się to bowiem także na stosowanie i wykładnię postanowień prawa wtórnego, które warunki te precyzują, czego najlepszym przykładem jest dyrektywa 2006/123 o usługach na rynku wewnętrznym, ale także 2005/36<sup>214</sup>, dotycząca uznawania kwalifikacji, i wreszcie najogólniejsza, bo dotycząca wszystkich obywateli UE, tzw. pobytowa 2004/38<sup>215</sup>. Obecnie należy przyjąć, że ich normy szczególne również muszą podlegać specyficznemu proobywatelskiemu rozumieniu i egzekwowaniu<sup>216</sup>.

Zupełnie na zakończenie warto zwrócić uwagę na jeszcze jeden aspekt wpływu obywatelstwa na wzmocnienie możliwości korzystania ze swobód, co wynika z pozbawienia państw członkowskich prawa wzajemnego kwestionowania decyzji o nadaniu obywatelstwa krajowego, a tym samym obywatelstwa UE. Należy w tym kontekście przypomnieć, że zgodnie z klasycznymi zasadami prawa międzynarodowego państwo nie jest zobowiązane do poszanowania i automatycznego ich uznawania ze wszystkimi wynikającymi z tego korzyściami, jeżeli obywatelstwo innego państwa zostało uzyskane w sposób sprzeczny z wymogami tego porządku, a więc nie ma ono charakteru rzeczywistego i efektywnego. Natomiast w systemie unijnym, jak wynika z orzeczeń w sprawach Micheletti<sup>217</sup> oraz Chen<sup>218</sup>, zostało to państwom narzucone, bez możliwości wprowadzania dodatkowych warunków. Dotyczy to nawet przypadku równoczesnego obywatela państwa trzeciego, z którym jest on naprawdę związany, a uzyskane przez niego obywatelstwo UE ma charakter czysto formalny, ewentualnie gdy to obywatelstwo zostało uzyskane w sposób uznawany w państwie przyjmującym za obejście prawa<sup>219</sup>.

Ma to największe zastosowanie w odniesieniu do gwarancji swobód, gdyż w konsekwencji pozbawia możliwości kwestionowania prawa do korzystania z nich osoby,

---

<sup>214</sup> Dyrektywa 2005/36/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 września 2005 r. w sprawie uznawania kwalifikacji zawodowych, Dz.U. L 255 z 30.9.2005.

<sup>215</sup> Dyrektywa 2004/38/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium Państw Członkowskich, zmieniająca rozporządzenie (EWG) nr 1612/68 i uchylająca dyrektywy 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG i 93/96/EWG, Dz.U. L 158 z 30.4.2004.

<sup>216</sup> M. Dougan, *The constitutional dimension...*, s. 625.

<sup>217</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 7 lipca 1992 r. w sprawie C-369/90 *Mario Vicente Micheletti i inni v. Delegación del Gobierno en Cantabria*, Zb. Orz. 1992 I-04239.

<sup>218</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (pełny skład) z dnia 19 października 2004 r. w sprawie C-200/02 *Kunqian Catherine Zhu i Man Lavette Chen v. Secretary of State for the Home Department*, Zb. Orz. 2004 I-09925.

<sup>219</sup> D. Chalmers, Ch. Hadjiemmanuil, G. Monti, A. Tomkins, *European Union...*, s. 573; K. Kowalik-Bańczyk, komentarz do art. 20..., s. 448–450.

które uzyskały obywatelstwo jednego z państw członkowskich pomimo braku rzeczywistych związków z nim. Warto zauważyć, jak ogromne znaczenie praktyczne ma to, jeżeli państwo przyjmujące zobowiązane zostaje do przyznania cudzoziemcowi legitymującemu się takim statusem wielu praw ekonomicznych związanych z pracą, działalnością gospodarczą, uczestnictwem w przetargach publicznych czy uzyskiwaniem koncesji i zezwoleń oraz, jak wykazały wcześniejsze rozważania, w coraz większym zakresie także socjalnych. Wiadomo, iż współcześnie często dążenie do korzystania z tych przywilejów leży u podstaw ubiegania się o obywatelstwo krajów rozwiniętych, w tym większości członków UE, które zarazem wypracowały rozbudowany katalog instrumentów pozwalających chronić się przed nadużyciami oraz zwyczajnie zapobiegać nadmiernej przyrostowi beneficjentów ich opiekuńczych systemów. Z zasady więc państwo, które decyduje się na przyznanie swojego obywatelstwa, czyni to biorąc niejako na siebie odpowiedzialność w tym zakresie, także w wymiarze socjalnym. Natomiast przedstawiona modyfikacja klasycznych reguł implikuje, że odpowiedzialność tego rodzaju ponosić muszą wszystkie państwa członkowskie, respektując wpływ obywatelstwa UE.



## **ROZDZIAŁ III**

### **SYSTEMATYKA SWOBÓD**

Nie ulega wątpliwości, że punktem wyjścia w przedstawianiu systematyki swobód jest definicja rynku wewnętrznego zawarta w art. 26 TFUE. Jednak w ujęciu prawnym należy traktować ją bardziej w kategoriach symbolicznych, gdyż nie pokrywa się nawet z katalogiem swobód, jaki wynika z dalszych, szczególnych norm Traktatu. Definicja ta przewiduje towary, osoby, usługi i kapitał, a jak wiadomo, art. 63 ust. 2 dodaje jeszcze płatności, natomiast zamiast przepływu osób pojawiają się inne swobody. W kontekście rynku wewnętrznego przywoływanie swobody przepływu osób jest o tyle problematyczne, że od wprowadzenia obywatelstwa UE ten przepływ jest kojarzony przede wszystkim z tą instytucją, gwarantowany odrębnie w art. 21 TFUE wszystkim obywatelom państw członkowskich i członkom ich rodzin oraz oderwany od wymiaru czysto ekonomicznego. Oczywiście można sugerować, że stanowi on niezbędny substrat swobód rynkowych, ale właśnie dotyczące ich normy traktatowe opierają się na konkretniejszych swobodach.

Wskazuje to na konieczność rozdzielania swobód rynku wewnętrznego, łącznie ze swobodą „przepływu osób” w rozumieniu art. 26, od swobody obywatelskiej w rozumieniu art. 21 TFUE. Status tego artykułu i jego relacje z klasycznymi swobodami będą jeszcze omawiane, natomiast w tym miejscu warto już z wyprzedzeniem zaznaczyć, że nawet jeżeli czasem bywa on traktowany jako swoista piąta swoboda, to nie mieści się w klasycznej systematyce swobód, chociaż z jednej strony wpływa na ich stosowanie, a z drugiej ten przepływ wydaje się właśnie ich nieodłącznym elementem.

Artykuł 21 jest prawem obywatelskim o szczególnej randze, który stanowi zarazem podstawę do przyznawania różnorodnych uprawnień, nawet natury socjalnej, wszystkim, a nie tylko wybranym obywatelom państw członkowskich, i oczywiście jego zakres podmiotowy wykracza poza beneficjentów rynku wewnętrznego. Toteż uznanie go za piątą swobodę w ramach tego rynku mogłoby mieć zastosowanie wyłącznie do pewnej części obywateli, z wykluczeniem właśnie innych, co wydaje się systemowo trudne do akceptacji. Niektórzy uważają nawet, że istnieją też inne różnice w stosowaniu prawa do swobodnego przepływu osób z obu tych tytułów, a więc opierając się na art. 21, Trybunał ma dokonywać szczególnie restryktywnej wykładni wyjątków – jeszcze węższej niż w przypadku realizacji swobód rynkowych i surowszej kontroli proporcjonalności. Z drugiej strony klasyczne swobody uzyskały na tyle samoistny charakter,

że nie jest konieczne do zapewnienia skuteczności ich stosowania swoiste „zapożyczenie” uprawnień z niego wynikających<sup>220</sup>.

Dlatego właśnie nawet jeżeli potocznie prawo swobodnego przepływu osób jest gwarantem swobód jako takich, to jednak należy co do zasady widzieć to jako dwa odrębne porządki prawne i konstrukcyjne. Nie jest więc przypadkiem, że jeżeli zainteresowany należy do kategorii osób uprawnionych na podstawie norm swobód rynku wewnętrznego, będąc np. pracownikiem, i ma tym samym zagwarantowane prawa, ze swobodnym przemieszczaniem na czele, nie zachodzi potrzeba stosowania art. 21. Pełni on więc subsydiarną rolę, gdy brak jest innych podstaw, a tym samym sytuacja znajduje się poza zakresem rynku wewnętrznego, który będzie analizowany poniżej w pierwszym punkcie – zwłaszcza w kontekście tzw. wymiaru ekonomicznego. Natomiast tam, gdzie swobody mają zastosowanie ze względu na przynależność zainteresowanego do wspomnianych powyżej kategorii, nie ma podstaw do „uruchamiania” art. 21, który pozostaje tym samym poza czystą systematyką swobód, stanowiącą przedmiot niniejszych rozważań<sup>221</sup>.

Trybunał zajmował takie stanowisko, co równocześnie nie przeszkadzało wywodzeniu, że ustanowione ogólnie w tym artykule prawo każdego obywatela Unii do swobodnego poruszania się i przebywania na terytorium państw członkowskich znajduje swój szczególny wyraz w przepisach ustanawiających swobody, np. w dziedzinie świadczenia usług. Pomimo jednak konstatacji ścisłego związku obu kategorii norm wyraźnie nie pozostawił wątpliwości, że jeżeli sprawa zawisła przed sądem krajowym jest objęta zakresem stosowania swobód rynkowych, to nie ma potrzeby, aby Trybunał orzekł w przedmiocie wykładni obecnego art. 21, który podlega rozpatrzeniu jedynie wówczas, gdy np. obecny art. 56 TFUE nie będzie miał zastosowania do sprawy zawisłej przed sądem krajowym<sup>222</sup>.

Pozostawiając już problematykę powyższej relacji i odnosząc się do znaczenia art. 26 TFUE, warto pochylić się nad rozumieniem zawartego w tej definicji pojęcia

<sup>220</sup> K. Kowalik-Bańczyk, komentarz do art. 21..., s. 459–461, oraz też przywoływana tam pozycja S. Kadelbach, *Union Citizenship...*, s. 467–468.

<sup>221</sup> L. Mitrus, komentarz do art. 45, [w:] *Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej...*, t. 1, s. 775–776.

<sup>222</sup> Zob. sprawy: wyrok Trybunału Sprawiedliwości (druga izba) z dnia 20 maja 2010 r. w sprawie C-56/09 *Emiliano Zanotti v. Agenzia delle Entrate – Ufficio Roma 2*, Zb. Orz. 2010 I-04517; wyrok Trybunału Sprawiedliwości (pierwsza izba) z dnia 9 listopada 2006 r. w sprawie C-520/04 *Pirkko Marjatta Turpeinen*, Zb. Orz. 2006 I-10685, pkt 13; wyrok Trybunału Sprawiedliwości (trzecia izba) z dnia 11 stycznia 2007 r. w sprawie C-208/05 *ITC Innovative Technology Center GmbH v. Bundesagentur für Arbeit*, Zb. Orz. 2007 I-00181 – co do relacji art. 21 do 45 TFUE; a także wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 12 maja 1998 r. w sprawie C-85/96 *María Martínez Sala v. Freistaat Bayern*, Zb. Orz. 1998 I-02691, oraz *Rudy Grzelczyk v. Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve* (C-184/99).

przepływu osób na rynku wewnętrznym. W świetle całego katalogu swobód, jaki z niej wynika, wydaje się on kojarzyć z art. 45 TFUE, czyli gwarancjami przemieszczania pracowników. Natomiast często zalicza się do niego swobodę przedsiębiorczości, co może być problematyczne skoro jej zakres nie wyczerpuje się na osobach fizycznych, lecz dotyczy różnorodnych podmiotów gospodarczych, które często mają status samostanowionych, oderwanych od swoich założycieli. Oczywiście można próbować dowodzić, że osoby przewidziane w art. 26 TFUE nie miały być tylko fizyczne, ale należy to chyba traktować jako pomysł karkołomny. Słusznie się zresztą wskazuje, że zestawianie w jednej grupie pracowników i przedsiębiorczości, a w zupełnie innej usług jest trudne do zaakceptowania, skoro to te dwie ostatnie mają szczególnie wiele wspólnego, regulując działalność na własny rachunek<sup>223</sup>. Także sam układ i kolejność norm swobód w części III TFUE, właściwie niezmiennie od 1957 roku, mają obecnie charakter bardzo archaiczny i mało usystematyzowany. Poważnym wyzwaniem jest także mało konkretny charakter jego postanowień, które cechuje bardzo lakoniczne brzmienie, niepozwalające na jednoznaczne i dogłębne ustalenie zakresu praw przysługujących na ich podstawie. Jest to o tyle niepokojące, że równocześnie, jak już wskazano, służą one jako podstawa do orzekania w sprawach indywidualnych<sup>224</sup>.

Odnosząc się do tradycyjnego układu Traktatu – jak już wskazywano, w tym początkowym okresie EWG swoboda przepływu towarów musiała być uważana za najważniejszą, skoro pierwszy etap budowy wspólnego rynku w latach 60. opierał się na budowie unii celnej. Ponadto ówczesny poziom rozwoju gospodarczego implikował ograniczone znaczenie usług oraz przejawiał się w porównaniu ze współczesnością mało zaawansowanym charakterem przepływów kapitałowych i inwestycji. Rozwój samego procesu integracji w połączeniu z wprowadzeniem obywatelstwa UE spowodował zarazem, iż o wiele większe znaczenie przypisywać zaczęto swobodom opartym na pierwiastku osobowym.

Rozważania te mają znacznie nie tylko historyczne, gdyż często poszukuje się swobody, która stanowiła swoisty wzorzec, pozwalający wykuć model konstrukcji możliwy do powielenia dalej – we wszystkich pozostałych. O ile jednak warto uwypuklać znaczenie idei teorii ogólnej swobód oraz odkrywać wspólną konstrukcję, o tyle do takich propozycji należy podchodzić z ostrożnością. Przede wszystkim bowiem łatwo przekroczyć w takim przypadku granicę unifikacji, na siłę pomijając wszelkie odrębności, i dlatego w ramach poniższych rozważań zostanie podjęta próba dokonania kategoryzacji swobód w ramach ogólnej teorii. Nie zawsze możliwe jest takie automatyczne

---

<sup>223</sup> M. Kożuch, *Swoboda świadczenia...*, s. IV-2.

<sup>224</sup> Według M. Condinanzi, A. Lang, B. Nascimbene, *Citizenship of the Union...*, s. 119, np. Traktat w zakresie swobody przedsiębiorczości niewiele wnosi.

zastosowanie przenoszenia dorobku, czego najlepiej dowodzą wieloletnie spory na tle możliwości szerszego wykorzystania rozwiązania, jakie Trybunał przyjął w orzeczeniu w sprawie Keck celem ukrócenia praktyk nadużywania szerokiej formuły swobodnego przepływu towarów.

Jeżeli zarazem właśnie ta swoboda miałaby być traktowana jako wzorcowa, to należy także zauważyć, że o ile rzeczywiście budowa wspólnego rynku następowała etapami, oficjalnie rozpoczynając się od niej, to wbrew powszechnemu przekonaniu dorobek orzeczniczy postępował cokolwiek bardziej równolegle. Zasadne jest też przypomnienie, że orzeczenie w sprawie van Binsbergen<sup>225</sup>, uznawane za symboliczny początek liberalizacji swobody przepływu usług, dzieli od słynnego Dassonville<sup>226</sup>, dotyczącego towarów, zaledwie kilka miesięcy, co podważa tezę o prekursorskim charakterze orzecznictwa w zakresie tych ostatnich. Zresztą o ile to drugie orzeczenie było bardzo ekspansywne, zwłaszcza w eliminacji przepisów krajowych i wymagało późniejszego miarkowania rozwiązaniem z Kecka, o tyle to pierwsze było sformułowane ostrożniej i lepiej pozwalało godzić sprzeczne interesy partykularne z potrzebami integracji, a więc swoboda przepływu usług paradoksalnie spełniałaby bardziej powyższy postulat. Natomiast z drugiej strony warto docenić zbieżność traktowania obu tych nie zawsze najbliższych sobie swobód, co tylko potwierdza, iż podejście do analizowanej w tej pracy konstrukcji wymaga ostrożnego wyważania aspektów wspólnych ze specyficznymi<sup>227</sup>.

Należy oczywiście zaznaczyć na początku, że celem tych rozważań nie jest staranna analiza zakresu regulacji poszczególnych swobód ani nawet relacji między nimi, co stanowi już przedmiot dokładnych opracowań w literaturze<sup>228</sup>. Ich podstawowym założeniem jest bowiem ujęcie systemowe i konstrukcyjne, a więc przedstawianie każdej z nich musi być ograniczone do niezbędnego minimum. Zbiorcze ujęcie wymaga natomiast uwypuklenia pewnych podstawowych wspólnych aspektów, które są związane z funkcjonowaniem wszystkich swobód. W szczególności determinuje to zakres ich zastosowania, który pozwala dokonywać rozgraniczenia sytuacji niepodporządkowanych temu szczególnemu reżimowi regulacyjnemu. Dlatego aspekty te pojawią się od razu tutaj, na początku w kontekście wymiaru ekonomicznego oraz tzw. elementu transgranicznego, a także w dalszych rozważaniach, dotyczących np. zakresu terytorialnego.

---

<sup>225</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 3 grudnia 1974 r. w sprawie 33/74 *Johannes Henricus Maria van Binsbergen v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, Zb. Orz. 1974 01299.

<sup>226</sup> *Procureur du Roi v. Benoît i Gustave Dassonville* (8/74).

<sup>227</sup> D. Edward, N.N. Shuibhne, *Continuity and Change...*, s. 254.

<sup>228</sup> Przedmiotem takiej analizy była książka autora niniejszej pracy – A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo gospodarcze*.

## 1. ZAKRES W UJĘCIU PODSTAWOWYM

Uznanie, iż swobody są zdeterminowane pierwiastkiem ekonomicznym czy że aktywność, która ma podlegać swobodom, musi mieć wymiar ekonomiczny, wydaje się całkowicie naturalne, zważywszy na specyfikę procesu integracji i charakter rynku wewnętrznego. Wymóg ten można jednak wywieść z norm traktatowych regulujących różne swobody, a jest on także intensywnie obecny w orzecznictwie, gdyż rzeczywiście należy założyć, że w pozbawionych go sytuacjach czy też przepływach osób, dóbr lub świadczeń pozaekonomicznych nie należy posługiwać się zwrotem „swobodny przepływ” ani terminem „swobod...” w ich traktatowym rozumieniu. Konieczność stwierdzenia istnienia tego pierwiastka w szczególności pozwala na jednoznaczne zakwalifikowanie, iż w danym przypadku ochrona wynikająca z ich gwarancji może znaleźć zastosowanie, a praktyka dowodzi, że istnieje wiele tzw. sytuacji brzegowych, w których najpierw należałoby ustalić, czy on występuje. Stosunkowo najmniej wątpliwości budzi, mający z samej istoty cel komercyjny, przepływ kapitału, a nawet towarów, zwłaszcza jeżeli tylko odbywa się w ramach zwykłej umowy wzajemnej.

Natomiast w przypadku ogólnego pojęcia pracownika z obecnego art. 45 TFUE Trybunał musiał dokonać jego wykładni i sprecyzować w sposób niepozostawiający wątpliwości granice zastosowania tej swobody, co ma znaczenie np. przy ubieganiu się o świadczenia socjalne lub legalizacji pobytu. Nie każda bowiem aktywność osoby fizycznej, nawet wykonywana pod cudzym kierownictwem musi mieścić się w tym pojęciu i dlatego pojawia się wymóg wykonywania rzeczywistej i efektywnej pracy za wynagrodzeniem o charakterze i wartości ekonomicznej, a nie np. jako element programu rehabilitacji dla narkomanów. Podobnie zresztą należy podchodzić do działalności na własny rachunek, ale tu ów wymiar ekonomiczny powinien się pojawiać automatycznie, o ile tylko jest to działalność gospodarcza czy też, posługując się terminem traktatowym, przedsiębiorczość, w których samą istotę się on wpisuje. Z analogicznych przyczyn działalność ta jest ujmowana niezwykle szeroko, ale nigdy poza tymi granicami, co zresztą znalazło potwierdzenie w art. 54 TFUE, zgodnie z którym w zakresie tej swobody nie mieszczą się podmioty prowadzące działalność nienastawioną na osiągnięcie zysków. Aktywność, która nie jest wykonywana w tego rodzaju zamiarze, nie legitymuje się pierwiastkiem ekonomicznym i tym samym nie mieści w pojęciu realizacji swobody w rozumieniu TFUE<sup>229</sup>.

Jednego z najbardziej reprezentatywnych przykładów znaczenia omawianej problematyki – zarówno w odniesieniu do wskazanych powyżej swobód, jak i swobody

---

<sup>229</sup> Definicja pracownika w prawie UE zob. *ibidem*, s. 109 i nast., działalności gospodarczej – s. 306 i nast. wraz z przywoływanymi tam orzeczeniami.

przepływu usług – dostarczyło orzecznictwo w zakresie sportu, szczególnie dotyczące transferów oraz dopuszczania zawodników cudzoziemskich do rozgrywek. Podporządkowanie tej dziedziny kontroli wspólnotowej, przy braku norm szczególnych regulujących ją wprost, odbywać się mogło właśnie z wykorzystaniem gwarancji swobód, łącznie z zakazem dyskryminacji. W tym celu jednak niezbędne było odnalezienie wymiaru ekonomicznego, co nie nastęrczało szczególnych trudności, zważywszy na postępującą komercjalizację sportu profesjonalnego.

Obecnie istnieje bardzo już bogaty dorobek orzeczniczy sankcjonujący takie podporządkowanie, którego symbolem jest słynna sprawa Bosmana. Opiera się on na założeniu gospodarczego charakteru aktywności sportowca, klubu i federacji, traktowanych zarazem jako przedsiębiorstwa i ich związki, czego natura sportowa nie przekreśla także w przypadku ich wewnętrznych regulacji. Zresztą granica kontroli wspólnotowej już w latach 70. została wyznaczona w taki sposób funkcjonalny – z wykorzystaniem formuły: tak dalece, jak sport stanowi aktywność ekonomiczną. Nie wyklucza się więc, że reguły natury czysto sportowej, które nie mają nic wspólnego z taką aktywnością, nie muszą podlegać zasadom traktatowym. Dotyczy to np. składu drużyny narodowej, gdyż takie wykluczanie zagranicznych zawodników z określonych meczów ma bowiem podłoże pozagospodarcze, choć słusznie podkreśla się, iż postępująca komercjalizacja generalnie coraz bardziej utrudnia wyodrębnianie owych aspektów czysto sportowych. Natomiast co do zasady aktywność ekonomiczna ma miejsce zawsze wtedy, gdy pojawia się płatne zatrudnienie lub wynagradzana usługa, niezależnie od tego, jaki jest konkretny charakter stosunku prawnego, w ramach którego jest to wykonywane, i dlatego też sport został funkcjonalnie powiązany ze swobodami rynku wewnętrznego<sup>230</sup>.

Warto jeszcze odnieść się do znaczenia definiowania w art. 57 TFUE usług z obligatoryjnym uwzględnieniem ich ekonomicznego wymiaru, gdyż konstytutywnym elementem jest tu świadczenie zwykle za wynagrodzeniem, które koncentruje się na tzw. gospodarczym świadczeniu wzajemnym wobec wykonanego świadczenia rzeczowego. Należy zauważyć, że odpłatności nie zawsze musi dokonywać sam korzystający, lecz np. ubezpieczyciel czy usługodawca, gdyż akurat taka sytuacja nie przekreśla powyższego wymiaru. Natomiast powinna ona mieć charakter obligatoryjny w ramach wiążącego strony stosunku prawnego i stanowić finansowy ekwiwalent odzwierciedlający ekonomiczną wartość usługi. Jest to jednak traktowane szeroko tam, gdzie wymiar ten zostaje

---

<sup>230</sup> Analiza aktywności sportowej w kontekście swobód – zob. A. Cieśliński, *Aktywność sportowa w świetle gwarancji swobód rynku wewnętrznego UE – próba ujęcia systemowego*, [w:] *Sport w prawie unijnym i międzynarodowym – współczesne problemy praktyczne i prawne* [w druku].

zachowany mimo ograniczonego charakteru wynagrodzenia i uzupełniającego charakteru działalności<sup>231</sup>.

Stąd też w orzeczeniu w sprawie Grogan<sup>232</sup> Trybunał nie stwierdził statusu usługodawców w przypadku irlandzkich studentów zamieszczejących ogłoszenia o możliwościach poddania się aborcji poza granicami Irlandii, gdzie była ona konstytucyjnie wykluczona. Ich czyny nie były bowiem wykonywane jako świadczenie w ramach umowy wzajemnej z podmiotem unijnym w celu ekonomicznym. Podejmowali je oni z własnej inicjatywy w imię wyznawanych przez siebie poglądów, a zwłaszcza nie na zamówienie zagranicznych klinik usytuowanych w innych państwach członkowskich, z którymi nie łączył ich żaden stosunek prawny, co oznaczało brak usługodawcy. Realizując takie działania jednostronne, nie mogli tym samym powoływać się na unijne gwarancje wynikające z działania w ramach swobody traktatowej.

Znaczenie wymiaru ekonomicznego ujawnia się najbardziej w kontekście świadczeń, jakie władze publiczne zapewniają nieodpłatnie obywatelom w ramach pełnienia swojej funkcji opiekuńczej. Ze względu na taki niekomercyjny charakter – bez celu uzyskania rzeczywistego zysku i w ramach misji służby publicznej – nie mogą być one kwalifikowane jako realizacja swobodnego przepływu w rozumieniu traktatowym, co w szczególności oznacza, że państwo nie musi zapewniać ich automatycznie wszystkim obywatelom UE ze względu na obowiązującą wyłącznie w tym zakresie zasadę niedyskryminacji. Nie przekreśla tego obowiązek pewnej finansowej partycypacji, jeżeli odbywa się to w tego rodzaju ramach, choć z drugiej strony prawdziwie odpłatna aktywność instytucji państwowych nie musi być wyłączona z reżimu traktowego z powodów czysto podmiotowych. Tradycyjnie natomiast brak powyższego wymiaru pozostawiał poza oddziaływanie swobód rynku wewnętrznego publiczne szkolnictwo, kulturę oraz wiele tradycyjnych przywilejów, mających postać świadczeń rzeczowych, które państwo zapewnia członkom własnej zbiorowości.

Warto jednak zauważyć, że w praktyce dokonywanie rozgraniczeń jest o wiele bardziej złożone, chociażby ze względu na różne formy współpłacenia lub jak w przypadku płatnych studiów, które albo są finansowane przez zainteresowanego albo powinny być zapewniane obywatelom UE w sposób niedyskryminujący jako tzw. doskonałe nie zawodowe. Ponadto współcześnie państwa często rezygnują ze swojej opiekuńczej roli i poddają wiele tego rodzaju świadczeń komercjalizacji. Erozję państwa opiekuń-

---

<sup>231</sup> Analiza odpłatności usług wraz z przedstawieniem dorobku orzeczniczego A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo...*, s. 470 i nast.; zob. też J. Shaw, J. Hunt, Ch. Wallace, *Economic and social...*, s. 149.

<sup>232</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 4 października 1991 r. w sprawie C-159/90 *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd v. Stephen Grogan i inni*, Zb. Orz. 1991 I-04685.

czego należy widzieć jako funkcję postępującej liberalizacji i deregulacji sektora usług publicznych oraz likwidacji różnorodnych monopolów państwowych, wspieranej zresztą przez prawo unijne w różnych specyficznych dziedzinach, jak choćby klasycznego monopolu publicznej poczty. Ubocznym tego skutkiem staje się natomiast stopniowe zwiększanie zakresu oddziaływania swobód ze względu na uzyskiwanie przez świadczenia wymiaru ekonomicznego, który okazuje się wystarczający, nawet jeżeli nadal działalność nie w pełni będzie nastawiona na zysk i również podmioty państwowe będą ją realizowały<sup>233</sup>.

Oddziaływanie to natomiast powoduje z jednej strony możliwość kontroli działania państwa także w tym wrażliwym sektorze co do zgodności z prawem UE, a z drugiej konieczność zapewnienia tych usług na analogicznych zasadach wszystkim obywatelom UE oraz otwarcie swojego rynku na usługodawców z innych państw członkowskich. Jest to też ogólniejszy problem akceptacji mechanizmów rynkowych w sektorach poddanych dotąd publicznej regulacji i interwencji. Dodatkowo władze krajowe muszą pogodzić się z zamiarem korzystania z tych usług przez własnych obywateli w innych państwach członkowskich – często na koszt publicznego płatnika ewentualnie przynajmniej z dopuszczeniem podatkowego odliczania wydatków na analogicznych zasadach, jak to się odbywa w przypadku świadczeń krajowych. Szczególnym wyzwaniem w tym kontekście okazała się realizacja prawa do leczenia za granicą na koszt macierzystego płatnika. Prawo to, mimo istnienia publicznego systemu opieki zdrowotnej, zostało uznane za element swobody przepływu usług. Tym samym ekonomiczny charakter świadczeń medycznych przeważał nad tym publicznym charakterem nawet w tych przypadkach, gdy pacjenci nie tylko nie płacą bezpośrednio za korzystanie z nich, ale nawet nie są zobowiązani do uiszczania składek zdrowotnych, a finansowanie systemu odbywa się wprost z budżetu państwa<sup>234</sup>.

Kolejny niezwykle ważny aspekt determinujący istotę swobód wiąże się z tzw. wymogiem elementu transgranicznego, który implikuje, iż – w przeciwieństwie do stanowionych wskutek harmonizacji pozytywnej tzw. standardów powszechnych – znajdują one zastosowanie jedynie w niektórych sytuacjach. Zagadnienie to wymaga przedstawienia w tym miejscu jako elementu analizy ogólnej, ale będzie jeszcze rozważane, częściowo z przywołaniem tych samych prawidłowości, jako integralny aspekt ochrony prawnej zapewnianej przez swobody. Zakres ich oddziaływania nie ma więc charakteru nieograniczonego, gdyż wymaga się w danym przypadku wystąpienia pewnego elementu obcego wykraczającego poza granice terytorium państwa czy też jurysdykcję systemu

---

<sup>233</sup> G. Davies, *Nationality Discrimination...*, s. 172–184.

<sup>234</sup> A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo...*, s. 561 i nast.



krajowego. Przeciwnieństwem, nieobjętym tym zakresem i tym samym niepodporządkowanym gwarancjom swobodnego przepływu oraz kontroli zgodności regulujących je przepisów krajowych z normami unijnymi, są tzw. sytuacje wewnątrz krajowe czy też czysto wewnętrzne (*purely internal*). W sytuacjach tego rodzaju wszystkie prawnie relewantne elementy mają charakter wyłącznie krajowy, mieszcząc się niejako w obrębie jednego państwa i porządku prawnego. Często bywa to mylnie utożsamiane ze stosunkami pomiędzy państwem członkowskim a jego przynależnymi, a więc własnymi obywatelami i krajowymi podmiotami gospodarczymi, mimo że w tych ramach również aspekt transgraniczny może wystąpić<sup>235</sup>.

To również można by uznać za naturalne skoro istotą swobód jest transgraniczny przepływ, ale w praktyce rodziło to wiele wyzwań wymagających analizowania raczej właśnie w dalszych częściach opracowania. W tym miejscu warto zaznaczyć, iż w praktyce okazuje się trudne do zaakceptowania, aby przepływ towarów, usług i innych czynników produkcji w umownych ramach jednego państwa oraz w wymiarze ponadpaństwowym podlegał przynajmniej w pewnym zakresie odrębnym reżimom prawnym. W tym pierwszym przypadku omawiane normy wspólnotowe nie mogą jednak być stosowane ani zapewniać ochrony przed barierami w ich swobodnym przepływie np. pomiędzy województwami. Może on bowiem być limitowany przez władze krajowe niemalże dowolnie, o ile tylko Unia nie wypracowała wskazywanych już standardów powszechnych regulujących określone przejawy działalności gospodarczej. Oczywiście tak rygorystyczne stanowisko ulega stopniowej erozji, co będzie jeszcze przedmiotem rozważań, natomiast warto przypomnieć te podstawowe pierwotne założenia.

Owo różnicowanie powoduje, iż prawo unijne w wielu przypadkach nie zapewnia ochrony przed wprowadzanymi przez władze kraju macierzystego ograniczeniami wolności gospodarczej, realizowanej wyłącznie na terytorium kraju macierzystego. Z założenia państwo może je narzucać własnym obywatelom i przedsiębiorcom właściwie w każdej z form aktywności mieszczących się w zakresie obrotu czynników produkcji, podczas gdy z tak szerokiej kompetencji nie korzysta wobec podmiotów unijnych. Szczególnie w przypadku swobodnego przepływu towarów i usług specyfika rynku wewnętrznego zwalnia niejako ich beneficjentów z obowiązku przestrzegania wielu lokalnych wymogów – np. w zakresie receptury lub sposobu świadczenia usług – które są zarazem bezwzględnie wiążące dla „miejscowych”. Zgodnie z podstawowymi założeniami dopuszczenie w państwie pochodzenia miało bowiem umożliwiać, z wyłączeniem pewnych ściśle określonych wyjątków, nieskrępowany obrót i realizację

---

<sup>235</sup> Analiza aspektu transgranicznego w tym akapicie i kolejnych zob. *ibidem*, przede wszystkim s. 49 i nast.

świadczeń na całym tym obszarze, co musi skutkować gorszym położeniem miejscowych w stosunku do obcych.

Ponieważ we własnym kraju ci pierwsi stanowią naturalną większość, która zwykle posądzana jest od uciskanie przedstawicieli mniejszości, za jaką uznać można cudzoziemców korzystających zwykle z ograniczonego katalogu przywilejów, zjawisko to bywa określane mianem odwrotnej dyskryminacji. Pomimo pewnej ewolucji oraz argumentacji odwołującej się do równości obywateli UE nadal nie wykluczono ostatecznie, że w wyniku korzystania z gwarancji traktatowych podmioty unijne w przedstawionych sytuacjach posiadają uprawnienia, których miejscowi mogli zostać pozbawieni. Może tak się dziać, dopóki zmiane nie ulegnie ich macierzysty system prawny, ewentualnie nie powstaną wspólne standardy unijnego prawa pozytywnego.

Wykluczenia zastosowania omawianych norm traktatowych w tzw. sytuacjach wewnątrz krajowych nie podważa nawet brzmienie mogące sugerować powszechnie obowiązujący charakter, który nie opiera się na powyższym rozróżnieniu. Na przykład ust. 1 art. 45 TFUE przewiduje zapewnienie swobody przepływu pracowników wewnątrz Unii, co obejmuje m.in. prawo do przemieszczania się w tym celu po terytorium państw członkowskich i ubiegania się o oferowane miejsca pracy, bez wyraźnego wskazania, że odnosi się to jedynie do państw innych niż macierzyste. Tradycyjnie jednak Trybunał nie przyznaje ochrony na przykład w celu zakwestionowania niedogodnych środków kraju macierzystego, jeżeli zainteresowany nigdy nie korzystał ze swobody przepływu pracowników, a więc ani nie pracuje poza jego granicami, ani nie powrócił w następstwie tego<sup>236</sup>.

Aspekt transgraniczny ujawnia się przede wszystkim w związku z korzystaniem z określonej swobody przepływu w dosłownym rozumieniu, a więc przekroczeniem granicy przez podmiot: pracownika, przedsiębiorcę, usługobiorcę lub „przedmiot”: kapitał, towar, czy też z opuszczeniem kraju macierzystego. Może jednak przybrać bardziej oryginalną postać, w szczególności jeżeli to kraj macierzysty utrudnia korzystanie ze swobód, a więc np. odbiór usług inicjowanych poza jego granicami lub przekazywanie ich tam, ewentualnie wyjazd do innego państwa, zatrudnienie tam, inwestowanie, czy też działania tego rodzaju traktuje gorzej w porównaniu z aktywnością wewnątrz krajową. W tym świetle, pomimo posiadania lokalnego obywatelstwa, a nawet domicyliu, państwo nie może traktować danej osoby jako podmiotu „czysto” krajowego, jeżeli powołuje się ona na kryterium obcego miejsca prowadzenia działalności gospodarczej, wykonywania pracy lub wolnego zawodu. Jeżeli zdarzenia te odbywają się poza jego

---

<sup>236</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 27 października 1982 r. w sprawach połączonych 35 oraz 36/82 *Elestina Esselina Christina Morson v. Staat der Nederlanden; Sewradjje Jhanjan v. Staat der Nederlanden*, Zb. Orz. 1982 03723.

terytorium, implikuje to automatyczne podleganie gwarancjom wynikającym z fundamentalnych swobód, a władze macierzyste zobowiązane są traktować swojego przynależnego tak samo jak każdego unijnego beneficjenta swobód.

Okazuje się równocześnie, iż aspekt transgraniczny może być rozumiany nawet szerzej, gdyż w pojęciu tym mieści się każdy element obcy, który można uznać za na tyle istotny dla danej sytuacji, aby pozwalało to przesądzić o rzeczywistych związkach z omawianymi normami traktatowymi. Jednym z najbardziej charakterystycznych przykładów takiego rozumienia wydaje się uzyskanie w innym państwie członkowskich kwalifikacji zawodowych celem wykonywania zawodu regulowanego na terytorium kraju macierzystego. Unijne zasady obligowały władze krajowe do ich uznawania na długo przed zharmonizowaniem tej problematyki, z czego mogli korzystać nie tylko obywatele innych państw członkowskich. Często starając się obejść nadmiernie rygorystyczne, w porównaniu z innymi państwami, wymogi w tym względzie, również miejscowi obywatele udają się za granicę, aby tam kwalifikacje takie zdobyć i następnie uzyskać wyższe prawo u siebie.

Na zakończenie wskazać jeszcze należy na podstawowe zagadnienia z zakresu terytorialnego zastosowania swobód, którego punktem wyjścia jest oczywiście określenie samego terytorium Unii, wynikające z postanowień traktatowych. Należy zarazem pamiętać, iż w niektórych aktach prawa wtórnego może on ulec dalszej modyfikacji, co dotyczy np. terytorium celnego gwarantującego swobodę przepływu towarów, jak chociażby Monako.

Zgodne z ogólnymi założeniami prawo unijne, w tym stosowanie prawa rynku wewnętrznego powinno się rozciągać na całe terytorium państw członkowskich, a jego zdefiniowanie i wyznaczenie granic pozostaje oczywiście domeną prawa międzynarodowego publicznego. Znalazło to odzwierciedlenie w art. 52 TUE, który w ustępie pierwszym przewiduje ogólnie zastosowanie traktatów wobec wymienionych tam państw, natomiast ustęp drugi odsyła do art. 355 TFUE, który ma określać i konkretyzować ich terytorialny zakres. Przewidziano tam szereg wyjątków wprowadzających rozwiązania szczególne, np. wyłączające niektóre terytoria państw członkowskich, co i tak jeszcze może być uzupełniane postanowieniami traktatów akcesyjnych. Dodatkowo, jak pokazuje przykład Grenlandii, która w latach 80. „wystąpiła” ze Wspólnoty, chociaż pozostaje częścią Danii, należy pamiętać, że niektóre, tzw. zamorskie kraje i terytoria państw członkowskich, wymienione w Załączniku II do Traktatu, nie należą do terytorium Unii i zgodnie z art. 355 ust. 2 posiadają przewidziany w art. 198-204 TFUE status państw stowarzyszonych<sup>237</sup>.

---

<sup>237</sup> Por. R.C. White, *Workers, Establishment...*, s. 23–24.

Terytoriów zamorskich nie należy jednak mylić z tzw. francuskimi departamentami zamorskimi oraz innymi obszarami przewidzianymi w art. 355 ust. 1, które ze względu na swój status w świetle prawa krajowego, mimo pozaeuropejskiego położenia, są uznane za część terytorium UE, z założenia podlegającą ogólnemu reżimowi traktatowemu. Zgodnie z tym przepisem w związku z art. 349 doznaje to jednak korekty mającej istotny wpływ modyfikujący funkcjonowanie swobód, gdyż obszary te wymagają wyjątkowego traktowania ze względu na trudną sytuację wynikającą m.in. z oddalenia czy zależności gospodarczej od niewielkiej liczby produktów.

Warto jednak zwrócić uwagę, iż istnieją pewne szczególne przypadki, kiedy gwarancje swobód mogą wykraczać nawet poza terytorium Unii. Z pewnością dotyczy to swobody przepływu kapitału, co zostanie omówione poniżej jako wynikające wprost z postanowień traktatowych. Natomiast w tym miejscu warto wskazać, iż znajduje to swoje zastosowanie ze względu na zakaz różnicowania pracowników pochodzących z różnych państw członkowskich, który ma nieograniczony zasięg terytorialny. Stosuje się więc także, kiedy unijny pracodawca zamierza obywatela UE, zatrudnionego w innym państwie członkowskim, delegować stamtąd do świadczenia pracy na innym kontynencie, ale na rzecz przedsiębiorstwa mającego siedzibę we UE, albo marynarza pływającego na wodach międzynarodowych na statku pod banderą państwa członkowskiego, należącego do armatora z siedzibą w UE. Czasowe wykonywanie pracy poza UE nie może wyłączać obowiązywania zwłaszcza zasady niedyskryminacji w stosunku do obywateli innych państw członkowskich, przynajmniej dopóki zatrudnienie zachowuje swój dostatecznie ścisły związek z jej terytorium, który może wynikać z siedziby pracodawcy oraz poddania jego systemowi ubezpieczeń<sup>238</sup>.

Jak się okazało, związku tego nie musi wyznaczać sama delegacja zagraniczna, którą można uznać za przedłużenie pracy wykonywanej dotąd w państwie członkowskim poza obszar UE, ani nawet siedziba delegującego przedsiębiorstwa. Wystarczy związek z samym prawem danego państwa członkowskiego, a więc poddanie stosunku pracy jego normom prawa pracy lub ubezpieczenia społecznego, nawet jeżeli pracownik posiadający co prawda obywatelstwo UE nie jest delegowany, lecz mieszka na stałe w państwie nieczłonkowskim, gdzie stosunek ten będzie wykonywany. Pomimo iż trudno uznać go za migrującego, a podstawowy związek zachowuje on z krajem trzecim, jeżeli obie strony stosunku mają charakter unijny, a umowa zostaje zawarta zgodnie

---

<sup>238</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (piąta izba) z dnia 12 lipca 1984 r. w sprawie 237/83 *SARL Prodest v. Caisse primaire d'assurance maladie de Paris*, Zb. Orz. 1984 03153; wyrok Trybunału Sprawiedliwości (piąta izba) z dnia 29 czerwca 1994 r. w sprawie C-60/93 *R. L. Aldewereld v. Staatssecretaris van Financiën*, Zb. Orz. 1994 I-02991; wyrok Trybunału Sprawiedliwości (szósta izba) z dnia 27 września 1989 r. w sprawie 9/88 *Mário Lopes da Veiga v. Staatssecretaris van Justitie*, Zb. Orz. 1989 0298.

z unijnym prawem pracy, łącznie z podporządkowaniem jego systemowi ubezpieczeń społecznych i podatkowemu, jest kwalifikowana jako podporządkowana prawu UE, a więc także gwarancjom swobód, mimo odległego miejsca wykonywania<sup>239</sup>.

Kontekst swoistego poszerzania zakresu terytorialnego swobód wymaga jeszcze wyjaśnienia jednego aspektu związanego z brzmieniem wielu umów międzynarodowych wiążących Unię Europejską z państwami trzecimi. Szczególnie te z nich, które ustanawiają trwałe i uprzywilejowane związki, a więc zwłaszcza tzw. Układy Europejskie przygotowujące do członkostwa oraz Europejski Obszar Gospodarczy i porozumienia ze Szwajcarią, zawierają często postanowienia brzmiące podobnie do norm rzeczywistych swobód przewidzianych w TFUE. Możliwy niemalże nieskrępowany przepływ pracowników obu stron jest w tym kontekście rzadziej dopuszczany tylko w niektórych umowach, ale już prawa w zakresie wolnej przedsiębiorczości czy np. przepływu usług nie są ewenementem, ewentualnie bywają zabezpieczone okresami przejściowymi, odraczającymi pełnię zakładanych przywilejów w czasie.

Podobieństwo tego rodzaju uznać należy jednak za pozorne zarówno ze względu na brak całościowego systemu prawnego z jego wewnętrznymi oddziaływaniami i szczególnie prointegracyjnym modelem wykładni, który konstytuuje rynek wewnętrzny, jak i na brak gwarancji obywatelstwa UE zapewniających chociażby nieskrępowane prawo pobytu. Treść tych postanowień umownych oraz zasady ich stosowania nie są w pełni tożsame z normami Traktatu i trudno też utożsamiać ich cele, które model ten istotnie determinują. Należy dodatkowo pamiętać, że mają one różne miejsce w hierarchii systemu prawa UE, gdyż te pierwsze nie są częścią prawa pierwotnego i jako całość muszą być z nim zgodne. Nie zachodzą więc pomiędzy nimi relacje równorzędności, które wydają się niezbędne do rozgraniczania zastosowań, szczególnie w ramach tzw. nakładania się swobód, jak również tzw. wzajemnego wyważania.

To swobody traktatowe cechuje zarazem wyjątkowa bezwarunkowość i niepodważalność stosowania, której ograniczanie jest bardzo ściśle reglamentowane i nie podlega politycznej woli wysokich umawiających się stron, gdyż zostało to wykluczone chociażby w orzeczeniu w sprawie Van Gend. Zwykle w umowach Unii, nawet ustanawiającej EOG, pomimo zagwarantowania zasady swobodnego przepływu pracowników, usług czy przedsiębiorczości, pojawiają się środki ochronne nieznanne w ramach rynku wewnętrznego i niedopuszczalne na podstawie TFUE, a więc czyniące go względny – jak np. przesłanki podyktowane trudnościami ekonomicznymi, społecznymi czy środowiskowymi o charakterze sektorowym lub regionalnym.

---

<sup>239</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 30 kwietnia 1996 r. w sprawie C-214/94 *Ingrid Boukhalfa v. Bundesrepublik Deutschland*, Zb. Orz. 1996 I-02253; A. Cieśliński, *Współnotowe prawo...*, s. 170–171; zob. też R.C. White, *Workers, Establishment...*, s. 26–27.

W podsumowaniu należy więc stwierdzić, że postanowienia umów międzynarodowych Unii nie są swobodami w ścisłym tego słowa rozumieniu, zachowują swoją autonomię, która nie pozwala na zbiorczą analizę. W ich przypadku rozważania dotyczące ewentualnej konstrukcji musiałyby więc mieć odmienną postać i charakter.

## **2. STRUKTURA POSTANOWIEŃ TRAKTATOWYCH I ICH KONSEKWENCJE**

Wspomniany na początku brak właściwego usystematyzowania swobód odzwierciedla się w strukturze Traktatu, w której największa część III, poświęcona politykom i działaniom wewnętrznym Unii, rozpoczyna się Tytułem I dotyczącym samej istoty rynku wewnętrznego – to tutaj znajduje się jego definicja zawarta w art. 26. Tytuł kolejny, II, dotyczy wyłącznie swobody przepływu towarów, ale – co ciekawe – nie ma charakteru jej kompleksowej regulacji, gdyż zawiera co prawda ogólne zasady samej unii celnej oraz konkretne zakazy stosowania ceł i opłat równoważnych (art. 30) oraz ograniczeń ilościowych i środków o skutkach równoważnych w przywozie (art. 34) oraz wywozie (art. 35), ale bez zakazu podatkowej dyskryminacji i protekcjonizmu. Ten ostatni jest powszechnie uznany za nie mniej istotną gwarancję tej swobody, która wraz z zakazem stosowania ceł tworzy jedną, trudną do rozgraniczenia, całość zabezpieczającą przed tzw. barierami fiskalnymi. Jednak został on umieszczony dopiero w Tytule VII – w art. 110 wraz z regułami konkurencji jako jedno z postanowień podatkowych. W zakresie towarów dodać jeszcze należy art. 36 z Tytułu II, który zawiera szczególnie na tle innych swobód długą listę dopuszczonych wyjątków od zakazów przewidzianych w art. 34 i 35 i zasady ich stosowania. Lista ta obejmuje względy moralności, porządku i bezpieczeństwa publicznego, ochrony zdrowia i życia ludzi, zwierząt lub roślin, narodowych dóbr kultury, a także własności przemysłowej i handlowej.

Natomiast po Tytule II, dotyczącym towarów, nie umieszczono od razu regulacji odnoszących się do pozostałych swobód, tylko obejmujące rolnictwo, które są ideowym przeciwieństwem modelu swobód, gdyż opierają się nie na liberalizmie, lecz na skrajnym interwencjonizmie. Dopiero Tytuł IV poświęcono swobodom – tym razem wszystkim pozostałym razem, niezależnie od tego, jak są do siebie zbliżone. Stąd w kolejnych jego rozdziałach są: pracownicy, prawo przedsiębiorczości, usługi oraz wspólnie kapitał i płatności. Każdy z tych elementów można już uznać za kompleksową regulację tego, co Traktat normuje w zakresie samych swobód, bez odsyłania do innych tytułów. Mieszczą się tam w szczególności ogólne zakresy przedmiotowe wraz z ich ograniczeniami oraz upoważnienia do przyjmowania aktów prawa wtórnego, tak jak w przypadku swobody przepływu towarów, które w omawianym kontekście nie mają pierwszorzędного

znaczenia i w niniejszym tekście będą przywoływane tam, gdzie przyczyniły się do realizacji mechanizmu swobód.

Warto opis ten zacząć od ostatnich dwóch swobód, które przewidziano w rozdziale IV – w kolejnych ustępach art. 63, a więc przepływu kapitału i płatności. Mają one specyficzny charakter, ale jeżeli poszukiwać ewentualnych zbieżności pomiędzy różnymi swobodami, to zwykle uznaje się je za najbliższe swobodzie przepływu towarów. To, co je wszystkie łączy, to zupełny brak wymiaru podmiotowego w samych postanowieniach Traktatu, określających istotę danej swobody, i stąd zwykle są one traktowane jako „odpodmiotowione”. Warto jednak zwrócić uwagę, że nawet w tym ostatnim przypadku, gdzie mają cyrkulować nieskrępowanie przedmioty materialne zdolne do całkowitego oderwania się od producenta czy sprzedawcy, nie wyklucza się traktowania jednostek jako bezpośrednich beneficjentów tych postanowień. Istnieją rozstrzygnięcia Trybunału potwierdzające, że także swoboda przepływu towarów dotyczy już nie tylko podmiotów zajmujących się sprzedażą, które mogą się na nią powoływać w sporach z władzami krajowymi, lecz także konsumentów. Gwarantuje to prawo do swobodnego podróżowania do innych państw na zakupy, a także dostęp do reklamy oferty zagranicznej, co wyklucza automatyczne zakazywanie przez władze państwa ich zamieszkania rozprowadzania ulotek reklamujących zagraniczną ofertę<sup>240</sup>.

Natomiast już w przypadku przepływów kapitału jego związek na przykład z inwestorem ma charakter bardziej trwały, i to on często musi być bezpośrednim, a nawet jedynym beneficjentem ochrony. Dlatego już w kolejnych po art. 63 postanowieniach, które przewidują dopuszczalne ograniczenia, kategoria podmiotowa nie została pominięta na przykład w osobie podatników. Równocześnie w przeciwieństwie do gwarancji przepływu towarów przedmiot obu tych swobód nie tylko nie został „rozrzucony” w wielu postanowieniach traktatowych, ale zmieścił się właściwie w jednym zdaniu, które przewiduje po prostu zakaz wszelkich ograniczeń w przepływie. Jest to więc ujęcie najbardziej skrajnie lakoniczne spośród wszystkich swobód, które wydawało się nawet powodować, że akurat gwarancje dotyczące ich w praktyce nie mogą być wywodzone z samego Traktatu ze względu na zupełny brak konkretyzacji. Stanowisko takie nie zostało zaakceptowane, ale warto zwrócić uwagę na tę specyfikę, gdyż w przypadku pozostałych swobód, nawet jeżeli nie wszystkie uprawnienia wynikają wprost z brzmienia jego norm, to jednak podstawowy zakres przedmiotowy został dookreślony.

Art. 63 zupełnie nie pozwala sprecyzować, na czym gwarancje przepływu kapitału i płatności mają polegać, a zwłaszcza jakie są między nimi różnice. Można to jedynie

---

<sup>240</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (szósta izba) z dnia 7 marca 1990 r. w sprawie C-362/88 *GB-INNO-BM v. Confédération du commerce luxembourgeois*, Zb. Orz. 1990 I-00667.

pośrednio wywodzić, zresztą w pewnym tylko zakresie, z treści przewidzianych dalej ograniczeń, w których mowa w szczególności o działalności instytucji finansowych oraz inwestowaniu. Szczególnie pierwsza z tych swobód została zliberalizowana wyjątkowo późno, a więc w latach 90., co wymagało oczywiście znacznego dorobku orzeczniczego. Warto jednak zauważyć, że istotną rolę w tym kontekście odegrała dyrektywa 88/361, a właściwie jej bardzo rozbudowany załącznik precyzujący tzw. nomenklaturę przepływów kapitałowych. Wbrew pozorom nie nadaje to tej swobodzie wyjątkowego charakteru na tle pozostałych co do wiodącej roli prawa wtórnego, a nie orzecznictwa. Dyrektywa została przyjęta w czasach, kiedy samo brzmienie ówczesnego Traktatu EWG nie gwarantowało pełnej swobody, a jej zasady zostały następnie przejęte przez postanowienia obecnego art. 63 TFUE. Natomiast podstawa prawna tego aktu (ówczesny art. 69 Tr EWG) już formalnie nie obowiązuje, a zachowanie przez ów załącznik aktualności jest przede wszystkim zasługą dorobku orzecznictwa, które usankcjonowało ważność przyjętej tam nomenklatury, zastrzegając jednak jej nietaksatywny charakter, który może właśnie być nadal rozwijany w kolejnych rozstrzygnięciach<sup>241</sup>.

Także postanowienia dotyczące ograniczeń swobód z art. 63 zostały znacznie rozbudowane i nie zmieściły się nawet, tak jak było w przypadku przepływu towarów, w jednym podstawowym artykule, a więc 65. Już sam jego ustęp 1 ma bardziej złożoną strukturę niż wspomniany art. 36, gdyż dopuszcza w szczególności stosowanie krajowego prawa podatkowego różnicującego podatników ze względu na zamieszkanie lub inwestowanie kapitału oraz zapobieganie naruszeniom norm w dziedzinie podatkowej, nadzoru ostrożnościowego, jak również ustanawianie procedur deklarowania przepływu do celów informacyjnych. Tak jak w pozostałych swobodach przewidziano także podejmowanie środków uzasadnionych względami porządku lub bezpieczeństwa publicznego. Ten podstawowy katalog uzupełnia ustęp 2 sankcjonujący stosowanie dalszych ograniczeń, jeżeli będą one uzasadnione w ramach prawa przedsiębiorczości, co zarazem jest jednym z postanowień ustanawiających swoiste punkty stykowe pomiędzy swobodami już w wyraźnym brzmieniu Traktatu. Podobnie potraktować można brzmienie ustępu 3 zawierającego ogólną zasadę obowiązującą w przypadkach przewidzianych w obu powyższych ustępach, a więc niedopuszczalność wykorzystywania ich jako środka arbitralnej dyskryminacji lub ukrytych ograniczeń w swobodnym przepływie, co przenosi na ten grunt konstrukcję zawartą w drugim zdaniu art. 36, różniącym się tylko końcówką, w której mowa jest o ograniczeniach w handlu między państwami członkowskimi.

---

<sup>241</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 16 marca 1999 r. w sprawie C-222/97 *Manfred Trummer i Peter Mayer*, Zb. Orz. 1999 I-01661.



Specyfika postanowień dotyczących przepływu kapitału i płatności na tle pozostałych swobód wyraża się zarazem w unikalnym rozszerzeniu ich zakresu terytorialnego, gdyż jako jedyne gwarantują jednoznacznie swobodę nie tylko między państwami członkowskimi, lecz także w relacjach z państwami trzecimi, co stanowi zresztą pokłosie różnorodnych zobowiązań międzynarodowych, a więc wynikających zwłaszcza z członkostwa państw UE w OECD. Pomijając wspomniane już sytuacje szczególne przekraczanie granic zewnętrznych rynku wewnętrznego znajduje się jednak poza materią niniejszych rozważań, a więc w tym miejscu warto jedynie zaznaczyć, że rozszerzenie to skutkuje jednak bardzo rozbudowanym katalogiem dodatkowych ograniczeń – zarówno traktatowych, które wynikają z art. 64 ust. 1, jak i będących przejawem aktywności instytucji unijnych o charakterze normatywnym lub indywidualnym, dla których podstawy znajdują się w art. 64 ust. 2 i 3, art. 65 ust. 4 oraz art. 66 TFUE.

Przechodząc do swobody przepływu pracowników, która została przewidziana w rozdziale 1 Tytułu IV, warto zwrócić uwagę na formalną wyjątkowość gwarantującej ją artykułu 45 TFUE. W tym jednym artykule „zmieścił” się nie tylko sam przedmiot swobody, dużo konkretniej sprecyzowany niż w przypadku kapitału i płatności, ale także wszystkie pozostałe jej aspekty. Poza lakonicznym i mało zobowiązującym art. 47, przewidującym, iż państwa członkowskie popierają wymianę młodych pracowników, dwa pozostałe artykuły tego rozdziału stanowią podstawę przyjmowania przez instytucje unijne aktów prawa wtórnego, co jak już wskazywano, nie podważyło samoistnego znaczenia swobód. Poza ust. 1 art. 45, który zapewnia ogólnie ujętą swobodę przepływu pracowników wewnątrz Unii, jej przedmiot precyzują ustępy 2 i 3 – jako prawo do ubiegania się o miejsca pracy, przemieszczania, przebywania w innych państwach członkowskich w celu jej wykonywania oraz pozostawania po jego ustaniu, łącznie z zakresem zakazu dyskryminacji – w zatrudnianiu, wynagradzaniu i innych warunkach pracy. Znalazły się tam także dopuszczalne we wszystkich swobodach ograniczenia, a więc ochrona porządku i bezpieczeństwa publicznego oraz ochrona zdrowia publicznego, która jest charakterystyczna najbardziej dla tych z nich, które wiążą się z przemieszczaniem osób. Wreszcie ustęp 4 przewiduje derogację pozwalającą władzom krajowym na niestosowanie powyższych gwarancji w odniesieniu do zatrudnienia w administracji publicznej.

Ów całościowy charakter tego artykułu nie jest jednak równoznaczny z jego prawną doskonałością, gdyż poza naturalnymi wyzwaniem interpretacyjnymi, jakie może rodzić ustalenie treści powyższych ograniczeń, nie precyzuje on niezwykle istotnego rozumienia i zakresu dwóch kluczowych elementów. Chodzi o pojęcia pracownika oraz administracji publicznej czy też posługując się o wiele adekwatniejszą wersją anglojęzyczną *worker* (zamiast *employee*) oraz *public service* (zamiast *administration*). Co więc

cej żaden z jego ustępów nie odnosi się wyraźnie do drugiej strony stosunku pracy, mimo iż jest oczywiste, że swoboda ta musi rodzić prawa także dla pracodawcy, dotyczące zwłaszcza możliwości pozyskiwania i wykorzystywania siły roboczej na całym jednolitym rynku. Zważywszy na to, kto generalnie może mieścić się w tym szerokim pojęciu, sprecyzowania wymaga jeszcze zakres podmiotowy wykraczający poza osoby fizyczne, co można uczynić, sięgając pomocniczo do omawianej poniżej kategorii podmiotów gospodarczych.

Nie powinno więc dziwić, że pojęcia powyższe stanowią przedmiot bardzo rozbudowanego dorobku orzeczniczego, które w przypadku precyzowania rozumienia pojęcia „pracownik” można właściwie traktować jako symbol podejścia do całej swobody. Okazało się to niezbędne, mimo iż akurat ona najszybciej doczekała się konkretyzacji w prawie wtórnym – na podstawie obecnego art. 46 TFUE zawartego w omawianym rozdziale – w rozporządzeniu 1612/68, obecnie zastąpionym rozporządzeniem 492/2011<sup>242</sup>. Co ciekawe, legislacja ta również nie ukróciła aktywności ETS i nie zastąpiła jej literą obowiązujących przepisów, gdyż precyzując ogólne gwarancje oraz wprowadzając wiele konkretnych uprawnień pracowniczych, samo brzmienie tego pierwszego rozporządzenia przyczyniło się do generowania kolejnych linii orzecznich. Dotyczy to zakresu pojęć doskonalenia zawodowego, a zwłaszcza wspomnianych już tzw. korzyści socjalnych, jakie mają przysługiwać pracownikom, oraz problematyki równouprawnienia podatkowego – wszystkie one znalazły odzwierciedlenie w bardzo rozwojowej wykładni Trybunału.

Warto zauważyć, iż obecnie rozporządzenie to ma ograniczony zakres regulacji w stosunku do pierwotnie obowiązującej, gdyż koncentruje się ono na czystych prawach w zakresie zatrudnienia osób migrujących, pomijając uprawnienia związane z wjazdem i osiedleniem się w innym państwie członkowskim. Początkowo zawierało ono także najbardziej podstawowe rozwiązania w tym zakresie, które również wymagały znacznego rozwinięcia w orzecznictwie. Kontekst swobody przepływu pracowników wydaje się szczególnie właściwy dla wspomniania o nich, gdyż w systematyce traktatowej jest to pierwsza ze swobód mająca wymiar bezpośrednio podmiotowy. Natomiast uprawnienia tego rodzaju musiały relatywnie szybko uzyskać bardziej uniwersalny charakter, obejmując swoim zakresem wszystkie osoby zainteresowane transgranicznym przemieszczaniem na jednolitym rynku w celach ekonomicznych, a więc także objęte zakresem pozostałych, nieomawianych jeszcze swobód przedsiębiorczości i świadczenia usług. Stopniowo wypracowano więc ich wzorzec – zarówno w drodze środków legislacyj-

---

<sup>242</sup> Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 492/2011 z dnia 5 kwietnia 2011 r. w sprawie swobodnego przepływu pracowników wewnątrz Unii, Dz.U. L 141 z 27.5.2011.

nych, jak i rozwoju orzecznictwa – który unikał różnicowania statusu pobytowego którychkolwiek migrantów ekonomicznych.

Uległo to całkowitej zmianie na początku lat 90., właściwie równoległe z podjęciem decyzji o ukonstytuowaniu obywatelstwa UE, które zgodnie z obecnym art. 21 swobodę przemieszczania się i przebywania na terytorium państw członkowskich czyni najbardziej podstawową gwarancją tej instytucji. Zostało to więc niejako wyciągnięte przed nawias zasad rynku wewnętrznego i przyjęło postać jednego wspólnego aktu regulującego status pobytowy wszystkich obywateli UE, także bez względu na wymiar ekonomiczny przemieszczania, a więc dyrektywy 2004/38. Oczywiście jednak beneficjenci gwarancji rynku wspólnie korzystają z dogodniejszej postaci owego prawa niż pozostali, tacy jak emeryci czy studenci, którzy by legalnie osiedlić się w innym państwie, muszą spełnić pewne dodatkowe warunki. Należy jeszcze nadmienić, że sama dyrektywa także powinna być traktowana bardziej jako kodyfikacja dotychczasowego dorobku, zwłaszcza orzeczniczego, niż zestaw zupełnie nowych rozwiązań, co powieliłby ogólny model rozwoju systemu swobód.

Przywołanie obywatelstwa UE w kontekście pierwszej ze swobód, której Traktat nadał wymiar osobowy, jest tym bardziej uzasadnione, iż nawet wskazane powyżej sprecyzowanie pojęcia pracownika nie pozwala ostatecznie określić jej zakresu podmiotowego. Dotyczy to zresztą także wszelkich innych przypadków stosowania każdej ze swobód, jeżeli wiążą się one z uprawnieniami osób fizycznych, a więc jak już wskazano w kontekście przepływu kapitału – nie tylko tych bezpośrednio i wyraźnie „upodmiotowionych”. Artykuł 45 posługuje się w związku z tym terminem „pracownicy państw członkowskich”, który może być cokolwiek mylący, sugerując, że każdy obywatel państwa trzeciego zatrudniony na ich terytorium objęty jest przywilejami swobody przepływu pracowników w całej Unii. Z pewnością w zakresie swobody przedsiębiorczości i świadczenia usług ma to bardziej jednoznaczną postać, gdyż w rozpoczynających je artykułach 49 oraz 56 uwzględniono obywateli państw członkowskich. Jak wiadomo jest to wyrażenie archaiczne, pochodzące z początków EWG, które może się wydawać drugorzędne właśnie z powodu wprowadzenia obywatelstwa UE, gdyż obecnie to ono determinuje generalnie zakres podmiotowy swobód w przypadku osób fizycznych jako swoisty łącznik, przesądzając, kto może być ich beneficjentem. Jak wiadomo, z niewielkimi wyjątkami obejmującymi głównie członków rodzin, implikuje to wykluczenie z kręgu uprzywilejowanych obywateli państw trzecich.

Samo obywatelstwo UE, o którym ogólnie była już mowa, zdefiniowane w art. 20 TFUE jest oczywiście złożoną instytucją, zdeterminowaną przynależnością państw członkowskich. Znajduje to zresztą oparcie w Europejskiej Konwencji o Obywatelstwie

Rady Europy<sup>243</sup>, gdyż zgodnie z jej art. 3 każde państwo samo, na podstawie swojego ustawodawstwa, określa, kto jest jego obywatelem. W kontekście unijnym polega to także na możliwości przedłożenia przez poszczególne władze krajowe stosownych oświadczeń określających, jak rozumieć ich obywatelstwo, które jednoznacznie wpływają na zakres uprawnionych z tytułu swobód. Jak wiadomo, nie zalicza się do nich np. tzw. *British Overseas Citizen*, wyłączonych przez prawo brytyjskie, co znalazło swoje odzwierciedlenie w orzeczeniu w sprawie *Kaur*<sup>244</sup>. Dowodzi to zarazem, że powyższe zwroty zastosowane w art. 49 i 56 TFUE mogą się wydawać nieaktualne wyłącznie na poziomie brzmienia. Można jeszcze przypomnieć, że zgodnie z orzeczeniem w sprawie *Micheletti*<sup>245</sup> decyzja jednego państwa członkowskiego o nadaniu swojego obywatelstwa nie może być kwestionowana przez władze pozostałych, jeżeli zainteresowany zamierza korzystać np. z gwarancji zatrudnienia na obszarze Unii, nawet jeżeli obywatelstwo to nigdy nie było efektywnie wykorzystane<sup>246</sup>.

Na tej podstawie można natomiast uznać, że chociaż art. 20 TFUE znajduje się w strukturze Traktatu poza częścią III, która poświęcona została m.in. prawu rynku wewnętrznego, stanowi on integralną część systematyki swobód. Wspomniany już art. 21 miałby w takim ujęciu charakter uzupełniający jako gwarancja bezpośrednio związana z korzystaniem ze swobód, chociaż akurat w tym przypadku wystarczające powinny być normy zawarte w tytułach przywoływanych powyżej. Należy jednak wskazać, iż zgodnie z art. 56 TFUE przewidziano możliwość przyjęcia aktów prawa wtórnego, które rozszerzyłyby korzyści wynikające z postanowień dotyczących świadczenia usług na obywateli państwa trzeciego, parających się taką działalnością, o ile mają swe przedsiębiorstwa w Unii.

Równocześnie powyższe skoncentrowanie na osobach fizycznych, nie wyczerpuje oczywiście całego zakresu podmiotowego swobód, ale to wymaga przywołania przepisów regulujących dwie pozostałe swobody, łącznie z wspomnianą już swobodą przepływu usług. W tym konkretnym zakresie wydają się one posiadać nawet szersze zastosowanie – szczególnie dla uzupełnienia definicji pojęcia pracodawcy czy inwestora kapitałowego. Prawu przedsiębiorczości oraz przepływowi usług poświęcono następujące po rozdziale 1, dotyczącym pracowników, Rozdziały 2 i 3 Tytułu IV Części III TFUE.

---

<sup>243</sup> Europejska konwencja o obywatelstwie, Strasburg, 6 listopada 1997 roku, ETS No. 166.

<sup>244</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 20 lutego 2001 r. w sprawie C-192/99 *The Queen v. Secretary of State for the Home Department, ex parte: Manjit Kaur, przy udziale: Justice*, Zb. Orz. 2001 I-01237; zob. też K. R. Simmonds, *The British Nationality Act 1981 and the definition of the term 'national' for Community purposes*, „Common Market Law Review”, 21, 1984, nr 4, s. 675.

<sup>245</sup> *Mario Vicente Micheletti i inni v. Delegación del Gobierno en Cantabria* (C-369/90).

<sup>246</sup> R.C. White, *Workers, Establishment...*, s. 28–30.

Jest to zarazem jeden z tych aspektów, który potwierdza, jak bardzo te dwie swobody są ze sobą powiązane jako składające się na szeroko pojętą swobodę „działalności gospodarczej” na rynku wewnętrznym. To art. 54, znajdujący się w Rozdziale 2, pozwala skonstruować pojęcie unijnego podmiotu gospodarczego, obejmującego wszystkie inne podmioty niż jednostki ludzkie legitymujące się obywatelstwem UE. Natomiast zgodnie z wyraźnym brzmieniem art. 62 jest to jedno z tych postanowień regulujących swobodę przedsiębiorczości, które ma wprost zastosowanie do spraw regulowanych w rozdziale poświęconym usługom<sup>247</sup>.

Wspomniane pojęcie nie zostało wyraźnie zastosowane w polskojęzycznej wersji TFUE, posługującej się terminem „spółek”, który uznać należy jednak za skrajnie niefortunną próbę przeniesienia angielskiego zwrotu: „*companies or firms*” – zastosowanego zresztą nawet w tej wersji Traktatu w cudzysłowie, aby nie sugerować dosłownego wykorzystania. W akapicie drugim art. 54 mowa jest bowiem nie tylko o spółkach prawa cywilnego lub handlowego, ale także spółdzielniach oraz innych osobach prawnych prawa publicznego lub prywatnego, z wyjątkiem tych, których działalność nie jest nastawiona na osiąganie zysków. Jest to bardzo szerokie ujęcie zakresu podmiotowego – istnieje raczej zgoda, że nie ogranicza się to do osób prawnych, jeżeli tylko jest to podmiot o pewnej odrębności i autonomii wobec swoich członków<sup>248</sup>. Wyłącza to jedynie organizacje pozbawione natury komercyjnej: religijne, kulturalne, polityczne, społeczne czy charytatywne<sup>249</sup>. Ale nawet to wymaga takiego otwartego spojrzenia, bo przez pryzmat intencji. Natomiast akapit pierwszy tego artykułu stara się budować katalog łączników, jakie zapewnią danemu podmiotowi możliwość korzystania z gwarancji swobód, co wyrażono jako gwarancję traktowania powyższych podmiotów jak osób fizycznych mających obywatelstwo państwa członkowskiego, tj. obecnie Unii Europejskiej. Stąd przewiduje on wymóg założenia „spółki lub firmy” – zgodnie z ustawodawstwem państwa członkowskiego – wraz z posiadaniem statutowej siedziby, zarządu lub głównego przedsiębiorstwa wewnątrz Unii<sup>250</sup>.

Takie ukonstytuowanie podmiotów gospodarczych oznacza ich znacznie większe uzależnienie od systemu krajowego niż w przypadku osób fizycznych, gdzie wyraża się to tylko w samym akcie nadania obywatelstwa. Należy przypomnieć, że podmioty te są tworam sztucznymi prawa krajowego, w przeciwieństwie do osób fizycznych są one bowiem narażone na utratę podmiotowości w przypadku zerwania związków z krajem

<sup>247</sup> Odnośnie do analizy „wspólnotowych podmiotów gospodarczych” jako kategorii odpowiadającej obecnym unijnym zob. A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo...*, s. 337 i nast.

<sup>248</sup> M. Condinanzi, A. Lang, B. Nascimbene, *Citizenship of the Union...*, s. 115.

<sup>249</sup> R.C. White, *Workers, Establishment...*, s. 31.

<sup>250</sup> Por. *ibidem*, s. 260; L. Woods, *Free Movement...*, s. 182–183.

pochodzenia, np. wskutek „wykreślenia” z rejestru celem przeniesienia za granicę, ale bez zamiaru likwidacji, a więc korzystania z tego, co wydaje się naturalne dla obywateli. Stąd nawet przenoszenie tzw. siedzib rzeczywistych nie może dokonywać się dowolnie, a wybór innego państwa na centrum aktywności czy też źródło statusu prawnego, narzucającego prawa i obowiązki, także w zakresie rynku wewnętrznego, napotyka tu o wiele większe przeszkody<sup>251</sup>.

Ma to swoje źródło w specyfice krajowego prawa spółek oraz w tradycyjnych barierach w ich uznawaniu, wynikających z różnic pomiędzy tzw. teorią siedziby i założenia. Nawet jeżeli częściowo problemy te zostały wyeliminowane takimi orzeczeniami jak *Überseering*<sup>252</sup>, nadal migracja nie jest łatwa i nie podważono zależności od danego systemu krajowego oraz nie zapewniono automatycznego uznania. Sprawy nie rozwiązało także dokonanie pewnej harmonizacji prawa spółek jeszcze na poziomie wspólnotowym pomimo przyjęcia takich rozwiązań, jak spółka europejska czy transgraniczne łączenie spółek. Nie podważa to natomiast ogólnej zasady, iż założenie podmiotu zgodnie z prawem jednego państwa musi gwarantować prawo do korzystania ze swobody przedsiębiorczości – tam w formie pierwotnej oraz w pozostałych państwach w formie wtórnej oraz z wykorzystaniem swobody świadczenia usług. Warto zauważyć, że jego powołanie przez obywatela państwa trzeciego, zgodnie z prawem państwa członkowskiego założenia, które na podstawie umów dwustronnych gwarantuje szczególne przywileje cudzoziemcom spoza UE, jest dobrym sposobem zapewnienia sobie dostępu do całego rynku wewnętrznego – oczywiście w zakresie tych swobód, które można realizować za pomocą takiego podmiotu, gdyż nie są one zarezerwowane tylko dla osób fizycznych<sup>253</sup>.

Odnosząc się natomiast do przedmiotu swobody przedsiębiorczości i świadczenia usług, należy przede wszystkim przypomnieć, że do niedawna, a więc upływu terminu implementacji dyrektywy 2006/123, omawiane tutaj traktatowe gwarancje musiały być samowystarczalne dla ich praktycznej realizacji w obrocie. Jedynie niektóre obszary prawa działalności gospodarczej udało się bowiem przez dekady uregulować konkretniej na poziomie prawa wtórnego, co dotyczyło przede wszystkim pewnych zagadnień

---

<sup>251</sup> Zob. M. Condinanzi, A. Lang, B. Nascimbene, *Citizenship of the Union...*, s. 115–116.

<sup>252</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie C-208/00, *Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, Zb. Orz. 2002 I-09919.

<sup>253</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (druga izba) z dnia 10 lipca 1986 r. w sprawie 79/85 *D. H. M. Segers v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen*, Zb. Orz. 1986 02375 czy wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 28 stycznia 1986 r. w sprawie 270/83 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Francuska*, Zb. Orz. 1986 00273; zob. też J. Shaw, J. Hunt, Ch. Wallace, *Economic and social...*, s. 144.

podatkowych oraz funkcjonowania spółek, głównie jednak akcyjnych. Natomiast dziedziną bezpośrednio związaną z realizacją tych gwarancji, poddaną legislacji wspólnotowej, stało się uznanie kwalifikacji, co dotyczy wszystkich swobód, w ramach których osoba fizyczna zamierza wykonywać działalność zawodową o charakterze ekonomicznym i regulowanym, a więc także przepływu pracowników. Początkowo przyjęło to postać wielu szczątkowych aktów prawnych, które często funkcjonowały równolegle, ewentualnie jako drobna kodyfikacja orzecznictwa.

Dopiero uchwalenie dyrektywy 2005/36<sup>254</sup> oznaczało kompleksowe uregulowanie, które nie objęło jedynie zawodów prawniczych zachowujących autonomię zasad uznania w dwóch dyrektywach: 77/249<sup>255</sup> oraz 98/5<sup>256</sup>. Potwierdzeniem jej uniwersalnego zastosowania w różnych swobodach może być oparcie na potrójnej podstawie prawnej, a więc obecnych artykułach: 46 w ramach swobody przepływu pracowników, 53 w ramach prawa przedsiębiorczości oraz 62 odnoszącym się do usług. Co jednak ważne, dyrektywa ta, uwzględniając w swoich ramach wszystkie systemy uznawania kwalifikacji, a więc w szczególności tzw. ogólny i sektorowy, w dominującej części nie zharmonizowała programów nauczania, katalogu uprawnień zawodowych i zasad ich wykonywania. Udało się to w pewnym zakresie jedynie wobec zawodów medycznych i w pewnym stopniu architektów, a wszystkie pozostałe, których liczba w niektórych państwach sięga setek, poddano jedynie mechanizmowi wzajemnej uznawalności. Oznacza to przyjęcie modelu, który chociaż wykorzystany w prawie wtórnym, jest charakterystyczny dla mechanizmu swobód, a więc zamiast wspólnych jednolitych regulacji kojarzonych z prawdziwą integracją pozytywną wprowadzono swoiste zarządzanie różnicami pomiędzy krajowymi systemami prawnymi, typowe dla integracji negatywnej.

Cokolwiek nieodległy model determinował konstrukcję jeszcze jednego ważnego zespołu regulacji – dotyczących koordynacji krajowych systemów zabezpieczenia społecznego, które obecnie zawarte są przede wszystkim w rozporządzeniu 883/2004<sup>257</sup> przyjętym na podstawie obecnego art. 48 TFUE. Artykuł ten jest zawarty w rozdziale dotyczącym swobody przepływu pracowników, ale regulacja ma szersze zastosowanie. Gwarantuje ubezpieczenie społeczne oraz świadczenia, jednak z systemów krajo-

---

<sup>254</sup> Dyrektywa 2005/36/WE.

<sup>255</sup> Dyrektywa 77/249/EWG Rady z dnia 22 marca 1977 r. mająca na celu ułatwienie skutecznego korzystania przez prawników ze swobody świadczenia usług, Dz.U. L 78 z 26.3.1977.

<sup>256</sup> Dyrektywa 98/5/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 lutego 1998 r. mająca na celu ułatwienie stałego wykonywania zawodu prawnika w Państwie Członkowskim innym niż państwo uzyskania kwalifikacji zawodowych, Dz.U. L 77 z 14.3.1998.

<sup>257</sup> Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego, DzU UE L z 30.4.2004.

wych i na zasadach obowiązujących miejscowych ubezpieczonych, które są jedynie koordynowane tak, aby korzystanie ze swobód nie rodziło negatywnych konsekwencji w tym zakresie.

Sposób uregulowania samego prawa przedsiębiorczości w Rozdziale 2 nie jest tak lakoniczny jak w przypadku kapitału i płatności, lecz wydaje się skromniejszy niż w odniesieniu do pracowników, co oczywiście musiało wywoływać wątpliwości dotyczące konkretnego rozumienia pojęcia i zakresu działalności gospodarczej, które ponownie wymagało rozwoju orzecznictwa. Rozpoczynający go art. 49 gwarantuje zakaz ograniczeń tej swobody definiowanej jako obejmująca podejmowanie i wykonywanie działalności prowadzonej na własny rachunek, łącznie z zakładaniem i zarządzaniem przedsiębiorstwami oraz tworzeniem oddziałów, agencji i filii, a więc w wymiarze tzw. pierwotnym i wtórnym. Można z niego wywieść jeszcze zasadę traktowania narodowego, zbliżającą się do zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, gdyż mowa jest wyraźnie o działaniu na warunkach określonych przez prawo państwa przyjmującego dla własnych obywateli. O traktowaniu narodowym wspomina jeszcze art. 55 – w odniesieniu do udziału finansowego w kapitale spółek. Dodatkowo, w odrębnych artykułach, przewidziano dopuszczalne ograniczenia i derogacje o bardzo zbliżonej konstrukcji do przyjętej w ramach swobody przepływu pracowników, a więc w art. 52 przewidziano ochronę porządku, bezpieczeństwa i zdrowia publicznego oraz będące odpowiednikiem zatrudnienia w administracji publicznej – wykonywanie władzy publicznej w art. 51 TFUE.

Natomiast przepisy przyjęte w Rozdziale 3 w odniesieniu do usług uznać można za systemowo wzorcowe, jeżeli chodzi o wprowadzanie swoistych punktów styecznych z innymi swobodami – zarówno w wymiarze pozytywnym, a więc rozwiązań wspólnych, jak i negatywnym, czyli wzajemnie wykluczającym. Sama ich traktatowa definicja zawarta w art. 57 zaczyna się od wskazania, iż są to świadczenia wykonywane zwykle za wynagrodzeniem w zakresie, w jakim nie są objęte postanowieniami pozostałych swobód. Uzupełnia ją dopuszczenie wykonywania przejściowo działalności przez świadczącego usługę w państwie świadczenia, ale z zastrzeżeniem postanowień rozdziału dotyczącego prawa przedsiębiorczości. Dodatkowo kolejny artykuł 58 w ustępie 2 wyłączył z tego zakresu liberalizację usług bankowych i ubezpieczeniowych związanych z przepływem kapitału, podporządkowując ją zasadom liberalizacji przepływu kapitału, a w ustępie 1 przepływ usług w dziedzinie transportu w ogóle umiejscowił poza systemem swobód, podporządkowując szczególnym normom Traktatu regulującym tę dziedzinę. Należy wreszcie jeszcze raz przywołać art. 62, który przewiduje zastosowanie do spraw regulowanych w rozdziale poświęconym usługom istotnych artykułów z zakresu



prawa przedsiębiorczości, a więc oprócz art. 54, dotyczącego podmiotów gospodarczych, także przywoływanych już artykułów 51–52, które dotyczą ograniczeń i derogacji.

Owo strukturalne powiązanie swobody przedsiębiorczości i świadczenia usług nie pozostawia wątpliwości co do ich znacznej podmiotowej i przedmiotowej tożsamości, gdyż rozróżnia się je przede wszystkim w oparciu o kryterium tymczasowości. W tym kontekście warto też zwrócić uwagę na dalszy ciąg definicji usług zawartej w art. 57, zgodnie z którą obejmują one zwłaszcza działalność o charakterze przemysłowym, handlowym, rzemieślniczym oraz wykonywanie wolnych zawodów, co stanowi ogólnie przyjęty katalog przedmiotowy, jaki pasuje do obu traktatowych postaci transgranicznej aktywności gospodarczej. Nie należy jednak zapominać, że swobodę przepływu usług cechuje specyfika, której uzewnętrznienie nie znalazło pełnego wyrazu w omawianych unormowaniach. W takich orzeczeniach, jak w sprawie Cowan<sup>258</sup>, Trybunał nie pozostawił wątpliwości, że wbrew wyraźnemu brzmieniu art. 56, rozpoczynającego Rozdział 3, jej ochroną objęto nie tylko świadczenie, lecz także korzystanie z usług. Ponadto wyjątkowy nacisk w tym kontekście kładzie się także na ochronę obu stron tego stosunku przed ograniczeniami nakładanymi przez państwo pochodzenia, gdyż akurat tutaj odgrywają one bardzo istotną rolę. Należy jeszcze dodać, że specyfika usług jako świadczeń niematerialnych pozwala na ich oderwanie się od świadczącego i samodzielną swobodną cyrkulację, która także wymaga zabezpieczenia, co zresztą w pewnym zakresie zbliża je do swobodnego przepływu towarów.

Generalnie natomiast to, co powyżej przedstawiono jako zaletę, wymaga jednak pewnego krytycyzmu. Postanowienia traktatowe skonstruowano bowiem w sposób sugerujący brak samodzielnego charakteru swobody świadczenia usług czy też tzw. ich status rezydualny, co z pewnością w latach 50. miało swoje uzasadnienie chociażby w znacznie mniej zaawansowanym stadium rozwoju sfery postindustrialnej. Oczywiście nadal nie jest pozbawione zasadności założenie, że w pierwszej kolejności należy odrzucić możliwość stosowania innych swobód, a zwłaszcza swobody przedsiębiorczości, szczególnie gdy powoływanie się na świadczenie usług jest tylko pretekstem do unikania podporządkowania się wymogom prawnym państwa przyjmującego egzekwowanym od stałych przedsiębiorców. Natomiast uwzględniając rozwój orzecznictwa i doktryny, obecnie nie ulega już wątpliwości, że swoboda ta uzyskała pełnoprawny, samoistny charakter. Jest to tym bardziej uzasadnione, że przepływ usług jako świadczeń niematerialnych może dzisiaj następować zgodnie z modelem całkowicie odmiennym od bezpośredniego stykania się przedsiębiorcy unijnego w państwie przyjmującym ze swoim odbiorcą, co rzeczywi-

---

<sup>258</sup> *Ian William Cowan v. Trésor public* (186/87).

ście trudno odróżnić od klasycznej przedsiębiorczości traktatowej, lecz transgranicznie, chociażby drogą elektroniczną, w oderwaniu od świadczącego<sup>259</sup>.

Podobnie jak w przypadku swobody przedsiębiorczości i niezależnie od jej gwarancji, w ramach samego Rozdziału III również znalazły się pewne postanowienia zapewniające realizację zasady równego traktowania. W przywołanym już art. 57 wskazana możliwość przejściowego wykonywania działalności w innym państwie członkowskim powinna zostać zagwarantowana na tych samych warunkach, jakie państwo to stwarza własnym obywatelom. Natomiast zgodnie z art. 61, jeżeli którekolwiek państwo utrzymuje ograniczenia w swobodnym świadczeniu usług, zobowiązane jest do ich stosowania wobec wszystkich świadczących usługi, bez względu na przynależność państwową lub miejsce zamieszkania. Jak więc widać, w uregulowaniach wszystkich swobód, pośrednio lub bezpośrednio znajduje się odniesienie do różnie zresztą konstruowanej równości lub niedyskryminacji. Przyjęło ono wiele postaci, skoro tylko w zakresie przepływu pracowników dyskryminacja jako taka została zakazana, a w przypadku kapitału i towarów mowa jest wyraźnie o niedopuszczalności jej kwalifikowanej – arbitralnej postaci, chociaż w tym ostatnim wypadku brzmienie art. 110 nie posługuje się samym jej terminem, ale zakazuje wyższego opodatkowania produktów z innych państw członkowskich. Wskazano już, iż w zakresie przedsiębiorczości i usług pojęcie dyskryminacji w ogóle nie występuje. Jest to o tyle istotne, że jej wyraźny zakaz stanowi bardzo istotny gwarant skuteczności swobód o szerszym zakresie niż np. zasada traktowania narodowego, która nie pozwala wykluczać m.in. takiego samego traktowania sytuacji odmiennych, w jakich zwykle znajdują się podmioty i przedmioty pochodzące z innych państw członkowskich.

Równocześnie w praktyce stosowania norm swobód możliwość powołania się na ów zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność czy też pochodzenie państwowe okazuje się o wiele lepszym instrumentem ochrony niż zasada równości wobec prawa. Są to zagadnienia wymagające jeszcze dokładniejszej analizy w dalszych częściach rozważań, a w tym miejscu chodzi bardziej o uwypuklenie jego ogólnego znaczenia. Niemieszczenie tak jednoznacznego sformułowania we wszystkich swobodach zostało oczywiście zrekompensowane zakazami stosowania ograniczeń, o których mowa wyraźnie zwłaszcza w przypadku przedsiębiorczości, usług i kapitału. Jest to bowiem gwarancja, która w orzecznictwie Trybunału została uznana za mającą nawet szerszy niż tylko ochrona przed dyskryminacją zakres zastosowania, co również wymaga jeszcze przedstawiania w ramach modelu ochrony prawnej. Uwzględniając natomiast całokształt dorobku dotyczącego swobód, warto podkreślić znaczenie art. 18 TFUE, który był wie-

---

<sup>259</sup> Por. M. Kożuch, *Swoboda świadczenia...*, s. IV-3.

lokrotnie przywoływany w najważniejszych rozstrzygnięciach budujących prawo rynku wewnętrznego i uznawany jest za kluczowy w tym kontekście.

Oczywiście jest to norma ogólna, która ma z założenia znajdować zastosowanie tylko wtedy, gdyby ochrony przed gorszym traktowaniem nie udało się zapewnić na podstawie omawianych powyżej artykułów, ale jej rola okazała się trudna do przecenienia. Uważa się jednak, że nawet jeżeli w konkretnym postępowaniu zastosowanie znajduje taki przepis, jak przewidziany wyraźnie w art. 45 TFUE wobec pracowników, to jednak należy ochronę tę konstruować w świetle art. 18 i całego dorobku w tym zakresie. Nie tylko wypełnia on treścią ten generalny zakaz, ale jeszcze determinuje szereg aspektów konstrukcyjnych, np. tzw. dyskryminację pośrednią i bezpośrednią. Stąd też zarazem te przepisy antydyskryminacyjne, które zawarte zostały w ramach samych norm swobód, traktowane są jako jego swoiste uszczegółowienie<sup>260</sup>. Dlatego pojawia się tu jeszcze jeden istotny aspekt – uznanie, iż naruszenie tych przepisów jest równoznaczne z naruszeniem samego art. 18<sup>261</sup>.

Tak jak unormowanie samego obywatelstwa UE, również art. 18 znajduje się w strukturze Traktatu poza przepisami rynku wewnętrznego, gdyż wprowadza powszechny zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową w całym zakresie zastosowania prawa UE, a nie tylko w tej jednej wybranej dziedzinie. Jednak w świetle powyższego musi on być uznany za integralny, a zarazem dopełniający element systematyki swobód i będzie on jeszcze starannie analizowany. Takie ujęcie systemowe pełni natomiast odmienną rolę niż skomentowana już próba zaliczania do tej systematyki art. 21, zapewniającego swobodę przemieszczania wszystkich obywateli UE. Nie może on bowiem być traktowany jako podstawa do poszerzenia katalogu swobód o jeszcze jedną, jaka miałyby powstać wskutek wprowadzenia obywatelstwa.

---

<sup>260</sup> *Swobodny przepływ pracowników...*, s. II-155, na potwierdzenie tej tezy w kontekście przepływu osób przywołuje orzeczenia: wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 26 listopada 2002 r. w sprawie C-100/01 *Ministre de l'Intérieur v. Aitor Oteiza Olazabal*, Zb. Orz. 2002 I-10981; oraz Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (pierwsza izba) z dnia 15 września 2005 r. w sprawie C-258/04 *Office national de l'emploi v. Ioannis Ioannidis*, Zb. Orz. 2005 I-08275.

<sup>261</sup> Zob. A. Gawrysiak-Zabłocka, *Prawo przedsiębiorczości i prawo spółek*, cz. 3, [w:] *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, red. J. Barcz, Warszawa 2011, s. III-12, wraz z analizowanym tam orzecznictwem: wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 30 maja 1989 r. w sprawie 305/87 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Grecka*, Zb. Orz. 1989 01461, oraz wyrok Trybunału Sprawiedliwości (piąta izba) z dnia 29 kwietnia 1999 r. w sprawie C-311/97 *Royal Bank of Scotland plc v. Elliniko Dimosio (państwo greckie)*, Zb. Orz. 1999 I-02651; *Jean Reyners v. państwo belgijskie* (2/74); wyrok Trybunału Sprawiedliwości (szósta izba) z dnia 7 marca 1996 r. w sprawie C-334/94 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Francuska*, Zb. Orz. 1996 I-01307.

### 3. ZWIĄZKI MIĘDZY SWOBODAMI

Rozważania dotyczące systematyki swobód w naturalny sposób wymagają odniesienia się do zagadnienia związków między nimi, które zresztą w pewnym zakresie zostały sprecyzowane w przywoływanych powyżej postanowieniach traktatowych, a ponadto stanowią funkcję stopniowej konwergencji. Prowadzi to nawet do podejmowania prób swoistej wewnętrznej kategoryzacji swobód, grupującej razem te, które wykazują najwięcej punktów stycznych, stanowiącej koncepcyjną przeciwwagę dla przedstawianej wcześniej ogólnej teorii, jeżeli miałaby ona być rozumiana jako dążenie do nadmiernego ujednociania. Nie ulega wątpliwości, że z jednej strony można mówić o jednej instytucji swobód, cechującej się w miarę wspólną konstrukcją, a zarazem warto myśleć o wyodrębnianiu takich subkategorii, gdyż jak już wskazano, trudno ignorować różnice pomiędzy swobodami, co zresztą pozwala lepiej je opisać i usystematyzować.

Przywołując najpierw przykład zbieżności pomimo różnic, charakterystycznej dla wszystkich swobód, warto wskazać na podejście do przesłanki ochrony porządku i bezpieczeństwa publicznego. Jest ona dopuszczalnym ograniczeniem przewidzianym w każdej z nich i oczywiście odmienne mogą być zagrożenia tego rodzaju dóbr wtedy, gdy przybywa do państwa przyjmującego osoba zamierzająca podjąć pracę, niż w przypadku działalności gospodarczej wielkiej multinarodowej spółki, a jeszcze inne w przypadku inwestycji kapitałowej czy wreszcie wwozu niebezpiecznego towaru. Okazuje się natomiast, że zawsze łączy je pewien model stosowania, wyrażający się w szczególności w tzw. zindywidualizowanym charakterze oceny, wykluczaniu ochrony interesów ekonomicznych oraz oczywiście proporcjonalności, która jest zresztą wykorzystywana do kontroli także wszelkich pozostałych ograniczeń, jakie nakładają państwa członkowskie na swobodny przepływ<sup>262</sup>.

Natomiast wspólna subkategoria, która jest uznawana za godną wyodrębnienia, obejmuje wspomniane już swobody, którym przypisuje się charakter tzw. osobowy. Jak już wskazywano, od dawna bowiem kształtowało się przekonanie, że nawet w ramach procesu integracji gospodarczej jednostek ludzkich nie należy redukować wyłącznie do wymiaru „czynnika produkcji”. A uzyskała ona szczególne uzasadnienie właśnie w następstwie wprowadzenia obywatelstwa UE, wymuszającego odpowiednie spojrzenie na prawa jego nosicieli, a tym samym także status tych szczególnych norm i ich interpretację. Niektórzy twierdzą nawet, że przeciwnie niż w przeszłości obecnie właśnie jego wpływ powoduje traktowanie przez Trybunał przepływu związanego z osobami w ramach systemu rynku wewnętrznego w sposób szczególnie korzystny czy też bardziej

---

<sup>262</sup> Ciekawe propozycje odnośnie do pojmowania i zestawiania swobód zob. J. Snell, M. Andenas, *Exploring the Outer...*, s. 71.

ekspansywny, zapewniający dalej idącą ochronę niż w przypadku pozostałych swobód<sup>263</sup>. Z pewnością swobody te pełnią różne funkcje, a więc są nie tylko, jak wszystkie pozostałe, gwarantem integracji, ale służą też realizacji indywidualnego dobrobytu i przede wszystkim muszą być widziane jako prawa podmiotowe o określonej konstrukcji i szczególnych gwarancjach efektywnej ochrony<sup>264</sup>.

Propozycja powyższa wydaje się interesująca, jeżeli pozwala objąć trzy swobody – przepływ pracowników, usług oraz przedsiębiorczość, gdyż zestawiając je szczególnie z towarami, łatwo dostrzec, jak wiele je dzieli. Równocześnie intuicyjnie można zakładać, że to samo dotyczy kapitału, z którym te ostatnie tworzyłyby ewentualnie jakąś przeciwstawną grupę, chociaż akurat jej wewnętrzna spójność może pozostawiać sporo do życzenia. Natomiast ta linia podziału mogłaby wyznaczać granicę głębszej konwergencji, która pomijając oczywiście wiele wspólnych aspektów konstrukcyjnych, wydawałaby się szczególnie trudna do przekraczania. Nie przez przypadek zauważa się, że model regulowania obrotu np. towarów jest odmienny od modelu regulowania usług, gdyż w tym pierwszym przypadku obejmuje on same przedmioty materialne, zwłaszcza w celu podporządkowania ich określonym standardom, a w tym drugim częściej koncentruje się na samym usługodawcy, chociażby co do obowiązków wobec odbiorcy<sup>265</sup>.

Nie sugerując oczywiście pełnej zbieżności wewnętrznej owej subkategorii, skoro trudno w pełni utożsamiać problemy dotyczące zatrudnionych i działających na własny rachunek lub w sposób stały i przejściowo w innym państwie członkowskim, warto dostrzegać ową głębszą konwergencję. Wymienione swobody traktuje się jako bliższe i nie brakuje przypadków, gdy ustalenie, w ramach której z nich zainteresowany realizuje aktywność ekonomiczną, zaczyna tracić na znaczeniu. Należy zresztą przypomnieć, iż dyrektywa 2005/36 dająca prawo do uznania kwalifikacji w innym państwie członkowskim odniesiona została do wszystkich trzech znajdujących tu zastosowanie norm Traktatu, a więc obecnych: 45, 49 i 56.

Przed wszystkim natomiast warto sięgnąć do przykładów z orzecznictwa, chociażby dotyczącego sportu zawodowego i praw zawodników na rynku wewnętrznym, którzy – jak wiadomo – uzyskali status „ekonomicznie umocowanych” migrujących. W tym kontekście pojawiał się problem jednoznacznej kwalifikacji ich działalności, stosunków prawnych, a tym samym przyporządkowania konkretnej swobodzie, co w prak-

---

<sup>263</sup> J. Snell, *And Then There Were Two: Products and Citizens in Community Law*, [w:] *European Union Law for Twenty-First Century. Rethinking the New Legal Order*, vol. 2. *Internal Market and Free Movement Community Policies*, eds T. Tridimas, P. Nebbia, Oxford 2004, s. 50.

<sup>264</sup> *Swobodny przepływ pracowników...*, s. II–11; zob. też. M. Szwarc-Kuczer, komentarz do art. 49, [w:] *Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej...*, t. 1, s. 857.

<sup>265</sup> R.C. White, *Workers, Establishment...*, s. 209–218, rozważa kwestię konwergencji i przedstawia propozycje kategorii.

tyce bywało bardzo trudnym zadaniem. Ostatecznie jednak wysiłek ten okazywał się niespecjalnie konieczny, a kwalifikacja drugorzędna, gdyż rezultat rozstrzygnięcia, zwłaszcza co do zakresu ochrony sportowców przed dyskryminacją, mógł być zbliżony bez względu na zastosowany artykuł Traktatu czy też formę działalności – umowa o pracę lub samozatrudnienie. Dlatego zdarzało się, że Trybunał przechodził niejako nad tym do porządku, nie czyniąc szczególnej różnicy między nimi, i o ile tylko pojawiała się aktywność za wynagrodzeniem, to konkretny charakter swobody, w ramach której sportowiec miał współzawodniczyć, schodził niejako na dalszy plan. Nawet gdy kwalifikacja ta była formalnie precyzyjniejsza, jak w słynnej sprawie Bosmana, opartej na art. 45 TFUE, to niekoniecznie wskutek zmiany modelu podejścia, lecz bardziej z powodu treści pytania sądu krajowego lub faktycznych okoliczności. Dlatego rzecznik generalny Lenz podkreślał, że ocena z perspektywy obecnego art. 56 TFUE nie przyniosłaby innego rezultatu w tej sprawie, nawet jeżeli generalnie pomiędzy tymi swobodami istnieją różnice, np. co do zakresu dopuszczalnych ograniczeń<sup>266</sup>.

Konwergencja swobód osobowych rodzi jednak pewne wyzwania koncepcyjne już z tego względu, że nie zawsze celem jest podział odpowiadający zakresom swobód przewidzianych w TFUE, lecz przebiegający nawet w ich ramach. Wyodrębnianie przepływu zawierającego ów substrat osobowy bywa bowiem rozumiane jako przeciwstawianie przepływowi czegoś, co określa się mianem „produktów”, które nie ograniczają się tylko do towarów, ale mają obejmować wszystkie czynniki produkcji zdolne do samodzielnej cyrkulacji z jego wyłączeniem. W tym kontekście pojawia się jednak problem specyfiki usług, które według definicji traktatowej są świadczeniami za wynagrodzeniem. Z pewnością więc wykazują dzięki swojej niematerialnej postaci zdolność do samodzielnego przepływu, oderwanego od obu stron tego stosunku prawnego, np. drogą elektroniczną, przypominając właśnie „produkty”, jakie mają być sprzedawane na rynku. Zarazem jednak często realizowane są w formie spersonalizowanej – w ramach swobody świadczenia w bezpośrednim kontakcie z odbiorcą w innym państwie członkowskim. W przypadku przepływu kapitału, który z założenia należy do grupy przeciwnej, tego rodzaju wątpliwości rzadziej się ujawniają. Ale również tu trudno nie zwrócić uwagi na sytuację osobiście zaangażowanego inwestora, który ma prawo powoływać się na gwarantowaną traktatowo możliwość inwestowania, rozumianą właśnie jako prawo podmiotowe – chociażby do zakupu nieruchomości, podlegającym art. 63 TFUE<sup>267</sup>.

Dowodzi to tylko, jak trudno jest stworzyć wewnętrzne kategorie w ramach systemu swobód, skoro zwłaszcza współczesny handel usługami w sieci staje się już nie

---

<sup>266</sup> Por. przywoływany już artykuł A. Cieśliński, *Aktywność sportowa w świetle gwarancji swobód rynku wewnętrznego UE – próba ujęcia systemowego* [w druku].

<sup>267</sup> M. Condinanzi, A. Lang, B. Nascimbene, *Citizenship of the Union...*, s. 150.

tylko odpersonifikowany, ale nawet odhumanizowany, a dodatkowo – zwłaszcza w reklamie – wykazują one bliskie związki z towarami. Równocześnie wydaje się, że pomimo znaczenia obywatelstwa UE, które – jak już wskazano – ma zapewniać szczególną ochronę, władzom krajowym, trudniej jest jednak wprowadzać ograniczenia podyktowane względami porządku i bezpieczeństwa publicznego w przypadku usług przemieszczających się bardziej samoistnie niż z udziałem osób zagranicznych. Zwykle bowiem to właśnie obecność tych ostatnich bywa traktowana jako źródło poważniejszego zagrożenia w tym zakresie niż sama usługa, o ile nie zachodzą szczególne okoliczności.

Nie powinno to natomiast przekreślać potrzeby analizy powiązań pomiędzy swobodami, służącej jednak w równym stopniu wskazywaniu punktów stycznych, jak i odrębności oraz rozgraniczania zakresów. To, że przepływ poszczególnych czynników produkcji podlega zróżnicowanym uregulowaniom, można uznać za oczywistą funkcję odmienności charakteru, przedmiotu i celu poszczególnych swobód, ale rodzi zarazem dalekosiężne konsekwencje. Katalog praw i obowiązków podmiotów unijnych nie jest taki sam we wszystkich aspektach rynku wewnętrznego, lecz zdeterminowany rodzajem podjętej tam aktywności, która podlega odmiennym warunkom prawnym i wynikającym z nich ograniczeniom – zależnie od swobody, w której jest ona realizowana, i to pomimo konwergencji. Rzutuje to na kompetencje krajowych władz publicznych do określania sposobu wykonywania każdej z nich na swoim terytorium oraz determinuje zasięg dopuszczalnej ingerencji w działalność tych podmiotów. Ich specyfika implikuje zróżnicowanie zarówno ogólnego wymiaru wolności gospodarczej, jak i rozgraniczenia kompetencji regulacyjnych państwa pochodzenia i przyjmującego, a więc zapewnia również niejednolity zakres ochrony tej działalności, gwarantowanej przez system unijny. Może to dotyczyć zarówno samego dostępu do rynku innego państwa, jak i egzekwowania miejscowych wymogów oraz nieuwzględniania dorobku czy dokumentów uzyskanych w państwie pochodzenia.

Tradycyjnie uważa się, że w tym rozumieniu swoboda przedsiębiorczości pozostawia państwu najszersze pole manewru, natomiast świadczenie usług zapewnia wykonawcy więcej wolności gospodarczej, a szczególnie zliberalizowana, zwłaszcza początkowo, wydawała się swoboda przepływu towarów. Te dwie ostatnie od dawna uważano za w miarę zbliżone pod względem poziomu liberalizacji, zwłaszcza co do przepływu bez udziału osób, gdyż pozwalają realizować w czystej postaci na całym jednolitym rynku nieskrępowaną i zapewniającą równą dostępność wszystkim cyrkulację czynników produkcji. Dlatego z zasady legalny status w państwie pochodzenia czyni je dopuszczalnymi w pozostałych, chociaż jednak specyfika usług pozwala na większą ochronę lokalnego rynku. Natomiast gwarancje wynikające ze swobody świadczenia pracy oraz prowadzenia przedsiębiorstwa ukierunkowane są głównie na zapewnienie możli-

wości pozbawionego barier podejmowania w innych państwach tego rodzaju działalności. Najczęściej jednak w obu przypadkach może ona odbywać się wyłącznie na warunkach nie gorszych niż mają podmioty miejscowe, tym samym bez uprzywilejowania, co nie oznacza pomijania odrębności stanowiących funkcję dystansu dzielącego pracownika od przedsiębiorcy.

Zważywszy na powyższe zróżnicowanie, podmiotowi podejmującemu aktywność transgraniczną nie może być obojętna kwalifikacja skutkująca przyporządkowaniem jego działalności jako przejawu realizacji konkretnej swobody. Mogłoby się wydawać, że nie pozostawia ona żadnej dowolności, a każdy przejaw aktywności na jednolitym rynku podlega w sposób jednoznaczny jednej z nich, zwłaszcza że obowiązuje tu utrwalona zasada wzajemnego wykluczania się ich zakresów. Zresztą, jak już wskazywano, sam Traktat stanowi na przykład o stosowaniu przepisów o usługach w takim zakresie, w jakim nie mają zastosowania postanowienia dotyczące pozostałych swobód. W takim ujęciu nie powinno więc budzić jakichkolwiek wątpliwości, z której z nich zainteresowany korzysta w danej sytuacji oraz jakie tym samym przysługują mu uprawnienia i obciążają ograniczenia. W toku rozwoju systemu swobód ukształtowało się natomiast zjawisko określane mianem ich przenikania się, nakładania albo zbiegu, które wydaje się nawet narastać wraz z konwergencją, ale także praktycznym rozwojem ich zakresów, jaki można obserwować w orzecznictwie. Okazuje się bowiem, że powyższe wątpliwości nie są rzadkie, gdyż konkretne stany faktyczne stają się na tyle skomplikowane lub są w taki sposób przedstawiane, że zdają się wymykać takim prostym rozgraniczeniom oraz wymagać oceny i będącego jej następstwem podporządkowania z perspektywy więcej niż jednej swobody ze wszystkimi tego skutkami prawnymi<sup>268</sup>.

Najczęściej traktuje się to jako tzw. zabieg pozorny i celowy, wynikając z uświadomienia sobie przez uczestników rynku wewnętrznego, że zakres uprawnień czy też ochrony przed ograniczeniami nakładanymi przez władze publiczne może być zróżnico-

---

<sup>268</sup> Analiza przenikania zob. A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo...*, s. 59 i nast. oraz 647 i nast. Przedstawiona dalej analiza odwołuje się do tego dorobku.

Stąd pochodzi przykład stolarza, który może, korzystając ze swobody przepływu pracowników, pozostawać w jednym państwie członkowskim w stosunku pracy, otwierając równolegle w ramach swobody przedsiębiorczości stałą pracownię w drugim i operując za jej pośrednictwem, celem świadczenia tymczasowych usług w pozostałych, a dodatkowo jeszcze sprzedawać swoje gotowe wyroby w ramach wewnątrzspółnotowego przepływu towarów. Sama relacja z konkretnym odbiorcą w innym państwie w wypadku oceny konkretnego wyodrębnionego świadczenia może być przejawem przedsiębiorczości lub świadczenia usług, które różni właśnie stopień podporządkowania lokalnym przepisom, np. w zakresie uznania kwalifikacji i członkostwa w cechu rzemieślniczym. Podobnie przewóz przez granicę monet, nawet zabytkowych może podlegać swobodzie przepływu kapitału, o ile zachowały one status legalnego środka płatniczego gdziekolwiek na świecie, a w innym przypadku swobodnemu przepływowi towarów.



wany w zależności od tej kwalifikacji<sup>269</sup>. Oczywiście różnice między swobodami, wpisane w ich istotę, musiały rodzić pokusę nadużyć, a więc szukania pretekstów do wykorzystywania tej z nich, która w danym przypadku okazywała się najdogodniejsza. Często są to działania polegające na ukrywaniu lub uwypuklaniu niektórych istotnych aspektów danej sytuacji czy też swoistym „wykorzystywaniu” znamion charakterystycznych dla wybranej swobody wyłącznie w celu uzyskania wynikających z niej przywilejów, a realizowaniu dzięki temu zupełnie innej. Próby takiego obchodzenia prawa albo jedynie optymalizacji swojej sytuacji poprzez wybór najdogodniejszej regulacji i wykładni prowokują szanse na uzyskanie szerszych uprawnień podmiotowych oraz mniejszego zakresu wyjątków i ingerencji w swoją działalność ze strony władz państwa przyjmującego. Zdarzają się oczywiście sytuacje cechujące się nie do końca standardowym stanem faktycznym i wywołujące uzasadnione wątpliwości, ale najczęściej nie implikują one konieczności zastosowania dwóch swobód, tylko raczej precyzyjnego ustalenia, która ma charakter dominujący. W większości przypadków ta druga może być traktowana jako uzupełniająca, a nawet tylko oddziałująca w mniejszym stopniu, co już ma pozwalać na ostatecznie jednoznaczną subsumcję i eliminację niepewności.

Trudno naturalnie zupełnie wykluczyć także na tyle uniwersalny charakter działalności zainteresowanego ewentualnie skutków ograniczenia nakładanego przez państwo przyjmujące, które podlega ocenie zgodności z prawem rynku wewnętrznego, aby naprawdę zostały objęte działalność i skutki zakresem niejednej swobody. Zwykle jednak taki zbieg, który określa się mianem rzeczywistego, stanowi funkcję nie tyle różnych konsekwencji jednego, określonego działania ewentualnie możliwości jego zróżnicowanego widzenia, ile raczej złożoności stanu faktycznego, który angażuje odległe od siebie aspekty, jak np. równoległe i równorzędne co do zaangażowania sprzedaż oraz świadczenie usług w tym samym czasie. Oznacza to natomiast, iż orzeczenia Trybunału analizujące sytuację z takiej „podwójnej” perspektywy muszą się zdarzać nawet po to, aby ostatecznie uznać jedną swobodę za dominującą<sup>270</sup>.

<sup>269</sup> D. Miąsik, komentarz do art. 34, [w:] *Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej...*, t. 1, s. 568, używa terminu „zbiegi pozorne i rzeczywiste”.

<sup>270</sup> Np. w orzeczeniu de Agostini (wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 9 lipca 1997 r. w sprawach połączonych C-34/95, C-35/95 oraz C-36/95 *Konsumentombudsmannen (KO) v. De Agostini (Svenska) Förlag AB (C-34/95) i TV-Shop i Sverige AB (C-35/95 i C-36/95)*, Zb. Orz. 1997 I-03843) ograniczenia reklamy skierowanej do dzieci Trybunał ocenił zarówno z perspektywy swobody przepływu towarów, jak i usług. Natomiast w sprawie Svensson (wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 14 listopada 1995 r. w sprawie C-484/93 *Peter Svensson i Lena Gustavsson v. Ministre du Logement et de l'Urbanisme*, Zb. Orz. 1995 I-03955) odmowa przyznania mieszkańcom Luksemburga dotacji do oprocentowania pożyczki na mieszkanie zaciągnięte w belgijskiej instytucji kredytowej kwalifikowana była zarówno w ramach przepływu kapitału, jak i usług.

Wynikającą stąd konieczność zastosowania kilku norm Traktatu należy natomiast traktować jako wyjątek, i to nieprzyjmujący postaci przypadku, gdzie kwalifikacja i podporządkowanie ściśle wskazanej swobodzie okazywało się pozbawione znaczenia chociażby dlatego, że akurat w danym stanie faktycznym ochrona była analogiczna. Nawet już przykład dyrektywy 2005/36, która została oparta na kilku podstawach prawnych, nie jest do końca adekwatny, gdyż w swej treści różnicuje ona jednak uznawalność kwalifikacji w zależności od realizacji działalności jako usług lub przedsiębiorczości. W konsekwencji konieczność sprecyzowania takiej jednoznacznej kwalifikacji traktować należy jako zasadę, która musi być realizowana z wyjątkową starannością służącą przewyższeniu ewentualnych nadużyć – w taki sposób, aby nie pozostawić wątpliwości co do zakresu uprawnień zainteresowanego oraz dopuszczalnego zasięgu ingerencji państwa, które właśnie są zdeterminowane tym wyborem. Dlatego właśnie niezbędna jest – niezależnie od powyższych prób formułowania kategorii wspólnych dla kilku – analiza relacji pomiędzy poszczególnymi swobodami, gdyż takie zestawienia, nałożone następnie na konkretny stan faktyczny, mogą najlepiej pokazać ich szczególne cechy wspólne i autonomiczne oraz metody rozgraniczania zapewniające właściwą kwalifikację<sup>271</sup>.

Odwołując się ponownie w tym miejscu do substratu osobowego, widzianego jako główne kryterium rozgraniczenia, warto pochylić się nad zbieżnościami swobody przepływu pracowników i przedsiębiorczości. W przeciwieństwie do sytuacji zdarzającej się notorycznie np. w Polsce, gdzie ze względu na obciążenia fiskalne wykorzystuje się podobieństwa zatrudnienia i samozatrudnienia do obchodzenia nadmiernych obciążeń, ich relacja w kontekście unijnym nie wzbudza tyle kontrowersji. Ale też ta przesłanka, która je odróżnia, czyli charakter działalności osób fizycznych – samodzielna na własny rachunek i ryzyko przeciwstawiona podporządkowanej cudzemu kierownictwu z gwarantowanym wynagrodzeniem – tutaj nie ma takiego znaczenia praktycznego. Potrzeba odwoływania się do pozorowanego samozatrudnienia kamuflującego stosunek pracy pojawia się właściwie tylko w trakcie tzw. okresów przejściowych po akcesji nowych państw członkowskich, kiedy wyłączona jest jeszcze swoboda przepływu pracowników. Ewentualnie można wspomnieć o wątpliwościach kwalifikacyjnych w przypadku menedżerów spółek, co nie rodzi jednak szczególnych problemów.

Wiadomo oczywiście, że swobody te łączy bardzo podmiotowy charakter ich realizacji. Warto zresztą zauważyć, że ta istotna w tym kontekście przesłanka samodzielności wolnej od podporządkowania ulega zaburzeniu w przypadku tzw. wtórnej swobody przedsiębiorczości ze względu na status np. oddziału wobec przedsiębiorstwa głównego w kraju macierzystym. Jest to oczywiście zupełnie inna postać subordynacji,

---

<sup>271</sup> Zob. np. M. Szwarc-Kuczer, komentarz do art. 49..., s. 857.

ale jeszcze raz potwierdza, jak wiele może łączyć swobody pozornie odległe od siebie. Ulega to jeszcze dalszemu zazębieniu, gdy weźmie się pod uwagę, iż gwarancjami swobody przepływu pracowników objęty jest także pracodawca – przedsiębiorca zainteresowany pozyskiwaniem siły roboczej na jednolitym rynku. Przede wszystkim natomiast ich zbieżność wyraża się szczególnie bliskimi i stabilnymi związkami z rynkiem państwa przyjmującego, zdeterminowanymi trwałym charakterem obecności. Tu ów „przepływ” jest tylko elementem początkowym aktywności ekonomicznej, po którym musi nastąpić daleko idąca integracja wymagająca dostosowania do jego wymogów. Determinuje to natomiast skromniejszy zakres ochrony przed miejscowymi ograniczeniami, który w przypadku tych dwóch swobód z zasady koncentruje się na gwarancji równouprawnienia z miejscowymi, a nie eliminacji wszelkich choćby niedyskryminujących barier w tzw. dostępie do rynku.

Powyższych analogii brakuje w przypadku swobody przepływu usług oraz pracowników, o ile oczywiście nie przywołuje się problemu rozgraniczenia działalności samodzielnej od podporządkowanej, co w tym przypadku jest mniej prawdopodobne ze względu na przejściowy charakter działalności usługowej<sup>272</sup>. Natomiast ewentualne problemy wiążą się z możliwością transgranicznego delegowania przez usługodawcę członków swojego personelu celem wykonania zobowiązania w innym państwie członkowskim. Z założenia po zakończeniu delegacji tacy zatrudnieni nie powinni wiązać się na stałe z tym rynkiem ani poszukiwać tam kolejnego zatrudnienia i powrócić do kraju macierzystego, by najczęściej kontynuować dotychczasowe zatrudnienie u usługodawcy w miejscu jego stałej siedziby. Dzięki temu nie są oni traktowani jako podlegający swobodzie przepływu pracowników i szukający dostępu do miejscowego rynku pracy, co tradycyjnie miało znaczenie zwłaszcza w przypadku obywateli państw trzecich lub uboższych państw członkowskich zatrudnionych przez takich pracodawców. Natomiast w związku z rozszerzeniem Unii Europejskiej z 2004 i 2007 roku zjawisko to uległo znacznej intensyfikacji, napotykając zarzuty tzw. dumpingu socjalnego, czemu częściowo zapobiegać ma dyrektywa 96/71<sup>273</sup>. Stanowi to także przedmiot bogatego dorobku orzecznictwa Trybunału, które stara się narzucić państwu przyjmującemu kryteria kontroli, jeżeli dąży ono do nadmiernego ograniczenia tego proceduru<sup>274</sup>.

---

<sup>272</sup> Można wskazać, że relatywnie niewiele wspólnego mają przepływ towarów i pracowników – zob. K. Lasiński-Sulecki, W. Morawski, komentarz do art. 30, [w:] *Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej...*, t. 1, s. 537–539.

<sup>273</sup> Dyrektywa 96/71/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 grudnia 1996 r. dotycząca delegowania pracowników w ramach świadczenia usług, Dz. Urz. UE z 1997 Nr L 18, s. 1–6.

<sup>274</sup> J. Urban, *Delegowanie pracowników w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego”, VIII, 2010, s. 81–101.

O ile powyższe zestawienia nie są w systemie unijnym traktowane jako pierwszorzędne, o tyle z pewnością dotyczy to relacji przedsiębiorczości z usługami, które łączy właśnie możliwość prowadzenia samodzielnej działalności gospodarczej na własny rachunek w wymiarze transgranicznym, bez podporządkowania typowego dla świadczenia pracy. Okazuje się bowiem, że w tych ramach najłatwiej o wspomniane nadużycia, pomimo jednoznacznego brzmienia art. 57 TFUE, który do usług zalicza te świadczenia, które nie są regulowane przez przepisy dotyczące swobodnego przepływu towarów, kapitału i osób<sup>275</sup>. Dlatego właśnie problematyka badania relacji przedsiębiorczości z usługami może być traktowana jako szczególnie reprezentatywna.

Swobody te wykazują odmienny przedmiot ochrony – z jednej strony jest to dowolność wyboru stałego miejsca wykonywania tej działalności wewnątrz UE w połączeniu z trwałym uczestnictwem w obrocie gospodarczym innego państwa, a z drugiej możliwość transgranicznego oferowania i przemieszczania samych świadczeń, która wymaga o wiele skromniejszej fizycznej aktywności za granicą, a więc o charakterze przejściowym. Jak już wskazywano, ogólnie kluczowe z perspektywy beneficjentów kryterium odróżniające stanowi stopień kontroli i ingerencji, jakiej może dopuszczać się państwo przyjmujące wobec aktywności obu rodzajów, realizowanej na swoim terytorium. W przeciwieństwie do podmiotu zaangażowanego w swobodę przedsiębiorczości, usługodawca w poważnym zakresie pozostaje właściwie poza kompetencją i kontrolą władz krajowych miejsca wykonania usługi, a więc ta forma jest traktowana jako korzystniejsza i mniej wymagająca. To właśnie generuje pokusę wykazywania za wszelką cenę, że właściwie każda prowadzona w innym państwie działalność spełnia przesłanki usługodawstwa, nawet jeżeli ma charakter długotrwały i powtarzalny<sup>276</sup>.

Pomimo tych odrębności w ramach swobody świadczenia usług można bowiem prowadzić niemalże każdą działalność, łącznie z poważnym, rozciągniętym w czasie kontraktem na dużą skalę, o ile uda się wykazać, że szereg związanych z jego realizacją czynności składa się na funkcjonalną całość jednego świadczenia, po którego wypełnieniu powraca się dopiero do państwa stałej siedziby. Zwalnia natomiast z obowiązku dopełnienia różnorodnych formalności w państwie przyjmującym, gwarantując zarazem ochronę wykraczającą poza zakaz dyskryminacji, który stanowi podstawowy standard w przypadku przedsiębiorczości. Działa tu bowiem najczęściej, chociażby w odniesieniu do wymogów kwalifikacyjnych czy zasad wykonywania zawodu, zasada określana symbolicznie jako reguła państwa pochodzenia, choć to akurat wymaga jeszcze komentarza w następnej części. W konsekwencji ustalenie właściwej kwalifikacji ocenianej

---

<sup>275</sup> M. Condinanzi, A. Lang, B. Nascimbene, *Citizenship of the Union...*, s. 108, analizuje właśnie relacje tych trzech swobód.

<sup>276</sup> M. Szwarc-Kuczer, komentarz do art. 49..., s. 857–859.

działalności oraz relacji między zakresami obu swobód musiało odgrywać rolę podstawową i stało się przedmiotem starannej analizy orzecznictwa Trybunału, którego symbolem jest sprawa Gebharda<sup>277</sup>.

W tym kontekście punktem wyjścia jest wskazane założenie traktatowe, zgodnie z którym gwarancje swobody świadczenia usług powinny znajdować zastosowanie jedynie w przypadku, gdy określona działalność pozbawiona jest znamion przedsiębiorczości. Z pewnością więc na świadczenie to nie należy powoływać się w przypadku osiedlenia się w innym państwie na czas nieokreślony, a nie zaledwie tymczasowego czy też przejściowego charakteru zmiany miejsca, oraz prowadzenia tam działalności w sposób stały i ciągły. Trudno jednak nie zauważyć, że częstokroć stosowane jest płynne przechodzenie od oferowania wyodrębnionych świadczeń do trwałej aktywności i w takich sytuacjach uchwycenie momentu rozpoczęcia realizacji swobody przedsiębiorczości wydaje się szczególnie kłopotliwe. Kryteria te nie są więc łatwe w stosowaniu, chociażby ze względu na brak ostrości i jednoznaczności oraz konieczność odniesienia do specyfiki konkretnej działalności, co wyklucza przyjęcie jednego ogólnego wzorca znajdującego zastosowanie we wszystkich dziedzinach, opierającego się chociażby na maksymalnym okresie czasu lub liczbie wizyt w państwie przyjmującym. Są to oczywiście jedne z przesłanek, ale taka zindywidualizowana ocena wymaga ustalenia stopnia związania wykonującego świadczenia z gospodarką tego państwa oraz ciągłości jego aktywności, pozwalającego określić, czy dochodzi do prowadzenia stałego przedsiębiorstwa w sensie materialnym. Stąd biorąc pod uwagę nawet samo orzeczenie w sprawie Gebharda, należy stwierdzić, że uwzględnia się także takie okoliczności, jak częstotliwość, regularność wizyt i świadczeń, ich wzajemne ewentualne powiązanie, liczbę odbiorców czy nawet rzeczywiste zamiary zainteresowanego.

Z zasady pozwala to zwłaszcza na właściwą kwalifikację działań podmiotów utrzymujących siedzibę w jednym państwie członkowskim, ale koncentrujących swoją działalność na obszarze innego celem obejścia jego surowszych wymogów dostępu do rynku – chociażby w zakresie zasad wykonywania zawodu. Czasem wyboru takiego dokonują nawet obywatele państwa przyjmującego, którzy formalnie przenoszą się za granicę, by skorzystać z ochrony zapewnianej przez gwarancje unijne. Władze krajowe mogą więc bronić się przed tego rodzaju działaniami, chociaż nie jest to łatwe w przypadku tych świadczeń, które nie wymagają fizycznego kontaktu z odbiorcą, a ulokowanie siedziby za granicą pozwala na uniknięcie podporządkowania się bardzo surowym regułom ich realizacji.

---

<sup>277</sup> *Reinhard Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano* (C- 5/94).

Szczególnie problematyczne w tym kontekście może być odróżnienie od świadczenia usług korzystania z wtórnej swobody przedsiębiorczości. W obu przypadkach bowiem istniejący już przedsiębiorca z innego państwa członkowskiego dokonuje penetracji rynku krajowego, często za pośrednictwem tzw. podmiotów niesformalizowanych, a więc niedopełniających w państwie przyjmującym wymogów rejestracyjnych, które mogą być oceniane jedynie po rzeczywistych przejawach aktywności. Z jednej więc strony działania podejmowane lokalnie przez stałe zakłady należące do podmiotu zagranicznego nie mogą powoływać się na ochronę wynikającą ze swobody świadczenia usług, z drugiej jednak powinna ona przysługiwać jego przedsiębiorstwu głównemu, które wysyła transgranicznie także w tym celu swoich pracowników działających niejako równolegle i z pominięciem utrzymywanych w państwie przyjmującym struktur.

Przesłanką wykorzystywaną celem rozstrzygnięcia wątpliwości w przypadkach brzegowych jest jeszcze charakter infrastruktury, jaką utrzymuje zainteresowany w państwie przyjmującym. Oczywiście status usługodawcy nie wyklucza dysponowania nią, np. w formie biura lub innego oprzyrządowania, jeżeli jest niezbędne do wykonaniu konkretnego świadczenia i powiązane z nim także czasowo, gdyż nie zawsze środki komunikacji na odległość wystarczają. Ale jeżeli równocześnie zachodzą inne okoliczności sugerujące stały charakter działalności, to właśnie korzystanie chociażby z miejscowego adresu może przemawiać bardziej za realizacją przedsiębiorczości. Z drugiej strony natomiast właśnie brak trwałej infrastruktury w powyższym rozumieniu może wykluczyć podporządkowywanie tej swobodzie, nawet jeżeli zainteresowany nie ograniczył się do bardzo krótkiego i jednorazowego pobytu w tym państwie<sup>278</sup>.

Jak już wskazywano, rozwój usług jako świadczeń zdolnych do samoistnej cyrkulacji spowodował, że zaczęto je zestawiać także z przepływem towarów, uznając, że w obu przypadkach celem jest daleko idąca liberalizacja obrotu – odpowiednio materialnych i niematerialnych czynników produkcji – oraz eliminacja wprowadzanych przez państwa ograniczeń i barier. Służy temu zwłaszcza odwoływanie się, tam gdzie jest to tylko możliwe, do standardu państwa pochodzenia, który jak wiadomo trudno byłoby realizować w ramach przedsiębiorczości. Przeciwwagę dla niego stanowi ukształtowana właśnie w tych ramach analogiczna konstrukcja ochrony tzw. interesu ogólnego oraz względów imperatywnych, która przy wykorzystaniu odpowiadających sobie kategorii przesłanek może uzasadnić ograniczenia obu swobód, wykraczające poza granice upoważnień traktatowych<sup>279</sup>.

---

<sup>278</sup> Zob. też relację przedsiębiorczości i usług: E. Skrzydło-Tefelska, komentarz do art. 56, [w:] *Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej...*, t. 1, s. 934–945.

<sup>279</sup> Odnośnie do stosunku swobody przepływu towarów i usług zob. m.in. *ibidem*.

Jednakże stopień ingerencji państwa przyjmującego może być większy w przypadku świadczenia usług, zwłaszcza jeżeli są świadczone osobiście ewentualnie zagrażają odbiorcom. Ich natura pozwala na wprowadzanie dodatkowych wymogów krajowych, określających sposób wykonywania, mimo iż świadczenie realizowane zgodnie z prawem państwa pochodzenia nie powinno już raczej napotykać barier na obszarze jednolitego rynku. Natomiast status towaru dopuszczonego do legalnego obrotu w miejscu wytworzenia pozostawia temu państwu o wiele mniejszy margines swobody w kwestionowaniu zwłaszcza jego zasadniczych cech, takich jak skład, receptura czy kształt itp., i ewentualnym żądaniu dostosowania się do lokalnych standardów. Ale już w odniesieniu do tzw. warunków sprzedaży różnice te okazują się dużo mniejsze.

Jednakże rozwój orzecznictwa w pewnych aspektach uczynił przepływ towarów mniej zliberalizowanym niż usług, gdyż ograniczenia eksportowe zwalczane są tu w niewielkim zakresie – producenci nie są właściwie w stanie kwestionować regulacji miejsca produkcji, wskazując, iż utrudniają one sprzedaż do innych państw na jednolitym rynku. Natomiast pojęcie zakazanej bariery w swobodnym przepływie usług jest traktowane na tyle szeroko, aby zapewniać daleko idącą ochronę przed państwem pochodzenia utrudniającym działalność gospodarczą lub korzystanie ze świadczeń za granicą. Tym samym obejmuje ona także odbiorcę w skali nieznaney kupującym towary, który korzysta z samoistnego statusu<sup>280</sup>.

Warto zauważyć zarazem, że we współczesnej gospodarce właśnie tutaj szczególnie ujawnia się możliwość nakładania się wzajemnie powiązanych aspektów przepływu przedmiotów majątkowych kwalifikowanych jako towar oraz dokonywania transgranicznych świadczeń odpowiadających definicji usługi. Stąd też rozgraniczanie bywa wyjątkowo trudne, a pomimo brzmienia art. 57 TFUE rozwój orzecznictwa nie potwierdza konieczności przyznawania preferencji kwalifikacji w ramach swobody przepływu towarów ze względu na obowiązek obejmowania zakresem usług tylko tych stanów, które nie są objęte innymi normami. Obie swobody traktowane są bardziej równorzędnie i stąd właśnie w sytuacjach złożonych wypracowano model wyodrębniania aspektów o charakterze dominującym ewentualnie jedynie uzupełniającym<sup>281</sup>.

Dlatego też transgraniczny przewóz określonych przedmiotów materialnych nie może być przyporządkowany przepływowi towarów, jeżeli są one traktowane instrumentalnie jako służące jedynie wykonaniu usługi. Z drugiej jednak strony zlecenie produkcji określonych z góry towarów w innym państwie członkowskim, których przywozu oczekuje następnie zlecający, nawet jeżeli sam proces ich wytwarzania może spełniać

---

<sup>280</sup> A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo...*, s. 547 i nast.

<sup>281</sup> Por. *ibidem*, s. 659 i nast.

znamiona świadczenia, pozostaje w ramach tej pierwszej swobody. Najwięcej problemów rodzi w tym względzie zwykle kwalifikacja działalności reklamowej, np. co do zakazu w odniesieniu do niektórych produktów, który z jednej strony ogranicza dostęp towarów unijnych, a z drugiej może uderzać w świadczenie samych usług reklamowych, jeżeli pochodzą właśnie z zagranicy. Zresztą właśnie ten przypadek bywa kwalifikowany jako tzw. zbieg rzeczywisty, który może nawet wymagać zastosowania przepisów obu swobód, gdy ten sam podmiot zajmuje się sprzedażą i reklamą<sup>282</sup>. Nie jest natomiast wykluczone, w przypadkach szczególnie złożonych, stosowanie podwójnej kwalifikacji nie tyle do całej sytuacji, ile w następstwie wyszczególnienia aspektów stanowiących przejaw realizacji każdej z „zaangażowanych” swobód oraz ich odrębne potraktowanie, zgodnie z autonomicznymi regułami traktatowymi<sup>283</sup>.

Warto jeszcze wspomnieć o relacjach swobody przepływu kapitału z tymi swobodami, z którymi problematyka rozgraniczania pojawia się w praktyce. Nie dotyczy to bowiem przepływu towarów, gdyż ich zastosowania są zupełnie rozłączne, jak chociażby przy transgranicznym przewozie monet, gdzie kwalifikacja zależy od tego, czy pozostają one jeszcze legalnym środkiem płatniczym. Natomiast przykładem rzeczywistych wyzwań są ograniczenia zakupu nieruchomości przez cudzoziemców, które nawet jeżeli utrudniają działalność gospodarczą w państwie przyjmującym, traktuje się jako dotyczące przepływu kapitału. Bardziej wyważone podejście wydawało się obowiązywać w przypadku barier w inwestowaniu w spółki mające siedzibę w innych państwach członkowskich, oparte na kryterium rzeczywistego wpływu na funkcjonowanie i zarządzanie danym podmiotem. W takim ujęciu głównie nabycie akcji w niewielkiej ilości, które nie zapewnia realnego wpływu na kształt działalności, miało mieścić się w ramach tej swobody. Natomiast tu również zaczęło przeważać jej szerokie traktowanie, które nie rozgranicza zastosowania w powyższy sposób i raczej rezygnuje ze swobody przedsiębiorczości, czego dowiodło rozbudowane już orzecznictwo w zakresie tzw. złotych akcji<sup>284</sup>.

Można to jednak rozumieć w ten sposób, że ponieważ ograniczenia swobody przedsiębiorczości wynikają ze stwierdzonych ograniczeń swobody przepływu kapitału i są z nimi nierozzerwalnie związane, znika potrzeba dokonywania osobnej analizy ograniczeń swobody przedsiębiorczości. Jeżeli jednak przyjąć, iż należy dokonywać wyboru jednej kwalifikacji prawnej, to w takiej sytuacji właśnie będzie on dokonywany na ko-

---

<sup>282</sup> D. Miąsik, komentarz do art. 34..., s. 566–569.

<sup>283</sup> Analizę tej relacji wraz przykładami zob. L. Woods, *Free Movement...*, s. 20–27.

<sup>284</sup> A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo...*, s. 954 i nast.



rzyć przepływu kapitału. Nadal jednak opodatkowanie transferów i inwestycji oraz dywidend widziane jest w bardziej złożony sposób<sup>285</sup>.

Wydawałoby się zarazem, że preferencja powyższa powinna być oczywista także przy zbiegu swobody przepływu kapitału ze świadczeniem usług, który występuje m.in. w przypadku ograniczeń adresowanych wobec zagranicznych instytucji finansowych oferujących kredyty czy instrumenty finansowe. Nie tylko bowiem obowiązuje przywoływany art. 57 traktujący usługi subsydiarnie, ale jak już wskazywano, dodatkowo art. 58 ust. 1 przewiduje, iż liberalizacja usług bankowych i ubezpieczeniowych związanych z przepływem kapitału powinna być realizowana „w zgodzie z liberalizacją przepływu kapitału”. W praktyce jednak, jeżeli środek krajowy dotyczy jednocześnie obu swobód, nie wykluczono badania, w jakim zakresie wpływa na ich wykonywanie i czy w konkretnych okolicznościach jedna z nich ustępuje pierwszeństwa drugiej i ma wobec niej charakter drugorzędny. W tym przypadku ma to natomiast znaczenie szczególne, zważywszy, że zakwalifikowanie działalności jako mieszczącej się w ramach przepływu kapitału pozwala chronić się także wtedy, gdy jest to obrót z państwami nieczłonkowskimi UE, co może mieć zresztą zastosowanie także na styku z przedsiębiorczością inwestora pozaunijnego<sup>286</sup>.

Na zakończenie warto zwrócić uwagę, iż zjawisko nakładania się gwarancji o zróżnicowanym zakresie ochrony, rozumiane w sposób omawiany powyżej, dostrzegalne jest również w ramach jednej swobody, tj. przepływu towarów, która jak wiadomo opiera się na specyficznym reżimie regulacyjnym rozbitym na trzy odrębne zasady<sup>287</sup>. W tym kontekście rzadziej pojawia się problem relacji zakazu ograniczeń ilościowych i środków o skutku równoważnym z barierami fiskalnymi przewidzianym w art. 30 oraz 110 TFUE. Ma to jednak istotne znaczenie, bo tylko w tym pierwszym przypadku możliwe jest usprawiedliwianie takich ograniczeń wyjątkami przewidzianymi chociażby w art. 36 TFUE. Należy jednak pamiętać, że tu często zdarzać się może równoczesne naruszenie dwóch norm dwoma aktami państwa przyjmującego. Okazuje się bowiem, że władze krajowe niezgodnie z art. 34 kontrolują obce towary i jeszcze dodatkowo pobierają za to opłaty, które są kwalifikowane jako wywołujące skutek analogiczny do ceł, przewidziany w art. 30<sup>288</sup>.

---

<sup>285</sup> Por. M. Mataczyński, komentarz do art. 63, [w:] *Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej*..., t. 1, s. 983–986.

<sup>286</sup> E. Skrzydło-Tefelska, komentarz do art. 56..., s. 934–945.

<sup>287</sup> L. Woods, *Free Movement*..., s. 44 i nast. co do pojęcia środków o skutkach równoważnych i relacji i z innymi pojęciami.

<sup>288</sup> A. Zalański, komentarz do art. 110..., s. 489.

Przede wszystkim jednak wyzwaniem okazało się rozgraniczanie tego rodzaju opłat od dyskryminacji i protekcjonizmu podatkowego z art. 110 TFUE. W tym przypadku bowiem władze krajowe całkowitą niemożność stosowania danin granicznych chciały sobie powetować tego rodzaju często trudnymi do odróżnienia środkami ochronnymi. Warto zauważyć, że o ile każda opłata kwalifikowana jako mieszcząca się w zakresie art. 30 naraża państwo na zarzut bezprawności, to jeżeli ma ona charakter podatku, może być utrzymywana nawet na skrajnie wysokim poziomie, o ile tylko nie dyskryminuje. Ujawnia się tu typowa sprzeczność interesów władz zainteresowanych udowodnieniem, iż jest to podatek oraz podmiotów zajmujących się obrotem, wykazujących celną postać należności. Stąd właśnie niezbędna była rozbudowana linia orzecznictwa wskazująca na granice zastosowania obu norm, gdzie kryterium decydującym nie jest zdecydowanie miejsce poboru, lecz powszechnie obowiązujący charakter daniny traktowanej jako integralna część krajowego systemu podatkowego. Szczególnie wielu problemów następczo kwalifikowanie tych powszechnie nakładanych opłat, które zwracane były w całości lub częściowo miejscowym producentom. Ponadto, tak jak w każdej sprawie związanej ze stosowaniem zakazu dyskryminacji, ustalając, iż daninę pobiera się zarówno od towarów krajowych, jak i obcych, należy ustalić, czy rzeczywiście występuje w tym przypadku tożsamość konstrukcji<sup>289</sup>.

---

<sup>289</sup> Zob. też K. Lasiński-Sulecki, W. Morawski, komentarz do art. 30..., s. 537–539; A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo...*, s. 701 i nast.

## ROZDZIAŁ IV

### WYZWANIA WYKŁADNI NORM SWOBÓD

Jednym z istotnych aspektów, który musi być uwzględniony w niniejszej analizie, jest wykładnia norm swobód. Wydaje się to niezbędne przede wszystkim dla zrozumienia podejścia Trybunału do tych norm traktatowych, zwłaszcza metody wypełniania ich konkretną treścią, nadawania szczególnych funkcji oraz wywodzenia tak daleko idących konsekwencji niejednokrotnie wykraczających poza granice brzmienia. To właśnie wykładnia, a nie dosyć ogólna ich treść, przesądza o zakresie, dopuszczalności ograniczeń i wielu innych aspektach podstawowych dla funkcjonowania swobód.

Zmierzenie się z tym stanowi bardzo złożone zagadnienie, gdyż generalnie wykładnię prawa unijnego cechuje znaczna specyfika, wokół której narosło zresztą wiele wątpliwości wymagających rozważenia systemowego. Co ciekawe, ze względu na swoje otwarte podejście oraz twórczy wkład w rozwój systemu prawa, sposób orzekania obecnego TSUE bywa czasem zestawiany z tzw. wykładnią konstytucyjną uprawianą przez Sąd Najwyższy USA. Wydaje się to uzasadnione przede wszystkim naturą sformułowań traktatowych i konstytucyjnych nasyconych wieloznacznymi i otwartymi pojęciami, poddawanych zarazem bardzo ekstensywnemu traktowaniu, w połączeniu właśnie ze znaczną władzą sędziowską i sięganiem w procesie stosowania prawa po kategorie pozanormatywne. Ale warto również przywołać argument amerykański, który nie wydaje się zupełnie bezpodstawny także w kontekście europejskim, tj. trudność przeprowadzania ewentualnych zmian samego aktu prawnego<sup>290</sup> – odpowiednio Traktatów unijnych oraz Konstytucji Stanów Zjednoczonych.

O skali wyzwania może świadczyć już to, że na poziomie teoretycznego rozumienia samego pojęcia wykładni prawa zderzają się różne – ciągle żywe tradycje. Nie ograniczają się one jedynie do wąskiego odtworzenia brzmienia normy czy też po prostu ustalenia jej znaczenia i zakresu – uprawnień, obowiązków, kompetencji, choć już w tym wypadku nie wystarcza samo proste zastosowanie wobec niej reguł językowych. Natomiast w ujęciu szerokim może mieścić się tu nawet cały proces wymierzania na tej podstawie „sprawiedliwości”, a więc niejako wszystko, co czyni sędzia, kiedy dąży do jej zrozumienia i zastosowania, łącznie z odczytaniem głębszego sensu, a zwłaszcza wartości leżących u podstaw i dóbr, których realizację ona zapewnia<sup>291</sup>. Stąd także nadal do

<sup>290</sup> Por. K. Greenawalt, *Constitutional and Statutory Interpretation*, Oxford 2002, s. 298, tam analiza wykładni konstytucyjnej w USA.

<sup>291</sup> N. Emiliou, *The Principle of Proportionality...*, s. 117; S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001, s. 165, zob. też K. Greenawalt, *Constitutional and...*, s. 274.

podstawowych dylematów w teorii prawa zalicza się rozstrzygnięcie, czy jego rozumienie ma być „wykute w kamieniu” czy jednak ewoluować oraz w jakim stopniu ma być zdefiniowane samym rozumieniem tekstu, a w jakim ogólniejszymi celami – już nie tylko danego przepisu, lecz całego aktu, a nawet systemu<sup>292</sup>.

Wiąże się to też oczywiście z pytaniem o rolę sędziów w demokratycznym państwie – czy powinni niejako narzucać ową ewolucję, dekretując zmianę rozumienia danej normy oraz odwoływanie się do kategorii pozaprawnych. W literaturze wyodrębnia się nawet swoiste obozy – tzw. „oryginaliści” w przeciwieństwie do „ewolucjonistów” mają stać raczej na stanowisku, że to nie rozumienie powinno się zmieniać, lecz same przepisy. Jednak opozycja ta nie jest aż tak silna tam, gdzie sam prawodawca tworzy normy o otwartym czy też pojemnym charakterze, ewentualnie wątpliwości nasuwa samo brzmienie normy, choć oczywiście sceptycy sugerują nadużywanie tego argumentu jako pretekstu do swobodniejszej wykładni i postępującej modyfikacji jej rozumienia. Zwłaszcza współcześnie trudno zarazem nie pogodzić się z funkcjonowaniem tzw. *Living Constitution* i odrzucać założenie, że także traktaty muszą żyć „własnym życiem”, gdyż zważywszy na ogólny rozwój systemu społeczno-polityczno-ekonomicznego na tym poziomie, system prawa musi być widziany jako zmieniająca się i nie w pełni dokończona struktura<sup>293</sup>.

Warto zauważyć, że w Stanach Zjednoczonych ten ogólniejszy proces zdeterminował zwłaszcza widzenie podstawowych norm regulujących indywidualne wolności przez tamtejszy Sąd Najwyższy, który uwzględniając zasady i wartości, dążył do ich ochrony i rozwoju. Rodziło to dalekosiężne konsekwencje, także społeczne, pomimo oskarżeń o kreatywnizm sędziowski oraz wykraczanie poza swoje funkcje w stronę funkcji politycznej. W systemach demokratycznych właściwie powszechnie uważa się już, że tam, gdzie chodzi o gwarancje praw jednostki, należy uwzględniać ów szerszy kontekst nawet za cenę zarzutów „poprawiania” prawodawcy czy też woli „ojców założycieli” i dostosowywać istniejące regulacje do zmieniającej się rzeczywistości w drodze interpretacji. Zwykle towarzyszy temu przekonanie, iż normy prawa pozytywnego są jedynie swoistymi klauzulami generalnymi, z których można ciągle na nowo wywodzić konkretne uprawnienia adekwatne do danej sytuacji<sup>294</sup>.

Równocześnie owa szczególna wrażliwość na poszanowanie praw człowieka, które jest traktowane przecież jako samoistna wartość konstytucyjna, może być kwalifikowana jako przejaw otwartości systemu prawa. Obecnie wydaje się ona nieodzowna

---

<sup>292</sup> K. Greenawalt, *Constitutional and...*, s. 272–275.

<sup>293</sup> *Ibidem*, s. 275–276, s. 310.

<sup>294</sup> T. Koopmans, *The Theory of Interpretation and the Court of Justice*, [w:] *Judicial Review in European Union Law*, ed. D. O’Keeffe, The Hague 2000, s. 45–49; zob. też *Prawa i wolności obywatelskie...*, s. 48.

jako istotnie rzutująca na proces interpretacji, ze szczególną mocą nakazująca uwzględniać wartości, co uznaje się za drugi, filar współczesnej wykładni, oprócz podejścia celowościowego, które jak wiadomo zaliczane jest do najbardziej kontrowersyjnych problemów w tym zakresie. Można to określać ogólnie jako postulat wrażliwości aksjologicznej interpretatora, pozwalającej uwzględniać aspekty zewnętrzne wobec konkretnych przepisów. Wrażliwość ta orientuje się na te wartości, które w danym systemie uznawane są za kluczowe, a więc sama nie przesądza o ich wyborze i dostosowuje się do aksjologii preferowanej w danej zbiorowości<sup>295</sup>.

Kwestia ta była już zresztą ogólnie poruszana w kontekście rozważań dotyczących tzw. perspektywy naturalistycznej, jaka musi towarzyszyć stosowaniu i wykładni także norm swobód. Zresztą właściwie od samego początku Wspólnot nie ulegało wątpliwości, że w tym systemie aksjologia odgrywa znaczącą rolę i musi wpływać także na proces wykładni. Wraz z ich rozwojem wartości pojawiały się coraz częściej już nie tylko w aktach niewiążących, lecz także w źródłach prawa powszechnie obowiązującego, czego ukoronowaniem jest współczesne traktowanie ich jako instytucji znajdujących wyraźną postawę oparcia w art. 2 TUE. Ponieważ zarazem powyższe modelowe ujęcie zapewnia uniwersalizm – nie zawiera odpowiedzi, jaki miałyby być ich katalog, to tym samym „uwrażliwienie” na wartości związane chociażby z dobrem jednostki nie ma charakteru wyłącznego. Ponieważ sankcjonuje potrzebę poszukiwań interpretacyjnych sprzyjających określonej rozwojowi rozumienia norm, to tak jak w wymiarze ogólnym systemów liberalnej demokracji powszechnie akceptowana jest tzw. aksjologia praw człowieka, w kontekście unijnym dodatkowo można proponować aksjologię integracyjną, która niewątpliwie intensywnie oddziałuje zwłaszcza na swobody<sup>296</sup>.

## 1. OGÓLNA CHARAKTERYSTYKA WYKŁADNI UNIJNEJ

Nie ulega więc wątpliwości, że wszystkie współczesne wyzwania wykładni prawa znajdują istotne odzwierciedlenie w systemie unijnym. Sprzyja temu już konstrukcja norm traktatowych i ich niedookreśloność oraz rola, jaką przypisuje się ochronie praw jednostki, co w przypadku swobód uzewnętrzniło się chociażby ujmowaniem ich jako praw podmiotowych. Jeżeli zarazem dopuszcza się uwzględnianie wpływu rozwoju systemu społeczno-gospodarczego na ewolucję postrzegania prawa, to w tych ramach znaj-

<sup>295</sup> Kwestię otwartości na wartości jako współcześnie niezbędny element wykładni porusza E. Łętowska, *Dialog i metody. Interpretacja w multicytrycznym systemie prawa*, cz. II, „Europejski Przegląd Sądowy”, 2008, nr 12, s. 6; zob. też A. Kalisz, *Reguły interpretacyjne stosowane przez ETS*, „Europejski Przegląd Sądowy”, 2007, nr 2, s. 20.

<sup>296</sup> Zob. N. Emiliou, *The Principle of Proportionality...*, s. 118. Zagadnienie wartości unijnych zob. szerzej A. Cieśliński, *Wartości Unii...*

duje to szczególne odniesienie w dostrzegalnym oddziaływaniu postępu procesu integracji na zmieniające się rozumienie ich norm. Również spory o dominację określonej dyrektywy wykładni okazują się dosyć zażarte.

Generalnie zrozumienie specyfiki wykładni unijnej wymaga uwzględnienia nie tylko owego szerszego kontekstu współczesnych wyzwań interpretacyjnych oraz silnych odwołań aksjologicznych. Istotną determinantę stanowi zarówno autonomia tego systemu, jak i jego szczególne cechy w połączeniu z oczekiwaniem jednolitej interpretacji w całej Unii pomimo funkcjonowania w powiązaniu z wieloma bardzo zróżnicowanymi systemami krajowymi. Są to kwestie powszechnie znane, ale nie można ich zupełnie pominąć w niniejszych rozważaniach, przynajmniej w sposób porządkujący.

System unijny został oczywiście ufundowany na podstawach odwołujących się do tradycji prawnej państw europejskich, ale jego specyfika ma swoje źródła w podwójnym charakterze Traktatów, które wskutek procesu konstytucjonalizacji przestały korzystać jedynie ze statusu umów międzynarodowych, co istotnie wpływa na stosowanie ich postanowień. Jak wiadomo uznanie go za nowy, odrębny porządek prawny datuje się na najwcześniejsze przełomowe orzeczenia w sprawach *Costa*<sup>297</sup> i *Van Gend*, ale autonomię tę potwierdzano również później – chociażby w tezach słynnej Opinii 1/91<sup>298</sup>, dotyczącej umowy EOG, której pierwotną wersję ETS uznał za zagrożenie dla niej. Nadal zresztą nie znajduje ona oparcia w postanowieniach traktatowych, co niewątpliwie utrudnia jej usankcjonowanie w porządkach krajowych, ale nie przeszkadza samemu Trybunałowi wywodzić stąd daleko idących konsekwencji i konstruować swoistych zasad. W omawianym kontekście warto zwłaszcza zwrócić uwagę na posługiwanie się własną terminologią i wyodrębnianie się od tych porządków prawnych, już na poziomie języka i rozumienia, nawet podstawowych pojęć<sup>299</sup>.

Zdaniem niektórych autorów poleganie na tradycyjnym podejściu do wykładni prawa w takim systemie miało nie być możliwe już ze względu na specyficzną strukturę źródeł oraz częste luki systemowe. Problem ten nie istniałby, gdyby państwa członkowskie, odpowiedzialne za uchwalanie prawa wtórnego w Radzie, wypełniły treścią, zgodnie z pierwotnymi zamierzeniami ich twórców, ogólne założenia Traktatów, które mają

---

<sup>297</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 15 lipca 1964 r. w sprawie 6/64 *Flaminio Costa v. E.N.E.L.*, Zb. Orz. 1964 01141.

<sup>298</sup> Opinia Trybunału Sprawiedliwości z dnia 14 grudnia 1991 r., opinia 1/91, Zb. Orz. 1991 I-06079.

<sup>299</sup> Zob. analizę autonomii systemu u różnych autorów: A. Doczekalska, *Interpretacja wielojęzycznego prawa Unii Europejskiej*, „Europejski Przegląd Sądowy”, 2006, nr 5, s. 18; K. Masło, *Wykładnia autonomiczna w prawie Unii Europejskiej*, [w:] *Wykładnia prawa Unii Europejskiej*, red. C. Mik, Toruń 2008, s. 87–93; A. Kalisz, *Reguły interpretacyjne...*, s. 14; T. Koopmans, *The Theory of*, s. 52.

przecież charakter bardzo ramowy. Ponieważ jednak tak się nie stało, należało podjąć środki nadzwyczajne pozwalające rozwiązać dylemat dosyć skromnej treści normatywnej przy równoczesnym imperatywie integracyjnym budowy rynku wewnętrznego. Środki te musiały wiązać się z nowym podejściem do metody wykładni jedynych norm w zakresie jego funkcjonowania, które były w ogóle dostępne – tak aby luki powyższe zapełniać oraz przekładać ogólne gwarancje na konkretne stany faktyczne<sup>300</sup>.

Do tego dochodzi jeszcze wielość autentycznych języków, co musi sankcjonować odrywanie się od rozumienia poszczególnych terminów zawartych w Traktatach, a obecnych równolegle w krajowych aktach prawnych nawet różnych państw, jakie dopuszczono w poszczególnych państwach członkowskich oraz sprzyjać otwartemu podejściu interpretacyjnemu. Tu pojawia się tzw. zasada wykładni jednolitej, która nakazuje przyjęcie tego samego rozumienia norm w całej Unii, co wymaga uwzględniania nawet wszystkich wersji językowych. Jest to sytuacja unikalna ze względu na ilość oraz równość języków urzędowych wszystkich państw członkowskich. Nadano im jednakową moc, bez wyboru niektórych z nich, jak dzieje się w innych organizacjach międzynarodowych grupujących znaczną liczbę państw, czy nawet założenia związania państwa tylko „jego” tekstem autentycznym. Skoro zresztą nie dokonano takiej kategoryzacji – w przeciwieństwie do klasycznego prawa międzynarodowego – nie ma też istotnej różnicy pomiędzy terminami „tekst” i „wersja” traktatu. Natomiast wyjątkowość tej sytuacji wzmacnia jeszcze bezpośrednia stosowalność i skuteczność w systemach prawnych państw członkowskich na skalę nieznaną prawu innych organizacji międzynarodowych, co powoduje konieczność dużo częstszego sięgania do innych wersji. Równocześnie – w przeciwieństwie do znanych sytuacji państw wielojęzycznych – tutaj teksty w różnych językach są zarazem funkcją stosowania w zupełnie różnych systemach prawnych państw, co tylko wzmaga podstawowe odrębności<sup>301</sup>.

W tym świetle widać, jak wielkiego znaczenia nabiera specyficzna dla tego systemu tzw. wykładnia porównawcza, w ramach której tekst w jednej z wersji nie jest rozpatrywany w izolacji i z pominięciem innych tekstów autentycznych, o których mówi art. 55 TUE<sup>302</sup>. Teoretycznie wykładnia taka opiera się na założeniu jedności wielojęzycz-

<sup>300</sup> K. Masło, *Wykładnia autonomiczna...*, s. 92–104; D. Fiedorow, *Wykładnia celowościowa prawa wspólnotowego w orzecznictwie sądów wspólnotowych*, [w:] *Wykładnia prawa Unii Europejskiej*, red. C. Mik, Toruń 2008, s. 61.

<sup>301</sup> A. Doczekalska, *Interpretacja wielojęzycznego...*, s. 14–20.

<sup>302</sup> Do najbardziej znanych orzeczeń sankcjonujących taką wykładnię należą: wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 6 października 1982 r. w sprawie 283/81, *Srl CILFIT i Lanificio di Gavardo SpA v. Ministero della sanità*, Zb. Orz. 1982 03415; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 12 listopada 1969 r. w sprawie 29/69 *Erich Stauder v. Ville d'Ulm – Sozialamt*, Zb. Orz. 1969 00419. Por. też A. Kalisz, *Reguły interpretacyjne...*, s. 14, przedstawiający bogatą analizę orzecznictwa i literatury w tym zakresie.

nego aktu prawnego, implikującym to samo znaczenie wszystkich tekstów, a w praktyce pozostają one w relacji współzależności i dopiero odczytywane razem pozwalają na jego odkodowanie. W świetle dorobku orzeczniczego uwzględnienia wymagają także te wersje, które różnią się od pozostałych, nawet jeżeli danym językiem posługuje się niewielki odsetek obywateli Unii lub nie był on autentyczny w momencie konstruowania przepisu, gdyż dane państwo nie zdążyło jeszcze przystąpić do Unii<sup>303</sup>.

Wykładnia porównawcza odgrywa tym znaczniejszą rolę, że nierzadko zdarzają się różnice w wersjach językowych, a więc niezbędne ograniczone zaufanie także wobec tekstów sformułowanych w swoim własnym języku, Trudno to oczywiście pogodzić z pewnością prawa, zwłaszcza z perspektywy sędziego czy urzędnika powołanego do jego autorytatywnego stosowania, który ma wydać wyrok czy decyzję na podstawie normy, z którą z zasady obcuje jedynie we własnym języku. Nie można jednak dopuścić, aby prawnicy w poszczególnych państwach przyjmowali odmienne rozumienie treści przepisów. Uważa się zarazem, że rozbieżności powyższych nie da się całkowicie uniknąć, gdyż często mają źródło w samej naturze języków, które różnią się od siebie już na poziomie pozaprawnym – stylistycznie, składniowo, gramatycznie, semantycznie itp., a dodatkowo odzwierciedlają przecież zupełnie różne kultury i tradycje prawne oraz systemy ekonomiczno-społeczne. Próbuując skatalogować takie różnice, wymieniono zresztą wiele ich kategorii, jak istnienie ewidentnej sprzeczności wersji językowych, użycie w niektórych z nich terminu o znaczeniu niejasnym lub wieloznacznego, a w pozostałych niebudzącego wątpliwości czy wreszcie o zakresie szerszym niż w innych. Im więcej takich przypadków, tym wyzwania nieprecyzyjności zostają jeszcze zwielokrotnione, ale nie można wykluczyć, iż może to być zabieg celowy, ułatwiający przyszłą elastyczność wykładni. Trudno także pominąć wady w tłumaczeniach, które są bardzo poważnym problemem w przypadku polskich wersji językowych<sup>304</sup>.

Jeżeli można twierdzić, że w systemie unijnym dokonano specyficznego wyboru priorytetów wykładni, odbiegającego od preferowanych zwłaszcza w tradycyjnych systemach kontynentalnych, to bardzo istotną rolę w tym odegrało przesycenie prawa UE terminami ekonomicznymi. Ujmując inaczej, była to naturalna dla swobód „ekonomiza-

<sup>303</sup> Zob. np. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 2 kwietnia 1998 r. w sprawie C-296/95 *The Queen v. Commissioners of Customs and Excise, ex parte EMU Tabac SARL, The Man in Black Ltd, John Cunningham*, Zb. Orz. 1998 I-01605; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 24 października 1996 r. w sprawie C-72/95 *Aannemersbedrijf P.K. Kraaijeveld BV i in. v. Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland*, Zb. Orz. 1996 I-05403.

<sup>304</sup> Można chociażby wątpić w to, czy zastosowany w ust. 4 art. 45 TFUE zwrot „employment in the public service” należy tłumaczyć na język polski jako zatrudnienie w administracji publicznej, skoro zalicza się tu np. stanowisko sędziego. J. Helios, *Pojmowanie wykładni prawa europejskiego w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości*, Wrocław 2002, s. 121; A. Doczekalska, *Interpretacja wielojęzycznego...*, s. 17, podaje przykłady klasyfikacji rozbieżności.



cja” prawa wspólnotowego, uzależniająca rozumowanie prawnicze od ogólnej logiki procesów gospodarczych oraz szczególnej natury zwłaszcza systemu rynku. Taka logika nie tylko ogranicza wykładnię gramatyczną, ale przede wszystkim zdeterminowana jest specyficznym pragmatyzmem wymuszającym podejście funkcjonalne, co również może przyczyniać się do poczucia niepewności z klasycznej perspektywy. Inkorporowanie do Traktatów terminów takiego rodzaju, jak „środki o skutku równoważnym do ograniczeń ilościowych”, wzmogło zarazem ów nieostry i szacunkowy z punktu widzenia formalnoprawnego charakter zwrotów, deprecjonując rolę ustaleń językowych<sup>305</sup>.

Równocześnie położenie nacisku na aspekt integracyjny wiązać należy z instrumentalizowaniem norm prawnych, które niejednokrotnie zaczęto traktować jako podporządkowane realizacji celów politycznych, a więc niekoniecznie stosowane zgodnie z literalnym brzmieniem, lecz w sposób umożliwiający ich skuteczne osiągnięcie. W tym aspekcie także, tak jak w eksperymentalnym charakterze samej Unii, wymagającym poszukiwania niestandardowych rozwiązań, upatrywać można źródeł znacznego dynamizmu wymuszającego bardzo ewolucyjne traktowanie wykładni. Zachodzi tu zresztą swoiste sprzężenie zwrotne, gdyż z jednej strony na przykład postęp budowy rynku wewnętrznego implikuje zmiany rozumienia gwarancji traktatowych, a zarazem ewolucja ta powoduje rozwój samych swobód<sup>306</sup>.

Jest więc w zasadzie utrwalony pogląd, iż w fazie derywacji przesłanki powyższe musiały zwiększyć rolę elementów ogólnosystemowych, a zwłaszcza szerokiego korzystania z analogii. Okazały się one jednak niewystarczające również ze względu na szeroki udział zasad, zwyczajów, kryteriów otwartych i orzecznictwa w stosowaniu prawa, co jednak pozbawiło system unijny „czytelności”, jeżeli chodzi jego zawartość – w porównaniu z systemami opartymi na podejściu pozytywistycznym i tradycjach kontynentalnych. Spowodowało to wzrost roli argumentacji pozasystemowych tego rodzaju, który mógł zapewnić elastyczne podejście do prawa niezbędne w wybranym modelu integracji. Ceną stało się zacieranie granic pomiędzy interpretacją a współtworzeniem prawa przez Trybunał, z czego powszechnie znany jest porządek unijny, ale co nie jest jednak wykluczone zwłaszcza w świetle koncepcji tzw. wykładni konstytucyjnej<sup>307</sup>.

Wskazując najpierw na aspekty systemowe, należy przypomnieć, że ogólnie wykładnia systemowa oznacza odnoszenie przepisu do szerszego kontekstu systemu i jego

---

<sup>305</sup> K. Masło, *Wykładnia autonomiczna...*, s. 92; S. Besson, A. Utzinger, *European Citizenship Across Borders*, [w:] *Challenging boundaries*, eds A. Epiney, M. Haag, A. Heinemann, Baden-Baden 2007, s. 247.

<sup>306</sup> J. Helios, *Pojmowanie wykładni...*, s. 118, 122.

<sup>307</sup> A. Kalisz, *Reguły interpretacyjne...*, s. 13–22; K. Masło, *Wykładnia autonomiczna...*, s. 109–110.

właściwości<sup>308</sup>. Stanowiący tu punkt odniesienia autonomiczny system unijny, nadal nie w pełni ukształtowany i niezupełny, musi być widziany wyjątkowo i tworzyć bardzo szeroki kontekst, który nie ogranicza się jedynie do zwrotów znajdujących się w bezpośrednim sąsiedztwie analizowanego przepisu. W takim szczególnym systemie zarazem bardzo ważne staje się szukanie powiązań wewnętrznych, wspierających jego spójność i eliminację sprzeczności<sup>309</sup>. Taka metoda wykładni pozwala na interpretację w świetle całokształtu postanowień traktatowych czy też – ujmując inaczej – „ogólnego systemu Traktatu”, łącznie z przedmiotem, systematyką, a nawet celem już na tym poziomie, co stanowi zresztą „ulubiony” zwrot Trybunału już od orzeczenia Van Gend, które dotyczyło przecież swobody przepływu towarów. W przypadku swobód rozumieć to należy przede wszystkim jako kontekst systemu prawa rynku wewnętrznego oraz szerzej wszelkich uregulowań integracyjnych. Tworzą go także oczywiście zasady Unii Europejskiej przewidziane w Traktatach, ale musi rodzić się pytanie o rolę tzw. zasad ogólnych prawa UE, które wykorzystywane są przecież chętnie do relatywizacji konkretniejszych postanowień<sup>310</sup>.

Właśnie otwartość systemu, tak istotnie rzutująca na specyfikę wykładni unijnej, objawiła się zwłaszcza w sięganiu, na długo przed powstaniem Karty Praw Podstawowych, do tzw. prawa niepisanego – a więc owych zasad ogólnych, a zwłaszcza praw podstawowych, co potwierdza brzmienie art. 6 ust. 3 TUE. Co ważne, wiodącym sposobem oddziaływania tych zasad nie stało się uczynienie ich samoistną podstawą rozstrzygnięcia w konkretnych sprawach, ale właśnie wywieranie przez nie wpływu na wykładnię norm traktatowych w praktyce ich stosowania. Należy zarazem przywołać w tym miejscu ważną prawidłowość, iż im bardziej system otwarty jest na kategorie pozaprawne, tym większe znaczenie uzyskuje wykładnia celowościowa kosztem językowej, będąca przedmiotem dalszych rozważań<sup>311</sup>.

Warto zwrócić uwagę na orzeczenie w sprawie ERT<sup>312</sup>, dotyczące dopuszczalności wprowadzania przez władze krajowe ograniczeń swobody przedsiębiorczości

<sup>308</sup> Ogólnie o wykładni systemowej zob. K. Opałek, J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1969, s. 244–245; J. Wróblewski, *Rozumienie prawa i jego wykładnia*, Wrocław 1990, s. 68.

<sup>309</sup> A. Kalisz, *Reguły interpretacyjne...*, s. 15–16.

<sup>310</sup> J. Helios, *Pojmowanie wykładni...*, s. 130–135.

<sup>311</sup> M. Jeżewski, *Między wykładnią...*, s. 141; D. Fiedorow, *Wykładnia celowościowa...*, s. 64; N. Emiliou, *The Principle of Proportionality...*, s. 117–131; J. Maliszewska-Nienartowicz, *Zasada proporcjonalności w prawie Wspólnot Europejskich*, Toruń 2007, s. 29–42 – dokonuje też przeglądu literatury w tym zakresie odnośnie do roli zasad ogólnych w wykładni.

<sup>312</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 18 czerwca 1991 r. w sprawie C-260/89 *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE i Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou v. Dimotiki Etaireia Pliroforissis i Sotirios Kouvelas i Nicolaos Avdellas i inni*, Zb. Orz. 1991 I-02925.

i świadczenia usług, która w świetle bardzo ogólnych postanowień traktatowych wywoływała poważne wątpliwości. Trybunał wskazał właśnie na taką metodę wykładni, zgodnie z którą jeżeli na gruncie dyrektyw językowych pojawiają się wątpliwości co do znaczenia tekstu prawnego, to należy wybrać znaczenie pozwalające na sformułowanie normy zgodnej z ogólnymi zasadami prawa. Stąd ogólna przesłanka ochrony porządku i bezpieczeństwa publicznego egzekwowana wobec nadawcy musiała być interpretowana w szczególności w świetle praw podstawowych i jedyne wyjątki dopuszczalne wobec swobód w konkretnej sprawie to takie, które są zgodne z nimi.

Uwzględniając natomiast słynne orzeczenie w sprawie *Brasserie*, tak rozumiana wykładnia systemowa doprowadziła Trybunał nawet do nałożenia na państwa członkowskie nieprzewidzianego w Traktacie obowiązku ponoszenia odpowiedzialności odszkodowawczej za naruszenie norm swobód na tle tzw. sprawy czystości piwa. Należy przypomnieć, że chodziło o wymogi niemieckie powodujące barierę w swobodnym przepływie towarów. Trybunał stwierdził, że skoro akt ten nie zawiera przepisu, który w sposób wyraźny i konkretny regulowałby konsekwencje naruszenia przez nie prawa wspólnotowego, zadaniem Trybunału jest rozstrzygnięcie tej kwestii w zgodzie z ogólnie przyjętymi metodami wykładni. Miało to oznaczać w szczególności odwołanie się do zasad ogólnych tego prawa i w razie konieczności do zasad ogólnych prawa wspólnych systemom prawnym państw członkowskich, mimo że nie były one przewidziane w jego treści.

Znalazło to zresztą ogólne umocowanie w bardzo ważnym postanowieniu Traktatu, ułatwiającym tego rodzaju argumentację, a więc obecnym art. 19 TFUE, który upoważnia Trybunał do zapewniania poszanowania bardzo szeroko pojętego i otwartego „prawa” przeciwstawianego wąsko pojętym normom traktatów. Nie jest to jedyne postanowienie, które omawiane podejście sankcjonuje, gdyż art. 263 możliwość kwestionowania działań instytucji unijnych dopuszcza nie tylko w przypadku naruszenia samych Traktatów, ale także „jakiegokolwiek reguły prawnej związanej z ich stosowaniem”. Są to pojęcia, które nie zostały zdefiniowane w samych Traktatach, a w praktyce zapewniają podstawę otwierania systemu na powyższe kategorie, tak jak zresztą określenie z art. 340 TFUE, zgodnie z którym odpowiedzialność deliktowa samej Unii ma następować zgodnie z ogólnymi zasadami, wspólnymi dla praw państw członkowskich. Poprzednik art. 19 TFUE – art. 164, a następnie 220 TWE był zresztą chętnie wykorzystywany właśnie do przekraczania granicy pomiędzy wykładnią a prawem „tworzonym” przez sędziów.

W świetle powyższego nie powinno więc dziwić, że Trybunał uznał się mniej związany literą prawa oraz upoważniony do intensywnego uwzględniania w interpretacji elementów pozajęzykowych, jak też odwoływania się do aspektów aksjologicznych i celowościowo-funkcyjnych – zarówno w duchu integracyjnym, jak i wolnościowo-

wym, czego prawo rynku wewnętrznego jest dobitnym przykładem. Warto przypomnieć, że „duch” (*spirit*) Traktatu stanowił istotny punkt odniesienia w wykładni jego norm już w słynnych orzeczeniach w sprawach Van Gend i Costa. Stąd tak ważną rolę zaczęła odgrywać interpretacja właśnie ze względu na ducha prawa, ogólną konstrukcję i brzmienie, bez pomijania szerszego kontekstu, w świetle prawa wspólnotowego jako całości, z uwzględnieniem właśnie celów i ich aktualnego stadium rozwoju. Inaczej trudno byłoby też przezwyciężyć różnice w systemach prawnych, które w kontekście stosowania norm swobód odgrywają bardzo istotną rolę, skoro ich realizacja, a także ewentualne ograniczenia odbywają się z wykorzystaniem środków krajowych. O ile zresztą chodziłoby tylko o wspomnianą wielojęzyczność, można by ewentualnie poprzestawać na wykładni językowo-porównawczej, ale w przypadku dalej idących różnic rezultat wymaga jednak wydobycia *ratio legis*, zważywszy zwłaszcza na potrzebę zapewnienia jednolitości stosowania prawa we wszystkich państwach członkowskich. Natomiast prowadziło to nawet do przyznawania beneficjentom swobód tych uprawnień, które nie były w ogóle przewidziane w prawie pozytywnym, czego przykładem jest orzecznicy rozwój tzw. korzyści socjalnych osób migrujących<sup>313</sup>.

Skoro jednak sam tekst Traktatów przestał wystarczać do ustalenia treści norm prawnych w szybko rozwijającym się systemie, wymagając zaangażowania innych dyrektyw niż językowa, musi rodzić to podstawowe pytanie. Trudno bowiem nie rozważać, w jakim stopniu wykładnia, jaką uprawia się w systemie unijnym, zwłaszcza w odniesieniu do norm swobód, może być kwalifikowana jako autonomiczna, ewentualnie nieodbiegająca od modelu, jaki obowiązuje w systemach krajowych, szczególnie kontynentalnych. Nie można zarazem zapominać, że Trybunał nie ogranicza się w swojej aktywności orzeczniczej do roli klasycznego sądu, lecz traktując je właśnie instrumentalnie i koncentrując się na sukcesie procesu integracji, zastępuje nawet w jego realizacji państwa i proces polityczny, co ponownie przywołuje pytania o legitymację demokratyczną władzy sądowniczej<sup>314</sup>. Takie też obowiązki zostają nałożone na sady krajowe, szczególnie w ramach procedury pytań prejudycjalnych. Nie przez przypadek więc wprowadza się w tym kontekście pojęcie interpretacji w służbie integracji, która musi być uznana za autonomiczną w tym autonomicznym systemie<sup>315</sup>.

---

<sup>313</sup> D. Fiedorow, *Wykładnia celowościowa...*, s. 60–68; K. Masło, *Wykładnia autonomiczna...*, s. 90.

<sup>314</sup> K. Greenawalt, *Constitutional and...*, s. 295–297; N. Emiliou, *The Principle of Proportionality...*, s. 117.

<sup>315</sup> E. Łętowska, *Dialog i metody. Interpretacja w multicentrycznym systemie prawa*, cz. I, „Europejski Przegląd Sądowy”, 2008, nr 11, s. 6, przywołuje pojęcie wykładni autonomicznej.

Część autorów stoi na stanowisku, że nawet jeżeli można tu dostrzec istotne odębności w stosunku do działalności interpretacyjnej sądów krajowych w oparciu o miejscowe prawo, to jednak uwzględniając m.in. typy argumentacji czy wnioskowania prawnicze, istnieje na tyle dużo punktów stycznych, aby przeciwstawianie sobie metod używanych przez organy krajowe i ponadnarodowe uważać za uproszczenie. Jednakże, jeśli uwzględnia się całe prawo unijne, zwłaszcza niejednokrotnie bardzo precyzyjne postanowienia prawa wtórnego, trudno się nie zgodzić, iż elementy językowe są nie tylko niezbędne, ale i podstawowe, a inne argumentacje mają zachowywać charakter subsydiarny, i na to można znaleźć w literaturze i orzecznictwie szereg dowodów. Ale akurat w przypadku swobód można zakładać przekroczenie tej granicy, jak i właśnie ich dominację. Należy więc też pamiętać, że właśnie na zakresie tych norm skoncentrowane są niniejsze rozważania, a więc nie mają one ambicji uniwersalnych nawet dla całego porządku prawnego UE<sup>316</sup>.

Autonomia nie oznacza oczywiście „wynalezienia” nowych metod wykładni i tu można zgodzić się, że Trybunał wypracował swoje podejście na podstawie doświadczeń systemów krajowych, korzystając także z dorobku prawnomiędzynarodowego. Trudno jednak nie dostrzegać poglądów, iż jest ono na tyle twórcze, aby istotnie odbiegać w wielu kluczowych przypadkach od ogólnych reguł interpretacji traktatów wynikających z Konwencji Wiedeńskiej Prawa Traktatów, wykraczając nawet poza granice dopuszczalnego rozumienia woli stron<sup>317</sup>. Należy zarazem pamiętać o przypisywaniu własnych znaczeń tzw. terminom wspólnotowym (czy też obecnie unijnym), które niejednokrotnie różnią się od tych, jakie przypisuje się w systemach krajowych, co jest funkcją owej autonomii systemu Unii Europejskiej oraz specyfiki zachodzących w jej ramach stosunków prawnych. To w tym kontekście pojawiła się w przeszłości słynna formuła, zgodnie z którą terminy zawarte w tekstach prawa wspólnotowego muszą mieć przypisane niezależne znaczenie wspólnotowe, które powinno być określone na podstawie zasad i celów tego porządku prawnego i przeważać nad różnymi i czasem sprzecznymi znaczeniami przypisywanymi im w systemach prawnych państw członkowskich. Chyba najbardziej znanym przykładem jest „pracownik” z art. 45 TFUE, którego rozumienie obrosło bogatym orzecznictwem<sup>318</sup>.

---

<sup>316</sup> Por. A. Kalisz, *Reguły interpretacyjne...*, s. 12–14 i 22; K. Masło, *Wykładnia autonomiczna...*, s. 89–95; M. Fryźlewicz, *Znaczenie komparatystyki językowej w wykładni sądów luksemburskich*, [w:] *Wykładnia prawa Unii Europejskiej*, red. C. Mik, Toruń 2008, s. 10; T. Koopmans, *The Theory of...*, s. 53–55.

<sup>317</sup> Pogląd taki prezentuje M. Jeżewski, *Między wykładnią...*, s. 166.

<sup>318</sup> A. Doczekalska, *Interpretacja wielojęzycznego...*, s. 20.

Przede wszystkim natomiast należy zwrócić uwagę na specyficzny dobór, proporcję i częstotliwość istniejących już technik, metod i dyrektyw, gdzie zwłaszcza w przypadku swobód trudno byłoby bronić poglądu o wyjątkowym charakterze wykładni celowościowej. Przywołana powyżej natura systemu unijnego spowodowała nie tyle rezygnację z wykładni językowej na rzecz celowościowej, ile odwrócenie ich klasycznej hierarchii oraz doprowadzanie do rezultatu ich realizacji, który znacznie odbiega od tego, co jest akceptowane w sądach państwowych i wywołuje bardzo dalekosiężne konsekwencje<sup>319</sup>. Stąd właśnie tutaj najczęściej zdarza się swoiste naginanie brzmienia normy do celu czy funkcji, co zresztą wynika z wyjątkowo daleko idącej „niedoskonałości” postanowień, a szczególną rolę przypisuje się tzw. wykładni efektywnej. Mimo że oczywiście proces wykładni zawsze wymaga percepcji tekstu, to zdecydowanie na tym się nie kończy, co wynika także z niezwyklej złożoności materii. Akurat w tym zakresie trudno zakładać, że dyrektywy pozajęzykowe służą jedynie potwierdzaniu rezultatów wykładni językowej, zważywszy na „skromność” regulacji traktatowych norm swobód. W przeciwieństwie do klasycznego modelu to wykładnia celowościowa niejednokrotnie wyznacza właściwie normy postępowania i pozwala nawet przyznać dodatkowe uprawnienia. Wydaje się to warte mocnego uwypuklenia nie tylko w kontekście specyfiki rynku wewnętrznego, lecz także w celu uświadomienia organom krajowym, iż z normami tymi nie można postępować w sposób analogiczny – chociażby do tekstów polskich ustaw<sup>320</sup>.

Rodzi to oczywiście zarzuty nadużyć i znacznego przekraczania nie tylko granic interpretowanych przepisów, lecz nawet pomijania intencji ich twórców i wypaczania znaczenia. Z jednej strony bywają one wyolbrzymiane, a z drugiej pomijają wyzwania rozwoju rynku wewnętrznego, co wymaga odchodzenia od czystego brzmienia. Dodatkowo wskazuje się na faworyzowanie interesów Unii, co jednak jest nie do uniknięcia, zważywszy, jak intensywnie władze krajowe starają się kontestować realizację norm integracyjnych w imię swoich partykularnych interesów. Natomiast trudno nie zauważyć, że uprawianie bardzo rozszerzającej wykładni, np. gwarancji swobody przepływu pracowników czy usług, może powodować obejmowanie ingerencją Unii tych dziedzin, które nie zostały podporządkowane jej kompetencjom – niejako niezależnie od zakresu przewidzianego w Traktatach. Warto przypomnieć, jak daleko ingerencja ta

---

<sup>319</sup> A. Kalisz, *Reguły interpretacyjne...*, s. 19, mówi o istnieniu takiej hierarchii metod i jej odwróceniu w systemie unijnym.

<sup>320</sup> Por. E. Łętowska, *Dialog i metody...*, (II), s. 7; M. Fryźlewicz, *Znaczenie komparatystyki...*, s. 53.

sięgała w przypadku ochrony prawa do leczenia za granicą, a zwłaszcza sportu i działalności klubów<sup>321</sup>.

Godne rozważenia wydaje się jednak traktowanie sporu pomiędzy zwolennikami autonomii wykładni unijnej oraz uważającymi ją za jedynie lekko modyfikującą doświadczenia krajowe, jako cokolwiek formalnego i wiążącego się bardziej z uwypuklaniem określonych akcentów. Odwołując się do kwestii bardzo ogólnych, należy założyć, że samo wytyczanie jasnych granic między wykładnią celowościową i językową bywa teoretyczne, gdyż zarówno co do stosowanej metody interpretacji, jak i ogólnego podejścia interpretatora bywa ona płynna. Dlatego podkreśla się, iż odróżnienie tych dwóch alternatywnych rozwiązań ma właśnie charakter modelowy, a w praktyce interpretacyjnej brakuje jednoznacznych i bezspornych kryteriów stwierdzania wieloznaczności tekstu prawnego. Zważywszy na swoistość języka prawnego, nawet jednoznaczność na gruncie reguł powszechnego rozumienia nie przesądza o tym, czy w tym języku tekst ów nie uzyska odmiennego znaczenia. Stąd trudno odróżnić w praktyce sytuację dokonania przez interpretatora wyboru jednego z alternatywnych znaczeń tego tekstu od sytuacji oparcia się przez niego na wykładni celowościowej, w której przypisuje on mu znaczenie odbiegające od językowego. Należy to oczywiście odróżnić od składanych przez niego deklaracji, kiedy właśnie stwierdza, że wykładnia celowościowa potwierdza uprzednio dokonaną wykładnię językową albo ją uzupełnia, eliminując wieloznaczność tekstu prawnego, ewentualnie koryguje. Natomiast to same te deklaracje są często przedmiotem powyższych sporów niż rzeczywiste „operacje intelektualne” interpretatora<sup>322</sup>.

Zresztą, jak już wskazano w systemie unijnym odwoływanie się do wykładni systemowej, która wydaje się przynajmniej wyjściowo kojarzona z metodą językową, oznacza sięganie do bardzo szeroko pojętego kontekstu, a więc uwzględniającego argumentację pozasystemową i zmierzającego w stronę celowościowo-funkcjonalnych. Słusznie zauważa się, że właściwie trudno jest, analizując dorobek Trybunału, uchwycić granicę, poza którą tak rozumiana wykładnia systemowa „przechodzi” w wykładnię celowościowo-funkcjonalną, a interpretacja – zwłaszcza w kontekście zasad systemu – musi prowadzić do patrzenia przez pryzmat celów traktatowych<sup>323</sup>.

Także w kontekście wielojęzyczności rodzi się pytanie, czy wykładnia porównawcza, polegająca na obowiązku znalezienia znaczenia wspólnego wszystkim wersjom, powinna być zaliczana do językowej czy celowościowej. Za pierwszym wyborem prze-

---

<sup>321</sup> D. Fiedorow, *Wykładnia celowościowa...*, s. 81–83. Zob. też A. Cieśliński, *Aktywność sportowa w świetle...* [w druku].

<sup>322</sup> Analiza relacji między wykładnią językową i celowościową zob. T. Gizbert-Studnicki, *Wykładnia celowościowa*, „*Studia Prawnicze*”, 1985, z. 3–4, s. 61–63.

<sup>323</sup> A. Kalisz, *Reguły interpretacyjne...*, s. 17.

mawia to, że opiera się bezpośrednio na tekstach, ale z drugiej strony może to nie tylko oznaczać oderwanie się od tekstu we własnym języku, ale często wiązać się z koniecznością wznoszenia się ponad istniejące różnice i odczytaniem bardziej ducha i funkcji przepisu niż jego czystego brzmienia. Stąd zdaniem części autorów, jeżeli tylko wykładnia językowa ujawni rozbieżności między wersjami tekstami w poszczególnych językach, nie można na niej poprzestać i należy od razu przejść do wykładni celowościowej. Zresztą w jednym z bardziej znanych orzeczeń, dotyczących praw pobytowych osób migrujących, tj. *Regina v. Bouchereau*<sup>324</sup>, w którym Trybunał był zmuszony porównywać różne wersje językowe, stwierdziwszy, że używa się różnych pojęć prawnych na określenie tej samej instytucji, nie pozostawił wątpliwości, że jednolitość w takiej sytuacji wymaga odwołania do celu przepisu i ogólnego systemu aktu, którego jest częścią<sup>325</sup>.

Nawet więc gdy co do zasady nie wykluczy się założenia, zgodnie z którym jeżeli wykładnia językowa zapewni jednoznaczny rezultat, na niej należy oprzeć znaczenie terminu, wykluczając odwoływanie się do pozajęzykowych dyrektyw, to akurat na gruncie samych traktatowych norm swobód jest to zwykle nieosiągalne. Nie przeszkadza to oczywiście w rozpoczynaniu samej analizy od starannej lektury ich brzmienia, jednak jako bardzo wyjściowego. Dostyc wcześniej, bo już w orzeczeniu w sprawie *Humblet*<sup>326</sup>, Trybunał wskazał, że co do zasady należy konfrontować argumentację językową z celowościowo-funkcjonalną, gdyż ta pierwsza nie jest wystarczająca i konieczne jest potwierdzenie w świetle takich przesłanek jak *ratio legis*<sup>327</sup>.

Z drugiej jednak strony, jak już wskazywano, w niektórych przypadkach uprawnień beneficjentów swobód zostały skonkretyzowane w aktach prawa wtórnego. Wtedy kolejność postępowania może bardziej przypominać model klasyczny, a więc rezultat powyższy może zostać osiągnięty z ewentualnym porównywaniem różnych wersji językowych przepisu i wykładni celowościowa stosowana jest subsydiarnie, gdy nie jest on w pełni satysfakcjonujący<sup>328</sup>. Ale istnieje wiele przypadków, nie tylko zresztą z zakresu swobód, gdy nawet wtedy Trybunał rezygnował na początku z odwoływania się do brzmienia i od razu sięgał do wykładni celowościowej, uznając ją za *a priori* właściwszą

<sup>324</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 27 października 1977 r. w sprawie 30/77 *Régina v. Pierre Bouchereau*, Zb. Orz. 1977 01999.

<sup>325</sup> Analiza orzeczenia zob. A. Doczekalska, *Interpretacja wielojęzycznego...*, s. 20; też K. Masło, *Wykładnia autonomiczna...*, s. 91–94.

<sup>326</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 16 grudnia 1960 r. w sprawie 6/60 *Jean-E. Humblet v. państwo belgijskie*, Zb. Orz. 1960 01125.

<sup>327</sup> A. Kalisz, *Reguły interpretacyjne...*, s. 18.

<sup>328</sup> Przykłady: *Régina v. Pierre Bouchereau* (30/77), wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 23 marca 1982 r. w sprawie 53/81 *D.M. Levin v. Staatssecretaris van Justitie*, Zb. Orz. 1982 01035.



i wyraźnie to przyznając, a tylko ewentualnie uzupełniająco wykorzystywał wykładnię językową do potwierdzania jej rezultatów<sup>329</sup>.

## 2. WYKŁADNIA CELOWOŚCIOWA I JEJ SKUTKI

Po dokonaniu powyższych ustaleń oraz zważywszy, jakie znaczenie ma wykładnia celowościowa w zakresie prawa rynku wewnętrznego, należy dokonać analizy jej specyfiki w tym kontekście. Niniejsze rozważania nie służą oczywiście dogłębnemu przedstawieniu niezwykle bogatego dorobku teorii prawa w tym względzie, natomiast w naturalny sposób koncentrować się będą na aspektach wybranych, uznanych za kluczowe dla modelu stosowania swobód<sup>330</sup>.

Wykładnia celowościowa jest zwykle rozpatrywana w związku z szerszym zagadnieniem wykładni funkcjonalnej, za której część może być uważana. Także w ramach systemu unijnego wiążą się one z sobą nierozdzielnie, chociaż Trybunał niechętnie sięga po wyraźne zastosowanie tego drugiego terminu. Właśnie uwzględnianie tzw. kontekstu funkcjonalnego pozwala dostrzec wpływ na rozumienie jego norm bardzo wielu ogólnych aspektów charakterystycznych dla złożoności procesów integracyjnych oraz organizacji ponadnarodowej. Ogólnie w nauce prawa bowiem w kontekście tym umieszcza się m.in. ustrój ekonomiczny i społeczno-polityczny, nawet różne zjawiska cywilizacyjne, ale łącznie z szeroko pojętymi celami oraz funkcjami prawa czy też jego społeczno-gospodarczym przeznaczeniem, które mogą być tu uwzględniane. Co istotne, oprócz tzw. faktów ustrojowych wyróżnia się jeszcze te o charakterze aksjologicznym, a więc pozaprawne oceny i reguły społeczne o charakterze moralnym lub obyczajowym, łącznie z zasadą słuszności, które właśnie w systemie unijnym mają tak istotne znaczenie<sup>331</sup>.

Podejście funkcjonalne opiera się na dążeniu do ustalenia znaczenia normy w świetle przesłanek tworzących powyższy kontekst, a przede wszystkim skutków, jakie wywoła lub powinna wywołać, oraz funkcji pełnionej w danym systemie prawnym, co na rynku wewnętrznym jest istotnie zdeterminowane ekonomicznie. Jest ono najbardziej

---

<sup>329</sup> Przykłady z różnych dziedzin takiego podejścia podaje D. Fiedorow, zob. *idem*, *Wykładnia celowościowa...*, s. 69–78.

<sup>330</sup> T. Gizbert-Studnicki, *Wykładnia celowościowa...*, s. 51–70, tu ogólna charakterystyka wykładni celowościowej oraz staranna jej analiza.

<sup>331</sup> Analiza kontekstu funkcjonalnego zob. K. Opalek, J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii...*, s. 244–252; J. Wróblewski, *Rozumienie prawa...*, s. 68–69. T. Gizbert-Studnicki, *Wykładnia celowościowa...*, s. 52; K. Masło, *Wykładnia autonomiczna...*, s. 95; D. Fiedorow, *Wykładnia celowościowa...*, s. 65 – przedstawienie różnic między wykładnią celowościową a funkcjonalną.

powiązane z celem wtedy, gdy stara się ustalić nie tylko funkcję rzeczywiście spełnianą, lecz także właśnie tę, która jest uznawana za najbardziej pożądaną. Jeżeli zarazem przyjmuje się podstawowe założenie, że w razie wątpliwości co do znaczenia normy, będącej elementem określonej instytucji prawnej, należy ustalić je w sposób odpowiadający funkcji tej instytucji jako całości, to wtedy na gruncie swobód rozumienie ich konkretnych postanowień, jak np. zakazu dyskryminacji pracowników migrujących ze względu na przynależność państwową, podporządkowuje się takim funkcjom, które najlepiej zapewnią skuteczne funkcjonowanie rynku wewnętrznego jako całości. Na tym właśnie polega tzw. instrumentalna relatywizacja ocen, charakterystyczna dla tego podejścia<sup>332</sup>.

Odwołując się do konkretnych przykładów, można było to dostrzec w rozumieniu derogacji swobodnego przepływu pracowników, przewidzianej w art. 45 ust. 4 TFUE, gdzie możliwość wyłączenia dostępu do tzw. zatrudnienia w administracji publicznej oceniana jest nie przez pryzmat umiejscowienia stanowiska pracy – np. w urzędzie – lecz właśnie funkcji, jakie ma sprawować osoba je zajmująca<sup>333</sup>. Choć nie jest to bezpośrednio związane z dziedziną swobód oraz nie w pełni odpowiada powyższemu ujęciu, warto zwrócić uwagę, iż ujęcie funkcjonalne jest intensywnie obecne w różnych aspektach prawa unijnego, czego dobrym przejawem jest tzw. funkcjonalne ujęcie państwa na potrzeby bezpośredniego skutku dyrektyw. W tym względzie bierze się pod uwagę nie tyle usytuowanie danej jednostki czy nawet jej odrębność, osobowość prawną czy też status prywatno-prawny, lecz właśnie spełniane funkcje.

A słynne orzeczenie w sprawie Gebhard stanowi przykład rozróżnienia pomiędzy swobodą przedsiębiorczości a swobodą świadczenia usług właśnie z uwzględnieniem odmiennego ich przeznaczenia w przypadku pobytu zainteresowanego w innym państwie członkowskim. Tu na poziomie podstawowym odmienną funkcję pełni stała aktywność w innym państwie członkowskim, wiążąca się z pełną integracją z jego rynkiem w porównaniu z tą o charakterze przejściowym, która pozwala na transgraniczne oferowanie usług na obszarach poza miejscem trwałej działalności gospodarczej. Ustalenie, czemu ma służyć konkretny pobyt zainteresowanego w państwie przyjmującym, wymaga jego oceny w kontekście specyfiki danej, deklarowanej aktywnością. Stąd w niektórych przypadkach już na przykład piąta wizyta w danym państwie może być traktowana jako implikująca funkcjonalnie stałą przedsiębiorczość opartą na takiej integracji, a w innych realizacja jednego bardzo długiego kontraktu budowlanego, trwającego wiele miesięcy i wymagającego wielu przyjazdów, nie musi wykraczać poza zakres świadczenia usług.

---

<sup>332</sup> A. Kalisz, *Reguły interpretacyjne...*, s. 19; J. Helios, *Pojmowanie wykładni...*, s. 123–127.

<sup>333</sup> A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo...*, s. 189–196.

Dlatego w powyższym orzeczeniu Trybunał nakazał staranną analizę charakteru świadczonych usług w świetle okresu trwania i świadczenia, częstotliwości oraz ciągłości.

Tak samo zresztą ewentualne ograniczenia swobody przepływu ze względu na ochronę innych konkurujących z integracją wartości mogą być uznawane za dopuszczalne jedynie wtedy, gdy sprostają badaniu zdolności do spełniania określonych funkcji w praktyce. Dlatego ocena każdego tzw. środka krajowego, który miałby utrudniać lub czynić mniej atrakcyjnym wykonywanie swobód, dokonywana jest właśnie najpierw z tej perspektywy. Dla jego akceptacji nie wystarcza więc samo powoływanie się przez państwo na przykład na ochronę moralności publicznej czy porządku i bezpieczeństwa publicznego, lecz niezbędne jest wykazanie, iż konkretne oceniane rozwiązanie w postaci zakazu, nakazu lub uciążliwego do spełnienia wymogu aktywności ekonomicznej może temu służyć rzeczywiście. Stanowi to oczywiście jeden z podstawowych elementów tzw. testu proporcjonalności, ale może być przedstawiane również w przez pryzmat ujęcia funkcjonalnego.

Warto też zwrócić uwagę na znaczenie zasady efektywności w tym kontekście czy też owej wykładni efektywnej i jej związek z metodą celowościową. Jest to bowiem niemalże „znak firmowy” orzecznictwa Trybunału, który niejednokrotnie podkreślał, iż to zagwarantowanie tzw. *effet utile* jest podstawową determinantą przy wyborze sposobu interpretacji<sup>334</sup>. Odwołanie do celu przepisu i wyjaśnienie go wiązane jest automatycznie z zapewnieniem takiego rezultatu wykładni w konkretnej sytuacji, który zagwarantuje jego skuteczne osiągnięcie czy też szerszej realizację podstawowych celów Unii, łącznie z w pełni funkcjonującym rynkiem wewnętrznym. Ponieważ owa efektywność musi być zgodna nie tylko z literą, ale i duchem traktatów, dlatego należy wybrać taki sposób interpretacji, który w jak największym stopniu zapewni tak rozumiany skutek użyteczny i temu właśnie przyznać pierwszeństwo. Przyjęcie tej zasady w procesie wykładni determinuje określone ukształtowanie zobowiązań państw członkowskich oraz praw wszystkich jego uczestników, które jest bardzo korzystne dla beneficjentów swobód, gdyż sprzyja eliminacji wszelkich ograniczeń przepływu oraz skrajnie zawężającej interpretacji ewentualnych wyjątków jako zagrażających tej realizacji. Podejście takie sankcjonuje wspomnianą instrumentalizację oraz sięganie do wszelkich „środków”, łącznie z argumentami pozasystemowymi, a w szczególności pozwala na ukształtowanie widzenia swobód w tak bardzo specyficzny sposób. Dopiero w takim kontekście zrozumieć moż-

---

<sup>334</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 6 października 1970 r. w sprawie 9/70 *Franz Grad v. Finanzamt Traunstein*, Zb. Orz. 1970 00825; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 31 marca 1971 r. w sprawie 22/70 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Rada Wspólnot Europejskich*, Zb. Orz. 1971 00263.

na w pełni, na czym polega mandat Trybunału przewidziany w art. 19 TUE, zgodnie z którym zapewnia on poszanowanie prawa w wykładni i stosowaniu traktatów<sup>335</sup>.

Jeżeli wskazuje się, iż dorobek Trybunału dowodzi, że prawo rynku wewnętrznego jest tą dziedziną prawa unijnego, w której z wyjątkową intensywnością przypisuje się normom traktatowym znaczenie podyktowane wykładnią celowościową, to warto punktem wyjścia uczynić orzeczenie w sprawie Van Gend. Jest ono jednym z pierwszych orzeczeń dotyczących wykładni norm swobód, chociaż koncentrowało się nie tyle na ich treści, ile możliwości wywołania skutku bezpośredniego. Odpowiadając na to pytanie, Trybunał wyraźnie przyznał, że zastosował taką wykładnię, która opiera się zwłaszcza na celach Traktatu, i dokonując takiego wyboru rozumienia, które nie będzie podważać ich realizacji, a zwłaszcza stworzenia i funkcjonowania wspólnego rynku. Natomiast na przykład w orzeczeniu w sprawie Christini, dotyczącym rozciągnięcia przywilejów przysługujących w świetle prawa pozytywnego jedynie pracownikowi migrującemu na niepracującą wdowę po nim, pojawiał się charakterystyczny zwrot, iż odmowa byłaby sprzeczna z celem i duchem traktatowych reguł swobodnego przepływu<sup>336</sup>.

Metodą chętnie praktykowaną przez Trybunał jest wykorzystywanie konkretnych norm zakazujących pewnych wycinkowych działań, np. stosowania ceł lub ograniczeń ilościowych, i dokonywanie ich wykładni w rozpatrywanych sporach (zwłaszcza w odpowiedzi na pytania sądów krajowych) w taki sposób, aby jak najbardziej zbliżyć się do osiągnięcia celu, jakim jest ogólna swoboda przepływu towarów, a nawet szerszy rynek wewnętrzny. Takie wyraźne postanowienia traktatowe, zresztą jedyne dostępne, mogą być więc traktowane jako przejaw realizacji znacznie szerszej ujętych założeń, a więc także uznane za wystarczające do orzekania w każdej sprawie dotyczącej swobodnego przepływu, nawet jeżeli brakuje normy szczególnej regulującej ją wprost, która nadawałaby się do rozstrzygnięcia w konkretnym postępowaniu. Stąd też bierze się założenie odwołujące się do przywoływanego już *in dubio pro communitate*, iż na ich podstawie należy za wszelką cenę dopuszczać i egzekwować wszelkie rozwiązania, które cele powyższe mogą osiągać, i eliminować środki jakkolwiek im zagrażające<sup>337</sup>.

Na takiej też zasadzie częściowe prawo do korzystania z gwarancji obecnego art. 45 TFUE, przewidującego swobodny przepływ pracowników, rozciągnięto na osoby bezrobotne, uznając, iż inaczej nie uda się osiągnąć mobilności ogólnie pojętej siły roboczej, zapewniającej właściwą alokację czynników produkcji leżącej u podstaw dobrze

---

<sup>335</sup> D. Fiedorow, *Wykładnia celowościowa...*, s. 67; M. Jeżewski, *Między wykładnią...*, s. 152–166; J. Helios, *Pojmowanie wykładni...*, s. 120.

<sup>336</sup> *Anita Cristini v. Société nationale des chemins de fer français* (32/75).

<sup>337</sup> T. Koopmans, *The Theory of...*, s. 52.

funkcjonującego jednolitego rynku<sup>338</sup>. W sprawie Levin<sup>339</sup> natomiast wykładnia pojęcia pracownika była niezbędna do ustalenia, czy zakresem swobody można objąć osoby otrzymujące w państwie przyjmującym wynagrodzenie niższe od ustalonej tam płacy minimalnej. Co istotne w omawianym kontekście, Trybunał dowodził, iż musi być ono interpretowane w świetle zasad obowiązujących w porządku wspólnotowym, a zwłaszcza celów postanowień swobód, które zostały tu odczytane jako obejmujące wszystkich zamierzających pracować niezależnie od wysokości ich wynagrodzenia. Podkreślił zarazem, że wykładnia ta jest zgodna nie tylko z tymi konkretnymi celami, lecz także określonymi we wstępnych postanowieniach ówczesnego Traktatu EWG, a więc eliminacja barier w swobodnym przepływie osób została potraktowana jako służąca wspieraniu harmonijnego rozwoju działalności gospodarczej we Wspólnocie i wzrostu stopy życiowej obywateli.

Same cele widzi się więc dużo szerzej, niż praktykowane jest to w przypadku wielu sądów krajowych, a więc w ogóle jako odnoszone do założeń systemu rynku wewnętrznego i całego procesu integracji, nie tylko do konkretnego przepisu czy instytucji prawnej. Dzieje się to nawet za cenę wspomnianego już dosyć instrumentalnego traktowania norm swobód, ale zarazem z tym charakterystycznym ich uwarunkowaniem aksjologicznym, które niejako dodatkowo determinuje wybory dokonywane przez interpretatora już na poziomie tych zgodnych z założonymi celami. Warto więc w tym miejscu powrócić do problematyki argumentacji aksjologicznych.

Jak wiadomo argumentacje te uważa się za ściśle powiązane z celowościowo-funkcjonalnymi, co znajduje odzwierciedlenie w koncepcji funkcjonalnej jedności systemu wymagającej, jak już wspomniano, wykładni prawa unijnego także z uwzględnieniem tych niezwykle ważnych i integralnych elementów systemu. W stopniu co najmniej równym z innymi zasadami naczelnymi wyznaczają one bowiem kształt funkcjonowania rynku wewnętrznego i poszczególnych swobód, wartościując zwłaszcza działania władz krajowych realizujących swobody lub próbujących je ograniczać. Formalną podstawą dla Trybunału pozostawał oczywiście wspomniany już obecny art. 19 TUE, sankcjonujący otwartość także na takie aspekty pozasystemowe, chociaż odkąd istnieje art. 2 TUE, zawierający wprost katalog wartości, wydaje się to systemowo jeszcze bardziej uzasadnione. Jest to więc wystarczające przy dokonywaniu tego, co określa się w teorii mianem ustaleń walidacyjnych, a przede wszystkim umożliwia pełną rekonstrukcję treści norm, czyli służy na etapie derywacji i klaryfikacji brzmienia podstawy normatywnej w rozstrzygnięciu konkretnej sprawy. Należy zaznaczyć, iż sytuacje, gdy proces myślowy

---

<sup>338</sup> A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo...*, s. 120–123.

<sup>339</sup> *D.M. Levin v. Staatssecretaris van Justitie* (53/81).

dokonywany jest właśnie z wykorzystaniem argumentacji aksjologicznej, często muszą prowadzić do rezultatu *contra legem*<sup>340</sup>.

Warto to jeszcze raz uwypuklić, gdyż dostarcza szczególnego umocowania dla stosowania wykładni celowościowej już nie tylko do uzasadnienia wyboru jednego ze znaczeń spośród kilku językowo dopuszczalnych, co zwykle podyktowane jest wieloznacznością tekstu wykluczającą poprzestanie na wykładni językowej, a nawet usankcjonowania realizacji celów konkretnej instytucji prawnej. Dzięki temu dużo łatwiej sięgać po jej jak najszersze zastosowanie, a także przypisywać tekstowi prawnemu znaczenia swoistego, które odbiega nawet od językowego, jeżeli tylko służy wartościom wyższym. Nadaje to szczególnej funkcji orientacji na poszanowanie praw podstawowych, a przede wszystkim swoistej aksjologii integracyjnej<sup>341</sup>.

Bez tej ostatniej trudno chociażby byłoby uzasadnić dosyć kontrowersyjne orzeczenie w sprawie Cowan. Wbrew brzmieniu obecnego art. 56 TFUE, gwarantującego wyraźnie jedynie swobodę świadczenia usług, Trybunał uznał tam, iż jego zakresem objęta być powinna także swoboda korzystania z nich zapewniająca ochronę odbiorcom świadczeń, która nie była zagwarantowana Traktatem.

Natomiast na przykładzie orzeczenia w sprawie Reyners można wskazać na charakterystyczną dla wykładni systemowej powiązanej z celowościową metodę wzajemnego oddziaływania celów konkretnych swobód z podstawowymi zasadami systemu unijnego przewidywanymi w Traktatach na wczesnym etapie integracji, kiedy nie było to jeszcze takie oczywiste. Okazało się, że je także można wykorzystać do wsparcia odpowiedniej interpretacji tych norm. W szczególności pozwoliło to na ustanowienie szczególnej systemowej relacji pomiędzy normami swobód a przewidzianym w innych jego częściach zakazem dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, który – jak wiadomo – stał się niejako dodatkowym środkiem realizacji celów rynku wewnętrznego. Okazało się bowiem, że bez tego początkowo traktowanego jako bardzo ogólny zakazu oraz jego ekstensywnej interpretacji nacelowanej zarówno na rozwój swobód, jak i praw jednostki w najszerszym możliwym zakresie rynek wewnętrzny nie będzie mógł osiągnąć swoich ostatecznych celów<sup>342</sup>.

Zresztą elementem łączącym oba powyższe orzeczenia jest uznanie, iż jeżeli dla pełnego i skutecznego ich osiągnięcia możliwe jest sięganie po wykładnię norm swobód w świetle wszystkich zasad traktatowych, to tym samym należy zapewniać równe traktowanie z obywatelami państwa przyjmującego w stosowaniu wszystkich przepisów

---

<sup>340</sup> A. Kalisz, *Reguły interpretacyjne...*, s. 20–21

<sup>341</sup> T. Koopmans, *The Theory of...*, s. 53–54; D. Fiedorow, *Wykładnia celowościowa...*, s. 62; N. Emiliou, *The Principle of Proportionality...*, s. 117.

<sup>342</sup> J. Helios, *Pojmowanie wykładni...*, s. 135–136.

krajowych regulujących ich sytuację prawną w dziedzinach objętych szeroko rozumianym zakresem tych norm. Brytyjczyk Cowan domagał się przecież świadczenia pieniężnego przysługującego ofiarom przestępstw tylko dlatego, że przy okazji pobytu w Paryżu i dzięki uznania jego statusu usługodawcy powinien korzystać niemalże ze wszystkich przywilejów przysługujących miejscowym, co miało przysłużyć się do swoistego „uatrakcyjnienia” korzystania z usług w innych państwach członkowskich. Skoro więc w analogicznej sytuacji taki podmiot krajowy uzyskałby na przykład wpis na listę adwokatów, jak Reyners, czy prawo do określonego świadczenia lub aktywności, należy je zapewniać w równym stopniu podmiotom unijnym, gdyż inaczej cele systemu swobód nie mogłyby zostać w pełni osiągnięte. W ujęciu konkretnym oznacza to dokonywanie wykładni traktatowych postanowień swobód, która właśnie w imię tych celów pozwala objąć ich ochroną podmioty nieprzewidziane w ich treści, ewentualnie uznać je za wystarczającą podstawę uprawnień, których wyraźnie tam nie wymieniono.

Ujęcie tego rodzaju natomiast można traktować jako potwierdzające typowy dla wykładni celowościowej i szczególnie rygorystycznie przestrzegany na gruncie swobód skutek rozszerzający interpretowanych norm, co ma oczywiście umocowanie funkcjonalne i sprzyja ich rozwojowi wraz z postępem procesu integracji. Bardzo charakterystycznym przejawem takiego podejścia stało się także rozumienie pojęć tzw. korzyści socjalnych oraz doskonalenia zawodowego, z których mogą korzystać pracownicy migrujący. Początkowo były one traktowane bardzo wąsko – obejmowały jedynie świadczenia zapewniane bezpośrednio przez pracodawcę, aby ulec znacznemu rozszerzeniu w stronę bardzo różnych form wsparcia i kształcenia, realizowanych także poza jego strukturami w ramach podstawowej działalności państwa przyjmującego. Tak rozbudowane ujęcie uznano za niezbędne do realizacji swobody przepływu ze względu na wspieranie pełniejszej integracji beneficjenta z systemem społeczno-ekonomicznym tego państwa<sup>343</sup>.

Powyższa argumentacja uzasadnia chociażby rezygnację z podejścia statycznego i koncentracji na celach, jakie ewentualnie mogłyby być zamierzone w momencie tworzenia Traktatu EWG i konstruowania norm swobód, czemu sprzyja zresztą brak dostępu do tzw. prac przygotowawczych. Zwycięża traktowanie ich jako bardzo otwartych czy też elastycznych, a więc podlegających właśnie wykładni dynamicznej, która pozwala reagować na zmieniający się kontekst, w jakim on funkcjonuje oraz zapewniać właściwe relacje pomiędzy różnymi elementami systemu. Bywa ona też określana mianem celowościowo-adaptacyjnej, opierającej się na hipotezie aktualnego celu prawodawcy, a więc takiego, jaki miałyby on, gdyby aktualnie tworzył normę, a także obiek-

---

<sup>343</sup> A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo...*, s. 207 i nast.

tywnej, bo niezależnej od woli tego historycznego. Oczywiście z zasady podejście Trybunału do norm prawa wtórnego pozwala na sięganie do genezy, a przede wszystkim bardzo bogatych preambuł, ale dyrektywy lub rozporządzenia w dziedzinie swobód są i tak przede wszystkim podporządkowane widzeniu charakterystycznemu dla postanowień Traktatów<sup>344</sup>.

Podejście takie wydaje się szczególnie zasadne w kontekście niedającej się w pełni kontrolować dynamiki rozwoju procesu integracji gospodarczej i specyfiki systemu prawa unijnego, który musi zarazem elastycznie reagować na zmieniającą się rzeczywistość społeczno-gospodarczą oraz zapewniać realizację zasady efektywności. Swoista rozwojowa elastyczność powinna także być widziana przez pryzmat sposobu orzekania Trybunału. Warto tu wypuklić, że niemalże w każdym konkretnym przypadku zastosowania gwarancji swobód pojawia się konieczność ważenia wartości i dóbr, a więc zbalansowania założeń integracyjnych z innymi zasługującymi na szczególną ochronę, jak np. moralność publiczna, zdrowie czy porządek i bezpieczeństwo, co będzie jeszcze przedmiotem rozważań części drugiej niniejszej rozprawy. Rezultat tego rodzaju rozstrzygnięć nie jest do końca przewidywalny i bywa mocno uzależniony od bardzo specyficznych okoliczności konkretnej sprawy, a więc nawet w sytuacjach pozornie bardzo podobnych ostateczna treść swobody może się różnić, zapewniając prawo do realizacji określonych uprawnień lub właśnie jego ograniczenie<sup>345</sup>.

W tym świetle także widzieć należy tzw. linie orzecznicze, w których stopniowo wykuwa się w kolejnych rozstrzygnięciach kształt danej swobody w oparciu o te same ogólne normy traktatowe, czego klinicznym już przykładem jest przepływ towarów rozbudowywany formułami *Dassoinville* i *Cassis de Dijon*, a następnie poskramiany formułą *Kecka*. Formuły te dotyczą wspomnianego już pojęcia środków o skutkach równoważnych do ograniczeń ilościowych, przewidzianego w odniesieniu do przywozu z innych państw członkowskich w obecnym art. 34 TFUE. Warto na nie spojrzeć właśnie modelowo, a więc nie koncentrując się na samym przepływie towarów, gdyż stanowią one najbardziej przemawiający przykład tego funkcjonalno-celowościowego modelu twórczego wypełniania przez Trybunał treścią bardzo ogólnych gwarancji traktatowych. Słusznie podkreśla się zarazem dosyć istotną jego cechę, a więc znaczną oszczędność w uzasadnianiu swojego podejścia i korzystania z pozostawionej szerokiej swobody in-

---

<sup>344</sup> A. Kalisz, *Reguły interpretacyjne...*, s. 18–20; N. Emiliou, *The Principle of Proportionality...*, s. 117; D. Fiedorow, *Wykładnia celowościowa...*, s. 66–67; R. Sarkowicz, J. Stelmach, *Teoria prawa*, Kraków 1996, s. 86–87.

<sup>345</sup> J. Helios, *Pojmowanie wykładni...*, s. 155.



terpretacyjnej, co tylko pośrednio można wytłumaczyć ogólnym charakterem integracji gospodarczej<sup>346</sup>.

Już w kontekście *Dassonville* zauważano, że po przedstawieniu stanu faktycznego i kwestii prawnych, Trybunał autorytatywnie, bez żadnych niejednoznaczności, ale też bez dokonania głębszej analizy językowej czy nawet wyjaśnienia swoich motywów, oświadczył, co należy rozumieć przez tego rodzaju środki, a równocześnie budował określoną doktrynę prawną. W imię efektywnej realizacji swobodnego przepływu towarów dążył do eliminacji wszystkiego, co tylko pośrednio lub bezpośrednio, rzeczywiście bądź potencjalnie może wpłynąć negatywnie na handel wewnątrzspółnotowy, a nie jakiejś wybranej kategorii norm krajowych lub ograniczeń. Na tym tle *Cassis de Dijon* oceniać można jako umacniającą to elastyczne podejście Trybunału do wykładanych pojęć i prointegracyjne wspieranie otwarcia rynków krajowych, ale właśnie bez uzasadnienia tekstualnego. Wprowadzana tam zarazem kategoria wymogów imperatywnych, również bez żadnego oparcia w Traktacie, stanowi z pewnością realizację powyższej doktryny, której integralnym elementem jest reguła rozsądku.

W tym ujęciu *Keck* jest uznawany za najbardziej interesujący, bo porządkuje dorobek orzeczniczy i ogranicza negatywne skutki wynikające z nadużyć poprzednich formuł, patrząc z perspektywy samego funkcjonowania rynku wewnętrznego, także w wymiarze ekonomicznym. Co więcej, tutaj samo orzecznictwo potraktowano jako materiał normatywny, który powinien leżeć u podstaw każdego stosowania reguł traktatowych, i poddano je wykładni. W konsekwencji sama ta formuła została uznana za samoistny „szablon”, na podstawie którego oceniane są zachowania państw w odniesieniu do swobodnego przepływu towarów, w wyniku czego zyskała ona rangę reguły prawnej, doprecyzowującej postanowienia traktatowe. Trudno tego nie komentować jako służące niewątpliwie rozwojowi procesu integracji i dalekosiężnym interesom Unii, ale pozbawione podstawy w prawie pisanym.

Natomiast samo dążenie do skutku rozszerzającego traktuje się jako dyrektywę interpretacyjną drugiego stopnia, która w przypadku wykładni językowej powoduje formułowanie większego zakresu zastosowania przepisu pomimo jego jasnego sensu, a w przypadku wykładni odwołującej się do celów wspiera w imię przyjętych założeń dążenie do ich realizacji także za pomocą dążenia do takiego rezultatu. Towarzyszy temu oczywiście skrajnie zawężające widzenie dopuszczalnych wyjątków i ograniczeń, czego szczególnie charakterystycznym przejawem była wykładnia przesłanki ochrony porządku i bezpieczeństwa publicznego, stosowanej chociażby w przypadku przepływu osób.

---

<sup>346</sup> M. Jeżewski, *Między wykładnią...*, s. 162–165, prowadzi taką analizę z perspektywy modelu działania Trybunału, będzie do niej jeszcze nawiązywał dalszy tekst.

W takich orzeczeniach, jak *Rutili*<sup>347</sup> czy *Van Duyn*<sup>348</sup> Trybunał nie pozostawił wątpliwości, że nie każde zagrożenie dla tych dóbr może stanowić podstawę do zastosowania tego wyjątku i wymaga ono szczególnego uzasadnienia<sup>349</sup>.

Skutek powyższy odgrywa ogromną rolę w systemie prawnym rynku wewnętrznego, wpływając na rzeczywisty zakres jego gwarancji. Wykładnia rozszerzająca implikuje bowiem, że ze swobód korzystać mogą podmioty nieobjęte tekstem Traktatu lub ich istniejącym beneficjentom przysługiwać mogą nowe uprawnienia. Ów poszerzony zakres jest w naturalny sposób równoznaczny z zasięgiem przysługującej na tej podstawie ochrony prawnej jednostek oraz władzy pozostawionej państwowi. To natomiast okazuje się zdeterminowane rozwojowym, a zarazem płynnym charakterem swobód, który w ten sposób pozbawiony został pełnej przewidywalności i zdeterminowany jest podejściem *ad casum*. To także musi budzić wątpliwości z perspektywy zasady pewności prawa, ale wydaje się reprezentatywną cechą całego unijnego systemu prawa, z systemem rynku wewnętrznego na czele. Jeżeli prowadzi to do swoistego „generowania” uprawnień i uprawnionych, którego trudno tutaj nie obserwować, to nie powinno budzić zdziwienia w kontekście idei neofunkcjonalizmu oraz efektu *spillover*<sup>350</sup>.

Takie „płynne” ujęcie implikuje zarazem, iż z dużą ostrożnością podchodzić należy do tych norm traktatowych, które określa się mianem derogacji, jak np. wspomniany już art. 45 ust. 4 przewidujący, iż postanowienia regulujące swobodę przepływu pracowników nie mają zastosowania do zatrudnienia w administracji publicznej. Pomijając już rozważaną wcześniej niefortunność samego brzmienia tego terminu w polskim tłumaczeniu, warto zauważyć, iż mogłoby być ono traktowane jako wyznaczające jednoznacznie zakres tej swobody. Należy jednak zważyć, iż także ono podlega rozwojowej wykładni, co w tym kontekście oznacza stopniowe funkcjonalne zawężanie katalogu stanowisk pracy objętych tym wyłączeniem i tym samym również zostało pozbawione waloru jednoznacznej linii rozgraniczającej sferę poddaną jurysdykcji unijnej i krajowej. To zresztą potwierdza tezę, która będzie jeszcze analizowana w części drugiej. Zgodnie z nią derogacji tego rodzaju, a więc także wynikającej z artykułu 51 TFUE, nie należy traktować w ten sposób, jakoby objęte nią stany faktyczne wyłączone były apriorycznie spod oddziaływania swobód.

---

<sup>347</sup> *Roland Rutili v. Ministre de l'intérieur* (36/75).

<sup>348</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 4 grudnia 1974 r. w sprawie 41/74 *Yvonne van Duyn v. Home Office*, Zb. Orz. 1974 01337.

<sup>349</sup> D. Fiedorow, *Wykładnia celowościowa...*, s. 65; wykładnia rozszerzająca zob. A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii...*, s. 208.

<sup>350</sup> E. Szyszczak, *The Regulation of the State in Competitive Markets in the EU*, Oxford 2007, s. 9; L. Woods, *Free Movement*, s. 203.

Generalnie w ramach swobód działa mechanizm, w którym skuteczność zapewnianej przez te gwarancje ochrony z perspektywy konkretnej osoby przestaje być oczywista i wynikająca z jednoznacznego brzmienia Traktatu i staje się zależna od tego, czy uda się wykazać, że podmiot ten oraz sytuacja, w której się znajduje, „mieszczą się” właśnie w tak rozumianym zakresie. Od tego zależy natomiast chociażby możliwość dochodzenia równouprawnienia z „miejscowymi” i domagania się analogicznych praw i przywilejów do tych, które im przysługują. Jest to bardzo złożone i wieloaspektowe zagadnienie, wymagające jeszcze staranniejszej analizy w kontekście specyfiki ochrony prawnej swobód. Natomiast w tym miejscu chodzi o wskazanie, iż dzięki specyficznemu podejściu Trybunału do jej dyrektyw w prawie unijnym zakres ten stanowi właśnie funkcję wykładni, która jest owocem dorobku orzeczniczego, i dlatego też to dzięki niej swobody stały się tak skutecznym i uniwersalnym instrumentem procesu integracji. Takie ustalanie zakresu wydaje się jednak niezbędne, zważywszy na sposób, w jaki sam Traktat zakres ten określa, posługując się przecież głównie konstrukcją bardzo ogólnych i bliżej niesprecyzowanych zakazów<sup>351</sup>.

Integralnym elementem zagadnienia zakresu jest też wspomniane już rozumienie tzw. pojęć wspólnotowych, a więc chociażby: pracownika, przedsiębiorczości, środków o skutkach równoważnych, korzyści socjalnych czy doskonalenia zawodowego, które Trybunał rozwija i traktuje autonomicznie. Jest oczywiste, iż szerokie ujęcie każdego z nich, które okazuje się preferowane, ma bezpośredni wpływ na zakres uprawnień i uprawnionych oraz przysługującej im ochrony. Niewątpliwie w tym kontekście istotną determinantą staje się już próba zdefiniowania samego pojęcia przepływu, którego swoboda ma być chroniona i rozwijana na rynku wewnętrznym, gdyż oczywiście im szerzej jest on widziany, tym bardziej zakres ten się rozwija. Warto zauważyć, że w przypadku świadczenia usług nie musi on polegać na fizycznym przemieszczaniu się przedsiębiorcy, w przypadku zaś pracowników unijnych może dotyczyć osoby, która przebywa na terytorium kraju macierzystego, a ma problemy z uznaniem kwalifikacji zdobytych za granicą, a nawet nadal pracuje „u siebie”, a jedynie miejsce zamieszkania tam przenosi<sup>352</sup>.

Zresztą na przykład w przypadku art. 34 TFUE zakres ten nie ulega wyczerpaniu na trzech omówionych powyżej formułach, dowiodła tego próba definiowania tych środków w nieobowiązującej już dyrektywie Komisji 70/50. Warto zauważyć, iż dzięki

---

<sup>351</sup> W.-H. Roth, *Export of Goods...*, s. 33; A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 161.

<sup>352</sup> L. Woods, *Free Movement...*, s. 54, 159. Pojęcie przepływu próbuje zdefiniować M. Szydło, *Swobody rynku...*, s. 138; analizę pojęcia „sprawa wspólnotowa” zob. też w D. Miąsik, *Sprawa wspólnotowa przed sądem krajowym*, „Europejski Przegląd Sądowy”, 2008, nr 9, s. 18.

twórczej, celowościowej wykładni orzeczniczej udało się „zmieścić” w tym zakresie także tzw. uporczywą praktykę administracyjną, która utrudniając skutecznie życie importerom, nie musi nawet przyjmować postaci formalnej decyzji, jak również zaniechanie wykonywania swoich obowiązków przez policję nieusuwającą z dróg blokad uniemożliwiających wewnątrzspółnotowy transport towarów czy wreszcie kampanię rządową zniechęcającą do zakupu zagranicznych produktów<sup>353</sup>. Każdorazowo właśnie zastosowanie takiej wykładni było warunkiem objęcia ochroną unijną i skorzystania z instrumentów, jakie oferuje ten system, zarówno o charakterze materialnym, jak i procesowym, a więc chociażby również skutkiem bezpośrednim czy automatyczną niestosowalnością. Analogicznie co do metody i skutku zakresem swobody świadczenia usług Trybunał objął chociażby turystów czy pacjentów wyjeżdżających do innych państw członkowskich, bez czego nie byłoby możliwe przyznanie im ochrony w przypadku dyskryminacji w stosunku do „miejscowych” w opłatach za nocleg w hotelu czy wizytę w muzeum oraz odmowy refundacji leczenia przeprowadzonego poza granicami kraju macierzystego<sup>354</sup>.

Nie powinno równocześnie dziwić, iż płynność zakresu swobód i możliwość poszerzania go, musi rodzić pokusę wykorzystywania wykładni, która ma właśnie taki charakter – bardzo otwarty i rozwojowy, aby dzięki temu taką ochronę uzyskać nie zawsze w pełni zasadnie czy też w sytuacjach o wątpliwych związkach z przepływem transgranicznym na rynku wewnętrznym. Skoro jest to „kwestia interpretacji”, a skutkuje o wiele korzystniejszym statusem prawnym, trudno się dziwić, że jest chętnie wykorzystywana przez prawników w konkretnych postępowaniach i niejednokrotnie znajduje poparcie Trybunału w procedurze orzeczeń prejudycjalnych, o ile tylko owa indywidualna „korzyść” wydaje się współgrać z efektywną realizacją celów tego rynku. Wpisuje się to zresztą w szerszy model orzeczniczy, zgodnie z którym Trybunał, dokonując wykładni, dostrzega związki pomiędzy normami swobód i ich hipotezami a coraz bardziej odległymi stanami faktycznymi i zachowaniami – związki tego rodzaju, które wydają się w potocznym odbiorze niemalże nieistniejące. Stwierdzenie ich istnienia przekształca się w swoiste łączniki, które uzasadniają zastosowanie tych norm. Stąd – z wszystkimi przywoływanymi tutaj konsekwencjami – bywa umiejscowione w zakresie swobód niemalże wszystko, co zgodnie z formułą Dassonville może choćby pośrednio i potencjalnie wpłynąć na korzystanie z nich, choćby o niewielkim współczynniku prawdopodobieństwa<sup>355</sup>.

---

<sup>353</sup> A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo...*, 767 i nast.

<sup>354</sup> *Ibidem*, s. 547 i nast.

<sup>355</sup> D. Edward, N.N. Shuibhne, *Continuity and Change...*, s. 252.

Dorobek orzeczniczy dostarcza ogromnej ilości przykładów dosyć kontrowersyjnych, a zarazem przełomowych, takiego podejścia, które zapewniło sukces, chociaż można znaleźć także takie rozstrzygnięcia, w których Trybunał nie był gotów przekraczać pewnych granic. Jednak to na takiej zasadzie chociażby, powołując się na normy swobód, można było domagać się wspomnianego już prawa do leczenia w innym państwie członkowskim na koszt macierzystego płatnika, które trudno byłoby wywodzić z norm pisanych. Podobnie stało się z ingerencją Trybunału w prawa podatnika w zakresie podatków dochodowych dalece wykraczającą poza brzmienie prawa wtórnego<sup>356</sup>, sportowca dotkniętego ograniczeniami transferowymi czy osoby posiadającej zakazane substancje, co zagrożone jest surową sankcją<sup>357</sup>. Są to generalnie zagadnienia leżące co najmniej na pograniczu problematyki modelu wykładni swobód oraz modelu wynikającej z nich ochrony prawnej, która będzie analizowana w części trzeciej niniejszej rozprawy, ale również w tym miejscu nie mogą one być zupełnie pomijane, nawet jeżeli wymagają ponownego przywoływania także w dalej.

Sięgając po konkretniejsze przykłady, warto zwrócić uwagę ponownie na orzeczenie w sprawie Cowan, które pokazuje, jak wielu uprawnień można domagać się w innym państwie członkowskim, dowodząc istnienia niemalże nieistniejącego związku pomiędzy usługą, której jedynie swobodę świadczenia zapewnia Traktat, a sytuacją, w jakiej znalazł się zainteresowany. Trybunał w tej sprawie założył, że z samej istoty, jako brytyjski turysta w innym państwie członkowskim, musi on być koniecznym odbiorcą usług w rozumieniu Traktatu, których zresztą wyraźnie on nie chronił, koncentrując się na świadczących przedsiębiorcach. Co ważniejsze, w przedstawionym stanie faktycznym nie było dowodu na rzeczywiste korzystanie z któregośkolwiek świadczenia mogącego być kwalifikowane jako usługa. Zakładając jednak, że Cowan będzie ich beneficjentem, nadal trudno uznać, jaki może mieć to związek z sytuacją, w której się znalazł jako ofiara przestępstwa zupełnie niezależnie od ewentualnego korzystania z nich. To natomiast powinno dawać podstawę wspomnianego wcześniej roszczenia o równouprawnienie z lokalnymi obywatelami, gdyż była to okoliczność pozwalająca domagać się określonego świadczenia ze strony państwa francuskiego – specjalnego odszkodowania dla takich ofiar – napadu rabunkowego w miejscu publicznym, którą Cowan stał się w trakcie pobytu, niejako przy okazji zwiedzania.

Warto też przywołać wątpliwość państwa francuskiego, z którą należy się zmierzyć – fundusz i ewentualne świadczenia, jakie on wypłaca, były integralną częścią krajowego prawa karnego, które samo w sobie znajdowało się poza zakresem przedmioto-

---

<sup>356</sup> Zob. A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo...*, s. 220 i nast.

<sup>357</sup> Por. postępowanie karne przeciwko *Donatella Calfa* (C-348/96).

wym prawa wspólnotowego. Słusznie podkreśla się zarazem, iż trudno nie uważać za „naciągane” twierdzenie, iż usługobiorcy zostaną odstraszeni lub zniechęceni do korzystania ze swobody i wyjazdu do innego państwa członkowskiego założeniem, że nie otrzymają przedmiotowego świadczenia kompensacyjnego czy też zostaną potraktowani gorzej niż „miejscowi” właśnie w tym zakresie. Przeważało jednak kryterium szeroko pojętego oddziaływania na korzystanie ze swobody.

Można to więc traktować jako bardzo reprezentatywny przykład wykorzystywania przez Trybunał wykładni prawa rynku wewnętrznego w celu zwiększania ochrony swobód – zarówno podmiotowo, jak i przedmiotowo. Co więcej, zaczyna ona być stosowana na tyle ekstensywnie, że wydaje się, iż ochrona ta przysługiwać ma niemalże w każdej sytuacji związanej z odbiorcą usług, niezależnie, w jakim stopniu w danej sytuacji jego aktywność wiąże się z korzystaniem z nich. Takie ujęcie należy widzieć przez pryzmat zwiększającego się znaczenia skutecznej ochrony praw podmiotowych wszystkich uczestników owego rynku w jak najszerszym spektrum, a więc dodatkowo potwierdza ono instrumentalne traktowanie swobód, których zakres przedmiotowy czy też kontekst przepływu czynników produkcji nabiera charakteru drugorzędno.

Równie łatwo zauważyć, że tak twórcze rozciągnięcie zakresu rozmywa zarazem rozważany już wymóg aktywności ekonomicznej, który wydaje się immanentnie związany ze swobodami. Jeżeli uwzględni się, iż odbiorcą usług w powyższym rozumieniu jest właściwie każdy, kto tylko wyjedzie do innego państwa członkowskiego i skorzysta z jakiegokolwiek odpłatnego świadczenia, choćby minimalnej wartości, jak wizyta w muzeum czy przejazd autostradą płatną, na rzecz podmiotu prywatnego, to dopiero pokazuje, jak szeroko sięgać może ochrona swobód – szczególnie przed dyskryminacją. Wtedy właściwie obojętna staje się przyczyna pobytu za granicą, co stanowi zarazem wstęp do ogólnej ochrony wszystkich obywateli UE, ale właśnie z wykorzystaniem klasycznych swobód, a nie wspomnianego artykułu 21 TFUE, który w takich sytuacjach ma być wykorzystywany, co dla przedstawienia ich specyfiki i roli ma niebagatelne znaczenie. To natomiast dowodzi, iż wykładnia, jaką praktykuje Trybunał w tym zakresie, implikuje przełamywanie granic kompetencji UE oraz obejmowanie reżimem rynku wewnętrznego wielu nowych dziedzin<sup>358</sup>.

Chociaż więc dochodzone w sprawie Cowan uprawnienie wydaje się mieć bardzo odległy związek ze swobodą przepływu usług, jednakże okazał się on wystarczający do objęcia bardzo szeroko rozumianym zakresem obecnego art. 56 i tym samym uzyskania ochrony. Należy to wyraźnie podkreślić, gdyż jest to o tyle charakterystyczny przykład, że właśnie traktatowym warunkiem skorzystania z zakazu dyskryminacji ze względu na

---

<sup>358</sup> G. Davies, *Nationality Discrimination...*, s. 190–192.

przynależność państwową w rozumieniu obecnego art. 18 TFUE było wyraźnie wykazanie, iż zainteresowany znajduje się w „zakresie zastosowania Traktatu”. Stanowi to przykład nierzadkiego poszukiwania niemalże „na siłę” jakiejś podstawy prawnej w prawie unijnym, aby tylko dzięki temu korzystać z tego artykułu i tym samym skutecznie rościć przyznanie wielu świadczeń, jakie państwo przyjmujące zapewnia własnym obywatelom. Ze względu na brak jakiejś innej podstawy prawnej, która nadawałaby się do równie twórczego podejścia, w powyższym przypadku implikowało to wykazanie bycia w zakresie zastosowania swobód, a w szczególności przepływu usług. Takie rozumienie swobód, sankcjonuje właśnie traktowanie ich wymiaru podmiotowego jako równorzędnego naturalnej funkcji gwarancji procesu integracji, a zarazem potwierdza konieczność ich analizy niejako na dwóch poziomach normatywnych, a więc uwzględnienia, iż na ich kształt i treść składa się właściwie w równym stopniu litera Traktatu, jak i system regulacyjny o charakterze niepisany<sup>359</sup>.

Podobnie w sprawie H.O. Bickel and U. Franz<sup>360</sup> można się było zastanawiać, jaki związek czy też łącznik istniał pomiędzy sytuacją austriackiego kierowcy, przeciwko któremu wszczęto we Włoszech postępowanie karne ze względu na prowadzenie ciężarówki w stanie nietrzeźwości, a statusem usługobiorcy, który zapewnia ochronę unijną. Na powyższej zasadzie domagał się on równouprawnienia z „miejscowymi”, aby móc posługiwać się w tym postępowaniu językiem niemieckim, co przysługiwało tamtejszym członkom mniejszości niemieckojęzycznej w historycznie spornym regionie Trydent-Górna Adyga. Sprawa nie miała żadnego związku z korzystaniem przez kierowcę z jakichkolwiek usług we Włoszech, a złośliwi twierdzą, że nawet nie wiadomo, czy oskarżony w ogóle wysiadał w takim stanie ze swojej ciężarówki na terytorium tego państwa w chronionym celu. Należy jednak zaznaczyć, że chociaż model zastosowany w tym przypadku wydaje się analogiczny do sprawy Cowana, to jednak Trybunał oparł się jeszcze na obywatelskiej gwarancji swobodnego przepływu osób, przewidzianej w obecnym art. 21 TFUE w związku z art. 18. Ponieważ to już nie wydaje się budzić wątpliwości, zważywszy na „przemieszczanie się” kierowcy, można by uznać, że nie pasuje do niniejszych rozważań. Ale skoro podejście Trybunału jest tak analogiczne, trudno nie uznać, że dobór podstawy prawnej pozostaje drugorzędny i jest ona traktowana cokolwiek instrumentalnie, aby tylko zrealizować założony cel ochrony unijnej w jak najszerszym spektrum przypadków<sup>361</sup>.

---

<sup>359</sup> Por. K. Lenaerts, *Union citizenship and the principle of non-discrimination on grounds of nationality*, [w:] *Festschrift til Claus Gulmann – Liber Amicorum*, København 2006, s. 295.

<sup>360</sup> Postępowanie karne przeciwko *Horst Otto Bickel i Ulrich Franz* (C-274/96).

<sup>361</sup> D. Edward, N.N. Shuibhne, *Continuity and Change...*, s. 253.

Natomiast w sprawie *Carpenter*<sup>362</sup> warunkiem uzyskania prawa pobytu w Wielkiej Brytanii przez obywatelkę państwa trzeciego i zakwestionowania nakazu opuszczenia tego państwa było wykazanie, iż jej sytuacja mieści się w tak rozumianym zakresie. To orzeczenie wydaje się o tyle karkołomne, że sama zainteresowana, jako nieposiadająca obywatelstwa UE, zdecydowanie pozostaje poza nim. Okazało się jednak, iż jest tym objęty jej mąż korzystający ze swobody świadczenia usług z terytorium brytyjskiego wobec odbiorców z innych państw członkowskich, dla którego deportacja żony szczęśliwie została zakwalifikowana jako utrudnienie dla niego w realizacji tej swobody, co stało się wystarczające do uzyskania ochrony – formalnie właśnie dla męża, jako bezpośredniego beneficjenta, ale faktycznie dla osoby trzeciej. W tym orzeczeniu ponownie Trybunał ewidentnie posłużył się wyraźnym zwrotem, iż ówczesny art. 49 TWE, czyli obecny art. 56 TFUE należało interpretować właśnie w taki sposób, że stoi on na przeszkodzie, aby w takiej sytuacji odmówić prawa pobytu małżonkowi.

Z drugiej jednak strony w sprawie *Grogan* działalność irlandzkich stowarzyszeń studenckich, polegająca na dystrybuowaniu informacji o klinikach wykonujących zabieg aborcji w innych państwach członkowskich, nie została objęta ochroną swobody świadczenia usług jako pozostającą poza zakresem tej swobody. Co ważne, Trybunał nie dokonał wykładni pojęcia usługi w rozumieniu obecnego art. 57 TFUE jako wykluczającego taki zabieg, gdyż w części państw członkowskich aborcja jest legalnym zabiegiem medycznym. Przesądziła wykładnia pojęcia swobody świadczenia, której zakres nie obejmuje zdaniem Trybunału informowania tego rodzaju z własnej inicjatywy studentów, a więc bez związków prawnych z rzeczywistym „usługodawcą”, czyli np. kliniką ulokowaną w innym państwie.

Natomiast w sprawie *Kremzow*<sup>363</sup> wykładnia ogólnie pojętej swobody przepływu obywatela UE doprowadziła Trybunał do wniosku, iż znajduje się poza jej zakresem i nie może korzystać z wynikającej stąd ochrony, mimo że rzeczywiście jego kraj macierzysty uniemożliwił mu opuszczenie swojego terytorium, co z zasady jest uznawane za wystarczające. W tym jednak przypadku chodziło o osobę długotrwale pozbawioną wolności ze względu na popełnienie poważnego przestępstwa, a więc Trybunał dokonał wykładni, zgodnie z którą perspektywa korzystania ze swobody jest czysto hipotetyczna, co nie tworzy wspomnianego już łącznika z prawem unijnym, który byłby na tyle wystarczający, aby usprawiedliwiać stosowanie jego norm.

W ujęciu systemowym wydaje się to zresztą samo w sobie godne uwagi, a zarazem uznania jako funkcjonalnie zasadne, że wykładnia zakresu determinująca ochronę

---

<sup>362</sup> *Mary Carpenter v. Secretary of State for the Home Department* (C-60/00).

<sup>363</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (piąta izba) z dnia 29 maja 1997 r. w sprawie C-299/95 *Friedrich Kremzow v. Republik Österreich*, Zb. Orz. 1997 I-02629.



unijną okazała się na tyle rygorystyczna, aby wykluczać sytuacje hipotetyczne. Należy to natomiast odróżniać od wspomnianego już i dopuszczalnego obejmowania w procesie wykładni zakresem swobód takich działań władz krajowych, które jedynie potencjalnie wpływają na korzystanie z nich. Mieści się tutaj chociażby zakazane perswadowanie przez oficjalne czynniki, ale bez narzucania obowiązku, zakupu rodzimych produktów, co może ewentualnie negatywnie wpłynąć na szanse sprzedaży obcych.

Przed wszystkim natomiast warto zwrócić uwagę na swoistą konstrukcję, którą można by określać mianem zakazu zniechęcania przez państwo. Charakterystycznym jej przykładem jest utrwalona już dzisiaj linia orzecznicza dotycząca tzw. złotych akcji, a więc różnorodnych przywilejów, jakie zachowuje lub uzyskuje Skarb Państwa wobec krajowych spółek, w których jest mniejszościowym akcjonariuszem. Naruszają one zasadę równouprawnienia akcjonariuszy, ale przede wszystkim są traktowane jako bariera w swobodnym przepływie kapitału z art. 63 TFUE, i to nawet wtedy, gdy spółka nie posiada unijnego inwestora, którego prawa byłby w ten sposób ograniczane. Na tym tle łatwo zrozumieć istotę tej konstrukcji, gdyż niedopuszczalne jest już tworzenie takich rozwiązań, które do inwestowania w spółkę mogą zniechęcać z powyższych przyczyn, niezależnie od tego, czy wywołały one rzeczywisty skutek<sup>364</sup>.

---

<sup>364</sup> Por. A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo...*, s. 954 i nast.



# CZEŚĆ DRUGA

## WPLYW SWOBÓD NA SYSTEMY KRAJOWE

Nie ulega wątpliwości, że model integracyjny narzucony przez swobody rynku wewnętrznego wpływa bardzo intensywnie na funkcjonowanie krajowych systemów regulacyjnych, wymuszając niejednokrotnie korygowanie nawet bardzo tradycyjnych rozwiązań w zakresie obrotu towarowego, inwestycji, pracy czy działalności gospodarczej. Było to oczywiście nie do uniknięcia, ale też wymagało wypracowania formuły porządkującej, która określiłaby zasady współpracy tych systemów i związanego z tym otwarcia na obce czynniki produkcji, a zwłaszcza sprecyzowałaby obowiązki państwa przyjmującego w tym zakresie oraz prawa uczestników rynku. Nie można równocześnie było pomijać konieczności usankcjonowania środków korygujących, zapewniających w szczególności możliwość ochrony wartości pozarynkowych, którym zagrażają rezultaty powyższych procesów. Ich właściwe stosowanie nie byłoby natomiast możliwe bez poszanowania zasady proporcjonalności, która nieodłącznie związana jest z wazieniem wartości

### ROZDZIAŁ I

#### WYZWANIE OTWARTOŚCI I PODWÓJNYCH OBCIĄŻEŃ

U zarania procesu integracji mogło wydawać się, iż podstawowym jego problemem będzie dyskryminacja, a nawet protekcjonizm, a więc ochrona rynków krajowych przed obcą konkurencją czy też napływem zagranicznych czynników produkcji. Oczywiście tego rodzaju zagrożenia od początku towarzyszyły działaniom państw członkowskich, ale szybko okazało się, że nawet ich skuteczne zwalczanie nie jest w stanie zapewnić budowy prawdziwego jednolitego rynku wewnętrznego. Władze krajowe często nie musiały zresztą odwoływać się do wyszukanych środków takiej ochrony, gdyż rynki broniły się niejako same – swoimi często bardzo starymi tradycjami regulacyjnymi oraz modelem polityki gospodarczej. Egzekwowanie autonomicznych wymogów krajowych

dotyczących np. standardów w zakresie towarów i usług czy zasad uzyskiwania kwalifikacji zawodowych, nawet bez żadnej obcych dyskryminacji, było w stanie najskuteczniej zapewnić, że dostęp do tych rynków stawał się utrudniony nawet dla tych, którzy często spełniali wyśrubowane reguły państwa pochodzenia i zapewniali wysoki poziom bezpieczeństwa obrotu. Wystarczało bowiem, że to, czego oczekiwano w poszczególnych państwach w zakresie przestrzegania tego rodzaju wymogów, było rozbieżne.

Stąd dosyć szybko okazało się, że ówczesny wspólny rynek nie jest podzielony przede wszystkim oczywistymi przeszkodami w handlu, które łatwo dostrzec i tym samym zwalczyć, lecz swoistymi barierami „niewidzialnymi” – wynikającymi z powyższych różnic, które poważnie jednak blokowały prawdziwie swobodny przepływ. Nie tylko podwyższały znacznie koszty transakcyjne, lecz także miały skutek zniechęcający – szczególnie w wypadku małych i średnich przedsiębiorstw, które nie były gotowe na ponoszenie częstokroć znacznych obciążeń dostosowawczych. Natomiast dla tych, którzy się na to zdobyli, oznaczało to brak możliwości korzystania z jednej z kluczowych zamierzonych korzyści integracji, a więc tzw. efektu skali, pozwalającego produkować na znacznie większy rynek i w dużo większych zestandaryzowanych seriach, co zwykle łączy się z obniżeniem kosztów jednostkowych. Uczestnicy rynku ponadnarodowego stawali więc przed koniecznością sprostania zarówno wymogom państwa pochodzenia, jak i przyjmującego, stąd też podstawowym wyzwaniem procesu wspólnotowej integracji gospodarczej okazało się zapewnienie dostępu do wszystkich rynków krajowych przy równoczesnym przewyciężaniu tzw. *dual burden*, a więc słynnego podwójnego obciążania. Jest to jedno z pojęć kluczowych dla funkcjonowania rynku wewnętrznego, a jego prawidłowe zrozumienie umożliwia zarówno dobór właściwych środków zwalczania barier w swobodnym przepływie, jak i ustalenie modelu ochrony prawnej, z jakiego mogą korzystać jego uczestnicy<sup>1</sup>.

Oczywiście państwo przyjmujące z zasady dowodziło niezbędności egzekwowania swoich wymogów, przywołując nawet słuszne argumenty odwołujące się do konieczności ochrony istotnych dóbr i wartości, mimo że zwykle dbało już o nią państwo pochodzenia. Jednak w praktyce często stanowiło to tylko dogodny pretekst do kontestowania w pełni swobodnego przepływu, który mógł zdaniem wielu stanowić zagrożenie dla gospodarki narodowej. Tak należy rozumieć już stan słynnej sprawy *Cassis de Dijon*<sup>2</sup>, dotyczącej ze względu na różnice w przepisach Francji i Niemiec problemu z dopuszczeniem do rynku niemieckiego likieru porzeczkowego, niespełnia-

---

<sup>1</sup> Np. E. Spaventa, *From Gebhard to Carpenter: Towards a (non-)economic European Constitution*, „Common Market Law Review”, 41, 2004, nr 3, s. 745 - analiza teorii *dual burden*.

<sup>2</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 20 lutego 1979 r. w sprawie 120/78, *Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, Zb. Orz. 1979 649.

jącego jego wymogów jedynie w zakresie zawartości alkoholu, gdyż w państwie pochodzenia nie musiała być ona aż tak wysoka. Jeżeli cel protekcjonistyczny miał charakter dominujący, wykazywanie złamania zasad było naturalne, ale w wielu przypadkach argumenty odwołujące się do wyższych wartości zasługiwały na obronę, przez co wymogi krajowe mogły wydawać się uzasadnione na tyle, aby obalać tego rodzaju zarzuty. Wspomniane powyżej odmienności pomiędzy systemami krajowymi miały zresztą głębokie umocowanie w tradycjach regulacyjnych i kulturze prawnej, poziomie zaawansowania technicznego czy wrażliwości na określone zagrożenia, czemu czynniki produkcji pochodzące z zagranicy mogły nie sprostać, reprezentując inne podejście czy też nawet znacznie niższy poziom ochrony. Jednakże, niezależnie od przyczyny, rynek wewnętrzny nie mógłby się rozwijać, a idea swobodnego przepływu ległaby w gruzach, gdyby nie wypracowano swobodnego mechanizmu zarządzania tego rodzaju różnicami, który z jednej strony zapewniłby wysoki poziom bezpieczeństwa, ale z drugiej wyeliminował zbędne obciążenia w imię priorytetu idei wolnego handlu i otwartości rynków krajowych.

Swobody należy więc widzieć przez pryzmat nakazu aktywnej „absorpcji” obcych czynników produkcji, ale także szerzej rozumianej otwartości na obce reżimy regulacyjne, zgodnie z którymi one powstawały. Wykracza to dalece poza prostą techniczną operację dopuszczania np. poszczególnych unijnych towarów do danego rynku i wiąże się z ogólniejszą akceptacją takich reżimów, ich oddziaływanie na własny rynek oraz często nawet odmiennej filozofii obrotu gospodarczego. Przewyciężanie podwójnych obciążeń z wykorzystaniem powyższego mechanizmu kojarzy się zwykle z wyborem jednego z krajowych reżimów regulacyjnych, a więc państwa pochodzenia lub przyjmującego, co w kontekście organizacji ponadnarodowej uzupełnia jeszcze możliwość przyjęcia jednej wspólnej regulacji na tym wyższym poziomie. W każdym takim przypadku przynajmniej jedno z nich zmuszone zostaje do rezygnacji z egzekwowania swoich wymogów w obrocie transgranicznym, a w zależności od tego, na ile odgórnie i bezwarunkowo narzuca się takie rozwiązanie może temu towarzyszyć konkurencja regulacyjna, co nie pozostaje także bez wpływu na tzw. horyzontalny podział władzy pomiędzy państwami. Dalszą tego konsekwencją staje się ograniczanie możliwości ich władz normowania aktywności ekonomicznej podlegającej ich jurysdykcji, a zwłaszcza regulowania obrotu na swoim terytorium – w zakresie, w jakim podlegające im zwykle towary, usługi, osoby czy kapitał pochodzą z innego państwa członkowskiego lub na jego rynek są przeznaczone. Oznacza to daleko idącą ingerencję w systemy krajowe i autonomię regu-

lacyjną nawet tam, gdzie kompetencje unijne miały nie sięgać. Obecnie może być traktowane jako swoisty „znak firmowy” swobód<sup>3</sup>.

Sprecyzowanie na tle powyższych dylematów generalnej formuły, zgodnie z którą realizowany byłby prawdziwie swobodny przepływ, pomimo istniejących różnic w regulacjach krajowych, okazało się niełatwym zadaniem. Pierwotnie próbowano kojarzyć ją z tzw. regułą kraju pochodzenia, która okazała się jednak za mało elastyczna i ostateczna, uniemożliwiając dynamiczne zarządzanie nimi. Spowodowało to przeniesienie punktu ciężkości na zasadę wzajemnej uznawalności, której zaletą jest brak bezwarunkowego automatyzmu dopuszczalności oraz możliwość wprowadzania niezbędnych środków korygujących, a także zaawansowane sprostanie problemom podziału władzy w Unii. Propozycje te wymagają analizy w tym punkcie i chociaż najbardziej kojarzą się z przepływem czynników najmobilniejszych, a więc towarów i usług, wydają się dostarczać bardziej uniwersalnego aparatu pojęciowego do opisu rynku wewnętrznego. Sprawdziły się bowiem także chociażby w odniesieniu do uznawania kwalifikacji zawodowych pracowników i samozatrudnionych działających w sposób stały w obcym państwie członkowskim.

## 1. POSZUKIWANIE WŁAŚCIWEJ FORMUŁY

Wspomniana reguła kraju pochodzenia, jako pierwsza formuła mająca zapewnić swobodny przepływ na wspólnym rynku, budziła szereg kontrowersji nie tylko ze względu na brak elastyczności i politycznie trudne do akceptacji założenie jednoznacznego wyzbycia się przez państwo przyjmujące kompetencji regulacyjnych wobec obcych czynników produkcji. Rodziła ona zarazem skojarzenia z regułami kolizyjnymi, co oznaczało próby przenoszenia na ten grunt ich dorobku koncepcyjnego i zasad rozstrzygania sprzeczności między normami różnych państw, typowych dla prawa prywatnego pomimo dominacji modelu publicznoprawnego w ramach swobód.

Zgodnie z jej podstawowymi założeniami, jeżeli producent lub też usługodawca, bo to w ich przypadku sprzeczność ta ujawniała się najczęściej, spełnił wymogi państwa pochodzenia, to byłoby nadużyciem egzekwowanie od niego przestrzegania norm narzuconych w państwie przyjmującym, w skrajnym przypadku nawet bez sprawdzenia ewentualnej równoważności. W takim ujęciu pierwotnym regulatorem i nadzorcą ma być państwo stałej działalności usługodawcy czy też pochodzenia towaru, co wydawało się nawet wynikać z *Cassis de Dijon*, chociaż oczywiście należy pamiętać, że formuła ta była uzupełniona o bardzo istotny aspekt dopuszczalnej ochrony interesu ogólnego, któ-

---

<sup>3</sup> K. Armstrong, *Mutual Recognition*, [w:] C. Barnard, J. Scott, *The Law of the Single European Market. Unpacking the Premises*, Oxford 2002, s. 225.

ry będzie jeszcze dalej analizowany. Najpierw jednak Trybunał wskazał, że wprowadzony przez niemieckie przepisy jednostronny wymóg dotyczący minimalnego stężenia alkoholu w napojach wprowadzanych w tym państwie do obrotu stanowi barierę w swobodnym przepływie naruszającą Traktat. Uznał bowiem, że nie istnieje żaden uzasadniony powód, dla którego towary legalnie produkowane i wprowadzane do obrotu w jednym z państw członkowskich nie mogły być sprzedawane w pozostałych. Stąd nie może być objęta zakazem sprzedaż napojów o stężeniu niższym od lokalnie określonego progu.

Pomijając w tym miejscu dalszą część rozstrzygnięcia Cassis, łatwo wyobrazić sobie, jakie konsekwencje wywoływałoby skrajne rozumienie tej formuły, sankcjonujące założenie automatyzmu wymuszającego akceptację w państwie przyjmującym wszystkiego, co w kraju pochodzenia zostało już dopuszczone, nawet jeżeli nie obowiązywały tam żadne wymogi zapewniające chociażby ochronę zdrowia. Takie podejście uważano za poważne zagrożenie nie tylko dla systemu regulacyjnego tego pierwszego państwa, ale i generalnie bezpieczeństwa obrotu, a więc spotkało się z intensywną krytyką i w takiej skrajnej postaci nie jest już promowane. Nie kwestionując oczywiście jej słusznej wymowy oraz konieczności znalezienia bardziej wyważonego rozwiązania, nie warto całkowicie porzucać reguły kraju pochodzenia, lecz pozostawić jako pewien atrakcyjny symbol procesu integracji na rynku wewnętrznym oraz w szczególności funkcjonowania swobód. W wymiarze konkretniejszym może przetrwać jako swoiste domniemanie kraju pochodzenia, które oczywiście podlega obalaniu, ale właściwie porządkuje zagadnienie, zwłaszcza na poziomie koncepcyjnym.

Krytyka powyższa ujawniła się zwłaszcza wtedy, gdy próbowano regułę tę wyraźnie zadekretować w projekcie dyrektywy usługowej<sup>4</sup>, opartej na idei daleko idącej liberalizacji. Usługa oferowana transgranicznie, z innego państwa członkowskiego, miała podlegać przepisom siedziby świadczeniodawcy, a nie kraju faktycznego świadczenia, pozwalając na jej oferowanie na konkurencyjnych warunkach, np. ze względu na niższe koszty. Dotyczyło to wymogów w zakresie dostępu do wykonywania usług, zwłaszcza zasad działalności usługodawcy, ich jakości i zawartości, reklamy i odpowiedzialności. To państwo pochodzenia miało więc odpowiadać za nadzór nad tym także w przypadku świadczenia transgranicznego, choć nawet w pierwotnym projekcie przewidywano pewne wyjątki. Jednak los, jaki spotkał ten projekt, uznać należy za symptomatyczny, gdyż formalnie tak radykalne rozwiązanie upadło w Parlamencie Europejskim po protestach dotyczących szczególnie dumpingu socjalnego, a w praktyce nie

---

<sup>4</sup> Dyrektywa 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotycząca usług na rynku wewnętrznym, Dz.Urz. L 376, 27/12/2006 p. 0036–0068.

zostało co do istoty porzucone, lecz raczej zastąpione mniej „rażącymi” sformułowaniami, dającymi przekonanie o przesunięciu cokolwiek punktu ciężkości w stronę ochrony interesów państwa przyjmującego i zapobieganiu nadmiernej deregulacji.

W obecnym ustępie 1 artykułu 16 dyrektywy jako zasadę przyjęto prawo do świadczenia usługi w państwie innym niż siedziba przedsiębiorstwa, które zobowiązane jest zapewniać możliwość swobodnego podjęcia i prowadzenia działalności usługowej na swoim terytorium. Natomiast kolejne sformułowanie miało niejako odwrócić porządek myślowy, gdyż zakazano wyraźnie jedynie uzależniania jej od spełnienia wymogów sprzecznych z zasadami niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową oraz proporcjonalności, które nie służyłyby przesłankom ochrony porządku, bezpieczeństwa, zdrowia publicznego lub środowiska naturalnego, co w ustępie 3 uzupełniła możliwość stosowania własnych zasad dotyczących warunków zatrudnienia. Dodatkowo ustęp 2 sprecyzował szereg wymogów ograniczających swobodę świadczenia, których państwowym przyjmującym nakładać jednak nie wolno. Szczególnie druga część ustępu 1 może jednak budzić wątpliwość co do spójności z powyższą zasadą, ale przede wszystkim – poza warstwą semantyczną – nie wydaje się to przełomową zmianą w stosunku do projektu.

Kluczowe różnice, jakie są dostrzegane w literaturze, mają dotyczyć braku tego jednoznacznego określenia, iż podstawowym „regulatorem” jest państwo pochodzenia, wzmocnione jeszcze założeniem, że państwo przyjmujące nie może nakładać żadnych dodatkowych wymogów, o ile nie są uzasadnione przesłankami wymienionymi w dyrektywie. Brak ten rekompensuje oczywiście bogaty dorobek orzecznictwa, który z pewnością nie stracił na aktualności pomimo przyjęcia dyrektywy, jak np. w sprawie Säger<sup>5</sup>. Przede wszystkim natomiast, o ile z poprzedniej wersji wyraźnie wynikało, czyje prawo ma być stosowane (państwa pochodzenia), o tyle ostatecznie zwyciężyło wskazanie, jakie nie ma być z zasady uwzględniane (państwa przyjmującego), jeśli oczywiście ponownie nie zachodzą tego rodzaju przesłanki. Słusznie podkreśla się zarazem, iż ślady pierwotnej reguły kraju pochodzenia nadal znaleźć można w innych postanowieniach dyrektywy. Nie zostały one bowiem dostatecznie starannie namierzone przez jej przeciwników w procesie legislacyjnym, którzy skoncentrowali się na art. 16. Ma to dotyczyć np. art. 29, który państwu pochodzenia powierza nadzór nad usługodawcą, weryfikację jego działalności i ewentualność podjęcia środków na wniosek państwa przyjmującego. Nie można natomiast zupełnie ignorować symbolicznej wymowy rezygnacji z wyraźnej reguły w ostatecznym tekście dyrektywy, co chociażby implikuje osłabienie, jeżeli nie

---

<sup>5</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 25 lipca 1991 r. w sprawie C-76/90 *Manfred Säger v. Dennemeyer & Co. Ltd.*, Zb. Orz. 1991 I-04221.



odejście od mocnego domniemania bezprawności wymogów państwa przyjmującego, ale nie wydaje się też stanowić istotnej przeszkody w integracji rynku wewnętrznego, chociaż sankcjonuje brak wspomnianego już automatyzmu w podejściu<sup>6</sup>.

Zachowanie jednak przez regułę kraju pochodzenia waloru pewnej aktualności w przedstawionym powyżej rozumieniu wymaga wyraźnego podkreślenia jej samoistności, co dotyczy zwłaszcza skojarzeń z wyborem prawa w klasycznym tego słowa rozumieniu. Nie powinna ona bowiem być w szczególności utożsamiana z regułami kolizyjnymi, zwłaszcza że koncentruje się na aspektach publicznoprawnych, związanych z wymogami działalności, produkcji czy nadzorem. Oczywiście w przypadku na przykład świadczenia usług trudno jest jego zasady całkowicie odseparować od zakresu prawa prywatnego, skoro pojawiają się chociażby zagadnienia odpowiedzialności i reklamy, ale należy uznać, że przenoszenie na ten grunt konstrukcji powołanych w zupełnie innym celu i kontekście wprowadziłoby jedynie zamieszanie. Natomiast akurat ten przykład może dowodzić konieczności oceny widzenia swobód w niniejszych rozważaniach głównie z wykorzystaniem publicznoprawnego dorobku koncepcyjnego, gdyż właśnie dyrektywa usługowa z założenia ma nie dotyczyć prawa prywatnego międzynarodowego<sup>7</sup>.

Zresztą pomimo pozornej analogii, a więc istnienia dwóch systemów prawnych, które rodzi pokusę automatycznego i ostatecznego wyboru jednego z nich, tu model postępowania jest inny, opiera się bowiem na założeniu bieżącego zarządzania różnicami w celu zapewnienia swobodnego przepływu. Dlatego w przypadku zagrożenia interesu publicznego państwo przyjmujące może egzekwować „swoje” wyjątki, a więc ograniczać ten przepływ z zastosowaniem prawa miejscowego, które w rozumieniu reguł kolizyjnych miało już nie podlegać wyborowi. Na rynku wewnętrznym wszelkie rozstrzygnięcia tego rodzaju mają charakter bardzo zindywidualizowany, oparty na dosyć ogólnych normach przewidujących na przykład ochronę porządku publicznego, co powoduje zmienność stosowania reguł obu przedmiotowych porządków prawnych w konkretnych przypadkach. Ochrona ta jest także następstwem tzw. wyważania, które wymaga uwzględnienia wszelkich okoliczności oraz oceny, czy ograniczenie takie usprawiedliwia korzyść w realizacji innego dobra, i każdorazowo podlega ocenie sądowej, niewątpliwie dalece odbiegającej od jednoznacznego, z góry narzuconego wyboru. Taki proces sugeruje rozpatrywanie stosowania norm swobód nie przez pryzmat kolizji praw, którą należy

---

<sup>6</sup> C. Barnard, *The Substantive Law of the EU*, Oxford 2010, s. 408–409, wskazuje, że chociaż usunięto samą zasadę kraju pochodzenia, to trudno uznać, aby zmiana w praktyce była wielka. Zob. też podobne poglądy M. Kożuch, *Swoboda świadczenia usług w Unii Europejskiej*, cz. 4, [w:] *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, red. J. Barcz, Warszawa 2011, s. IV-115.

<sup>7</sup> L. Woods, *Free Movement of Goods and Services within the European Community*, Aldershot 2004, s. 70, potwierdza, że można to widzieć jako formę wyboru prawa, która jednak nie wiąże się z rozumieniem jej zgodnie z prawem prywatnym międzynarodowym.

rozstrzygać, lecz raczej na zupełnie innym poziomie – właśnie konfliktu interesów czy też wartości. Z jednej strony jest to dobro integracji, przejawiające się przez nieskrępowany przepływ, a więc taki, w którym np. towar, usługa, kwalifikacja zawodowa, licencja, świadectwo dopuszczenia itp. nie muszą być dostosowywane do warunków miejsca sprzedaży, ale nie dlatego, że zastosowanie ma inny porządek prawny. Natomiast z drugiej są inne dobra wymagające ochrony, które w państwie pochodzenia nie zostały dostatecznie zabezpieczone, co pozwala państwu przyjmującemu narzucać własne wymogi<sup>8</sup>.

Dlatego normy swobód, które działają na zupełnie innych zasadach, nie powinny być rozumiane jako zastępujące czy wewnętrznie „koduujące” w swej strukturze krajowe reguły kolizyjne, a nawet przeznaczone do wyłączenia ich zastosowania wtedy, gdy jego rezultat miałby naruszać gwarancje traktatowe. Są to zupełnie odrębne konstrukcje, a starając się ustalić relację między nimi, należy założyć, że dopiero po dokonaniu wyboru prawa, jeżeli byłoby to w ogóle potrzebne ze względu na wkraczanie w obszar zagadnień regulowanych prawem prywatnym, a więc na etapie oceny konkretnego rozstrzygnięcia wydawanego na tej podstawie, zastosowanie może znaleźć weryfikacja jego wpływu na swobodny przepływ. Ponieważ w analizowanych ramach ocenia się określone sytuacje prawne, jakie zaistniały, oraz ich konsekwencje z perspektywy prawideł rynku wewnętrznego, stąd kwalifikacja, że dane rozwiązanie obowiązujące w państwie przyjmującym jest wadliwe, nie oznacza wyłączenia stosowania jego prawa jako takiego i wyboru prawa państwa pochodzenia, lecz raczej uznanie, iż na przykład towar w swej pierwotnej postaci powinien być dopuszczony do obrotu. Nie wynika to z ustalenia, że towar taki podlega właściwej z perspektywy reguł kolizyjnych normie, lecz z założenia zupełnie innej natury, iż nie należy utrudniać mu swobodnego przepływu, tak jak uznanie dopuszczalności jego sprzedaży, pomimo nierespektowania miejscowych wymogów, nie oznacza stosowania obcego systemu prawnego<sup>9</sup>.

Operując usilnie kategoriami wyboru można ewentualnie sugerować istnienie swoistego założenia, jakie reguły nie powinny lub nie powinny z zasady być uwzględniane, co znajduje potwierdzenie w dyrektywie usługowej, w której zrezygnowano z wyraźnego wskazywania prawa mającego zastosowanie na rzecz takich bardziej zniuansowanych rozwiązań. Ostatecznie zresztą, zamiast jakiegokolwiek wyboru, w praktyce dominuje podejście zastępujące wykluczanie prawa eliminacją konkretnych, szeroko rozumianych środków krajowych jako niedopuszczalnych. Ma to istotne znaczenie

---

<sup>8</sup> N. Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law*, The Hague 1996, s. 233, rozpatruje powiązanie zasady wajemnej uznawalności, o której będzie mowa, z proporcjonalnością.

<sup>9</sup> Zob. też M. Szpunar, *Promocja towarów w prawie wspólnotowym*, Kraków 2002, s. 226–249, który analizuje to z perspektywy kwalifikacji normy swobód jako reguł kolizyjnych, rozpatrując argumenty za i przeciw – na tle swobody przepływu towarów, także s. 189–225.

zwłaszcza w tzw. stosunkach horyzontalnych, umożliwia bowiem stosowanie swobód tam, gdzie dominuje regulacja prywatnoprawna, bez ingerencji w ustalenia stron umowy w zakresie prawa właściwego czy w ogóle w specyfikę reguł kolizyjnych oraz polega na ich kontroli dokonywanej niejako *post factum*, czy nieskrępowany transgraniczny przepływ może być realizowany w duchu gwarancji traktatowych – zgodnie albo też wbrew skutkom tych ustaleń<sup>10</sup>.

Stanowi to też właściwy punkt wyjścia do formuły innego rodzaju, jaka ostatecznie wydaje się znajdować tu zastosowanie, a więc wzajemnej uznawalności, która zostanie omówiona w kolejnym punkcie. W tym miejscu warto jedynie pokazać ją na tle reguł kolizyjnych, gdyż pozwoli to unikać powyższych skojarzeń. Jej zastosowanie odnosi się nie do całościowych systemów prawnych jako takich, lecz konkretnych standardów dotyczących np. towarów i nadzoru nad nimi, oczywiście bardziej w zakresie prawa publicznego, co gwarantuje przyjęte w tym kontekście poszanowanie zasady terytorializmu. Uznawanie obejmuje natomiast raczej skutek zastosowania tych standardów w konkretnych sprawach, w szczególności bez zmuszania organu władzy państwa przyjmującego do stosowania obcego prawa, koncentrując się na ocenie dopuszczalności danego czynnika produkcji nawet niejako pomimo czy wbrew brzmieniu norm, do których egzekwowania organ ten został powołany. Podstawowym celem nie jest zresztą wzajemne wykluczanie wymogów krajowych w relacji z wymogami obcymi, lecz swoiste pogodzenie i doprowadzenie do w miarę bezkolizyjnego uwzględnienia w największym możliwym zakresie. Przypomina to proces optymalizacji tego, co na pozór może wydawać się nie do pogodzenia, a nie ostatecznego wyboru jednego kosztem innych, wpisujący się w dosyć zaawansowane zarządzanie zdecentralizowanym systemem tworzenia owych wymogów czy też wspomnianymi samymi różnicami w systemach prawnych. Ale jeżeli zarazem swobody analizuje się przez pryzmat wpływu na podział władzy między państwami, formuła ta pozwala rozważać problem ich kompetencji do regulowania czynników produkcji znajdujących się w obrocie nie tylko na swoim macierzystym terytorium oraz skutków ich wykonywania w danym przypadku. Wtedy centralne staje się pojęcie państwa kontrolującego i dopuszczającego do przepływu, a nie prawa właściwego<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Por. M. Tison, *Unravelling the General Good Exception: The Case of Financial Services*, [w:] *Services and Free Movement in EU Law*, eds M. Andenas, W.-H. Roth, Oxford 2003, s. 370; T. Ackermann, Case C-148/02, *Carlos Garcia Avello v. État Belge*, [komentarz], „Common Market Law Review”, 44, 2007, nr 1, s. 148–152.

<sup>11</sup> Por. H. Spamann, *Choice of Law in a Federal System and an Internal Market*, Jean Monet Working Paper 8/01, s. 1–6; zob. też. D. Vignes, *The harmonization of National legislation and the EEC*, „European Law Review”, 15, 1990, s. 359; M.P. Maduro, *So close and yet so*

## 2. ZASADA WZAJEMNEJ UZNAWALNOŚCI

### A. Pojęcie i znaczenie ogólne

Co do istoty zasada wzajemnej uznawalności zakłada, że państwo przyjmujące nie powinno zakazywać obrotu na swoim terytorium towarów lub usług, które zostały legalnie wyprodukowane lub wprowadzone do obrotu w innym państwie członkowskim, nawet jeżeli odpowiadają wymogom technicznym, jakościowym itp. różniącym się od miejscowych. W imię idei negatywnej integracji należy bowiem uznać ową legalność danego czynnika produkcji ze wszystkimi konsekwencjami we własnym systemie, ale jak już wskazano nie w sposób bezwarunkowy i z istotnymi ograniczeniami, które będą rozważane poniżej. W tym miejscu należy jedynie wskazać, że granicą jej oddziaływania jest zachowanie kompetencji do egzekwowania tych ostatnich wymogów, o ile zachodzą istotne przesłanki ochrony interesu ogólnego, a zarazem przestaje ona obowiązywać tam, gdzie nie doszło do harmonizacji, co będzie jeszcze przedmiotem rozważań<sup>12</sup>.

Omawiana zasada pozwala na współistnienie i uwzględnianie różnych reżimów prawnych na rynku wewnętrznym i wynikających z nich rygorów, co ma charakter dynamiczny i wiąże się z permanentną konkurencją właśnie dlatego, że wybór jednego systemu czy też zestawu norm nie został ostatecznie dokonany. Ma to ogromne znaczenie dla zachowania różnorodności wzbogacającej kulturę prawną oraz rynek jako taki, a może sprzyjać realizacji pomocniczości, jeżeli skuteczne stosowanie wzajemnej uznawalności w Unii zwalnia z konieczności przyjmowania jednolitych standardów na poziomie unijnym. Dlatego wydaje się najwłaściwszym instrumentem integracji<sup>13</sup>.

Należy oczywiście uwzględniać, iż zakres wzajemnej uznawalności jest zróżnicowany i najbardziej ujawnia się w ramach tych swobód, które cechuje największa mobilność, gdyż wtedy najczęściej dochodzi do pojawienia się na rynku państwa przyjmującego czynnika produkcji odpowiadającego normom obcym. Natomiast należy uznać, że zasada jest wpisana w samą istotę konstrukcji swobód, bo nawet w tych zlokalizowanych, jak przedsiębiorczość czy praca, ujawnia się to chociażby w kontekście uznawania kwalifikacji, gdzie akurat proceduralnie zostało to już skonkretyzowane w aktach unijnego prawa wtórnego, tj. dyrektywie 2005/36. Jednak oczywiście nie zawsze tak było, a uznanie jej za obowiązującą niezależnie od tego rodzaju przepisów zapewniło właści-

---

*far: the paradoxes of mutual recognition*, „Journal of European Public Policy”, 14, 2007, nr 5, s. 814–824.

<sup>12</sup> L. Woods, *Free Movement...*, s. 196.

<sup>13</sup> *The Principle of Mutual Recognition in the European Integration Process*, eds F. Kostoris, P. Schioppa, Basingstoke 2005, s. X.

we funkcjonowanie oraz rozwój rynku wspólnego i wewnętrznego, samo zaś ich przyjęcie traktuje się jako przejaw zastosowania modelu uznania, określanego jako regulacyjne, które jest rzadsze w stosunku do tego wiodącego, a więc orzeczniczego<sup>14</sup>.

Równocześnie w kontekście np. swobody przedsiębiorczości pojawia się wyzwanie tzw. uznawania „firm i spółek”, co swego czasu próbowano nawet uregulować konwencją między państwami. Odnosi się ono do podmiotowości na rynku wewnętrznym i służy chociażby rejestracji oddziału w innym państwie, co było jednym z najbardziej żywo dyskutowanych zagadnień i znalazło odzwierciedlenie w orzecznictwie, jak. np. *Überseering BV*<sup>15</sup>. Warto zauważyć, że specyficzna teoria, jaka tu zwyciężyła, a więc teoria założenia – zamiast siedziby rzeczywistej, jest właśnie odzwierciedleniem wzajemnej uznawalności w tym szczególnym kontekście<sup>16</sup>. W przypadku natomiast swobody przepływu kapitału jej znaczenie ujawnia się wobec podmiotów świadczących usługi finansowe i wymogów, które powinny spełniać, prowadząc tego rodzaju działalności, ale nie należy całkowicie odrzucać terminu uznawalności kapitału w kontekście prawa do inwestowania.

Trudno jednak przeczyć, że przypadku swobód mniej mobilnych, czy też bardziej zlokalizowanych wzajemne uznawanie ma mniejsze zastosowanie. Korzystając z ich dobrodziejstw, spełnienie wymogów państwa pochodzenia często nie wystarczy i należy poddać się pełniejszej integracji z rynkiem państwa przyjmującego, zachowując przede wszystkim roszczenie o równouprawnienie z „miejscowymi”, które takiej uznawalności nie zapewnia. Ale jak zostanie jeszcze przedstawione w ramach rozważań nad modelem ochrony prawnej, właśnie dzięki tej zasadzie standard tej ochrony zaczął wykraczać poza zakaz dyskryminacji nawet w zakresie takich swobód, pozwalając przynajmniej w pewnym stopniu na operowanie w oparciu o status uzyskany w państwie pochodzenia. Może to potwierdzać już orzeczenie w sprawie *Kraus*<sup>17</sup>, w którym Trybunał zakwestionował bariery w posługiwaniu się w Niemczech zdobytym w Wielkiej Brytanii tytułem LLM. W bardziej zaawansowany sposób ujawniło się to w orzeczeniu *Angonesse*<sup>18</sup>, w którym jako niedopuszczalną Trybunał zakwalifikował odmowę uznania znajomości

---

<sup>14</sup> J. Pelkmans, *Mutual recognition in goods. On promises and disillusion*, „Journal of European Public Policy”, 14, 2007, nr 5, s. 703.

<sup>15</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie C-208/00, *Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, Zb. Orz. 2002 I-09919.

<sup>16</sup> Zob. A. Arnull, *The European Union and its Court of Justice*, Oxford 2006<sup>2</sup>, s. 497.

<sup>17</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 31 marca 1993 r. w sprawie C-19/92, *Dieter Kraus v. Land Baden-Württemberg*, Zb. Orz. 1993 I-01663.

<sup>18</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 6 czerwca 2000 r. w sprawie C-281/98, *Roman Angonese v. Cassa di Risparmio di Bolzano SpA.*, Zb. Orz. 2000 I-04139.

języka obcego, o ile nie zostanie ona potwierdzona specjalnym certyfikatem wydawanym w jednej z części państwa przyjmującego, nawet jeżeli wynika ona jasno z doświadczenia zdobytego w innym państwie członkowskim<sup>19</sup>.

O znaczeniu zasady wzajemnego uznania dla rynku wewnętrznego, ale także problemach, jakich następcza jej przestrzeganie, świadczyć może nie tylko bogaty dorobek orzecznicy zapoczątkowany wspomnianą już słynną formułą Cassis de Dijon, lecz także liczne dokumenty instytucji unijnych wydawane cyklicznie w tym zakresie oraz nawiązywanie do niej w aktach wiążących. Są one godne przywołania również dlatego, że pokazują, jak wielkim wyzwaniem w praktyce jest jej wdrażanie, i chociaż dotyczyły zwłaszcza przepływu towarów, a nie wszystkich swobód, to dają wyobrażenie w tym względzie.

Jeszcze na początku tego stulecia wykazywano, iż nadal realizacja zasady wzajemnego uznania napotyka liczne przeszkody, zwłaszcza na poziomie norm i zasad technicznych, utrudnień administracyjnych, ale także w kwestii zaufania władz krajowych. Powoduje to rezygnację wielu podmiotów z jej egzekwowania i dostosowywanie się mimo wszystko do miejscowych wymogów państwa przyjmującego lub zaprzestanie wprowadzania towarów i usług na rynek danego państwa. Wskazywano także, że administracje państw członkowskich nie dysponują często wystarczającymi informacjami na temat prawodawstwa i procedur weryfikacji w pozostałych krajach, zachęcając usilnie do uproszczenia procedur, wzmocnienia współpracy administracyjnej oraz informowania uczestników obrotu o przysługujących im prawach<sup>20</sup>. Stąd Komisja przygotowała w 2003 r. specjalny „Komunikat wyjaśniający w sprawie ułatwiania dostępu produktów do rynku innych państw członkowskich: praktyczne stosowanie zasady wzajemnego uznawania”, który jest godzien odnotowania ze względu na swoją kompleksowość i staranne definiowanie<sup>21</sup>. Przyjął on postać praktycznego przewodnika dla przedsiębiorców i administracji, określającego sposób stosowania tej zasady wraz z sugestiami dla państw,

<sup>19</sup> Zob. też F. Kostoris, P. Schioppa, *Mutual Recognition, Unemployment and the Welfare State*, [w:] *The Principle of Mutual Recognition in the European Integration Process*, eds F. Kostoris, P. Schioppa, Basingstoke 2005, s. 190 i nast.

<sup>20</sup> Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego i Rady. Wzajemne uznawanie w kontekście kontynuacji planu działań na rzecz jednolitego rynku [COM(1999) 299 wersja ostateczna – nieopublikowany], streszczenie: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/internal\\_market/internal\\_market\\_general\\_framework/121001b\\_pl.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/internal_market_general_framework/121001b_pl.htm).

Na tej podstawie Rada przygotowała rezolucję. Rezolucja Rady z dnia 28 października 1999 r. w sprawie wzajemnego uznawania [Dz.Urz. C 141 z 19.5.2000].

<sup>21</sup> Commission interpretative communication on facilitating the access of products to the markets of other Member States: the practical application of mutual recognition [C/2003/3944 – Official Journal C 265 of 4.11.2003, p. 2–16] (Komunikat wyjaśniający Komisji w sprawie ułatwiania dostępu produktów do rynku innych państw członkowskich: praktyczne stosowanie zasady wzajemnego uznawania).

jak przyspieszyć jej wdrażanie. Pomimo bowiem bezpośredniej skuteczności obecnego art. 34 TFUE samo istnienie krajowych reguł technicznych, stosowanych przecież bez dyskryminacji wobec wszystkich towarów w danym państwie, może zniechęcać uczestników obrotu i tworzyć niepewność zarówno po ich stronie, jak i administracji państw, co traktuje się jako barierę uniemożliwiającą pełny rozwój rynku wewnętrznego. Mimo że minęły dekady od sprawy *Cassis de Dijon* Komisja czuła się zobowiązana przypominać, że towar wyprodukowany w innym państwie członkowskim w zgodzie z akceptowanymi tam regułami należy uznawać za wytworzony zgodnie z prawem. Rozciąga się to także na przypadki produkcji, która w państwie pochodzenia nie jest w ogóle regulowana, chociaż oczywiście istnieje szereg norm unijnych, które ograniczają taką możliwość, jak np. Dyrektywa o ogólnym bezpieczeństwie produktu.

Równocześnie zauważono, iż wielu zarówno przedsiębiorców, jak i urzędników nie jest pewnych, w jakim zakresie produkty niezharmonizowane na poziomie unijnym, a więc poddane tej zasadzie, mogą uzyskać dostęp do rynku innego państwa członkowskiego bez konieczności dostosowania się do jego wymogów, nie wiedzą bowiem, jak je traktować, co może powodować odmowę dopuszczenia do rynku ewentualnie nakaz wycofania. Nadal więc unijni producenci, zmuszeni przez władze państwa przyjmującego lub z własnej inicjatywy decydują się na takie dostosowanie, a wynikające z tego koszty, nawet jeżeli zostają przerzucone na konsumenta, stanowią niewątpliwie bardzo istotną przeszkodę oraz zniechęcenie do korzystania ze swobód. Jako szczególnie dotkliwie potraktowano niepozostawianie producentowi alternatywy w postaci możliwości przestrzegania norm innych, które jednak zapewniają analogiczny poziom ochrony. Stąd bezwzględny obowiązek literalnego i ścisłego przestrzegania miejscowych wymogów w takiej sytuacji traktuje się jako szczególnie niedopuszczalny i dlatego nałożono na władze państwa przyjmującego nakaz starannej weryfikacji zgodności produktu z tymi wymogami oraz oceny jej zakresu.

Także preambuła dyrektywy usługowej jeszcze w roku 2006 (pkt 3–5) analogicznie zdiagnozowała problemy, jakie rodzi wdrażanie swobodnego przepływu w tym zakresie. Uwypuklono zwłaszcza istotną rozbieżność pomiędzy wizją zintegrowanej gospodarki UE a rzeczywistością, jakiej doświadczają obywatele i usługodawcy, w której utrzymuje się wiele barier w różnych dziedzinach działalności objętej swobodami przedsiębiorczości i świadczenia usług, na wszystkich jej etapach. Łączy je źródło w postaci obciążeń administracyjnych, niepewności prawnej związanej z aktywnością transgraniczną oraz brakiem wzajemnego zaufania między państwami członkowskimi. Stąd właśnie celem dyrektywy było usuwanie tych barier i zapewnienie w ten sposób realizacji swobód jako takich.

W 2008 roku uchwalono natomiast rozporządzenie 764/2008 ustanawiające procedury dotyczące stosowania niektórych krajowych przepisów technicznych do produktów wprowadzonych legalnie do obrotu w innym państwie członkowskim<sup>22</sup>. Samo jego przyjęcie wydaje się godne uwagi, gdyż potwierdza to aktualność wyzwań. Ponieważ niniejsze rozważania koncentrują się na aspektach materialnych, a w szczególności przedstawieniu istoty zasady wzajemnej uznawalności, która stanowi integralny element konstrukcji prawnej swobód, pominąć można analizę samych zagadnień proceduralnych, jakich akt ten dotyczy. Podobnie można potraktować postanowienia dyrektywy 98/34<sup>23</sup>, chociaż niewątpliwie są to ogólnie niezwykle interesujące zagadnienia. Dyrektywa ta wprowadza obligatoryjny dla państw członkowskich system udzielania informacji w zakresie norm i przepisów technicznych jeszcze na etapie ich projektowania celem zapobieżenia ewentualnym barierom oraz zapewnienia przejrzystości funkcjonowania rynku wewnętrznego. Wynikający stąd słynny obowiązek notyfikacyjny rodził daleko sięgające skutki, łącznie z pozbawieniem skuteczności przepisów krajowych, wobec których nie dopełniono tej formalności, jak np. w orzeczeniu CIA Security C-194/94<sup>24</sup>. W codziennym funkcjonowaniu skutkuje on odroczeniem wejścia w życie przepisów mogących stanowić zagrożenie dla swobodnego przepływu celem weryfikacji ich przez Komisję.

Warto natomiast zwrócić uwagę na preambułę do rozporządzenia 764/2008, gdyż obrazuje ona w miarę aktualne rozumienie zasady wzajemnej uznawalności. Nie pozostawiono zwłaszcza wątpliwości, że działania państw członkowskich mogą negatywnie wpływać na integrację rynku wewnętrznego poprzez stosowanie wobec produktów legalnie wprowadzonych do obrotu na obszarze Unii krajowych norm technicznych określających wymagania dotyczące w szczególności oznaczenia, formy, rozmiaru, masy, składu, prezentacji, etykietowania i opakowania, nawet jeżeli mają one charakter powszechnie obowiązujący na danym terytorium. Co istotne, jako źródło zasady wzajemnego uznania, traktowanej jako jeden ze sposobów zapewniania swobodnego przepływu

---

<sup>22</sup> Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 764/2008 z dnia 9 lipca 2008 r. ustanawiające procedury dotyczące stosowania niektórych krajowych przepisów technicznych do produktów wprowadzonych legalnie do obrotu w innym państwie członkowskim oraz uchylające decyzję nr 3052/95/WE Dz. Urz. L 218, 13/08/2008, p. 0021–0029, preambuła, pkt 1–9.

<sup>23</sup> Dyrektywa 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. ustanawiająca procedurę udzielania informacji w zakresie norm i przepisów technicznych, Dz. Urz. L 204 z 21.7.1998.

<sup>24</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 30 kwietnia 1996 r. w sprawie C-194/94 *CIA Security International SA v. Signalson SA i Securitel SPRL*, Zb. Orz. 1996 I-02201.



na tym rynku, powołano orzecznictwo Trybunału i stąd wyraźnie widać nawiązanie w opisie zakresu powyższych norm do dorobku tzw. formuły Kecka<sup>25</sup>.

Przypomniano tam ponownie, że państwo członkowskie nie może zakazać sprzedaży na swoim terytorium produktów, które zostały wprowadzone legalnie do obrotu w innym państwie członkowskim, nawet jeżeli zostały one wytworzone zgodnie z przepisami technicznymi innymi niż te, którym podlegają produkty krajowe, o ile oczywiście nie zachodzą dopuszczalne wyjątki. Potwierdzono zarazem, że nadal prawidłowe stosowanie wzajemnej uznawalności nastęrcza wielu problemów, co wymagało ustanowienia procedur minimalizujących prawdopodobieństwo tworzenia przez te przepisy przeszkód w swobodnym przepływie, zważywszy, jak to zniechęca do sprzedaży w innych państwach, wymuszając dostosowanie lub całkowite powstrzymanie się z nią. Celem rozporządzenia było wypełnienie luki, gdyż okazało się, że w wielu państwach właściwe organy nie dysponują odpowiednimi procedurami dotyczącymi zastosowania własnych przepisów technicznych do produktów unijnych, co ogranicza ich zdolność do oceny zgodności z gwarancjami traktatowymi.

## B. Problem warunku równoważności

Stosowanie zasady wzajemnej uznawalności nastęrcza w praktyce wielu problemów mających źródło w narzuceniu granic jej oddziaływania, pozwalających uzależniać zasadność żądania dopuszczenia do obrotu w państwie przyjmującym od wykazania, iż dany produkt czy usługa reprezentuje ekwiwalentny poziom ochrony interesu ogólnego, a więc różnych istotnych dóbr, co państwo przyjmujące może też weryfikować. Jest to warunek równoważności z „miejscowymi” – mimo niespełnienia miejscowych wymogów – który dopiero zapewnia analogiczny status prawny, gwarantując możliwość uczestnictwa w swobodnym obrocie – nie jako generalną regułę, lecz właśnie dlatego, że zapewniono analogiczną ochronę, posługując się jedynie innymi środkami<sup>26</sup>.

Już tak rozumiana zasada wzajemnej uznawalności odgrywa istotną rolę w integracji rynków krajowych, zapobiegając prostemu protekcjonizmowi i wykorzystywaniu często drugorzędnych różnic pomiędzy systemami krajowymi o charakterze formalnym.

---

<sup>25</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 24 listopada 1993 r. w sprawach połączonych C-267/91, C-268/91. Postępowanie karne przeciwko *Bernard Keck i Daniel Mithouard*, Zb. Orz. 1993 I-06097.

<sup>26</sup> Por. Wilsher D., *Does Keck discrimination make any sense? An assessment of the non-discrimination principle within the European Single Market*, „European Law Review”, 33, 2008, nr 3, s. 6; A. Mattera, *The principle of mutual recognition and respect for national, regional and local identities and traditions*, [w:] *The Principle of Mutual Recognition in the European Integration Process*, eds F. Kostoris, P. Schioppa, Basingstoke 2005, s. 8–10.

Nie jest jednak automatyczna i funkcjonuje właściwie jedynie pomiędzy państwami o zbliżonym modelu i zakresie regulacji, podlegając dodatkowo procedurze weryfikacji równoważności, pozwalającej porównywać normy obu porządków oraz kontrolować sam towar czy usługę. Dodatkowo czasem wyodrębnia się uznawanie na poziomie materialnym oraz proceduralnym, a więc dotyczące samego chociażby towaru wyprodukowanego zgodnie z prawem innego państwa członkowskiego, a także dokumentów publicznych tam uzyskanych, takich jak licencje czy certyfikaty bezpieczeństwa. Właśnie ten drugi może prowadzić do najbardziej ograniczonej postaci omawianej zasady lub też pojawiać się dopiero po ustaleniu, że materialne wymogi państwa pochodzenia nie odbiegają od tego, co obowiązuje w państwie przyjmującym, celem potwierdzenia ich spełnienia przez producenta czy usługodawcę dzięki uwzględnieniu zagranicznych dokumentów publicznych.

Generalnie natomiast państwo przyjmujące jest w takim ujęciu zobowiązane uwzględniać to, co sobą reprezentuje dany towar, usługa czy pracownik, a więc tę jego „historię”, z której wynikać może ów reprezentowany poziom ochrony, jakiego jego władze oczekują. Na pewno więc legislatura tego państwa jest zobowiązana do tworzenia rozwiązań prawnych zapewniających w praktyce akceptację tego, co powstało i zostało wprowadzone do obrotu zgodnie z reżimem regulacyjnym innego państwa. Również po stronie administracji oraz wszelkich organów inspekcji i kontroli wymaga to otwartości na inne standardy oraz wykazania się aktywnością w ocenie umożliwiającej ich ustalenie<sup>27</sup>.

W tym kontekście warto zwrócić uwagę na orzeczenie w sprawie Foie Gras<sup>28</sup> wydane na tle francuskich norm dotyczących tego bardzo specyficznego i związanego z lokalną kulturą kulinarną produktu żywnościowego. Normy te nie zawierały klauzuli wzajemnego uznania pozwalającej na dopuszczanie do obrotu wyrobów wytworzonych zgodnie z analogicznymi standardami w innym państwie członkowskim. Zakwestionowanie tego braku przez Trybunał w tak specyficznym przypadku dobrze obrazuje, jak daleko idące obowiązki spoczywają na ustawodawcy w tym zakresie. Jeżeli natomiast w orzeczeniu w sprawie Van Wesemael<sup>29</sup> wobec usługodawcy z innego państwa egzekwowano przestrzeganie wymogów państwa przyjmującego bez uwzględnienia tego, co już zostało spełnione w kraju pochodzenia, to z pewnością musiało to stanowić narusze-

---

<sup>27</sup> C. Barnard, *The Substantive Law...*, (2010), s. 624.

<sup>28</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (szósta izba) z dnia 22 października 1998 r. w sprawie C-184/96 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Francuska*, Zb. Orz. 1998 I-06197.

<sup>29</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 18 stycznia 1979 r. w sprawach połączonych 110 oraz 111/78 *Ministère public i „Chambre syndicale des agents artistiques et impresarii de Belgique” ASBL v. Willy van Wesemael oraz inni*, Zb. Orz. 1979 35.

nie gwarancji traktatowych, stając się zresztą egzemplifikacją zakazu podwójnego obciążania. W tym rozstrzygnięciu chodziło o podlegające licencjonowaniu pośrednictwo pracy, a Trybunał równocześnie wskazał, że państwo będące miejscem wykonywania usługi jest zobowiązane dopuścić do wykonywania tej działalności na swoim terytorium, o ile licencja państwa pochodzenia jest wydana na warunkach porównywalnych do jego własnych i podlega ono tam odpowiedniemu nadzorowi obejmującemu wszelkie czynności, które mogą być wykonywane w państwie przyjmującym<sup>30</sup>.

Nawet jeżeli przemawiają za tym ważne argumenty, egzekwowanie równoważności może jednak rodzić wątpliwości co do zgodności z zasadniczymi ideami leżącymi u podstaw procesu integracji. Przecież sama formuła Cassis de Dijon wydaje się bardzo wyważona – z jednej strony pozwala na dopuszczanie do obrotu towarów legalnych w świetle prawa państwa pochodzenia, a z drugiej proponuje otwartą, rozwijającą się i docelowo szeroką listę ograniczeń, które jednak umożliwiają wykluczenie wzajemnej uznawalności, przez co zapewnia się odpowiednią ochronę interesu ogólnego. Zauważa się jednak, że o ile w samym orzeczeniu Cassis zabrakło wyraźnego nawiązania do równoważności, o tyle miała ona zostać zwerbalizowana w kolejnych orzeczeniach, jak np. Fietje<sup>31</sup>. Ale warto wskazać, iż tam Trybunał nie tyle wprowadził ten warunek, ile potwierdził zbędność weryfikacji produktu i powoływania się na konieczność ochrony określonego dobra, jeżeli na analogicznym poziomie została ona już zapewniona w państwie pochodzenia. Wydaje się to oczywiste, ale nie może być uznawane za tożsame z usankcjonowaniem samej równoważności<sup>32</sup>.

Natomiast uwzględniając wymowę formuły Cassis, trudno nie zastanawiać się nad sensownością dalszego limitowania wzajemnej uznawalności, bez możliwości powszechnego zastosowania, które nie ograniczy się do tego, co ekwiwalentne. Ewentualnie rozwiązaniem pośrednim byłoby domniemanie równoważności, które przynajmniej zwalniałoby z konieczności każdorazowego stosowania wspomnianej powyżej procedury weryfikacyjnej jako nieodłącznego elementu wzajemnej uznawalności. Ale i to wydaje się zbyt ograniczające, o ile nie zostanie przyjęte, iż jedynym sposobem obalenia tego domniemania jest właśnie powołanie powyższych ograniczeń, a więc będzie miało wymiar *stricte materialny*<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> Por. R.C. White, *Workers, Establishment, and Services in the European Union*, Oxford 2004, s. 194.

<sup>31</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 16 grudnia 1980 r. w sprawie C-27/80. Postępowanie karne przeciwko *Anton Adriaan Fietje*, Zb. Orz. 1980 03839.

<sup>32</sup> N. Emiliou, *The Principle of Proportionality...*, s. 230–232.

<sup>33</sup> C. Barnard, *The Substantive Law ...*, (2010), s. 93 – zob. jej komentarz do Cassis de Dijon; M.P. Egan, *Constructing a European Market. Standard, Regulation, and Governance*, Oxford 2001, s. 97, mówi o domniemaniu równoważności w kontekście Cassis. Zob. też A.R. Young,

Wymóg równoważności egzekwowany bezwarunkowo budzi ponadto poważne wątpliwości w świetle zasady proporcjonalności już w jej najbardziej podstawowym rozumieniu. Można bowiem dowodzić, że wymaganie wysokiego poziomu ochrony państwa pochodzenia albo przestrzegania sposobu, w jaki ma być ona zapewniana, i to w sposób automatyczny oraz niezależnie od istnienia obiektywnego uzasadnienia, jest zbyt daleko idące. W tym miejscu zagadnienie to poruszane jest jedynie wstępnie i powróci jako podsumowanie rozważań o roli samej zasady proporcjonalności na rynku wewnętrznym. Sama konieczność przestrzegania tej zasady także w tym zakresie nie może budzić wątpliwości, gdyż zawsze państwo przyjmujące musi wykazać, czy nie stosowało środków zbędnych i niewspółmiernych do zagrożenia, ale nie należy wykluczać wątpliwości co do granic zastosowania badania proporcjonalności. Z pewnością nie dostarcza ona podstaw do kwestionowania samej konieczności ochrony określonego dobra przez państwo przyjmujące, gdy nie jest ona zapewniana w ogóle w państwie pochodzenia, a więc sama wynikająca stąd reglamentacja obrotu wydaje się umotywowana. Ale do tego z pewnością nie potrzeba warunku równoważności, nawet jeżeli formalnie poziomy ochrony są inne i w konsekwencji także przywoływania proporcjonalności, aby konieczność tę podważyć, gdyż mieści się to w ogólnej dopuszczalności określonych przesłanek ochrony w zgodzie z samą formułą *Cassis de Dijon*. Natomiast prawdziwa różnica tych poziomów, gdy państwo przyjmujące narzuca większy rygorizm i powołuje się na ten warunek, nie może nie podlegać badaniu proporcjonalności i nie prowadzić do konstatacji, iż jest zbyt duży i jako taki zbędny dla ochrony danego dobra albo też rodzi nadmiernie negatywne skutki dla swobody przepływu, które są niewspółmierne do wynikających stąd korzyści<sup>34</sup>.

Warto zresztą zauważyć, jaka jest wymowa wspomnianego już Komunikatu Komisji z 2003 roku, który wyraźnie zakłada, że egzekwowanie wymogów technicznych, których produkt z innego państwa członkowskiego nie spełnia, podlega kontroli proporcjonalności. Nie podważa to oczywiście ogólnej kompetencji i dyskrekcji państwa przyjmującego co do oceny ryzyka oraz określania i egzekwowania np. w normach technicznych poziomu ochrony uznanego za właściwy dla takich dóbr, jak zdrowie, interesy konsumentów, środowiska i wielu innych, o ile są one uznane przez prawo unijne. Jednak Komisja potwierdziła, że środki takie muszą być w stanie założony cel zrealizować, nie wykraczając zarazem poza to, co jest konieczne do jego osiągnięcia, odpowiadając

---

*The Single Market, A New Approach to Policy*, [w:] *Policy-Making in the European Union*, eds H. Wallace, W. Wallace, M.A. Pollack, Oxford 2005, s. 103.

<sup>34</sup> J. Pelkmans, *Mutual recognition...*, s. 705, w takim kontekście wspomina o proporcjonalności; M.P. Maduro, *So close and...*, s. 820, wskazuje, że interes integracji może przeważać nad wysokim poziomem ochrony, z którego państwo przyjmujące musi zrezygnować, jeżeli jego koszty w tym kontekście okażą się nadmierne.

kryteriom odpowiedniości i niezbędności. Ocenia się to z uwzględnieniem właściwych technicznych lub naukowych przesłanek, a nie w sposób arbitralny, badając zwłaszcza ewentualne zagrożenie oraz niemożność równie skutecznej ochrony środkami mniej rygorystycznymi dla swobodnego przepływu, co wymaga uwzględnienia dostępnych alternatyw. Jeżeli więc państwo narzuca limit stosowania określonego składnika produktu spożywczego, musi przedstawić naukowe dowody na to, że jest to – zarówno co do istoty, jak i poziomu – niezbędne, pod rygorem niemożności stosowania wobec towarów unijnych zgodnie z zasadą pierwszeństwa. Stąd zdaniem Komisji zwykle wprowadzenie całkowitego zakazu stosowania określonego składnika produktu z powołaniem się na konieczność ochrony konsumenta spotka się z zarzutem nieuwzględnienia dostępnej alternatywy w postaci informacji na etykiecie. Komunikat nie pozostawia wątpliwości, że władze państwa przyjmującego są zobowiązane z własnej inicjatywy do rezygnacji z egzekwowania wymogów, które w powyższym rozumieniu okażą się nieproporcjonalne.

Przedstawione wykorzystanie proporcjonalności może więc stanowić istotne poszerzenie zastosowania zasady wzajemnej uznawalności czy też nawet uczynienie jej pełną – w stronę ogólnej dopuszczalności dostępu do rynku każdego państwa unijnych czynników produkcji. Jednakże czasem jej rola bywa pomniejszana argumentacją, iż w dominującej części przypadków jednak państwa unijne wyznają zbliżoną filozofię ochrony istotnych dóbr, a więc nie jest to aż tak znaczna różnica. Nie ma natomiast wątpliwości, że dzięki temu każdy środek krajowy, a więc także odwołujący się do wyższego poziomu ochrony w państwie przyjmującym, można by traktować jako ograniczenie naruszające gwarancje traktatowe, które oczywiście nie zawsze okaże się niedopuszczalne, ale wymaga usprawiedliwiania w sposób typowy dla systemu rynku wewnętrznego. Tym samym ustanawianie takiego poziomu i rezultat jego zastosowania nie podlegałyby automatycznej akceptacji, jako ogólnie przyjęta kompetencja państwa przyjmującego, lecz byłyby traktowane jako wyjątek. Stanowi to natomiast podstawę daleko idącego modelu ochrony, pozwalającego kwestionować różnorodne ograniczenia swobód, z którego zresztą często korzystać mogą tylko unijne czynniki produkcji, powołując się na gwarancje swobodnego przepływu transgranicznego, co bez zgody państwa nie przysługuje tym czysto krajowym. Model ten wymaga analizy staranniejszej w następnej części i tam też przedstawione zostaną kluczowe orzeczenia w tym zakresie<sup>35</sup>.

W tym miejscu warto jedynie zwrócić uwagę na dopuszczenie przez Trybunał zarówno bardzo szerokiego badania zagrożenia określonego dobra, jak i nawet daleko idących środków jego ochrony, które nie rezygnuje z badania proporcjonalności, ale

---

<sup>35</sup> Por. J. Pelkmans, *Mutual Recognition in Goods and services: An Economic Perspective*, [w:] *The Principle of Mutual Recognition in the European Integration Process*, eds F. Kostoris, P. Schioppa, Basingstoke 2005, s. 89.

w ostateczności odwołuje się do tzw. funkcjonalnej równoważności. Przykładem może być orzeczenie w sprawie Komisja v. Francja (188/84)<sup>36</sup>, w której Trybunał nie zakwestionował egzekwowania przez to państwo własnych wymogów wobec maszyn wykorzystywanych w robotach leśnych – także wobec pochodzących z Niemiec, gdzie wymogi w zakresie ochrony użytkownika były dużo niższe. Okazało się bowiem, że do personelu obsługującego je w Niemczech zaliczały się osoby o wysokim stopniu przygotowania zawodowego, a więc obsługa nie wymagała wygórowanych zabezpieczeń. We Francji natomiast byli to pracownicy reprezentujący o wiele niższe kwalifikacje, których należało właściwie chronić szczególnymi zabezpieczeniami przed ich własną niekompetencją i ryzykiem błędów – na poziomie wyższym niż niezbędny w Niemczech. Nadal jednak Francja nie mogła korzystać z automatycznego domagania się równoważności.

### C. Konsekwencje zastosowania

Uwzględniając omówiony powyżej charakter i zakres wzajemnej uznawalności należy rozważyć konsekwencje, jakie wywołuje usankcjonowany nią wymóg daleko idącej otwartości na obce czynniki produkcji, szczególnie jeżeli państwo przyjmujące nie może bezwzględnie egzekwować swojego poziomu ochrony. Z pewnością bowiem, im większy i bardziej bezwarunkowy jest zakres obowiązku ich dopuszczenia, a państwu wolno w mniejszym stopniu egzekwować przestrzeganie ochrony istotnych dla niego dóbr, tym intensywniej mogą być realizowane swobody i cały proces integracji, a rynek wewnętrzny może stawać się coraz liberalniejszy, stanowiąc zarazem podstawę obowiązywania zakazu ograniczeń w dostępie, analizowanego w następnej części tego opracowania<sup>37</sup>.

Implikuje to natomiast wspomnianą już ogólnie daleko idącą utratę kontroli przez państwo przyjmujące nad obrotem na swoim macierzystym rynku, skoro nie może ono regulować go autonomicznie, czy też wobec istotnej części tego obrotu jego kompetencje stają się coraz bardziej ograniczone i musi niejako respektować skutki sprawowania władzy przez innych regulatorów krajowych. Dodatkowym następstwem może być deregulacja, jeżeli zasada wzajemnej uznawalności zaczyna być wykorzystywana jako instrument ogólnej ochrony przed wymogami państwa przyjmującego w imię swobodnego przepływu, gdy np. towar pochodzi z kraju członkowskiego cechującego się niskimi standardami lub brakiem wymogów w określonym zakresie. W dalszym rozwoju może

---

<sup>36</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 28 stycznia 1986 r. w sprawie 188/84 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Francuska*, Zb. Orz. 1986 419.

<sup>37</sup> E. Spaventa, *From Gebhard...*, s. 747.

to nawet wpływać na politykę gospodarczą prowadzoną przez państwo, jeżeli zakres jego interwencjonizmu i ogólny poziom regulacji byłyby uznawany za zagrażające swobodnemu przepływowi. Dorobek orzecznicy Trybunału notuje przecież przypadki nadużywania swobód w celu ogólnej liberalizacji obrotu jako takiego, a nie obrotu wewnętrznego, jak stało się chociażby z tzw. formułą Dassonville<sup>38</sup>, wymagającą równoważenia formułą Keck, w której Trybunał wyraźnie na takie nadużycie jako przyczynę orzekania i doprecyzowania się powoływał<sup>39</sup>.

#### **a) Podział władzy i konkurencja regulacyjna**

Na pierwsze wspomniane wyżej zjawisko należy spojrzeć przez pryzmat tzw. horyzontalnego podziału władzy w UE – pomiędzy państwem pochodzenia i przyjmującym. Jego znaczenie nie zawsze jest doceniane ze względu na koncentrację na relacjach pionowych i odwiecznym sporze o kompetencje unijne, przejmowanie kontroli na kolejnymi obszarami funkcjonowania państw członkowskich oraz zasadę subsydiarności. Proces integracji był zwykle postrzegany przez pryzmat zagrożenia dla ich autonomii, co powodowało stopniowe wzmocnienie znaczenia tej zasady, a szczególnym tego przejawem stały się dwa pierwsze protokoły dołączone do Traktatu Lizbońskiego<sup>40</sup>. Oczywiście swobody mogą mieć pośredni wpływ na wzrost znaczenia regulacji unijnej, gdy niedostatki podziału horyzontalnego wymuszą konieczność harmonizacji i stworzenia jednolitych przepisów zastępujących wymogi krajowe. Nie jest to wykluczone, gdyż prawo rynku wewnętrznego objęte jest tzw. kompetencją dzieloną w rozumieniu art. 2 ust. 2 TFUE<sup>41</sup>.

Natomiast okazuje się, że również z tej perspektywy postrzegany może być chociażby dorobek formuły Cassis de Dijon<sup>42</sup>. Właśnie swobody oparte na zasadzie wzajemnej uznawalności stały się swoistymi instrumentami podziału horyzontalnego – pomiędzy narodowymi regulatorami, a rola ta wzrasta wraz ze zwiększaniem się zakresu ich oddziaływania. Zgodnie z podstawowym założeniem transfer kompetencji następuje więc przede wszystkim do państwa pochodzenia, ale pozwala to wyjaśnić także rolę wielu dopuszczonych ograniczeń swobodnego przepływu. Można przedstawiać je jako

<sup>38</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 11 lipca 1974 r. w sprawie 8/74 *Procureur du Roi v. Benoît i Gustave Dassonville*, Zb. Orz. 1974 837.

<sup>39</sup> J. Snell, *Goods and Services in EC Law. A Study of the Relationship Between the Freedoms*, Oxford 2002, s. 2–3, proponuje takie dwie perspektywy spojrzenia na swobody.

<sup>40</sup> Protokół (nr 1) w sprawie roli parlamentów narodowych w Unii Europejskiej [Dz. Urz. 30.3.2010, C 83/203] oraz Protokół (nr 2) w sprawie stosowania zasad pomocniczości i proporcjonalności [Dz. Urz. 30.3.2010, C 83/206].

<sup>41</sup> K. Armstrong, *Mutual Recognition...*, s. 225.

<sup>42</sup> L. Woods, *Free Movement...*, s. 70–71.

szczególony instrument odwrócenia podziału czy też zachowania kontroli nad pewnymi sferami życia przez państwo przyjmujące pomimo zasady wzajemnej uznawalności. Przejawem tego jest przewidziana w art. 36 TFUE przesłanka ochrony moralności publicznej oraz dorobek orzecznicy dotyczący chociażby hazardu, o czym będzie mowa w ramach rozważań nad proporcjonalnością.

Ten podział wydaje się nawet dużo intensywniejszy niż wertykalny oraz często pozbawiony kontroli i limitów, jakim podlega, proces prawodawczy w Unii. Z drugiej strony jest on mniej dostrzegalny ze względu na brak jasnego zadekretowania w Traktatach oraz dokonywanie go cokolwiek niezależnie od procesów demokratycznych i z góry przyjętych ustaleń. Jest bowiem stopniowo wykuwany w praktyce obrotu transgranicznego, codziennej działalności administracji krajowych, a przede wszystkim dorobku orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości kwestionującego utrudnienia w dostępie czynników produkcji niedostosowanych do wymogów prawnych państwa przyjmującego, ale zgodnych z wolą regulatora państwa pochodzenia. To tylko podkreśla zresztą rolę tej instytucji jako arbitra, który podejmuje zarazem decyzje natury politycznej<sup>43</sup>.

Na to zjawisko można spojrzeć jeszcze przez pryzmat realizacji idei tzw. ekonomicznego supranacjonalizmu, która wydaje się mieć reperkusje konstytucyjne. Zakłada ona, iż z jednej strony władze krajowe muszą respektować podejście do regulacji innych państw członkowskich, skoro zobowiązane są akcentować pochodzące stamtąd czynniki produkcji, a z drugiej także interesy i potrzeby uczestników obrotu z innych państw członkowskich pojawiających się na jego rynku oraz uwzględniać ich specyfikę. Równocześnie regulując obrót na swoim obszarze, państwa nie powinny zapominać o zewnętrznych konsekwencjach własnych wymogów, skoro chociażby towary wytworzone zgodnie z nimi uzyskują z zasady prawo dostępu do pozostałych rynków. W tym kontekście nie chodzi jedynie o ochronę wysokiej reputacji narodowej produkcji, ale też o ideę solidarności rozumianą jako liczenie się ze skutkami wypuszczenia ze swojego reżimu regulacyjnego czynników produkcji trafiających na pozostałe rynki narodowe<sup>44</sup>.

Generalnie natomiast nieodłącznym elementem tego podziału jest tzw. konkurencja regulacyjna czy też regulatorów<sup>45</sup>, która staje się tym większa, im szerzej traktuje się zasadę wzajemnej uznawalności. Jeżeli bowiem państwo przyjmujące mogłoby z całą mocą egzekwować założenie równoważności, respektując jedynie konieczność dopusz-

---

<sup>43</sup> K. Nicolaïdis, *Globalization with Human Faces: Managed Mutual Recognition and the Free Movement of Professionals*, [w:] *The Principle of Mutual Recognition in the European Integration Process*, eds F. Kostoris, P. Schioppa, Basingstoke 2005, s. 133.

<sup>44</sup> D. Chalmers, Ch. Hadjiemmanuil, G. Monti, A. Tomkins, *European Union Law*, Cambridge 2006, s. 677–679.

<sup>45</sup> Jest to próba przetłumaczenia na język polski terminu *regulatory competition*.



czania np. towarów, które choć wytworzone według innych standardów, zapewniają analogiczny poziom ochrony, wtedy konkurencja ograniczałaby się do wspomnianego już wymiaru proceduralnego, a więc osiągnięcia tego samego celu środkami najefektywniejszymi i najmniej kosztownymi. Natomiast w sytuacji, gdy również ów poziom ochrony zaczyna podlegać kontroli i może się okazać nieproporcjonalny, to w takim przypadku państwa mogą rzeczywiście zacząć konkurować niższymi standardami, stając się atrakcyjnym celem swoistej migracji przedsiębiorców, a zwłaszcza producentów czy usługodawców poszukujących i wybierających najliberalniejszego regulatora. Oczywiście istnieją pewne dziedziny, które w „wyścigu” tym nie biorą pełnego udziału ze względu na możliwość ściślejszego podporządkowania uczestników rynku miejscowym rygorom, jak prawo pracy czy podatki dochodowe, gdzie standard państwa pochodzenia nie może dominować i należy respektować narzucony reżim regulacyjny. Natomiast w znacznym zakresie funkcjonowania rynku wewnętrznego model konkurencji wywołuje bardzo dalekosiężne skutki<sup>46</sup>.

Warto przypomnieć orzeczenie w sprawie Centros<sup>47</sup> wydane na tle różnic pomiędzy krajowymi wymogami w zakresie kapitału zakładowego w spółkach posiadających cechy ograniczonej odpowiedzialności, który był wyjątkowo liberalnie traktowany w Wielkiej Brytanii. W następstwie tego rozstrzygnięcia okazało się, że może być to wykorzystane przez podmioty z wszystkich państw członkowskich, które uzyskały możliwość zakładania takich spółek w tym państwie celem prowadzenia za ich pośrednictwem działalności w pozostałych, chociażby w formie oddziału, czego władze miejscowe nie mogły kwestionować jako obejścia przepisów. Ten przykład może jednak dowodzić, iż teza o nadmiernym zagrożeniu, jakie stwarza wzajemna uznawalność, nie jest zupełnie bezpodstawna. Dotyka ono już nie tylko systemu regulacyjnego państwa, którego wymogi łatwo jest w ten sposób podważać, lecz z przyczyn wymienionych poniżej docelowo może uderzać z konkurencją jako taką<sup>48</sup>.

Zgodnie bowiem z pierwotnym założeniem konkurencja na takim rynku międzynarodowym, jaki ukształtowano w Unii, powinna umożliwiać testowanie różnych rozwiązań na poszczególnych rynkach krajowych i dążenie do wyboru najlepszego. Warto

---

<sup>46</sup> V. Mayer-Schonberger, A. Somek, *Introduction: Governing Regulatory Interaction: the Normative Question*, „European Law Journal”, 12, 2006, nr 4, s. 432–451, analizuje model teoretyczny konkurencji regulacyjnej i wskazuje na to, że się nasila w Unii.

<sup>47</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 9 marca 1999 r. w sprawie C-212/97 *Centros Ltd v. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, Zb. Orz. 1999 I-01459.

<sup>48</sup> Zob. jednak J. Snell, *Goods and Services...*, s. 47, który traktuje konkurencję regulacyjną nie jako konsekwencję wzajemnej uznawalności, lecz jej przeciwieństwo oparte na pełnym wyborze, nie jego narzuceniu. W kontekście unijnymi staje się ona następstwem kombinacji różnych regulacji i migracji uczestników rynku.

natomiast zauważyć, jakie skutki niesie możliwość niemalże nieskrępowanego korzystania z oferty innego państwa w zakresie prawa spółek, warunków działalności, uzyskiwania kwalifikacji czy też produkcji towarów celem prowadzenia działalności, świadczenia usług lub sprzedaży na obszarze całej Unii, a nie tylko na terytorium danego państwa. Zamiast konkurencji i pomimo braku reguły kraju pochodzenia nastąpić może tym samym swoiste zwycięstwo jednego standardu czy też nawet reżimu regulacyjnego, a wybór skutkujący dominacją padnie na ten z nich, który najchętniej wybierają uczestnicy rynku o największej sile oddziaływania<sup>49</sup>.

W tym kontekście przywołać należy często kojarzone w literaturze z konkurencją regulacyjną zjawisko wyścigu do dna (*race to the bottom*), wynikające z wymuszania stopniowego zniżania standardów celem sprostania wyzwaniu dostępności dużo liberalniejszych reżimów regulacyjnych i prowadzące do zwycięstwa tego najmniej wymagającego, często nieliczącego się z zagrożeniami dla ochrony dóbr pozarynkowych<sup>50</sup>. Orzeczenie w sprawie Centros jest tu wyjątkowo charakterystycznym punktem odniesienia, jeżeli się zważy, że powiela niemalże doświadczenia amerykańskie, znajdujące odzwierciedlenie w tzw. syndromie *Delaware*. Ten niewielki stan USA podawany jest jako przykład „oferowania” bardzo korzystnych norm prawa spółek, które zaczęły być wybierane przez nieproporcjonalnie wielki odsetek amerykańskich korporacji masowo rejestrujących swoje siedziby na jego obszarze, jednak z pokrzywdzeniem interesów pozostałych – o ile nie okażą się dostatecznie atrakcyjne lub nie podążą ścieżką liberalizacji. Także na obszarze Unii po wydaniu powyższego rozstrzygnięcia przez ETS inne państwa członkowskie stanęły przed wyzwaniem zliberalizowania wymogów związanych z zakładaniem spółek z o.o. celem zapobieżenia ucieczce przedsiębiorców do Wielkiej Brytanii<sup>51</sup>.

Zarazem nawet jeżeli model konkurencji zachowa swoją żywotność, to trudno nie zadać pytania o cechy, które będą przesądzały o zwycięstwie reżimów krajowych. Z założenia powinien być to ten system prawny, który jest ekonomicznie najefektywniejszy, ale w praktyce wcale nie musi to być tożsame nawet z najniższymi kosztami działalności, które często przesądzają o wyborze. Amerykańskie doświadczenie *Delaware* dowodzi, że wybór reżimu regulacyjnego nie był podyktowany także najlepszym interesem akcjonariuszy, co wydawałoby się oczywiste, lecz bardziej personelu zarządzającego i prawników sugerujących klientom określone rozwiązania. Z pewnością interes publiczny w ogóle nie musi być w takich przypadkach uwzględniany, a konkuren-

---

<sup>49</sup> D. Chalmers, Ch. Hadjiemmanuil, G. Monti, A. Tomkins, *European Union...*, s. 740.

<sup>50</sup> L. Woods, *Free Movement...*, s. 70.

<sup>51</sup> S. Deakin, *Legal diversity and regulatory competition: Which model for Europe*, „European Law Journal”, 12, 2006, nr 4, s. 446.

cji regulacji nie można w prosty sposób odnosić do tej, w której na rynku walczą o wybór klienta czynniki produkcji. Analogia taka bywa zawodna, zważywszy, że te pierwsze są o wiele bardziej zaawansowanymi strukturami i mają na celu zaspokajanie wielu bardzo złożonych wyzwań i potrzeb, wśród których względy *stricte* gospodarcze są tylko jednymi z wielu<sup>52</sup>.

Ponadto wymuszanie na państwie przyjmującym respektowania towarów czy usług spełniających niższe wymogi może budzić kontrowersje nie tylko z przyczyn, jakie ujawniły się w omawianym już orzeczeniu dotyczącym sprzedaży niemieckich maszyn do obróbki drewna we Francji. W państwach demokratycznych, zwłaszcza o wysokiej kulturze prawnej i przemysłowej, wysoki poziom ochrony określonych dóbr nie musi być przejawem bezmyślnego przeregulowywania rynku, lecz może stanowić integralny element wybranego modelu gospodarczego i być legitymizowany wynikiem społecznego konsensusu akceptowanego przez większość. Nie są to zagadnienia, które można całkowicie ignorować na etapie integracji dawno wykraczającej poza dokonania gospodarcze. Tak rozumiana konkurencja regulacyjna może natomiast powodować, że wybór będzie dokonywany nie przez wszystkich obywateli, lecz jedną grupę przedsiębiorców, co każe stawiać pytania o reprezentatywność takiego wyboru, a dodatkowo pojawia się wyzwanie ochrony dóbr uznawanych za co najmniej równie ważne jak integracja. Oczywiście jednak ów „wyścig do dna” nie jest nie do poskromienia, gdyż w tym celu system wspólnotowy wypracował istotne środki korygujące, będące przedmiotem dalszych rozważań – ale należy zdawać sobie sprawę z takich konsekwencji. Z drugiej też strony, odwołując się do idei suprancjonalizmu, można próbować twierdzić, że swobody jako instrumenty ochrony prawnej i podstawa skutecznych roszczeń zapewniają substytut reprezentacji wszystkich uczestników obrotu wewnątrzunijnego, którzy nie mogą z niej korzystać w normalnym procesie demokratycznym w państwie przyjmującym<sup>53</sup>.

Równocześnie, o ile obawy o bezwzględny „wyścig do dna” mogłyby być zasadne w przypadku reguły kraju pochodzenia, rozumianej jako absolutne „zwycięstwo” jednego systemu, o tyle w przypadku wzajemnej uznawalności, która nie wyklucza weryfikacji poziomu ochrony, ryzyko takie jest cokolwiek miarkowane. Zresztą już zastosowanie zasady proporcjonalności w sposób opisany powyżej wydaje się odpowiednim zabezpieczeniem przed tym. Ponadto powyższy model eliminacji rozwiązań mniej akceptowanych przez uczestników obrotu i zaniżania standardów jest cokolwiek uproszczony, gdyż wspomniana już cała złożoność systemu regulacyjnego

---

<sup>52</sup> H. Spamann, *Choice of Law...*, s. 14.

<sup>53</sup> S. Deakin, *Legal diversity...*, s. 441; S. Weatherill, *The internal market*, [w:] *The European Union Charter of Fundamental Rights*, eds S. Peers, A. Ward, Oxford 2004, s. 197.

powoduje, iż determinanty ich wyboru nie dają się tak łatwo zdiagnozować. Niejednokrotnie surowe wymogi danego rynku krajowego i związane z tym niedogodności, a zwłaszcza koszty działalności mogą być rekompensowane odpowiednim poziomem usług publicznych oferowanych w tym państwie. Łączy się to także z wysoką reputacją, na jakiej korzystają chociażby towary czy usługi legitymujące się takim pochodzeniem, która zapewnia niezaprzeczną przewagę konkurencyjną w zderzeniu z ofertą innych rynków krajowych<sup>54</sup>.

Jest to tylko jedna z przyczyn, dla której konkurencja regulacyjna musi być rozpatrywana jako zjawisko bardziej skomplikowane, w którym kierunek dostosowywania nie musi być aż tak jednostronny. Pojawiają się nawet sugestie, iż zbieg takich różnych czynników powodować może zjawisko swoistego dorównywania do najlepszych, co jako przeciwieństwo *race to the bottom* określane jest jako *race to the top*<sup>55</sup>. Ponadto niektórzy w tym kontekście dochodzą do wniosku o konieczności wyodrębnienia dodatkowego, trzeciego poziomu konkurencji, określanej czasem jako strukturalna. Konkurencja regulacyjna miała z założenia stanowić poziom bardziej zaawansowany wobec „zwykłej” konkurencji towarów, usług czy pracowników, koncentrując się na standardach produkcji czy działalności. Natomiast na tym najwyższym poziomie ujawniałyby się konkurencja całych systemów polityk gospodarczych i powiązanych z nimi modeli przyjętych w danym państwie, której efekt również nie jest łatwy do przewidzenia<sup>56</sup>.

### **b) Skutek deregulacyjny**

Wspomniany już skutek deregulacyjny jest przez wielu uważany za naturalną konsekwencję zasady wzajemnej uznawalności, która dopuszcza ingerowanie także w poziom ochrony przyjęty w państwie przyjmującym. Oczywiście w swojej podstawowej postaci może on zaistnieć wtedy, gdy jej stosowanie powoduje całkowite kwestionowanie wymogów krajowych tego państwa, co jednak formalnie wymagałoby braku analogicznych wymogów w państwie pochodzenia. Jednak wydaje się, że w szerszym ujęciu można tu ewentualnie zaliczyć sytuacje, w których dochodzi nawet do znacznego zaniżania standardów<sup>57</sup>. Niewątpliwie skutkuje to podważeniem regulacji miejscowych, wymuszającym przynajmniej ponowne rozważenie powodów ich wprowadzenia – rów-

---

<sup>54</sup> J. Pelkmans, *Mutual Recognition in Goods...*, s. 114.

<sup>55</sup> V. Mayer-Schonberger, A. Somek, *Introduction...*, s. 432.

<sup>56</sup> G. Davies, *Nationality Discrimination in the European Internal Market*, The Hague 2003, s. 107–114, proponuje wyodrębnianie takich trzech poziomów konkurencji i ich staranną analizę.

<sup>57</sup> Zob. M.P. Maduro, *Harmony and Dissonance in Free Movement*, „The Cambridge Yearbook of European Legal Studies”, 4, 2001, s. 320.

niez wobec własnych przedsiębiorców, jeżeli mieliby oni stać się ofiarami odwrotnej dyskryminacji z powodu konieczności przestrzegania norm, które dla konkurujących z nimi podmiotów unijnych stają się właściwie nieobowiązujące. Warto pamiętać, że generalna wymowa formuły Cassis de Dijon odwołuje się także do obciążenia państwa ciężarem dowodu w zakresie zasadności utrzymywania wymogów godzących w swobodny przepływ<sup>58</sup>.

Jak już wskazywano, w takim ujęciu swobody stają się nawet instrumentem zwalczania różnorodnych regulacji krajowych, w skrajnym przypadku już nie tylko dlatego, że mogą negatywnie wpływać na wymianę wewnątrzunijną, lecz po prostu z powodu ograniczania abstrakcyjnie ujętej wolności gospodarczej, uniemożliwiając nieskrępowaną aktywność. Jest to doświadczenie, które wynikło z nadużywania formuły Dassonville, powodując konieczność przyjęcia rozwiązań poskramiających w ramach formuły Keck. Dotyczyło ono swobody przepływu towarów, gdyż ta swoboda była pierwotnie najbardziej zliberalizowana, ale może ono z pewnością zostać potraktowane jako uniwersalne. Skutek deregulacyjny warto bowiem widzieć w szerokim wymiarze, a więc nie tylko, jako możliwość kwestionowania określonej regulacji, zwłaszcza takiej, którą uczestnicy obrotu transgranicznego uznają za wpływającą negatywnie na korzystanie ze swobód. Może on bowiem prowadzić do zwalczania wszelkiej publicznej interwencji rynkowej w państwie oraz wszelkich środków godzących w skrajnie pojęty wolny rynek, a więc wspomnianego już podważania przyjętego modelu gospodarczego, nawet w służbie głębokiego liberalizmu. Dla władz krajowych bywa to trudne do zaakceptowania, szczególnie jeżeli koliduje z przyjętą ideą społecznej gospodarki rynkowej lub uderza w regulacje o bardzo utrwalonej tradycji, jak np. słynne normy czystości piwa w Niemczech, które liczyły sobie setki lat, a musiały zostać porzucone wobec norm napojów z innych państw członkowskich<sup>59</sup>.

W ten sposób, pomimo pierwotnych założeń neutralności prawa wspólnotowego wobec wybranego przez władze krajowe modelu, swobody, cokolwiek jako skutek uboczny, stały się instrumentem liberalizacji handlu, wymuszając niejednokrotnie poświęcanie innych wartości na ołtarzu integracji i wolności gospodarczej, co oczywiście obecnie system unijny stara się na różne sposoby równoważyć. Ich funkcja zdaje się nie ograniczać jedynie do zwalczania protekcjonizmu, a dzieje się to w oparciu o realizację

---

<sup>58</sup> M.P. Egan, *Constructing a European...*, s. 95; J. Shaw, J. Hunt, Ch. Wallace, *Economic and social law of the European Union*, Basingstoke 2007, s. 61; M. Kożuch, *Swoboda świadczenia usług w Unii Europejskiej*, cz. 4, [w:] *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, red. J. Barcz, Warszawa 2011, s. IV-5; A. McGee, S. Weatherill, *The Evolution of the Single Market – Harmonisation or Liberalisation*, „Modern Law Review”, 53, 1990, nr 5, s. 578.

<sup>59</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 12 marca 1987 r. w sprawie 178/84 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Federalna Niemiec*, Zb. Orz. 1987 1227.

kompetencji nie przez prawodawcę, lecz sędziów Trybunału Sprawiedliwości, co ponownie potwierdza ich szczególną rolę w procesie integracji. Ujmując inaczej, tak jak swobody stały się narzędziem arbitrażu pomiędzy regulatorami, cokolwiek analogicznie zaczęły być wykorzystywane do rozstrzygania odwiecznego sporu między interwencją a wolnym handlem, a więc nawiązując do rozważań początkowych – nie można w ich przypadku pomijać rozważań o liberalnej konstytucji gospodarczej<sup>60</sup>.

W tym miejscu chodzi o samo systemowe ujęcie tego zagadnienia, bez analizy konkretnych przykładów rozstrzygnięć Trybunału, gdyż zostaną one rozważone w ramach modelu ochrony prawnej i jego dalekosiężnych konsekwencji. Stąd skutek deregulacyjny będzie tam przywołany ponownie wraz ze wskazaniem jego praktycznego wymiaru. Natomiast w takim ogólnym przedstawieniu warto wskazać na metodę działania Trybunału, który z jednej strony, jak już wskazano, stosuje bardzo otwartą wykładnię traktatowych gwarancji swobód, przyznając sobie kompetencję do kwalifikowania jako ich naruszenie bardzo różnorodnych środków krajowych, a z drugiej potrafi przyjmować abstrakcyjny test znacznej intensywności kontroli. W skrajnym przypadku opiera się to na założeniu kwestionowania wszystkiego, co mogłoby uczynić korzystanie ze swobód, a w praktyce aktywność ekonomiczną jaką taką, po prostu trudniejszą. W takich też ramach widzieć należy zasadę wzajemnej uznawalności, której wykorzystaniem Trybunał wymusza dopuszczanie na rynki państw, także o wysokim poziomie regulacji, obcych czynników produkcji – niejako właśnie z pominięciem czy też wbrew regulacjom miejscowym, którym odmawia racji stosowania, a nawet obowiązywania. Dotyczy to oczywiście obrotu transgranicznego, ale jak już zauważono, często nie pozostawiając politycznego wyboru władzom krajowym, które muszą właściwie z nich zrezygnować, jeżeli nie chcą narazić własnych przedsiębiorców na nadmierną presję konkurencyjną<sup>61</sup>.

Warto przywołać w tym kontekście orzeczenie w sprawie Säger<sup>62</sup>, którego przedmiotem było utrwalone w niemieckich przepisach zastrzeżenie dla rzeczników patentowych lub adwokatów prawa wykonywania działalności polegającej na wspomaganie uprawnionych z patentów w zakresie kontroli terminów opłat patentowych i ich ewentualnego uiszczania. Na tej podstawie jeden z niemieckich rzeczników wystąpił przeciwko brytyjskiej spółce, która na rzecz podmiotów z różnych krajów prowadziła tego rodzaju działalność także na obszarze Niemiec, proponując bardzo konkurencyjne stawki, lecz

---

<sup>60</sup> A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności jako gwarancja swobód rynku wewnętrznego Wspólnoty Europejskiej*, Warszawa 2009, s. 211, nie podziela jednak tego ostatniego poglądu; E. Szyszczak, *The Regulation of the State in Competitive Markets in the EU*, Oxford 2007, s. 12; J. Pelkmans, *Mutual Recognition in Goods...*, s. 87; S. Weatherill, *The internal market...*, s. 194; H. Spamann, *Choice of Law...*, s. 27.

<sup>61</sup> L. Woods, *Free Movement...*, s. 212–214; H. Spamann, *Choice of Law...*, s. 28.

<sup>62</sup> *Säger (C-76/90)*.

nie legitymując się osobami z wymaganymi tytułami zawodowymi. Bez znaczenia okazało się jednak nawet orzeczenie niemieckiego Trybunału Konstytucyjnego, które także niemieckie spółki z o.o. pozbawiało takiej możliwości, gdyż w praktyce uniemożliwiało to podmiotom obcym dostęp do rynku niemieckiego. Tu właśnie ich prawo świadczenia usług okazało się nadrzędne nad mającym długą tradycję rozwiązaniem, gdyż skoro mogli oni to czynić zgodnie z prawem państwa swojej siedziby, niedopuszczalność kwestionowanej działalności w miejscowych przepisach nie mogła być utrzymana. Trybunał nie pozostawił wątpliwości, że gwarancje traktatowe wymagają usunięcia wszelkich ograniczeń, które mogą uniemożliwić lub w jakikolwiek sposób utrudnić wykonywanie usług, jakie zgodnie z prawem świadczone były w państwie pochodzenia, a podmiot wykonujący je chciałby rozszerzyć ich zakres terytorialny<sup>63</sup>.

Natomiast przykładem wymuszenia rezygnacji z ingerencji w mechanizmy wolnorynkowe może być orzecznictwo dotyczące tzw. złotych akcji, w którym znacznie ograniczono, a w niektórych przypadkach całkowicie zablokowano utrzymywanie szczególnych przywilejów Skarbu Państwa w spółkach uznanych za strategiczne dla jego interesów lub w następstwie ich prywatyzacji. Jak wiadomo, zostało to uznane za barierę w swobodzie przepływu kapitału i dotknęło nawet „flagowego okrętu” niemieckiej gospodarki, jakim jest koncern Volkswagen. Nie jest to już przykład ewidentnego zastosowania zasady wzajemnej uznawalności, ale może on właściwie obrazować potencjał deregulacji zakodowany w swobodach<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> Zob. komentarz R.C. White, *Workers, Establishment...*, s. 198.

<sup>64</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 23 października 2007 r. w sprawie C-112/05 *Komisia Wspólnot Europejskich v. Republika Federalna Niemiec*, Zb. Orz. 2007 I-08995.

## ROZDZIAŁ II

### ŚRODKI KORYGUJĄCE

#### 1. OGÓLNE ZAŁOŻENIA

Zważywszy, jak dalekosiężne konsekwencje wywołują swobody, w systemie unijnym w naturalny sposób muszą istnieć rozwiązania, które zgodnie z zapowiedzią mogłyby zapobiegać nadużyciom oraz zapewniać ochronę innych niż integracja i wolność gospodarcza dóbr i wartości, nawet za cenę zaburzeń w funkcjonowaniu rynku wewnętrznego. W tym kontekście wymienia się szereg aspektów traktowanych jako zewnętrzne wobec samego swobodnego przepływu, począwszy od ryzyka sprzedaży produktów niebezpiecznych, nieuczciwej konkurencji czy naruszenia praw własności intelektualnej aż po zagrożenia dla środowiska naturalnego, praw pracowniczych lub bezpieczeństwa drogowego. W ujęciu ogólniejszym pojawiają się jeszcze chociażby względy ochrony wolności obywatelskich i wartości konstytucyjnych, ale także godności, autonomii i równości jednostek czy pluralizmu oraz całej sfery społeczno-kulturowej, którym swobody nie powinny zagrażać, a zwłaszcza ich eliminować. Mieszczą się tu również przesłanki zachowania porządku i bezpieczeństwa publicznego, stabilności finansów oraz właściwego funkcjonowania państwa i jego władz – np. wymiaru sprawiedliwości, systemu podatkowego czy ubezpieczeń społecznych. Są to oczywiście jedynie przykładowe wymagające uwzględnienia przesłanki, które powinny dawać wyobrażenie, jak skomplikowane jest to zagadnienie<sup>65</sup>.

Konieczność ich ochrony spowodowała wkomponowanie jako integralnej części konstrukcji swobód różnorodnych wyjątków i ograniczeń, które umożliwiają korygowanie w powyższym rozumieniu i wymagają jeszcze omówienia. Generalnie jego dopuszczalność, wpływająca także ewentualnie na powstrzymanie konkurencji regulacyjnej, jest przez niektórych przedstawiana jako cecha szczególna modelu europejskiego, odróżniająca go od pierwowzoru amerykańskiego, gdzie zdaniem niektórych ma następować nawet bezwzględna eliminacja „przegranej” regulacji<sup>66</sup>. W Unii natomiast stają się

---

<sup>65</sup> Propozycję kategoryzacji ewentualnych przesłanek tego rodzaju zob. D. Chalmers, Ch. Hadjiemmanuil, G. Monti, A. Tomkins, *European Union...*, s. 833–834.

<sup>66</sup> Różnice między systemem amerykańskim i europejskim analizuje S. Deakin, *Legal diversity...*, s. 441; S. Weatherill, *Why harmonise?*, [w:] *European Union Law for Twenty-First Century. Rethinking the New Legal Order*, vol. 2. *Internal Market and Free Movement Community Policies*, eds T. Tridimas, P. Nebbia, Oxford 2004, s. 19, wskazuje, iż określa się to mianem warunkowej konkurencji regulacyjnej.



one coraz bardziej uzasadnione wraz z postępującą uniwersalizacją jej systemu, który nie może koncentrować się jedynie na wymiarze ekonomicznym. Istotny w tym kontekście jest także rozwój samych swobód, a więc zauważalne w orzecznictwie zwiększanie się dzięki wykładni zakresu ich oddziaływania i wzajemnej uznawalności oraz skuteczności ochrony prawnej, uzyskiwanej na ich podstawie pozwalającej kwestionować zwłaszcza wymogi krajowe<sup>67</sup>.

Zresztą od początku istnienia Wspólnot sama idea ochrony takich pozarynkowych wartości i uwzględniania innych jeszcze aspektów była oczywista. Dlatego znalazło to odzwierciedlenie we wpisaniu w konstrukcję swobód nie tylko samego zakresu wolności, lecz także dopuszczalnych ograniczeń oraz konieczności rozstrzygnięcia konfliktu pomiędzy nimi a dobrem integracji, jak również między prawami jednostek będących beneficjentami swobód a interesem publicznym, czego wynik nie jest z góry przesądzony. Ten mechanizm równoważenia jest także funkcją przywoływanej już zwiększającej się roli Trybunału, który pomimo swoich oczywistych działań prointegracyjnych stara się w tym kontekście być arbitrem, co spowodowało zresztą znaczne rozbudowanie w orzecznictwie pierwotnego, bardzo skromnego katalogu dóbr chronionych, symbolizowanego przez formułę *Cassis de Dijon* z jej względami koniecznymi<sup>68</sup>. Odgrywanie przez sędziów tak istotnej roli przywołuje ponownie wątpliwości, czy nie ponosząc odpowiedzialności politycznej, są rzeczywiście powołani do rozstrzygnięcia bardzo podstawowych dylematów współczesnego państwa i gospodarki, zwłaszcza w oparciu o bardzo ogólne regulacje traktatowe. Obecnie sięgają one zresztą nie tylko konfliktów pomiędzy wolnością gospodarczą a na przykład dobrem konsumenta czy środowiska, lecz nawet zakresu ochrony socjalnej czy zdrowia<sup>69</sup>.

To także należy widzieć w kontekście trudnej do pominięcia roli swobód w ingerowaniu w podział władzy, która tu ujawniła się w wymiarze instytucjonalnym, implikując przesunięcie punktu ciężkości w stronę sądownictwa oraz częściowo wertykalnym – na poziom ponadnarodowy, wtedy gdy Trybunał nie pozostawia samodzielnych rozstrzygnięć sądom krajowym, jedynie w oparciu o swoje wskazania. Jeżeli zarazem wiąże się to ze wspomnianym zaniżaniem standardów oraz skutkiem deregulacyjnym, to warto przywołać także tzw. *market failure*, pojęcie rozumiane jako niezdolność procesów czysto rynkowych, kojarzonych z konkurencją i liberalizacją, do osiągnięcia ogólniejszych celów, a nawet dostatecznej korekty w powyższym rozumieniu. Uwzględniając jednak pierwotne założenia wspólnotowe co do kształtu integracji, nie wydaje się,

---

<sup>67</sup> Por. M. Szpunar, *Promocja towarów...*, s. 87.

<sup>68</sup> M.P. Egan, *Constructing a European...*, s. 99.

<sup>69</sup> M. Dougan, "And some fell on stony ground..." *A review of Giandomenico Majone's Dilemmas of European Integration*, „European Law Review”, 31, 2006, nr 6, s. 874.

aby zakładano początkowo, że tak rozumiany mechanizm swobód ma być jedynym, a nawet wiodącym instrumentem jej realizacji. Wymagał on niewątpliwego uzupełnienia wspólnymi regulacjami ponadnarodowymi w ramach integracji pozytywnej, szczególnie tam, gdzie jego skutki mogą wywoływać największe zagrożenia lub wątpliwości, lub też potrzeba jednolitości wymogów prawnych wydaje się największa<sup>70</sup>.

Unijna regulacja daje pewność co do stanu prawnego w obrocie transgranicznym na całym rynku wewnętrznym oraz nie wymaga zarządzania różnicami czy rozstrzygnięcia konfliktów systemów. Jednak jej wadą, szczególnie w przypadku pełnej harmonizacji, jest eliminacja konkurencji, różnorodności, autonomicznych modeli regulacji, a także przywiązania do lokalnych wartości, które w danym państwie są uznawane za szczególnie godne ochrony. Jeżeli w kontekście mechanizmu swobód diagnozuje się skutek deregulacyjny, to takie rozwiązanie może być kojarzone ze swoistą re-regulacją, a nawet przeregulowaniem, gdzie ponownie podejście cokolwiek wolnorynkowe zostaje zastąpione interwencją. Z tym zresztą, nie zawsze słusznie, kojarzona jest współczesna Unia Europejska i nie stanowi to jedynej przyczyny, dla której z dużą ostrożnością podchodzić należy do owej pokusy pozornie prostego remedium na niedostatki integracji negatywnej i mechanizmu swobód. Zbyt częste jej wykorzystywanie oznaczałoby także, iż ów *market failure* stanowił tylko pretekst do zwiększania roli legislacji unijnej i centralizacji, wpisując się ponownie w wertykalny podział władzy – tym razem rozstrzygnięty ostatecznie na niekorzyść kompetencji państw, a deregulacja byłaby jedynie przejściowa czy też incydentalna. Dlatego też należy rozważyć jej relacje ze swobodami oraz mechanizmem, na jakim się opierają.

Natomiast tam, gdzie nie dochodzi do harmonizacji i podstawowym wyzwaniem pozostaje podział horyzontalny, poszukiwano także innych mechanizmów korygujących czy też środków nadzoru eliminujących tak charakterystyczną tu niepewność. Pewną propozycją alternatywną wydawało się odgórne zadekretowanie czy też zarządzanie nim zgodnie z formułą Kecka, która – jak już wskazano – była odpowiedzią na nadużywanie pierwszej z formuł w zakresie swobody przepływu towarów, a więc *Dassonville*, kojarzonej z budową podwalin rynku wewnętrznego. Jest ona znana przede wszystkim z wprowadzenia pozornie dosyć prostej kwalifikacji środków krajowych państwa przyjmującego, które można kwestionować jako naruszające zakaz ograniczeń ilościowych i środków o skutku równoważnym z obecnego art. 34 TFUE. Kwalifikacja ta była jednak następnie wielokrotnie kwestionowana jako trudna do stosowania w praktyce, nawet przepływu towarów, oraz ewentualnego wykorzystania na gruncie pozostałych swobód. Natomiast w omawianym kontekście warto ją przywołać jako interesującą propozycję

---

<sup>70</sup> Zob. J. Snell, *Goods and Services...*, s. 3; E. Spaventa, *From Gebhard...*, s. 745.

zarządzania podziałem władzy, a więc pewną formę korygowania konkurencji regulacyjnej czy też właściwie zastępowania jej narzuconym wyborem. Okazało się bowiem, że spełnienie tylko niektórych wymogów państwa pochodzenia legitymizuje automatyczny i nieskrępowany dostęp do rynku innego państwa członkowskiego, a z drugiej strony, zamiast konkurencji, pojawiać się może jeden odgórnie narzucony regulator krajowy w ramach swobodnego przepływu<sup>71</sup>.

Dzieje się tak w przypadku tzw. wymogów wobec towaru, dotyczących receptury, kształtu, opakowania, które potraktowano właśnie zgodnie z formułą Cassis de Dijon jako niedopuszczalne ograniczenie swobody wobec towarów. W tym zakresie więc – zgodnie z przedstawionym powyżej modelem – usankcjonowano pozbawienie państwa przyjmującego możliwości regulowania tej sfery obrotu, uznając, iż jeżeli tylko nie zachodzą szczególne przesłanki ochrony interesu ogólnego, towar dopuszczony do legalnego obrotu w państwie pochodzenia może być sprzedawany na obszarze całego rynku wewnętrznego. Natomiast wobec tzw. warunków sprzedaży, marketingu, dystrybucji, dotyczących chociażby godzin otwarcia sklepów, z góry kompetencją regulacyjną pozostawiono właśnie władzom miejsca jej ostatecznego dokonania, uznając, że warunki te stanowią przejaw wymagających szanowania wyborów dokonywanych przez daną zbiorowość<sup>72</sup>.

Jak wykażą jeszcze rozważania w kontekście modelu ochrony, obecnie nawet w zakresie swobody przepływu towarów, trudno twierdzić, że warunki sprzedaży są wyłączone z zakresu zakazu przewidzianego w art. 34 TFUE i tym samym także nie podlegają zasadzie wzajemnej uznawalności oraz nie mieszczą się w tak ustalonym podziale władzy. W samej formule Kecka dotyczyło to jedynie warunków niedyskryminujących, a ponadto kategoria ta uległa rozmyciu, gdyż okazało się, że nawet takie środki muszą podlegać kontroli zgodności z gwarancjami traktatowymi, gdyż niejednokrotnie utrudniają dostęp do rynku państwa przyjmującego w sposób nie do pogodzenia z zasadami swobodnego przepływu. Dlatego należy przyjąć, że niemożliwa jest rezygnacja z tradycyjniejszych propozycji mechanizmów korygujących, jakie zostaną rozważone w niniejszym punkcie<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> D. Miąsik, komentarz do art. 34, [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, red. A. Wróbel; t. 1. *Art. 1–89*, red. D. Miąsik, N. Półtorak, t. 2. *Art. 90–222*, red. K. Kowalik-Bañczyk, M. Szwarz-Kuczer, Warszawa 2012, t. 1, s. 582–584 – analiza formuły Kecka; natomiast w D. Chalmers, Ch. Hadjiemmanuil, G. Monti, A. Tomkins, *European Union...*, s. 685–686, formuła Kecka widziana przez pryzmat podziału władzy.

<sup>72</sup> Por. M.P. Egan, *Constructing a European...*, s. 105.

<sup>73</sup> A. Zawidzka, *Rynek wewnętrzny Wspólnoty Europejskiej a interes publiczny*, Warszawa 2002, s. 30, próbuje jednak traktować ten podział jako wyznaczający granice zastosowania gwarancji swobody przepływu towarów.

Podobnie traktować należy orzeczenie z zakresu swobody przepływu usług, a więc *Alpine Investments BV*<sup>74</sup>, które próbowano wpisywać w analogiczną metodę podziału władzy, ale koncepcja przenoszenia formuły Kecka na ten grunt nie została ostatecznie zaaprobowana. Trybunał uznał w nim, iż ograniczeniem świadczenia w rozumieniu obecnego art. 56 TFUE jest zakaz państwa pochodzenia usługodawcy, a więc mającego siedzibę na jego terytorium, nawiązywania kontaktów telefonicznych z potencjalnymi klientami zamieszkałymi w innym państwie członkowskim bez ich wcześniejszej zgody, w celu zaproponowania swojej oferty w zakresie usług finansowych. Gdyby ów tzw. *cold calling* ewentualnie przyrównać do warunków sprzedaży w państwie przyjmującym, wtedy dążenie do jego regulacji w państwie pochodzenia można by traktować jako niewłaściwe właśnie dlatego, że podważa z góry zadekretowany podział władzy i stąd co do zasady narusza powyższy przepis. Z drugiej jednak strony nawet Trybunał podział ten był gotów poddawać weryfikacji czy też zakładać, że państwo, które ma nie korzystać z kompetencji regulacyjnych w danym zakresie, może być uprawnione do wprowadzania ograniczeń. Dlatego uznał, że ze względu na przesłanki ochrony interesu ogólnego, w tym przypadku w celu ochrony zaufania inwestorów do krajowych rynków finansowych, możliwe jest uznanie powyższego zakazu za usprawiedliwiony. Jednak o ile samo rozstrzygnięcie wydaje się nie budzić wątpliwości, o tyle próby jego powiązania z podziałem władzy nie zostały następnie potwierdzone<sup>75</sup>.

## 2. DOPUSZCZALNE WYJĄTKI I OGRANICZENIA SWOBÓD

### A. Zasady obowiązywania

Zgodnie z powyższymi rozważaniami to dopuszczalne ograniczenia swobód stanowią najbardziej oczywisty środek korygujący, mający zapewnić w procesie budowy i funkcjonowania rynku wewnętrznego ochronę różnorodnych dóbr i wartości pozarynkowych. W omawianym kontekście racja ich istnienia wiąże się zarazem z zachowaniem uprawnień regulacyjnych przez państwo przyjmujące także wobec tej części obrotu, pomimo ogólnej zasady wzajemnej uznawalności i wymuszenia dopuszczania czynników produkcji legalnie wprowadzonych do obrotu w innej części rynku wewnętrznego, nawet jeżeli nie odpowiadają jego wymogom. Uzasadnieniem jest niezapewnienie takiej

---

<sup>74</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 10 maja 1995 r. w sprawie C-384/93 *Alpine Investments BV v. Minister van Financiën*, Zb. Orz. 1995 I-01141.

<sup>75</sup> Por. M. Szpunar, *Promocja towarów...*, s. 242; C. Gydał, *The Principle of Proportionality*, Stockholm 2006, s. 63.

właściwej ochrony w państwie pochodzenia, przez co mogą one stanowić zagrożenie w tym zakresie.

Należy oczywiście zdawać sobie sprawę, że skutki ich zastosowania nie ograniczają się do swoistego przywrócenia władzy państwu przyjmującemu, co w tym miejscu ma oczywiście znaczenie pierwszorzędne. Nawet jeżeli trudno kwestionować ich niezbędność, nie można nie zauważyć, że kolidują z realizacją podstawowych idei leżących u podstaw swobód, wywołując szereg konsekwencji typowych dla szeroko ujmowanej reglamentacji wolności gospodarczej i wolnego rynku oraz ograniczania aktywności jednostki. W tym kontekście państwo korzysta bowiem z ogólnie stosowanych instrumentów takiej reglamentacji, jak całkowite zakazy, ewentualnie nakładanie warunków lub wymaganie zezwoleń, licencji, koncesji, a przynajmniej notyfikacji. Stąd mechanizm swobód może być widziany także przez pryzmat konfliktu interesu wspólnego i indywidualnego, zwłaszcza że często pierwotnym powodem działania organów krajowych jest protekcjonizm oraz rynkowa interwencja, dla których dopuszczalne wyjątki od swobód stają się dobrym pretekstem i dlatego ich stosowanie wymaga wyjątkowo starannej kontroli<sup>76</sup>.

Z formalnego punktu widzenia należałoby ewentualnie dokonać rozróżnienia pomiędzy „czystymi” warunkami działalności, jak np. dotyczącymi rejestracji, a jej ograniczeniami. Jednak z perspektywy unijnej ma to znaczenie drugorzędne, gdyż są one objęte jednolitym modelem powyżej wspomnianej kontroli o charakterze funkcjonalnym, a ponadto linia rozgraniczenia nie przebiega we wszystkich systemach krajowych w tym samym miejscu i właśnie nawet wymogi *stricte* formalne mogą być wykorzystywane jako dogodny pretekst do utrudniania swobodnego przepływu. Już bardziej adekwatna wydaje się identyfikacja interesów stojących za danymi wymogami krajowymi, gdyż ułatwia ona ocenę dopuszczalności z perspektywy zasad funkcjonowania rynku wewnętrznego. Stąd niektórzy wyróżniają kategorię obiektywnie istniejącego ważnego interesu publicznego, do której zalicza się różnorodne zagrożenia. Zapobieganie i zwalczanie tych zagrożeń, jak chociażby związanych z życiem i zdrowiem, bezpieczeństwem publicznym, środowiskiem naturalnym, jest powszechnie akceptowane. Dzięki temu powołanie się na tego rodzaju przesłanki wzbudza mniejszą podejrzliwość, a ocenie podlega głównie dobór środków ochrony. Natomiast w drugiej kategorii mieścić się mają przyczyny określane jako subiektywne z perspektywy państwa, związane z realizowaną polityką gospodarczą i społeczną, które dużo trudniej jest uzasadnić w kontekście unijnym zarówno ze względu na podejrzenia o protekcjonizm, jak i generalnie wybór

---

<sup>76</sup> Ogólne rozumienie reglamentacji gospodarczej omawia M. Szydło, *Swoboda działalności gospodarczej*, Warszawa 2005, s. 203–206, 278–279; A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 212.

sprzeczny z ideami integracji. Ale niewątpliwie wzrost znaczenia wymiaru pozarynkowego Unii stanowi solidniejszą podstawę ich powoływania<sup>77</sup>.

W tym miejscu oczywiście należy przypomnieć, że ze względu na wpływ dopuszczalnych ograniczeń na budowę rynku wewnętrznego oraz przyjęty model wykładni ich stosowanie podlega bardzo rygorystycznym regułom stanowiącym w dużej części dorobek orzecznictwa. Podkreśla się tu zwykle konieczność wskazania podstawy oraz starannego uzasadnienia rzeczywistej niezbędności ochrony naprawdę istotnych dóbr, unikając zarazem podważania samej istoty swobód oraz konieczność traktowania jako wyjątku podlegającego skrajnie zawężającemu rozumieniu. Zważywszy, z jaką ostrożnością i wstrzeźliwością Trybunał odnosi się do nich, nie ulega wątpliwości, że dowiedzenie ich legalności i dopuszczalności wymaga znacznie większego wysiłku niż stwierdzenie, że określony przejaw działalności mieści się w zakresie swobód i zasługuje na ochronę. Uznanie ich za bezprawne nie wyklucza nawet nieosiągnięcie przez państwo jakichkolwiek korzyści z tego tytułu, a z drugiej strony za szczególnie niewłaściwe uważa się wykorzystywanie dopuszczalnych przesłanek jako pretekstu do ochrony własnego rynku i wprowadzania zbędnych restrykcji. Równocześnie fundamentalny charakter swobód wymaga oceny działań i zaniechań państwa przez pryzmat rezultatu, a więc nie tylko z uwzględnieniem przepisów, lecz także praktyki administracyjnej oraz orzecznictwa sądowego i dopiero w tym świetle oceniać należy ochronę danych dóbr, ich uzasadnienie oraz dobór środków w tym celu<sup>78</sup>.

Z drugiej jednak strony w niektórych dziedzinach nie można całkowicie wykluczać pewnej dyskrekcji po stronie państwa w ocenie zagrożeń i doborze środków, i to nie tylko wtedy gdy nie może być ona dokonywana w oparciu o twarde dane naukowe, jak w przypadku ochrony zdrowia i życia przed produktami niebezpiecznymi. Stąd w orzeczeniu w sprawie Van Duyn Trybunał nie pozostawił władzom krajowym całkowitej swobody w ocenie, czy osoba będąca scjentologiem stanowi zagrożenie dla porządku publicznego, wskazując, że pojęcie to w kontekście wspólnotowym należy interpretować ściśle. Jednak zarazem wskazał, że konkretne okoliczności uzasadniające powołanie się na tego rodzaju względy mogą różnić się w zależności od państwa członkowskiego oraz w czasie, a więc należy przyznać w tej kwestii władzom pewien zakres

---

<sup>77</sup> C. Kosikowski, *Publiczne prawo gospodarcze Polski i Unii Europejskiej*, Warszawa 2005, s. 197–198; S. Biernat, A. Wasilewski, *Wolność gospodarcza w Europie*, Kraków 2000, s. 180–181; A. Gawrysiak-Zabłocka, *Prawo przedsiębiorczości i prawo spółek*, cz. 3, [w:] *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, red. J. Barcz, Warszawa 2011, s. 33, proponuje, aby w kontekście unijnym wyróżniać oprócz ograniczeń jeszcze tzw. negacje, które godzą w istotę swobód.

<sup>78</sup> L. Woods., *Free Movement...*, s. 109; zob. też A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo gospodarcze*, t. 1. *Swobody rynku wewnętrznego*, Warszawa 2009<sup>2</sup>, s. 70-71.

swobodnego uznania, w granicach wyznaczonych Traktatem. Oczywiście rozstrzygnięcie to można traktować jako archaiczne, ale ta podstawowa wymowa nie została ostatecznie podważona.

Również ochrona moralności publicznej, która przewidziana jest w art. 36 TFUE w zakresie swobody przepływu towarów, powinna szanować miejscowe normy kulturowe i społeczne. Trudno byłoby bowiem wprowadzić jednolity standard europejski w tym zakresie, skoro istnieją zasadnicze różnice między protestanckim, katolickim, prawosławnym, ale także areligijnym czy też północnym oraz południowym pojmowaniem tej wartości, zważywszy zarazem, iż poszczególne społeczeństwa europejskie przyjmują odmienne kryteria swobody obyczajowej. Należało więc zapewnić, by w oparciu o własną, nawet różną od innych, skalę wartości państwa członkowskie mogły powoływać się na ten przepis, korzystając z pewnej autonomii i marginesu swobody, limitowanych jednak gwarancjami ochrony praw podstawowych. Są więc one uprawnione do wprowadzania na tej podstawie ograniczeń, które w innych państwach członkowskich, łącznie z państwem pochodzenia towaru, nie są stosowane, zapewniając nieskrępowany obrót, co musi natomiast znowu podlegać ścisłej kontroli, a możliwość kwalifikacji towarów jako naruszających prawo ze względu na swoją niemoralność i obsceniczność wymaga szczególnego uzasadnienia<sup>79</sup>.

Natomiast oczywiście nie ulega wątpliwości, że nigdy wyjątki powoływane w imię ochrony tych różnych słusznych wartości – bez względu na ich podstawę prawną – nie mogą służyć realizacji interesów czysto ekonomicznych, co Trybunał wielokrotnie potwierdzał w orzecznictwie od początku istnienia wspólnego rynku<sup>80</sup>. Podważałoby to bowiem samą ideę jego tworzenia, jeżeli państwa członkowskie mogłyby chronić swoje rynki krajowe. Ale jak dowodzi słynne orzeczenie w sprawie *Campus Oil*<sup>81</sup>, jeżeli dochodzi do powiązania obu kategorii – czysto ekonomicznych ze względami chociażby bezpieczeństwa państwa i jego niezależności – ocena może być bardziej wyważona, nawet w przypadku negatywnego wpływu na swobody. Równocześnie w orzecznictwie wypracowano takie przesłanki ograniczenia swobód, w których aspekty gospodarcze są intensywnie obecne, a jednak ze względu na ich wagę zostały uznane za dopuszczalne, jak

---

<sup>79</sup> Por. A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo...*, s. 802 i nast.

<sup>80</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 19 grudnia 1961 r. w sprawie 7/61 *Europejska Wspólnota Gospodarcza v. Republika Włoska*, Zb. Orz. 1961 635; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 16 lutego 2006 r. w sprawie C-185/04 *Ulf Öberg v. Försäkringskassan, länskontoret Stockholm*, Zb. Orz. 2006 I-01453; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 16 lutego 2006 r. w sprawie C-137/04 *Amy Rockler v. Försäkringskassan*, Zb. Orz. 2006 I-01441.

<sup>81</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 10 lipca 1984 r. w sprawie 72/83 *Campus Oil Limited i inni v. ministre pour l'Industrie i l'Energie i inni*, Zb. Orz. 1984 2727.

równowaga krajowych systemów ubezpieczenia społecznego i opieki zdrowotnej czy spójność systemu podatkowego<sup>82</sup>.

W omawianym kontekście powrócić należy do zagadnienia konwergencji, które właśnie w wykładni i stosowaniu ograniczeń ujawnia się ze szczególną mocą od bardzo dawna. Nawet bowiem, jeżeli zakres poszczególnych swobód jest odmienny, co początkowo było jeszcze wzmacniane różnym tempem ich liberalizacji, szczególnie rozumienie i model ochrony istotnych dóbr i wartości nie może zasadniczo się różnić. Już na tle przesłanek ochrony porządku i bezpieczeństwa publicznego okazało się, że podejście do ich rozumienia i stosowania nie może się różnić w zależności od formy aktywności na rynku wewnętrznym i stąd Trybunał, rozstrzygając o dopuszczalności uwzględniania takiego wyjątku w ramach jednej ze swobód, przywoływał dorobek orzeczniczy wypracowany na gruncie pozostałych<sup>83</sup>.

Stało się to podstawą do wypracowania wspólnego podejścia do podstaw odmowy prawa pobytu w innym państwie członkowskim lub wydalenia i sprecyzowania zasad ich stosowania wobec obywateli innych państw członkowskich niezależnie od tego, czy korzystają ze swobody przepływu pracowników, usług czy przedsiębiorczości. Znalazło to następnie odzwierciedlenie w dosyć już obecnie rozbudowanych postanowieniach dyrektywy 2004/38. Natomiast wymowa orzeczenia w sprawie Gebhrada<sup>84</sup> wskazuje, że w kontekście stosowania ograniczeń swobód należy przyjąć jednolite podejście i traktować je jako kategorię wspólną. Na tej podstawie przyjmuje się generalnie, iż przepisy krajowe mogące utrudniać lub zniechęcać do korzystania z którejkolwiek ze swobód powinny spełniać takie same warunki, niezależnie od tego, na podstawie której dokonuje się rozstrzygnięcia.

## B. Katalog

Problematyka konkretnej listy przesłanek, jakie mogą być powoływane w imię ochrony dóbr i wartości celem uzasadnienia ograniczenia swobodnego przepływu na rynku wewnętrznym jest starannie opracowana właściwie w każdym podręczniku dotyczącym tej tematyki. Ze względu na to, iż ma ona charakter rozwojowy jej dokładne

---

<sup>82</sup> J. Snell, *Economic Aims as Justification for Restrictions on Free Movement*, [w:] *Rule of Reason. Rethinking another Classic of European Legal Doctrine*, ed. A. Schrauwen, Groningen 2005 s. 37–39; L. Woods, *Free Movement...*, s. 115.

<sup>83</sup> Por. L. Woods, *Free Movement...*, s. 114; A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 125.

<sup>84</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 30 listopada 1995 r. w sprawie C-55/94 *Reinhard Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, Zb. Orz. 1995 I-04165.



omówienie zajmuje zwykle sporo miejsca, co zaburzyłoby ramy niniejszej analizy. Zresztą w omawianym kontekście zamiarem autora nie jest powielanie tego rodzaju opracowań, gdyż o wiele istotniejsze wydaje się podejście systemowe.

#### **a) Wyjątki traktatowe**

Samo przedstawienie postanowień traktatowych zawierających dopuszczalne wyjątki zostało już wstępnie dokonane w ramach systematyki swobód. W tym miejscu warto skupić się na powiązaniach regulacji dotyczących każdej z nich. Z tej perspektywy swobody osobowe ponownie okazują się sobie najbliższe, gdyż katalog dopuszczalnych ograniczeń poprzestaje tu na ochronie porządku, bezpieczeństwa i zdrowia publicznego – w art. 45 ust. 3 TFUE wobec pracowników, w art. 51 TFUE w zakresie swobody przedsiębiorczości oraz w art. 62, który przewiduje zastosowanie do swobody świadczenia usług części postanowień dotyczących przedsiębiorczości. Te dwie ostatnie swobody zostały więc objęte wspólnym katalogiem wyjątków, który rozciąga się także na przesłanki zaliczane czasem do swoistej kategorii, a więc tzw. derogacji, do jakich należy przewidziane w art. 51 TFUE wyłączenie zastosowania w przypadku działalności, która w jednym z państw członkowskich jest związana, choćby przejściowo, z wykonywaniem władzy publicznej. Również w tym względzie zachodzi pewna zbieżność ze swobodą przepływu pracowników, wobec której art. 45 ust. 4 TFUE zawiera wyłączenie odnoszące się do zatrudnienia w administracji publicznej.

Rozumienie owych derogacji nastroczało pewnych problemów, gdyż pojawiały się wątpliwości, czy nie powinny one być traktowane właśnie jako kategoria o zupełnie odmiennym charakterze prawnym – nie przesłanek ochrony interesu ogólnego, lecz wyznaczenia granicy zastosowania swobód. W takim przypadku mogłaby nawet zostać potraktowana jako instrument regulacji podziału władzy – zarówno w wymiarze wertykalnym, jak i horyzontalnym – określający tym samym granice kompetencji unijnych, a w konsekwencji także oddziaływania państwa pochodzenia, którego dopuszczenie do obrotu np. usługi nie legalizowałoby jej w tym zakresie. Jednak z drugiej strony można to potraktować jako przesłankę stojącą na straży ochrony interesu państwa, ewentualnie o bardziej w powyższym rozumieniu subiektywnym charakterze. Warto zauważyć, że o możliwości stosowania tych przepisów decyduje prawo państwa przyjmującego do powierzania określonych stanowisk pracy lub funkcji takim osobom, od których oczekuje ono szczególnej lojalności, jaką zgodnie z takim sposobem myślenia można osiągnąć jedynie w relacjach z własnym obywatelem<sup>85</sup>.

---

<sup>85</sup> Por. R.C. White, *Workers, Establishment...*, s. 78–87.

Jednakże przeciwko odrębnemu ujęciu przemawia sposób stosowania tych postanowień traktatowych w orzecznictwie Trybunału, który przede wszystkim nie odbiega od podejścia do wszystkich pozostałych ograniczeń, w praktyce czyniąc z nich jedną wspólną kategorię przesłanek przewidzianych w prawie pisanim. Równocześnie konkretne orzeczenia wydane na tej podstawie dowodzą znacznej płynności tak wyznaczonej derogacji, którą trudno zaakceptować, jeżeli na tej podstawie próbowano by wyznaczać zakres kompetencji w prawie unijnym. Wynika ona zarówno ze skrajnie różnych systemów funkcjonowania administracji publicznej i kompetencji władczych w poszczególnych krajach członkowskich, jak i dostosowywania rozstrzygnięcia do okoliczności danej sprawy także z zastosowaniem proporcjonalności, a więc swoistym wyważaniem pomiędzy interesami państwa a potrzebami integracji<sup>86</sup>. Co więcej, państwo przyjmujące nie musi z tego korzystać lub może tylko wskazać niektóre stanowiska objęte derogacją. Zarazem jeżeli już dopuści podmioty unijne do danego stanowiska lub działalności, zobowiązane jest z całą konsekwencją stosować prawo unijne w tym obszarze, zapewniając zwłaszcza wszystkie gwarancje wynikające ze swobód. Nie wydaje się, aby był to sposób, jaki należy przyjmować w przypadku wyznaczania zakresu regulacji systemu lub kompetencji instytucji<sup>87</sup>.

Na tym tle wyjątki traktatowe dotyczące pozostałych swobód zarysowują się szczególnie. W przypadku przepływu towarów zostały one dopuszczone tylko wobec ograniczeń ilościowych i środków o skutkach równoważnych, bez możliwości stosowania w przypadku barier fiskalnych, a więc ceł oraz dyskryminacji i protekcjonizmu podatkowego. Z drugiej jednak strony właśnie ten katalog jest najbardziej rozbudowany w porównaniu zwłaszcza z powyższymi swobodami. Zgodnie z art. 36 TFUE przewidziano tu względy moralności publicznej, porządku i bezpieczeństwa publicznego, ochrony zdrowia i życia ludzi i zwierząt lub ochrony roślin, ochrony narodowych dóbr kultury o wartości artystycznej, historycznej lub archeologicznej oraz ochrony własności przemysłowej i handlowej. Z pewnością w całości obejmują one przesłanki określone powyżej wobec swobód osobowych, ale właśnie na nich się nie wyczerpują.

Natomiast w zakresie swobody przepływu kapitału i płatności specyfika dopuszczalnych ograniczeń wynika z jej szerszego geograficznie obszaru, a więc możliwości realizacji w relacjach z państwami trzecimi, i temu poświęcono szczególne rozwiązania

---

<sup>86</sup> N.A. Georgiadis, *Derogation Clauses: The Protection of National Interests in EC Law*, Athens 2006, s. 227, próbuje jednak wykazywać, że w tym przypadku nie dochodzi do pełnego zastosowania zasady proporcjonalności, która tu ma być wykorzystana tylko do oceny, czy zakres wyłączenia nie został potraktowany zbyt szeroko, a następnie państwo przyjmujące miałyby korzystać z pełnej swobody doboru środków bez konieczności podporządkowywania się ich badaniu. Wydaje się to jednak propozycją karkołomną, która utrudnia stosowanie prawa.

<sup>87</sup> A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo...*, s. 189–196 oraz 359–363.

przewidziane w art. 64 oraz 66 TFUE. Natomiast katalog podstawowy przewidziany w art. 65 również cechuje się odmienną i bardziej rozbudowaną strukturą kluczowego tu ustępu 1. Zgodnie z pkt a) państwa zachowały prawo do stosowania odpowiednich przepisów ich prawa podatkowego, traktujących odmiennie podatników ze względu na różne miejsce zamieszkania lub inwestowania kapitału, a w świetle pkt b) mogą zapobiegać naruszeniom prawa krajowego, zwłaszcza w sferze podatkowej i w dziedzinie nadzoru ostrożnościowego nad instytucjami finansowymi, lub ustanawiać procedury deklarowania przepływu kapitału do celów informacji administracyjnej bądź statystycznej oraz, tak jak w w przypadku innych swobód, podejmować środki uzasadnione względami ochrony porządku lub bezpieczeństwa publicznego.

Na zakończenie należy jeszcze wspomnieć, iż katalog dopuszczalnych wyjątków czy też derogacji, jakie mogą mieć wpływ na stosowanie swobód, nie wyczerpuje się na wspomnianych powyżej postanowieniach ściśle przypisanych do tych gwarancji traktatowych. Rozwiązania sektorowe znaleźć można np. w zakresie wspólnej polityki rolnej, a więc w art. 44 TFUE, czy państw strefy euro, a więc 143–144 TFUE oraz reguł konkurencji, jak przewidziano w art. 106 wobec przedsiębiorstw związanych usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym lub mających charakter monopolu skarbowego. Natomiast są też regulacje natury ogólniejszej, jak art. 122 TFUE, który pozwala na wprowadzanie specyficznych środków w przypadku trudności w zaopatrzeniu w niektóre produkty, zwłaszcza w obszarze energii<sup>88</sup>.

Wśród nich oczywiście główną rolę odgrywają art. 346–348 TFUE, chociaż w praktyce orzeczniczej nie powoływano ich zbyt często<sup>89</sup>. Ten pierwszy artykuł gwarantuje, że państwa nie są zobowiązane do udzielania informacji, których ujawnienie uznają za sprzeczne z podstawowymi interesami jego bezpieczeństwa, a mogą podejmować środki w celu ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa w zakresie produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi, o ile nie wpłynie to negatywnie na warunki konkurencji produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych. Następny przewiduje nadzwyczajną klauzulę bezpieczeństwa, która pozwala na podejmowanie środków ochronnych przez państwo w przypadku poważnych zaburzeń wewnętrznych, zagrażających porządkowi publicznemu, w przypadku wojny, poważnego napięcia międzynarodowego stanowiącego groźbę wojny lub w celu wypełnienia zobowiązań przyjętych przez nie w celu utrzymania pokoju i bezpieczeństwa międzynarodowego, wymagając jednak wspólnych konsultacji oraz działań człon-

---

<sup>88</sup> Wszystkie takie rozwiązania traktatowe analizuje A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 183–189.

<sup>89</sup> Np. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 16 września 1999 r. w sprawie C-414/97 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii*, Zb. Orz. 1999 I-05585.

ków UE, aby nie miały one wpływu na funkcjonowanie rynku wewnętrznego. Wreszcie art. 348 ma charakter proceduralny – upoważnia Komisję do badania powyższych środków oraz przewiduje uproszczoną formułę skargi do Trybunału Sprawiedliwości<sup>90</sup>.

### **b) Wymogi konieczne**

Jednym z najbardziej interesujących aspektów funkcjonowania ograniczeń swobód jest ich zróżnicowana podstawa prawna. Jak już wstępnie wskazywano, istniejący od początku w Traktacie katalog wyjątków, który do dziś nie uległ zmianie, na tym poziomie regulacji szybko okazał się dalece niewystarczający dla ochrony różnorodnych wartości mogących kolidować z wyzwaniem integracji rynku wewnętrznego. Przyczyną skonstruowania jego dosyć skromnego z dzisiejszej perspektywy zakresu leżała głównie w swoistym braku wyobraźni twórców, a także ówczesnym stanie rozwoju gospodarki, co powodowało, że takie przesłanki, jak ochrona środowiska czy konsumenta, mogły nie być uznawane za istotne. Co więcej, katalog ten był traktowany jako taksatywny i niepodlegający wykładni rozszerzającej, a więc pojawiła się konieczność wypracowania w orzecznictwie specjalnej podstawy ochrony wielu innych wartości, zwłaszcza że zakres oddziaływania swobód oraz wynikający z nich skutek deregulacyjny zaczęły się dramatycznie rozszerzać wraz z ich rozwojem. Jego symbolem była pierwsza z formuł swobodnego przepływu towarów, a więc *Dassonville*, która pozwalała na kwestionowanie szerokiego spektrum rozwiązań krajowych<sup>91</sup>.

Podstawa ta znalazła odzwierciedlenie w szczególności w formule *Cassis de Dijon*, gdzie pojawiły się wymogi imperatywne czy też względy konieczne (*mandatory requirements*), które zaczęto później wielokrotnie wykorzystywać także w ramach pozostałych swobód pod postacią nadrzędnych względów ochrony interesu ogólnego lub publicznego. Właśnie to orzeczenie kojarzone jest zwykle owymi wymogami, co wynika ze sławy, jaką zdobyła sobie cała formuła oparta na wzajemnym uznaniu, ale w rzeczywistości, zanim zostało ono wydane w 1979 roku, już w 1974 r. w orzeczeniu w sprawie *Van Binsbergen*<sup>92</sup> Trybunał zaprezentował analogiczne podejście. Wskazał, że biorąc pod uwagę szczególny charakter świadczenia usług, specjalne wymogi nałożone na osoby świadczące usługę nie mogą być rozważane jako niezgodne z Traktatem, tam gdzie

---

<sup>90</sup> Zob. M. Trybus, *At the Borderline between Community and Member States' Competence: The Triple-Exceptional Character of Article 297*, [w:] *European Union Law for Twenty-First Century. Rethinking the New Legal Order*, vol. 2. *Internal Market and Free Movement Community Policies*, eds T. Tridimas, P. Nebbia, Oxford 2004, s. 138–157.

<sup>91</sup> L. Woods, *Free Movement...*, s. 110.

<sup>92</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 3 grudnia 1974 r. w sprawie 33/74 *Johannes Henricus Maria van Binsbergen v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, Zb. Orz. 1974 01299.

mają zastosowanie zasady zawodowe uzasadnione dobrem ogólnym. W szczególności chodziło więc o zasady odnoszące się do organizacji, kwalifikacji, etyki zawodowej, nadzoru i odpowiedzialności – pod warunkiem, że są wiążące dla każdej osoby prowadzącej działalność w państwie świadczenia usługi, a więc niedyskryminujące. Z pewnością nie były one przewidywane wyraźnie Traktatem, ale ich dopuszczenie wynikało ze znaczenia dla ochrony i realizacji interesu publicznego. Natomiast w przywoływanym już orzeczeniu w sprawie Sager z początku lat 90. potwierdzono możliwość ograniczania swobody świadczenia usług tego rodzaju wymogami imperatywnymi dotyczącymi interesu ogólnego, o ile nie jest on chroniony w państwie pochodzenia. Niedługo później w również już wskazywanym rozstrzygnięciu w sprawie Kraus objęło to swobodę przedsiębiorczości i przepływu pracowników. Także w zakresie swobody przepływu kapitału, chociażby w orzecznictwie dotyczącym tzw. złotych akcji, ochrona tego interesu jest stale obecna<sup>93</sup>.

W tym kontekście warto jeszcze wskazać na propozycje traktowania kategorii wymogów koniecznych jako środka realizacji tzw. reguły rozsądku *rule of reason*. Za przejaw tego można bowiem uznawać postępowanie, które w celu ochrony różnorodnych pozarynkowych wartości oraz funkcji państwa, a także zapobiegania nadużyciom swobód i „wyścigowi do dna”, dąży do usankcjonowania dodatkowych ograniczeń służących ochronie interesu ogólnego, które stanowią przeciwagę i zapewniają elastyczność<sup>94</sup>. Należy jednak pamiętać, że takie cokolwiek intuicyjne rozumienie reguły rozsądku nie pokrywa się w pełni z tym, co przyjęto w ramach prawa konkurencji, skąd pojęcie to jest wywodzone, chociaż oczywiście można doszukać się analogicznej logiki leżącej u jego podstaw. Jest ono tam kojarzone z dopuszczalnością działań, które naruszają ogólnie przyjęte zakazy, ale ze względu na ich niewielką skalę lub pozytywny wpływ na samą konkurencję, są akceptowane w konkretnej sytuacji, a nie co do zasady, natomiast wymogi konieczne mają wymiar systemowy i nie służą ochronie samego swobodnego przepływu<sup>95</sup>.

W pierwotnym rozumieniu amerykańskim reguły rozsądku można, zdaniem niektórych, ujmować ją dużo szerzej, a więc rezygnacja z powyższego tropu nie byłaby

---

<sup>93</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 4 czerwca 2002 r. w sprawie C-503/99 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Belgii*, Zb. Orz. 2002 I-04809.

<sup>94</sup> Zob. A.A.M. Schrauwen, *In Defence of Public Interest: The Rule of Reason; Genesis of a Principle of Law*, [w:] *Rule of Reason. Rethinking another Classic of European Legal Doctrine*, ed. A. Schrauwen, Groningen 2005, s. 3–4; L. Woods, *Free Movement...*, s. 109;

<sup>95</sup> M. Szpunar, *Promocja towarów...*, s. 86, jest przeciwny automatycznemu przenoszeniu tej kategorii na grunt wymogów koniecznych; C. Gydał, *The Principle...*, s. 48, zakłada jednak, że może ona mieć równorzędne zastosowanie i w zakresie prawa konkurencji, i rynku wewnętrznego.

konieczna<sup>96</sup>. Zresztą już w formule Dassonville zaraz obok jej podstawowego brzmienia wyrażonego w pkt 5, a więc że „wszelkie przepisy państw członkowskich dotyczące obrotu handlowego mogące bezpośrednio lub pośrednio, rzeczywiście lub potencjalnie utrudnić wewnątrzspółnotową wymianę handlową uznać należy za środek o skutku równoważnym do ograniczeń ilościowych”, w punkcie kolejnym dopuszczono, „że do czasu ustanowienia wspólnotowych przepisów gwarantujących konsumentom autentyczność nazwy pochodzenia produktu państwo członkowskie może wydawać przepisy mające na celu zapobieganie nieuczciwym praktykom w tym zakresie, jednak pod warunkiem, iż są one racjonalne [*reasonable*] [...]”. Trudno więc nie kojarzyć dopuszczenia ochrony w zakresie niepoddanych regulacji unijnej i stworzenia później katalogu wymogów z działaniem racjonalnym, nawet jeżeli należy zachować świadomość specyfiki tego rozumienia<sup>97</sup>.

Stąd formuła Cassis jest rozumiana także jako wprowadzająca specyficzną regułę rozsądku do wzajemnej uznawalności, bez której nawet ta ostatnia zasada w dłuższej perspektywie nie mogłaby funkcjonować i która przede wszystkim stanowi przeciwwagę pozwalającą uwzględnić różne interesy. W takim ujęciu same ograniczenia wynikające z tej kategorii można określać jako „rozsądne” czy też służące rozsądkowi, ale przede wszystkim chodzi o pokazanie, że Trybunał w celu rozsądnego i odpowiedniego stosowania prawa dopuszcza utrzymanie egzekwowania regulacji krajowych. Istota *rule of reason* w tym kontekście ma więc polegać na uznaniu niezbędności zezwolenia państwom członkowskim na zapewnianie samodzielnej ochrony dóbr i wartości służących interesowi ogólnemu<sup>98</sup>.

Wymogi konieczne nie powinny jednak być traktowane jako stworzone przez Trybunał zastępujący prawodawcę, gdyż przyjmując analizowaną wcześniej perspektywę ponadpozytywną, założyć można, iż jego rola koncentrowała się na odkrywaniu tego, co istnieje obiektywnie jako element wyższego porządku wartości wraz z wolnością gospodarczą. Takie ujęcie wydaje się interesujące również z tego względu, że idea takiego porządku zakłada istnienie hierarchii dóbr oraz wyjątków, które one uzasadniają<sup>99</sup>. Na-

<sup>96</sup> Do rozumienia amerykańskiego nawiązuje też C.W.A. Timmermans, *Rule of Reason, Rethinking another Classic of EC Legal Doctrine*, [w:] *Rule of Reason. Rethinking another Classic of European Legal Doctrine*, ed. A. Schrauwen, Groningen 2005, s. V.

<sup>97</sup> L.W. Gormley, *The Genesis of the Rule of Reason in the Free Movement of Goods*, [w:] *Rule of Reason. Rethinking another Classic of European Legal Doctrine*, ed. A. Schrauwen, Groningen 2005, s. 21–25.

<sup>98</sup> Zob. też H. Spamann, *Choice of Law...*, s. VI; N. Emiliou, *The Principle of Proportionality...*, s. 228–238, przedstawia takie rozumienie „rule of reason” oraz wiąże tę kategorię z formułą Cassis de Dijon.

<sup>99</sup> N. Emiliou, *The Principle of Proportionality...*, s. 33.

tomiast jeżeli sama kategoria interesu publicznego może wydawać się groźna ze względu na dowolność jej interpretacji, zważywszy zwłaszcza, iż z pojęciem tym można spotkać się w wielu systemach krajowych, to wtedy odwoływanie się do takiego wyższego porządku mogłoby dodatkowo poskramiać ewentualne nadużycia. Należy zarazem wyraźnie podkreślać, że jest to tzw. termin unijny, który nie może podlegać dowolnej wykładni i powinien stanowić w miarę jednolitą kategorię zarówno w ramach poszczególnych swobód, ze względu na konwergencję, jak i całego obszaru rynku wewnętrznego.

Jednakże z drugiej strony w praktyce to władze krajowe są twórcami tego katalogu, który powstaje w ramach ich sporów z instytucjami unijnymi na tle wprowadzanych ograniczeń swobód, kiedy starając się je usprawiedliwić, powołują różnorodne przesłanki należące do owej kategorii. Nie oznacza to jednak, iż jest on tworzony jednostronnie, gdyż właśnie „propozycje” te wymagają akceptacji Komisji lub Trybunału. Ale taki sposób powstawania oraz otwarty charakter zawsze spowodują pewną niejednorodność, tym bardziej że zakres interesu publicznego zdeterminowany jest także priorytetami polityk państw członkowskich, które się różnią nawet znacznie. Natomiast w praktyce Trybunał rzadko kwestionuje sam dobór przesłanek, szanując autonomię krajową, koncentrując się raczej na badaniu proporcjonalności, która stanowi przedmiot dalszych rozważań.

Katalog, taki zapoczątkowano w Van Binsbergen, a zwłaszcza w Cassis de Dijon, gdzie pojawiły się względy skuteczności kontroli podatkowej, ochrony zdrowia publicznego, rzetelności transakcji handlowych i ochrony konsumentów, a więc był on oczywiście bardzo skromny. Natomiast w toku orzecznictwa ulegał on stopniowemu uzupełnianiu, co nie było możliwe w odniesieniu do wyjątków traktatowych. Dzięki temu zapewniał niezbędną elastyczność oraz reagowanie na wszelkie wyzwania funkcjonowania współczesnego rynku i procesu integracji oraz kolizji jego celów z innymi wartościami. Jak już wskazano, celem niniejszych rozważań jest ujęcie systemowe, dlatego w tym miejscu nie znajdzie się pełne wyliczenie współczesnej zawartości tego katalogu i staranne jego omawianie, zwłaszcza że jest to dokładnie opracowane w literaturze. Warto jednak uwypuklić znaczenie niektórych przesłanek, a więc ochrony środowiska, pluralizmu środków masowego przekazu, praw dziecka, równowagi finansowej systemów socjalnych, opieki zdrowotnej i spójności systemu podatkowego czy zapewnienia dobrej administracji sądowej oraz zapobiegania spekulacji ziemią. Można jeszcze dodać zapobieganie niekorzystnym społecznym skutkom hazardu oraz zachowanie dobrego imienia krajowego sektora usług finansowych, co jednak wydaje się integralnie związane z niektórymi tylko swobodami<sup>100</sup>.

---

<sup>100</sup> A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo...*, s. 601 i nast. oraz 828 i nast.; D. Miąsik, komentarz do art. 36, [w:] *Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej...*, t. 1, s. 610.

Należy też rozważyć relację pomiędzy wymogami koniecznymi a wyjątkami traktatowymi, wskazując przede wszystkim, że model ich stosowania jest zbliżony, co jest często stwierdzane zwłaszcza w nawiązaniu do katalogu z art. 36 TFUE ze względu na jego rozbudowany wymiar, a ewentualne różnice w tym względzie traktowane są jako drugorzędne<sup>101</sup>. W takim ujęciu należałoby je uważać za swoiste uzupełnienie, rozwinięcie katalogu traktatowego, zwłaszcza że brakuje dowodów potwierdzających jakąś szczególną odmienność tych dwóch zbiorów. Można się jednak spotkać z poglądami przypisującymi wymogom koniecznym status odrębny, w którym mają one definiować okoliczności zastosowania samych gwarancji swobód. W konsekwencji, zgodnie z takim założeniem, jeżeli środek krajowy służy zabezpieczeniu ich realizacji, to w ogóle ma nie naruszać swobód, gdyż sytuacja taka znajduje się już poza zakresem ich regulacji, o ile oczywiście nie dochodzi do różnicowania ze względu na przynależność państwową. Wymogi konieczne miałyby więc działać inaczej niż ograniczenia podyktowane względami przewidzianymi na przykład w art. 36 TFUE, którego stosowanie wymaga jeszcze szczególnej procedury usprawiedliwienia. Wspiera to jeszcze dosyć niezrozumiałe założenie, iż realizacja celu przyjętego w interesie ogólnym uzyskuje pierwszeństwo przed prawem swobodnego przepływu. Propozycja tego rodzaju nie znajduje jednak oparcia w dorobku orzecznictwym, gdyż istnieje wiele rozstrzygnięć potwierdzających, że Trybunał najpierw stwierdza, że dany środek krajowy ogranicza swobodę przepływu, a dopiero potem sprawdza możliwość usprawiedliwienia pomimo naruszenia gwarancji traktatowej – na podstawie obu rodzajów przesłanek. Łączy więc oba katalogi w jeden wspólny czy też sankcjonuje alternatywę w tym zakresie<sup>102</sup>.

To, co nadal wydaje się pozostawać płaszczyzną ożywionych sporów, to pierwotnie wprowadzone założenie, że wymogi konieczne mogą uzasadniać wyłącznie środki niedyskryminujące, a więc jednak istotnie różnią się od wyjątków traktatowych. Jak wiadomo, te ostatnie mają być jedynymi, które można przywoływać w przypadku różnicowania ze względu na przynależność państwową, o ile oczywiście zgodnie chociażby z art. 36 oraz 65 ust. 3 TFUE nie dochodzi do arbitralnej dyskryminacji. Ponieważ natomiast lista takich wyjątków, przewidziana wyraźnie w TFUE w odniesieniu do poszczególnych swobód, jest mocno zróżnicowana i zwłaszcza w swobodach osobowych poprzestaje na ochronie porządku, bezpieczeństwa i zdrowia publicznego, to tym samym również zakres dopuszczalnej dyskryminacji znacznie różni się w zależności od formy aktywności na rynku wewnętrznym. Zważywszy na szeroki zakres art. 36 TFUE najszerzej może być ona praktykowana w zakresie swobody przepływu towarów. Oczywiście

---

<sup>101</sup> L. Woods, *Free Movement...*, s. 110–111; A. Zawidzka, *Rynek wewnętrzny...*, s. 36–39.

<sup>102</sup> Przeciwnostawne poglądy zob. A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 130–133.



wyjątki traktatowe mogą także usprawiedliwiać środki niedyskryminujące i dlatego w przypadku powoływania ich w celu uzasadnienia rozwiązania, zbędne jest badanie, czy dochodzi do różnicowania ze względu na przynależność państwową. Ale jeżeli pojawia się takie podejrzenie, jak w sprawie obowiązku oznaczania pamiątek przypominających Irlandię, które nie zostały tam wyprodukowane, poprzez wskazanie kraju pochodzenia albo użycie zwrotu „foreign”, powołanie się przez władze krajowe na konieczność ochrony konsumenta i rzetelności obrotu nie mogło zasługiwać na ochronę ze względu na dyskryminację<sup>103</sup>.

W literaturze zarzuca się jednak Trybunałowi brak konsekwencji, gdyż już w latach 90. miał on zacząć wydawać trudne do zaakceptowania wyroki, w których usprawiedliwiano by tymi wymogami środki krajowe mimo ich dyskryminującego charakteru. Jednak zwykle owemu usprawiedliwianiu nie towarzyszyła tak wyraźna ich kwalifikacja i przynajmniej w niektórych przypadkach można uznać, że ewentualne różnicowanie miało charakter dopuszczalny, nie naruszało bowiem zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność państwową. Takie dopuszczalne różnicowanie, np. w sprawie ochrony środowiska, np. tzw. śmieci walońskich, wymaga jeszcze analizy w ramach rozważań nad modelem ochrony prawnej<sup>104</sup>. Natomiast obecnie utrzymywanie owego pierwotnego założenia ograniczenia zakresu zastosowania wymogów ma być coraz trudniejsze i jako przykład przywołuje się orzeczenie w sprawie LIBRO<sup>105</sup>. Z jednej strony Trybunał nie pozostawił tam wątpliwości co do zróżnicowanego traktowania wydawców krajowych i importerów książek w zakresie możliwości ustalania cen detalicznych książek, a z drugiej miał dopuścić usprawiedliwianie tego jednym z wymogów koniecznych. Jednak brzmienie tego rozstrzygnięcia nie jest aż tak jednoznaczne, gdyż co prawda ochrona książki, będącej dobrem kultury, została zaliczona do nich jako możliwe uzasadnienie ograniczenia swobody, ale ostatecznie wobec zastosowanego rzeczywiście środka wykluczono takie usprawiedliwienie, chociaż stało się to głównie ze względu na brak proporcjonalności<sup>106</sup>.

Wydaje się, że nawet jeżeli może stopniowo następować erozja tego pierwotnego różnicowania wyjątków i wymogów, to warto podkreślać, iż niemała część powyższych

---

<sup>103</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 17 czerwca 1981 r. w sprawie 113/80 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Irlandia*, Zb. Orz. 1981 01625. Por. też A. Arnulf, *The European Union...*, s. 406–407, 487.

<sup>104</sup> Zob. też M. Szpunar, *Promocja towarów...*, s. 89.

<sup>105</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 30 kwietnia 2009 r. w sprawie C-531/07 *Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft v. LIBRO Handelsgesellschaft mbH.*, Zb. Orz. 2009 I-03717.

<sup>106</sup> Starannej analizy orzecznictwa w tym zakresie dokonuje D. Miąsik, komentarz do art. 36..., s. 610.

kontrowersji ma swoje źródło w niewłaściwym, tj. zbyt szerokim ujmowaniu zakresu dyskryminacji, która przypisywana jest zbyt wielu różnym środkom krajowym, co wymaga rozważań w ramach modelu ochrony. Nadużywanie tego pojęcia bywa zresztą zamierzone, służy bowiem wykazaniu, że skoro niemalże wszystkie środki kwestionowane przez Trybunał różnicują ze względu na przynależność, to generalny zakres ochrony swobód wyczerpuje się w tym zakazie. Takie założenie natomiast stanowi poważne zagrożenie dla rozwoju ich skuteczności i kontrola nie może pomijać także wszelkich innych środków niedyskryminujących, które chociażby tylko potencjalnie i pośrednio mogą wpływać czy też zniechęcać do korzystania ze swobód, gdyż – jak dowodzi doświadczenie – są one nie mniej niebezpieczne dla integracji rynku wewnętrznego. A w omawianym kontekście szerokie rozumienie dyskryminacji i obejmowanie jej zakresem różnych regulacji krajowych, przy równoczesnym usprawiedliwianiu ich wymogami koniecznymi, prowadzi do łatwego wniosku o rezygnacji przez Trybunał z ograniczenia ich zastosowania. Ten problem nie jest jednak ostatecznie przesądzony, zwłaszcza że nadal spotkać można orzeczenia respektujące to ograniczenie. Na przykład w sprawie *Schwarz* wyraźnie powołano się na utrwalone orzecznictwo, wskazując, że przepisy krajowe utrudniające swobodny przepływ towarów, nie muszą być konieczne sprzeczne z prawem wspólnotowym, jeżeli mogą one być uzasadnione m.in. wymogami koniecznymi ustalonymi w rozstrzygnięciach Trybunału – pod warunkiem że podlegają stosowaniu bez rozróżnienia<sup>107</sup>.

### 3. WYZWANIA INTEGRACJI POZYTYWNEJ

Jak już wskazano, mechanizm swobód, będący odzwierciedleniem tzw. integracji negatywnej, nie mógł stanowić jedyne go sposobu budowy rynku wewnętrznego, zwłaszcza że istniejące różnice pomiędzy systemami krajowymi były znaczne. Pojawiały się trudności w zarządzaniu nimi, wzmocnione jeszcze skutkami ewentualnego „wyścigu do dna” oraz brakiem pewności co do rzeczywistego zakresu wymogów w państwie przyjmującym. Niewątpliwie zapobiega temu i eliminuje zagrożenia wspólny zestaw regulacji na obszarze całego rynku wewnętrznego. Pierwotnie mogło się zresztą wydawać, że odwoływanie się do zasady kraju pochodzenia, a następnie wzajemnej uznawalności miało być raczej przejściowe i docelowo należało doprowadzić do takich regulacji na poziomie ponadnarodowym, obejmujących jak najszerszy zakres, czemu mogło też służyć uproszczenie procedur legislacyjnych w Jednolitym Akcie Europejskim. W takim ujęciu wymogi konieczne zgodnie z formułą *Cassis de Dijon*, tak jak zresztą wyjątki

---

<sup>107</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 24 listopada 2005 r. w sprawie C-366/04 *Georg Schwarz v. Bürgermeister der Landeshauptstadt Salzburg*, Zb. Orz. 2005 I-10139.

traktatowe, miały być stosowane jako remedium na brak harmonizacji i tylko do czasu jej spodziewanego przyjęcia. Z chwilą skorzystania przez Wspólnotę, a następnie Unię, z kompetencji regulacyjnych w tym zakresie władze krajowe miały tracić możliwość egzekwowania i generalnego utrzymywania swoich partykularnych regulacji. Jednakże obecnie warto podawać w wątpliwość taki wybór, zwłaszcza że eliminuje on mechanizm swobód, często nieodwracalnie, co wymaga jeszcze rozważenia w kontekście harmonizacji minimalnej. Natomiast szczególnie po rozszerzeniach UE z ostatniej dekady, gdy coraz trudniej przychodzi wypracowywanie wspólnego mianownika, wydają się one odpowiedniejszym środkiem integracji<sup>108</sup>.

### A. Zagadnienia podstawowe

Jako podstawowy model regulacji wspólnotowej w budowie rynku wewnętrznego wybrano harmonizację, a nie unifikację, i jej genezy można szukać już w latach 60. ubiegłego wieku, kiedy pojawiły się chociażby dyrektywy regulujące dodatki do żywności. Pod koniec tej dekady proces ten przyjął postać systematycznego programu eliminacji barier technicznych w handlu, wynikających z różnic między systemami państw członkowskich. W jego ramach uchwalono do wejścia w życie Jednolitego Aktu Europejskiego ok. 150 aktów prawnych. Nie było to jednak łatwe ze względu na wymóg jednomyślności w Radzie oraz dominację tzw. starego podejścia i harmonizacji pełnej, cechujących się czasochłonnością i problemami w wypracowaniu kompromisu, a zarazem podatnych na zarzuty nadmiernego ujednoczenia i eliminacji różnorodności, bez możliwości elastycznego reagowania na postęp techniczny i naukowy. Stąd takim przełomem była zmiana sposobu podejmowania decyzji we wspomnianym Jednolitym Akcie na większościowy oraz wprowadzenie tzw. nowego podejścia w harmonizacji, który pozostawia znacznie więcej swobody krajowym prawodawcom i uczestnikom rynku<sup>109</sup>. To jego źródłem był kluczowy w omawianym kontekście obecny art. 114 TFUE, który umożliwia przyjmowanie środków służących poprawie warunków ustanowienia i funkcjonowania rynku wewnętrznego i zapewnia podstawę eliminacji barier w swobodnym przepływie. Warto nadmienić, że jego wykorzystywanie generowało poważne spory co do zakresu regulacji wspólnotowej, które jednak w tym miejscu nie wymagają starannej analizy<sup>110</sup>.

Pierwotny i początkowo podstawowy model harmonizacji zakładał dążenie do uregulowania w akcie wspólnotowym wszelkich aspektów danego zagadnienia, tworząc

---

<sup>108</sup> S. Weatherill, *Why harmonise?...*, s. 11; por. A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 156; C. Gydał, *The Principle...*, s. 69.

<sup>109</sup> J. Shaw, J. Hunt, Ch. Wallace, *Economic and social...*, s. 63 i nast.

<sup>110</sup> L. Woods, *Free Movement...*, s. 263.

kompleksową regulację zarówno co do konkretnych wymogów, jak i poziomu ochrony, która była z pewnością przeciwieństwem deregulacji. Jest on więc cokolwiek maksymalistyczny, nie pozostawia bowiem miejsca na różnorodność, konkurencję oraz autonomię krajową, a niejednokrotnie grozi przeregulowaniem rynku<sup>111</sup>. W pewnym zakresie od początku było to jednak niezbędne, gdyż nie dało się całkowicie uniknąć takich wspólnych norm dominujących nad normami krajowymi, zwłaszcza że zapewniają one z góry założony poziom ochrony pożądaných wartości na obszarze całego rynku wewnętrznego i ostatecznie eliminują bariery w swobodnym przepływie. Ponadto wiąże się to z przewidywalnością regulacji w każdej jego części i wynikającą stąd pewnością prawną, a ich zharmonizowany charakter pozwala osiągnąć jedną z głównych korzyści rynku wewnętrznego, tj. efekt skali<sup>112</sup>.

Należy jednak zakwestionować przyjęcie jako ogólnego założenia jakoby harmonizacja była z zasady lepsza czy też efektywniejsza niż mechanizm swobód. Można bowiem zauważyć, że nie tylko pozbawia różnorodności i jej przyjmowanie kosztuje sporo wysiłku, ale – co nie mniej ważne – nie zawsze prezentuje najbardziej adekwatne rozwiązania z perspektywy zarówno procesu integracji w ogólności, jak i ochrony interesu ogólnego w sferze wartości pozarynkowych, która ma przecież legitymizować tego rodzaju ingerencję w autonomię krajową. Jak każdy proces legislacyjny stanowi raczej owoc politycznych kompromisów, które na poziomie unijnym obok klasycznych wyzwań muszą inkorporować jeszcze sprzeczne interesy państw. Praktyka funkcjonowania instytucji unijnych dowodzi, iż nie zawsze odpowiadały one ideom neofunkcjonalizmu, służąc najlepiej wyższym celom i wartościom również ze względu na oddziaływania różnych lobbies. Harmonizacja uniemożliwia ponadto stosowanie zasady proporcjonalności w zakresie, w jakim zapewnia ona wyważanie wartości integracyjnych z pozarynkowymi i pozwala na wypracowywanie w każdym rozstrzygnięciu zindywidualizowanego podejścia<sup>113</sup>.

Istnieją oczywiście różne rodzaje harmonizacji unijnej, i to ta najbardziej klasyczna, a więc pełna, najmocniej godzi w mechanizm swobód, wymuszając szczególne ograniczenie autonomii państw członkowskich zobowiązanych jedynie wdrożyć określony reżim regulacyjny. Zupełne zapewnienie ochrony danego dobra na poziomie unijnym całkowicie pozbawia je kompetencji do stosowania zarówno wyjątków traktatowych, jak i wymogów koniecznych, a działania władz krajowych są oceniane jedynie przez pryzmat zgodności z szczególnymi normami prawa wtórnego. Z założenia bowiem za-

---

<sup>111</sup> P. Griffin, *European Commercial Law: An Introduction*, Dublin 2002, s. 66–77.

<sup>112</sup> L. Woods, *Free Movement...*, s. 257.

<sup>113</sup> M.P. Egan, *Constructing a European...*, s. 25; P. Griffin, *European Commercial...*, s. 81.

pewnia to jedyną właściwą zintegrowaną ochronę przed wszystkimi zagrożeniami wartości pozarynkowych, jakim służyć miały powyższe środki w ramach mechanizmu swobód, które chroniły właśnie przed centralizacją. W ten sposób wyklucza się ich zastosowanie całkowicie – wraz z samą wzajemną uznawalnością, która staje się zbędna, co musi rodzić napięcie pomiędzy taką centralizacją a autonomią krajową. Implikuje to bowiem pozbawienie lokalnej zbiorowości wpływu na rzeczywisty kształt reżimu regulacyjnego, a zwłaszcza tak charakterystycznej dla tej uznawalności możliwości podwyższania poziomu ochrony, nawet jeżeli miejscowa opinia publiczna uważa, że ten proponowany na poziomie unijnym jest nieadekwatny do zagrożeń<sup>114</sup>.

Należy oczywiście pamiętać, że powyższe normy prawa wtórnego nie mogą pozostawać w sprzeczności z traktatami i tym samym także gwarancjami swobód. Służą więc one zapewnieniu swobodnego przepływu, ale właśnie z wykluczeniem samego mechanizmu i wszystkich jego cech, wypracowanych w ramach swobód przez orzecznictwo, zastępując go legislacją ponadnarodową. Stąd w wymiarze ogólnym harmonizacja stanowi oczywiście środek korygujący niedostatki tego mechanizmu i może być widziana jako jego konsekwencja, ale jednak nie jest już koncepcyjnym elementem konstrukcji prawnej samych swobód. Również z perspektywy systemów krajowych stanowi znacznie dalej posuniętą ingerencję w ramach wertykalnego, a nie horyzontalnego podziału władzy. Dlatego też w tym kontekście nie wymaga ona dokładnego omówienia, lecz co najwyżej wskazania relacji z samymi swobodami, a z tej perspektywy może być traktowana nawet jako ich konkurencja.

Wydaje się, że tezy tej nie podważają nawet rozwiązania szczególne przewidziane w art. 114 ust. 4–9, pozwalające państwom członkowskim na utrzymywanie lub wprowadzanie przepisów krajowych służących ochronie pewnych wartości. Stało się to następstwem rezygnacji z prawa weta, jakie przysługiwało im w procesie legislacyjnym w tym zakresie do Jednolitego aktu, które nie bywa jednak zbyt często wykorzystywane. W tym przypadku bowiem trudno mówić o mechanizmie swobód, wzajemnej uznawalności w klasycznym tego słowa rozumieniu oraz o pełnym katalogu wyjątków traktatowych i orzeczniczych. Z góry określa się bowiem wartości chronione i ich sposób stosowania, a lista przesłanek jest dużo krótsza od zakresu wymogów koniecznych i poza względami ochrony środowiska naturalnego lub środowiska pracy nie wykracza poza katalog wyjątków traktatowych, jaki przewidziano w art. 36 TFUE. Sprecyzowano ponadto specjalną procedurę notyfikacji i kontroli, która ma charakter uprzedni i odgórny, odbiegając od autonomicznej kontroli wartości odpowiadającej chociażby formule

---

<sup>114</sup> M. Szpunar, *Promocja towarów...*, s. 96–98; D. Miąsik, komentarz do art. 36..., s. 618; S. Weatherill, *Why harmonise?...*, s. 12.

Cassis de Dijon. Taki sterowany proces nie przypomina także żywiowości, z jaką kojarzy się konkurencję regulacyjną, i generalnie nie może być traktowany jako integralny element konstrukcji prawnej swobód w powyższym rozumieniu, tylko raczej część modelu integracji pozytywnej<sup>115</sup>.

Jeżeli więc harmonizacja w powyższym rozumieniu implikuje wykluczenie mechanizmu swobód, to w takim ujęciu ograniczenia omawiane w poprzednim punkcie okazują się nie tylko jego urzeczywistnieniem, lecz także gwarantem. Paradoksalnie więc skuteczność ich działania, a także zwiększający się katalog, łącznie z ewentualną możliwością usprawiedliwiania środków dyskryminujących, są najlepszym zapewnieniem jego zachowania i uniknięcia alternatywy w postaci ponadnarodowej regulacji eliminującej różnorodność, autonomię i konkurencję systemów krajowych. Stąd należy zakładać, iż powinien on mieć charakter dominujący w realizacji funkcji ochronnych i być zachowywany wbrew pierwotnemu założeniu przejściowego charakteru, zapewniając zachowanie tych wszystkich elementów i zalet, które z mechanizmem powyższym są nieodłącznie związane<sup>116</sup>. Przyjęcie takiego założenia stanowiłoby ostateczne odwrócenie pierwotnej tezy niezbędności harmonizacji ze względu na to, że legislacyjna różnorodność może zniszczyć proces integracji, a więc wszystkie aspekty rynku wspólnego czy wewnętrznego wymagają wspólnych reguł. Okazuje się natomiast, że owo zarządzanie różnicami pomiędzy systemami krajowymi nie tylko nie jest przejściowe, lecz stanowi właściwie immanentną cechę porządku unijnego w tym zakresie, i dlatego też sam ten mechanizm wymaga tak wiele uwagi<sup>117</sup>.

W tym świetle warto raz jeszcze podkreślić znaczenie różnorodności regulacyjnej, nawet jeżeli ma ona także negatywny wymiar konkurencji, gdyż pozwala na swoiste uczenie się systemów krajowych od siebie i stopniowego wyboru spośród wielu różnych, jako alternatywa odgórnego narzucania jednego modelu. W tym kontekście zresztą pojawiają się propozycje posługiwania się terminem pośredniej czy też reaktywnej harmonizacji, która nie ma następować odgórnie, ale doprowadzić w ramach mechanizmu swobód do stopniowego wypracowywania – w drodze wzajemnych dostosowań między systemami krajowymi – rozwiązania, które zostanie zaakceptowane przez krajo-

---

<sup>115</sup> Por. S. Weatherill, *Supply of and demand for internal market regulation: strategies, preference and interpretation*, [w:] *Regulating the Internal Market*, ed. N.N. Shuibhne, Cheltenham 2006, s. 47; M. Dougan, *Minimum harmonization and the Internal Market*, „Common Market Law Review”, 37, 2000, nr 4, s. 878–881; L. Woods, *Free Movement...*, s. 267–269; C. Gyda, *The Principle...*, s. 70–73.

<sup>116</sup> Tego rodzaju stanowisko prezentuje L. Woods, *Free Movement...*, s. 275. Przywołuje on także dokument Komisji, który można rozumieć jako jego wsparcie – Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego i Rady. Wzajemne uznawanie w kontekście kontynuacji planu działań na rzecz jednolitego rynku [COM(1999) 299 wersja ostateczna].

<sup>117</sup> S. Weatherill, *Why harmonise?...*, s. 20. Zob. też M. Dougan, „*And some fell...*”, s. 873.

wych prawodawców. Czasami mówi się także o harmonizacji orzeczniczej ze względu na źródło jej powstawania<sup>118</sup>.

Natomiast paradoksalnie, jeżeli się jeszcze zważy, że unijne kompetencje regulacyjne w zakresie rynku wewnętrznego nie są nieograniczone, co powodowało, że Trybunałowi zdarzało się kwestionować dyrektywy ze względu na ich przekroczenie, zapewnienie pełnej swobody przepływu z wykorzystaniem mechanizmu swobód może okazać się jedynym skutecznym rozwiązaniem. Chyba najbardziej znanym przykładem takiego rozstrzygnięcia było orzeczenie w sprawie Niemcy v. Komisja (C-376/98)<sup>119</sup>, dotyczącej dyrektywy 98/43 regulującej reklamę i sponsorowanie wyrobów tytoniowych. Jej nieważność stwierdzono ze względu na brak kompetencji Wspólnoty do regulowania rynku wewnętrznego o charakterze ogólnym oraz konieczność wykazania, iż dany akt naprawdę służy poprawie warunków jego funkcjonowania i przede wszystkim eliminacji rzeczywistych ograniczeń, a nie jedynie przewyciężaniu abstrakcyjnych różnic pomiędzy systemami krajowymi. Jeżeli zestawia się to z dorobkiem orzeczniczym dotyczącym zakresu oddziaływania swobód, który pojawił się już wstępnie w kontekście wykładni, a wymaga jeszcze analizy w ramach modelu ochrony, okazuje się, że wystarczy dosyć hipotetyczny wpływ na ich funkcjonowanie, aby na tej podstawie udało się kwestionować środki krajowe. W konsekwencji stosowana przez Trybunał kontrola mechanizmu swobód w tym względzie, która nie doznaje takich traktatowo narzuconych ograniczeń, okazuje się szerszym co do zakresu instrumentem integracji rynku wewnętrznego, czy też ujmując inaczej – możliwości harmonizacji napotykają granice, jakie nie dotyczą oddziaływania swobód. Jak już wspomniano, cokolwiek podobnie zakres prawa do leczenia w innych państwach członkowskich Trybunał poszerzył poza regulacje prawa wtórnego, wywodząc je z gwarancji swobodnego przepływu usług.

Nie bez znaczenia w obecnym systemie unijnym jest ponadto swoiste wpisywanie się takiego modelu integracji w zasadę pomocniczości oraz proporcjonalności. Ta druga stanowi przedmiot dalszych analiz, a w tym miejscu warto skoncentrować się na ograniczaniu ingerencji regulacyjnej na poziomie ponadnarodowym, co jest tym bardziej godne podkreślenia, że wydaje się usprawiedliwiać nawet ogromny wzrost roli władzy sądowniczej, tak charakterystyczny dla mechanizmu swobód. Jeżeli zarazem postrzega się harmonizację za instrument ochrony wartości pozarynkowych, to należy zdawać sobie sprawę, iż dotyczy to przede wszystkim wartości uniwersalnych, ale już nie lokalnych, które mogą być bardzo ważne dla danego społeczeństwa, co w przypad-

---

<sup>118</sup> Por. S. Deakin, *Legal diversity...*, s. 451–455; P. Griffin, *European Commercial...*, s. 71.

<sup>119</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 5 października 2000 r. w sprawie C-376/98 *Republika Federalna Niemiec v. Parlament Europejski i Rada Unii Europejskiej*, Zb. Orz. 2000 I-08419.

ku wzajemnej uznawalności łatwiej jest respektować. Stanowi to element szerszego zagadnienia zagrożenia, jakie harmonizacja stwarza bogatym i mającym głębokie korzenie kulturowe tradycje regulacyjnych, które kształtują prawo krajowe, poświęcając je zdaniem niektórych na ołtarzu zysków wyłącznie natury ekonomicznej. To tylko potwierdza, że zakres ingerencji unijnej w systemy krajowe w przypadku mechanizmu swobód jest dużo skromniejszy, a właściwie bardziej wyważony, tak jak relacja między uniwersalizmem i partykularyzmem<sup>120</sup>.

Warto zresztą zauważyć, że w pewnym zakresie mechanizm swobód odniósł swego rodzaju sukces, gdyż powodem, dla którego harmonizacja nie rozwinęła się tak znacznie, jak mogło być to pierwotnie zakładane, była nie tylko wstrzeźliwość państw w przyjmowaniu wspólnych norm regulujących rynek wewnętrzny. Jak już wskazano, towarzyszył temu rozwój samego zakresu ich oddziaływania i tym samym generalnie zastosowania owego mechanizmu, pozwalającego rozstrzygać wiele aspektów funkcjonowania tego rynku bez konieczności regulacji ponadnarodowej. Z jednej więc strony dzięki odpowiedniej wykładni i zasadom stosowania swobody stały się podstawą skutecznego kwestionowania wszelkich ograniczeń obrotu transgranicznego, co znalazło odzwierciedlenie w szczególnym, wymagającym jeszcze omówienia, modelu ochrony prawnej. Z drugiej zaś wkomponowanie w ich konstrukcję wymogów koniecznych zapewniło odpowiednie respektowanie różnych istotnych wartości pozarynkowych, zapobiegając nadmiernemu „wyścigowi do dna”. Być może jednak, gdyby państwa członkowskie wykazały się większą aktywnością regulacyjną, do rozwoju takiego by nie doszło, chociaż zarazem implikuje to utrzymywanie fragmentacji rynku wewnętrznego w wielu istotnych aspektach. Natomiast okazało się, że nawet część regulacji zawartych w dyrektywach została oparta na modelu wzajemnej uznawalności, czego najlepszym przykładem jest uznawanie kwalifikacji w dyrektywie 2005/36. Po pierwszych bardzo pracochlönnych próbach harmonizowania kwalifikacji głównie w zawodach medycznych, określanych dzisiaj w tym kontekście jako sektorowe, zostało to całkowicie porzucone na rzecz takiego właśnie modelu<sup>121</sup>.

Ale nawet Komunikat Komisji przyjęty w następstwie orzeczenia *Cassis de Dijon* wskazywał, że o ile wcześniej zakładano, iż bariery w handlu wywoływane różnicami pomiędzy wymogami technicznymi w poszczególnych państwach członkowskich powinny być eliminowane przez harmonizację w ramach wspólnotowej legislacji, o tyle nie powinno to być traktowane już jako jedyne remedium. Podkreślano w nim, że legislacja tego rodzaju, szczególnie o charakterze pełnym, okazała się niezwykle praco-

---

<sup>120</sup> Por. S. Weatherill, *Why harmonise?...*, s. 11–15.

<sup>121</sup> Por. P.J. Slot, *Harmonisation*, „European Law Review”, 21, 1996, s. 380.



i czasochłonna, a zarazem nie należy traktować różnorodności produktów krajowych jako z założenia szkodliwej, zwłaszcza jeżeli alternatywą byłyby zunifikowane tzw. eu-roprodukty. Sama formuła Cassis nie miała dowodzić zbędności regulacji ponadnarodowej jako takiej, ale z pewnością innej jej postaci, gdyż nie jest ona konieczna do zapewnienia swobodnego przepływu. Warto natomiast wyciągnąć z tego ogólniejszy wniosek co do traktowania harmonizacji jako jednak uzupełniającej<sup>122</sup>.

## B. Specyfika harmonizacji minimalnej

W tym miejscu należy jeszcze zwrócić uwagę na harmonizację częściową, a zwłaszcza minimalną, rozumianą jako upoważnienie w dyrektywie krajowych prawodawców do utrzymywania bądź wprowadzania bardziej rygorystycznych środków ochronnych interesu ogólnego. Występuje ona w przypadku wielu dyrektyw wpływających na obrót transgraniczny na rynku wewnętrznym, znajdując wyraźną podstawę przede wszystkim w ramach ochrony konsumenta (art. 169 ust. 4 TFUE) oraz środowiska (193 TFUE). Należy jednak pamiętać, że ustalenie istnienia kompetencji państwa w tym zakresie nie musi być łatwe i jednoznaczne również dlatego, iż nie zawsze dyrektywa wobec wszystkich swoich rozwiązań dopuszcza taką możliwość<sup>123</sup>.

Wydaje się ona natomiast mniej rygorystyczna w przypadku mechanizmu swobód, gdyż nie wyklucza możliwości powoływania się na wyjątki orzecznicze i traktatowe, a szerzej dopuszcza pewien partykularyzm i poszanowanie wartości lokalnych, zarazem jednak zapobiegając „wyścigowi do dna”. Może więc być traktowana jako próba zachowania swoistego kompromisu pomiędzy harmonizacją a tym mechanizmem, gdyż pojawia się ponadnarodowa regulacja, ale zarazem państwa nie zostają całkowicie pozbawione kompetencji samodzielnej ochrony wartości pozarynkowych na zasadach dla niego charakterystycznych. W interesujący sposób sankcjonuje nowy model podziału władzy – zarówno w wymiarze wertykalnym, jak i horyzontalnym, skoro mimo regulacji ponadnarodowej pozwala ponownie rozstrzygać o możliwości realizacji swoich kompetencji przez państwa członkowskie<sup>124</sup>.

---

<sup>122</sup> A. Arnall, *The European Union...*, s. 405, przywołuje komunikat Komisji z 1980 r. dotyczący konsekwencji orzeczenia Cassis de Dijon (OJ 1980 C 256/2). Zob. też P. Griffin, *European Commercial...*, s. 69.

<sup>123</sup> A. Kunkiel-Kryńska, *Granice swobody implementacyjnej – komentarz do wyroku C-183/00*, „Europejski Przegląd Sądowy”, 2008, nr 10, s. 55; B. Kurcz, *Dyrektywy Wspólnoty Europejskiej i ich implementacja do prawa krajowego*, Kraków 2004, s. 114; M. Dougan, *Minimum harmonization...*, s. 866–871.

<sup>124</sup> P. Rott, *Minimum harmonization for the completion of the internal market? The example of consumer sales law*, „Common Market Law Review”, 40, 2003, nr 5, s. 1109, podaje wątpliwość co do stosowania harmonizacji minimalnej w ramach rynku wewnętrznego; M. Dougan,

Możliwość powielania modelu postępowania wypracowanego na gruncie mechanizmu swobód, a więc właśnie powoływania powyższych przesłanek równie otwarcie i w sposób analogiczny do sytuacji braku regulacji unijnych, łącznie z omawianą w kolejnym punkcie koniecznością wykazywania niezbędności i proporcjonalności, budziła jednak wątpliwości. Zgodnie bowiem z formułą Cassis de Dijon, wydaną w latach 70. ubiegłego wieku, stosowanie wymogów koniecznych możliwe miało być jedynie tam, gdzie nie doszło do harmonizacji. Ale próbuje się to tłumaczyć na przykład ówczesną odmiennością poziomu integracji, gdyż kiedy orzeczenie w tej sprawie było wydawane, harmonizacja minimalna dopiero zaczęła się pojawiać<sup>125</sup>. Można ponadto dowodzić, że taka harmonizacja nie ma charakteru ostatecznego, a zwłaszcza nie obejmuje poziomu ochrony, i tym samym podstawowe założenie formuły nie zostaje funkcjonalnie podważone. Pojawia się także problem znacznie zredukowanego zakresu autonomii państwa, jeżeli dopuszczalność wykraczania ponad minimum z dyrektywy byłaby traktowana jako ściśle uregulowana, zwłaszcza co do katalogu dóbr chronionych i przesłanek podwyższania owego poziomu, poprzez reglamentację sposobu postępowania i wyznaczanie jego władzom ściśle narzuconych ram, w jakich mogą się poruszać, co także wydaje się stać w sprzeczności z mechanizmem swobód. Uwzględnwszy jednak dorobek Trybunału w tym zakresie, wydaje się, że jeżeli to nie dyrektywa określa przesłanki ochrony, lecz dopuszcza się stosowanie ogólnych wyjątków i ograniczeń, bez koncentracji jedynie na jej postanowieniach, to stanowi to wyznacznik zachowania owego mechanizmu w ramach harmonizacji minimalnej<sup>126</sup>.

W tym kontekście warto przywołać orzeczenia Karner (C-71/02) oraz A-Punkt Schmuckhandels GmbH (C-441/04)<sup>127</sup>. Dowodzą one, że jeżeli Trybunał stwierdza, że państwo upoważniono na podstawie dyrektywy do wydania lub utrzymania w mocy przepisów, których celem jest zapewnienie ochrony o zakresie szerszym niż przewidziany w jej postanowieniach, to wówczas sposób kontroli środków krajowych przez Trybunał jest taki jak w każdym innym przypadku stosowania dopuszczalnych ograniczeń swobód. Stąd w tym drugim orzeczeniu po takim stwierdzeniu w sentencji pojawiło się

---

*Minimum harmonization...*, s. 853, łączy te aspekty, nie wykluczając uznania zachowania mechanizmu swobód mimo harmonizacji. Zob. też B. Kurcz, *Dyrektywy Wspólnoty...*, s. 101.

<sup>125</sup> Taki argument proponuje L. Woods, *Free Movement...*, s. 285.

<sup>126</sup> Por. D. Miąsik, komentarz do art. 36..., s. 618, i przedstawioną tam analizę orzecznictwa oraz zob. przykłady orzeczeń przywołanych w kolejnym akapicie.

<sup>127</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 25 marca 2004 r. w sprawie C-71/02 *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH v. Troostwijk GmbH*, Zb. Orz. 2004 I-03025; wyrok Trybunału Sprawiedliwości (trzecia izba) z dnia 23 lutego 2006 r. w sprawie C-441/04 *A-Punkt Schmuckhandels GmbH v. Claudia Schmidt*, Zb. Orz. 2006 I-02093.

rozstrzygnięcie koncentrujące się na samym postanowieniu traktatowym dotyczącym swobody przepływu towarów, a więc obecnym art. 34 TFUE, który zdaniem Trybunału nie stał na przeszkodzie określonym zakazom krajowym. Równocześnie, tak jak w wielu innych przypadkach stosowania tych gwarancji, sąd krajowy został obciążony zadaniem ustalenia między innymi, czy rozpatrywany przepis jest uzasadniony celem interesu ogólnego w rozumieniu nadanym temu pojęciu przez orzecznictwo Trybunału lub należy do celów wyliczonych w samym Traktacie oraz czy jest proporcjonalny. Oczywiście dodatkowo kontroli podlega zgodność postępowania państwa z konkretnymi postanowieniami dyrektywy, ale to akurat wydaje się naturalne, a w omawianym kontekście nie ma kluczowego znaczenia.

Pozwala to rozstrzygnąć jeszcze jedną wątpliwość, z którą kojarzona jest harmonizacja minimalna, a więc możliwość stosowania wymogów przekraczających standard minimalny wobec czynników produkcji z innych państw członkowskich, gdyż nie można wykluczać rozumowania zakładającego, że jurysdykcja państwa ogranicza się tych „miejscowych”. Dyrektywa jest przecież aktem prawa wtórnego, a więc dopuszczalność taka mogłaby godzić w mające wyższą rangę podstawowe zasady rynku wewnętrznego w zakresie nieskrępowanego przepływu, który powinien być wolny od barier w przypadku legalnego wprowadzenia do obrotu w państwie pochodzenia, przy równoczesnym braku odstępstw od zasady wzajemnej uznawalności. Natomiast dzięki zachowaniu mechanizmu swobód, który taka specyficzna dyrektywa jedynie konkretyzuje, przepływ taki zostaje zagwarantowany, ale z równoczesnym korygowaniem ogólnie przyjętymi wyjątkami i ograniczeniami oraz poszanowaniem zasad ich stosowania. Potwierdzenia tego można szukać chociażby w tym, że z orzecznictwa wynika, iż działając w zakresie dyrektywy, władze krajowe nie są zwolnione z przestrzegania traktatowych gwarancji swobód w powyższym rozumieniu. Towarzyszy temu często konstatacja, iż „dyrektywa wyznacza podłogę, a Traktat stanowi sufit”. Z pewnością więc ceną za możliwość egzekwowania surowszych wymogów krajowych w zakresie przewidzianym w dyrektywie wobec obrotu transgranicznego jest zgodność ich treści oraz sposobu stosowania z tymi gwarancjami oraz ogólnymi regułami przestrzegania, które stanowią dorobek orzecznictwa w tym względzie<sup>128</sup>.

Co do zasady nie można więc oczekiwać od państwa przyjmującego automatycznego dopuszczania na rynek na przykład towarów pochodzących z innych państw członkowskich wyłącznie z tego powodu, że wdrożyły one dyrektywę i wyznaczyły zgodnie z nią poziom ochrony, podczas gdy towary te nie odpowiadają wymogom tego pierwszego państwa. Żądanie istnienia nawet swobodnego dopuszczalności nie może

---

<sup>128</sup> A. Kunkiel-Kryńska, *Granice swobody...*, s. 54.

być też oparte na idei integracji rynku wewnętrznego, mającej uzasadniać, że podwyższone standardy mogą być stosowane jedynie wobec produktów krajowych<sup>129</sup>. W przeciwnym razie wprowadzenie upoważnienia do sankcjonowania bardziej rygorystycznych rozwiązań krajowych traciłoby sens, ograniczając zakres ich oddziaływania do produktów miejscowych, a więc tylko pewnego wycinka obrotu na rynku krajowym, zwłaszcza w przypadku towarów i usług. Wyjątkiem wydaje się, nierzadka zresztą, tzw. klauzula dostępu wymuszająca zagwarantowanie w systemie krajowym pełnej otwartości po przekroczeniu pułapu minimalnego, ale taka swoista reguła kraju pochodzenia stanowi przejaw wyraźnej harmonizacji, a nie mechanizmu swobód<sup>130</sup>.

Pomijając powyższy wyjątek, dopuszczalność unijnych towarów i usług jest chroniona rygorami swobód, wynikającymi zwłaszcza z zasady wzajemnej uznawalności, co wyklucza automatyzm w wymaganiu przestrzegania przez czynniki unijne podwyższonego standardu ochronnego. Może być on egzekwowany jedynie na takich zasadach, jakie obowiązują w przypadku realizacji ogólnego modelu ochrony interesu ogólnego, łącznie z zachowaniem proporcjonalności, która będzie omawiana w kolejnym punkcie. Należy jednak już w tym miejscu uwypuklić, iż właśnie ona często utrudni, jeżeli nie uniemożliwi, państwu przyjmowanie surowszych rozwiązań, żądając starannego uzasadnienia ich egzekwowania i rozsądnego doboru środków. Przyjęta dyrektywa stanowi bowiem owoc wyważania różnych wartości oraz szukania rozwiązania najmniej dotkliwego z możliwych, a więc właśnie z zasady wydaje się najbardziej adekwatna w tym rozumieniu, co stawia władze krajowe, obciążone koniecznością wykazania zasadności lokalnych środków, w trudnym położeniu<sup>131</sup>.

W tym kontekście często przywołuje się orzeczenie w sprawie Aher-Waggon<sup>132</sup> dotyczące obowiązków państw wynikających z dyrektywy 80/51 wprowadzającej minimalny standard emisji hałasu, jaki miały one egzekwować wobec samolotów zarejestrowanych po raz pierwszy na ich terytorium. Trybunał nie wykluczył egzekwowania przez Niemcy swojego standardu, który zgodnie z dyrektywą był wyższy niż minimalny, także wobec samolotów już zarejestrowanych w innym państwie członkowskim – nawet jeżeli tam standard był niższy – kiedy zamierzano je przerejestrować i po raz pierwszy zarejestrować w Niemczech. Ta niewątpliwa bariera została zakwalifikowana w sposób kla-

---

<sup>129</sup> Poglądy w tej sprawie analizuje L. Woods, *Free Movement...*, s. 273–288.

<sup>130</sup> Zob. S. Prechal, *Directives in EC Law*, Oxford 2005 s. 44; S. Weatherill, *Supply of and...*, s. 44; istotę klauzuli dostępu przedstawia B. Kurcz, *Dyrektywy Wspólnoty...*, s. 104–106.

<sup>131</sup> Zob. też J.H. Jans, *Proportionality Revisited*, „Legal Issues of Economic Integration”, 27 (3), 2000, s. 253–254; C. Gydał, *The Principle...*, s. 71–72.

<sup>132</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 14 lipca 1998 r. w sprawie C-389/96 *Aher-Waggon GmbH v. Bundesrepublik Deutschland*, Zb. Orz. 1998 I-04473.

syczny, a więc jako naruszenie gwarancji swobodnego przepływu przewidzianych w prawie pierwotnym – w szczególności środek o skutku równoważnym wobec ograniczeń ilościowych, który wymaga uzasadnienia przesłankami ochrony interesu ogólnego. Uznano ją za dopuszczalną ze względu na ochronę zdrowia i środowiska, a podwyższenie wymogów można było też uzasadnić wysokim poziomem gęstości zaludnienia w tym kraju, co czyniło środek proporcjonalnym, zważywszy, że alternatywą byłaby przebudowa lotnisk. Podobnie można zrozumieć orzeczenie w sprawie Buet<sup>133</sup>, w którym Trybunał nie zakwestionował krajowego zakazu sprzedaży akwizycyjnej materiałów edukacyjnych, uznając go za proporcjonalny ze względu na szczególne zagrożenie interesów konsumentów wymagających wyjątkowej ochrony, co stanowiło środek znacznie bardziej rygorystyczny niż przewidziane w dyrektywie 85/577 prawo odstąpienia od zawartej umowy<sup>134</sup>.

---

<sup>133</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 16 maja 1989 r. w sprawie 382/87 R. *Buet i SARL Educational Business Services (EBS) v. Ministère public*, Zb. Orz. 1989 01235.

<sup>134</sup> Por. M. Dougan, *Minimum harmonization...*, s. 870; J. Maliszewska-Nienartowicz, *Zasada proporcjonalności w prawie Wspólnot Europejskich*, Toruń 2007 s. 287.

## ROZDZIAŁ III

### ZNACZENIE ZASADY PROPORCJONALNOŚCI

W świetle dotychczasowych rozważań konstrukcja swobód rynku wewnętrznego opiera się na zasadzie wzajemnej uznawalności wraz z możliwością stosowania przez państwo przyjmujące środków ochrony wielu pozarynkowych wartości, nawet w ramach harmonizacji minimalnej. Jej funkcjonowanie nie byłoby natomiast możliwe bez zasady proporcjonalności, której ujawniane zresztą już powyżej w wielu kontekstach znaczenie pozwala uznać ją za element integralny owej konstrukcji. Zasada ta, traktowana jako istotny aspekt rządów prawa, jest generalnie uznawana za jedną z podstawowych zasad konstytucyjnych całego porządku unijnego rangi prawa pierwotnego, posiadającą autonomiczną naturę, ale koncepcyjnie wywodzoną z tradycji konstytucyjnych państw członkowskich, ze szczególnym uwzględnieniem niemieckiej. Stoi na straży istnienia i właściwego stosowania praw obywatelskich, kontroli ich ograniczeń, ale też wyznaczania obiektywnie dopuszczalnych granic wolności i ma zastosowanie we wszystkich istotnych aspektach funkcjonowania tego porządku oraz pozwala na kontrolę działania państw członkowskich. Ponieważ sama istota i geneza tej zasady została starannie opracowana w literaturze, celem niniejszej analizy nie jest oczywiście powielanie tego dorobku, lecz przedstawianie jej znaczenia w omawianym kontekście, i dlatego rozważania ogólne i nawiązania do niego mają charakter wyłącznie porządkujący<sup>135</sup>.

Zgodnie z podstawowym rozumieniem, zasada proporcjonalności jako zasada ogólna prawa odwołuje się do założenia, że władza publiczna, korzystając z dyskrekcji, może nakładać ograniczenia lub zobowiązania na podmioty jej poddane wyłącznie w imię wyższego dobra oraz w ściśle określonym zakresie, co musi podlegać starannej kontroli i nie może być nadużywane. Pojawia się wymóg najmniejszej dotkliwości i absolutnej niezbędności takiego środka do realizacji ważnego interesu publicznego, zapewniający, że wynikające z tego obciążenia będą współmierne do tego celu i zdolne do jego osiągnięcia pod rygorem stwierdzenia bezprawności. Stąd właśnie wynika oczekiwanie wykazania rozsądnego związku pomiędzy środkami a celem oraz proporcji po-

<sup>135</sup> Omówienie genezy zob. N. Emiliou, *The Principle of Proportionality...*, s. 134–139, 267–269, 271; oraz A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 23–26; także J. Maliszewska-Nienartowicz, *Zasada proporcjonalności...*, s. 69–77; J. Schwartze, *The Principle of Proportionality and the principle of impartiality in European Administrative Law*, „Rivista trimestrale di diritto pubblico”, 2003, nr 1 s. 54; F.G. Jacobs, *Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law*, [w:] *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, ed. E. Ellis, Oxford 1999, s. 1; T. Tridimas, *Proportionality in Community Law: Searching for the Appropriate Standard of Scrutiny*, [w:] *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, ed. E. Ellis, Oxford 1999, s. 69.

między negatywnymi konsekwencjami dla tych, których środek dotknął, a oczekiwanym dobrem publicznym. Jeżeli natomiast ograniczenie lub szkoda będąca jego następstwem, a więc uciążliwość przeważa nad tą korzyścią czy też szerzej – wagą tego dobra, nie zasługuje on na uznanie. Ma to więc zapewnić zminimalizowanie szkód powstałych podczas realizacji ograniczanych praw, szczególnie rangi fundamentalnej, przy równoczesnym zapewnieniu realizacji tych dóbr, które to powodują – w sposób najlepszy z możliwych, ale i najmniej obciążający<sup>136</sup>.

Zasada ta nie wyraża żadnej wartości ani, pomimo swojej nadrzędnej rangi, nie jest prawem podmiotowym, ale pozwala na równoważenie innych wartości i dóbr, stanowiąc szczególnie mechanizm chroniący ich istotę. Nie gwarantuje nawet ostatecznego rozwiązania, lecz jedynie proponuje pewien sposób rozumowania, który jednak pozwala rozstrzygać najbardziej żywotne konflikty i kolizje oraz kontrowersyjne i delikatne problemy w sposób racjonalny, a także zapewniający uzasadnienie i staranną analizę argumentów. Stąd przypisuje się jej właściwości, bez których trudno obejść się w liberalnej demokracji, jak m.in. elastyczność dopuszczającą dostosowywanie intensywności kontroli do danej sytuacji i jej uwarunkowań. Przede wszystkim jednak jest to obiektywizm i neutralność, która pozwala na ważenie wartości bez konieczności angażowania własnych poglądów osoby, która tego dokonuje. Przyjmuje się tu wyjściowe założenia, że o tym, która z nich przeważa w konkretnym przypadku, można zdecydować dopiero w następstwie zbadania wszystkich okoliczności sprawy oraz dobrych i złych skutków. Pozwala to na znalezienie najbardziej racjonalnego rozstrzygnięcia oraz maksymalnej ochrony wszelkich praw i właśnie poszanowania różnych wartości, chociaż oczywiście oznacza to ponownie przyznanie wiodącej roli władzy sądowniczej<sup>137</sup>.

## 1. MODEL OBOWIĄZYWANIA NA RYNKU WEWNĘTRZNYM

Proporcjonalność odgrywa też kluczową rolę w ramach swobód rynku wewnętrznego jako jeden z istotnych instrumentów jego integracji, ochrony praw jednostki czy też strażnik jej wolności. Trudno znaleźć orzeczenie Trybunału w tym zakresie, które by jej nie powoływało przynajmniej w sposób dorozumiany. Zresztą, jak dowodzi jego dorobek, tradycyjnie była ona wykorzystywana o wiele częściej do kontroli działań władz krajowych niż instytucji wspólnotowych i wtedy też stosuje się ją z dużo większą intensywnością i rygoryzmem, co związane jest z większą tendencją państw do nadużywania

---

<sup>136</sup> C. Gydal, *The Principle...*, s. 17–25.

<sup>137</sup> Por. J. Jalas, *The principle of proportionality in the law of the European Community*, „The Finnish Yearbook of International Law”, 3, 1992, s. 467; A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 27–32.

dopuszczalnych wyjątków, powodującą konieczność egzekwowania od ich władz uzasadnień podjętych wyborów. W tym zakresie zresztą pozostaje przede wszystkim zasada orzecznicza, gdyż postanowienia prawa pierwotnego stanowiące o niej odnoszą się głównie do działań samej Unii, chociaż należy jeszcze rozważyć rolę art. 36 oraz 65 ust. 3 TFUE. Pewnym symbolem w tym względzie może być natomiast formuła Cassis de Dijon, w której usankcjonowaniu wymogów koniecznych towarzyszył warunek, aby przeszkody w handlu wewnątrzspółnotowym były akceptowane w takim stopniu, w jakim mogą być uznane za niezbędne do spełnienia tych wymogów. Warto natomiast pamiętać też o przywoływanych już normach prawa wtórnego, w których sposób realizacji ograniczeń praw obywateli UE zdeterminowany został proporcjonalnością, jak np. dyrektywa 2004/38 kodyfikująca dorobek Trybunału w zakresie warunków korzystania ze swobody przemieszczania się i pobytu w innych państwach członkowskich<sup>138</sup>.

Wspomniany art. 36 TFUE, w zdaniu drugim, po przedstawieniu listy wyjątków traktatowych, jakie mogą stosować państwa w zakresie swobody przepływu towarów, zakazuje ich wykorzystywania jako środków arbitralnej dyskryminacji i ukrytych ograniczeń w handlu pomiędzy nimi, co art. 65 ust. 3 TFUE powtarza prawie dosłownie wobec swobody przepływu kapitału i płatności. Zdaniem niektórych autorów, ponieważ celem tych postanowień było zapobieganie nadużyciom dopuszczalnych ograniczeń, to tym samym ich podstawę stanowiąc ma zasada proporcjonalności. Chociaż więc nie oznaczało to utożsamienia tej zasady z owymi traktatowymi zakazami, to jednak środek, który nie może sprostać jej kontroli, należy traktować zgodnie z tym poglądem jako takie ukryte ograniczenie. Wydaje się jednak, że nawet ta ostatnia teza jest zbyt daleko idąca, gdyż autonomiczny i bardzo złożony charakter zasady proporcjonalności czyni ją zupełnie odrębną od tych ograniczonych zakazów, nieprzewidywanych zresztą we wszystkich swobodach<sup>139</sup>. Ewentualnie można je traktować jako odzwierciedlenie pewnego niewielkiego jej aspektu, gdyż niezależnie od ochrony przed niezasadnym różnicowaniem ze względu na przynależność, ich zadaniem jest przede wszystkim zapobieganie wykorzystywaniu dopuszczalnych ograniczeń w celach innych niż deklarowane lub właśnie nadużywaniu – w szczególności dla utrudnienia swobodnego przepływu. Niektórzy jednak twierdzą, że kombinacja zdania pierwszego i drugiego art. 36 TFUE wyraża intencję osiągnięcia równowagi pomiędzy interesem krajowym i ponadnarodowym, charakterystycznej dla tzw. proporcjonalności *sensu stricto*, oraz zapewnia typowe w ro-

<sup>138</sup> J.H. Jans, *Proportionality...*, s. 243; A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 67–87; J. Maliszewska-Nienartowicz, *Zasada proporcjonalności...*, s. 44–47, 164–166; C. Gydal, *The Principle...*, s. 19–24.

<sup>139</sup> Por. A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 81–84, autorka analizuje poglądy doktryny w tym zakresie. Zob. też L. Woods, *Free Movement...*, s. 112–113, i przywołane tam orzeczenia.



zumieniu tej zasady nałożenie limitów na dowolne korzystanie z tych wyjątków, służące obejściu gwarancji rynku wewnętrznego<sup>140</sup>.

Od przyjęcia formuły Cassis de Dijon rola proporcjonalności znacznie wzrosła również z tego względu, że z jednej strony dzięki wymogom koniecznym znacznie wzbogacił się katalog wartości, które mogły być przeciwstawiane swobodom, powodując ich ograniczenia, a zarazem zakres samych swobód mocno się rozwinął, pozwalając kwestionować także krajowe środki niedyskryminujące. Obecnie, niewątpliwie zasada ta przesądza o specyfice konstrukcji swobód i generalnie determinuje sposób ich stosowania przez Trybunał oraz granice obowiązków wynikających z nich w konkretnych przypadkach dla państw członkowskich. Ponieważ pozwala ostatecznie sprecyzować zakres obowiązywania ich dopuszczalnych ograniczeń, których rola została już omówiona, faktycznie rozstrzyga o podziale władzy oraz stopniu deregulacji. W ujęciu ogólniejszym może służyć nie tylko do kontroli konkretnych środków krajowych, lecz także do ustalania zasadności przejęcia kompetencji regulacyjnych przez państwo przyjmujące. Jednakże wzrastająca intensywność kontroli oznacza, że ostatecznie władza przesuwana się w stronę unijnego sądownictwa. Bez jej dorobku koncepcyjnego oraz instrumentarium, jakie zapewnia realizacji omawianych środków korygujących, w praktyce trudno byłoby osiągnąć właściwe działanie i rozwój rynku wewnętrznego w oparciu o powyższe normy przy równoczesnym uwzględnianiu innych kluczowych aspektów istnienia państw członkowskich<sup>141</sup>.

Jej rola wynika z samej natury swobód jako praw podmiotowych oraz norm pozostawiających znaczny zakres władzy dyskrecjonalnej i kumulujących kolidujące interesy – integracji gospodarczej i pozarynkowe, państwowe i ponadnarodowe, publiczne i prywatne, które wymagają bardzo zindywidualizowanego rozsądzania oraz wyważania, jakie może zapewnić tylko proporcjonalność. Twórcy Traktatów pozostawili państwom członkowskim bardzo ogólne gwarancje, latami pozbawione konkretyzacji w normach prawa wtórnego oraz mające podobny charakter wyjątki przewidujące chociażby przesłankę porządku publicznego, niemające często nawet w znacznej części podstawy w prawie pisanim. Zasada ta jest traktowana jako realizacja reguły rozsądku, dlatego że na określonych warunkach pozwala na ochronę różnych wartości, zwłaszcza tam, gdzie nie doszło do harmonizacji, a więc gdzie władze krajowe powinny nadal zachowywać kompetencje w tym zakresie, a zarazem wymaga to zachowania „rozsądne-

---

<sup>140</sup> N. Emiliou, *The Principle of Proportionality...*, s. 258–260; zob. też J. Maliszewska-Nienartowicz, *Zasada proporcjonalności...*, s. 235–236.

<sup>141</sup> Zob. np. T. Tridimas, *Proportionality...*, s. 70; A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 45, 194; J. Maliszewska-Nienartowicz, *Zasada proporcjonalności...*, s. 48–49; N.A. Georgiadis, *Derogation Clauses...*, s. 242; J.H. Jans, *Proportionality...*, s. 242.

go” związku pomiędzy środkiem a celem. Utrwalone jest natomiast stanowisko orzecznictwa, że przyznanie państwom członkowskim kompetencji w tym zakresie nie może być traktowane jako bezwarunkowe odzyskanie pełni władzy nad danym obszarem obrotu wewnątrzunijnego i samodzielności co do jego regulacji, a zwłaszcza wyłącznej jurysdykcji, która jeszcze nie podlegałaby żadnej kontroli. Nie otrzymały one nawet czegoś na kształt *carte blanche* w odniesieniu do wprowadzania ograniczeń wobec swobód, nawet jeżeli lista przesłanek w tym zakresie jest bardzo pojemna i otwarta<sup>142</sup>.

Korzystanie z tych kompetencji poddane jest więc kontroli, czy dobór środków w powyższym celu zasługuje na uznanie, zwłaszcza jako najmniej restryktywne ograniczenie swobód, które nie będzie przekraczało niezbędnych granic i zostanie usprawiedliwione korzyściami w realizacji innych wartości. Dlatego badanie proporcjonalności w świetle dorobku orzecznictwa można potraktować jako warunek *sine qua non* ich stosowania, któremu poddać się musi każdy krajowy wymóg czy też rozwiązanie w szeroko pojętym zakresie oddziaływania prawa rynku wewnętrznego. Umożliwia ona kontrolę realizacji powyższej ochrony co do jej niezbędności, zwłaszcza jeżeli potrzeby integracji mają ustąpić innym dobrom, ale zarazem pozwala na rozstrzygnięcie, jaka wartość powinna być uznana za nadrzędną, i co istotne – rozstrzyga to w danym konkretnym przypadku, a nie generalnie we wszystkich<sup>143</sup>. Najczęściej zresztą trudno odmówić władzom krajowym słuszności w powoływaniu się na konieczność takiej ochrony, tak jak i nie stwierdzić jej negatywnego wpływu na swobodę przepływu. Środki krajowe zwykle kwestionuje się nie dlatego, że stanowią ograniczenie lub chronią „niewłaściwe” wartości, gdyż ich katalog jest traktowany przez Trybunał nader tolerancyjnie, ale właśnie ze względu na przekroczenie granic proporcjonalności. Zasada ta zapewnia jednak poskramianie zarówno stosowania swobód, jak i ich dopuszczalnych ograniczeń, aby zapobiegać nadużyciom po obu stronach i w ten sposób służyć integracji oraz w równym stopniu realizacji praw jednostek<sup>144</sup>.

Co interesujące, Trybunał nie zawsze samodzielnie przeprowadza tę kontrolę, gdyż niejednokrotnie zadanie to pozostawione zostaje sądom krajowym, co jest możliwe dzięki rozstrzygnięciu tych problemów w większości przypadków w procedurze pytań prejudycjalnych. Istnieją więc orzeczenia, jak w sprawie Franzen<sup>145</sup>, w których Trybunał

<sup>142</sup> Orzeczenia w tym zakresie zob. J. Maliszewska-Nienartowicz, *Zasada proporcjonalności...*, s. 232; też N. Emiliou, *The Principle of Proportionality...*, s. 238.

<sup>143</sup> C. Gydał, *The Principle...*, s. 42.

<sup>144</sup> N. Emiliou, *The Principle of Proportionality...*, s. 228; J.H. Jans, *Proportionality...*, s. 243; A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 180–181.

<sup>145</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 23 października 1997 r. w sprawie C-189/95. Postępowanie karne przeciwko *Harry Franzén*, Zb. Orz. 1997 I-05909.

przesądził powagą swojego urzędu o nieproporcjonalności pewnych aspektów funkcjonowania szwedzkiego monopolu alkoholowego. Natomiast z drugiej strony w tak drażliwej kwestii, jak kontrola hazardu w sprawie *Zenatti*<sup>146</sup>, uznał, iż to do władz krajowych powinna należeć ocena, czy właściwy będzie całkowity lub częściowy zakaz, czy jedynie ograniczenie. Alternatywa taka może również dotyczyć poszukiwania środków mniej dotkliwych, które Trybunał potrafi sam wskazywać lub też stwierdzać ich brak, ewentualnie wymagać od sądów krajowych przeprowadzania analizy stanu faktycznego. W komentarzach podkreśla się, że ten drugi model postępowania jest preferowany właśnie w tych sprawach, w których należy dopiero zebrać dane, a przede wszystkim ze względu na ich subiektywne znaczenie dla państwa czy też kontrowersyjność rozstrzygnięcia, gdzie lepiej jest pozostawiać jak największy margines wyboru jego sądom, co zresztą przekłada się także na ograniczanie intensywności badania. Jednak jak pokazuje rozwój linii orzeczniczej w zakresie „handlu w niedzielę”, której symbolem może być sprawa *B&Q*<sup>147</sup>, nadmierna rozbieżność rozstrzygnięć sądów krajowych może spowodować ostateczne przecięcie wątpliwości przez Trybunał. Wydaje się ponadto, że tam, gdzie nie chodzi o prostą kontrolę środka krajowego jako nieodpowiedniego i nadmiernego, lecz pełne wyważenie wartości, powinien on wziąć na siebie odpowiedzialność za rozstrzygnięcie ze względu na jego ciężar gatunkowy<sup>148</sup>.

Nie należy oczywiście zapominać, że akurat w procedurze pytań prejudycjalnych, w przeciwieństwie do bezpośredniej skargi Komisji z art. 258 TFUE, formalnie Trybunał nie jest uprawniony do kontroli przepisów krajowych i ich zgodności z prawem unijnym. Musi więc koncentrować się na ocenie negatywnego wpływu na swobody, a nie na samej proporcjonalności środków państw członkowskich, co z założenia ma pozostać kompetencją sądu krajowego, który otrzymuje od Trybunału jedynie kryteria. W praktyce jednak, jeśli nie jest on gotowy, by odpowiedzieć na zbyt bezpośrednio zadane pytania takich sądów, to z własnej inicjatywy podejmuje się badania proporcjonalności przepisów – przede wszystkim w imię jednolitości, o ile ma wszystkie informacje, czego potwierdzeniem było właśnie samodzielne przesądzenie o handlu w niedzielę.

Niezależnie od wybranego modelu, kontroli tej podlegają zarówno normy państw członkowskich regulujące obrót transgraniczny w sposób abstrakcyjny i generalny, jak i akty rozstrzygające w sprawach indywidualnych – zarówno administracyjne, jak i kar-

---

<sup>146</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 21 października 1999 r. w sprawie C- 67/98 *Questore di Verona v. Diego Zenatti*, Zb. Orz. 1999 I-07289.

<sup>147</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 23 listopada 1989 r. w sprawie C-145/88 *Torfaen Borough Council v. B & Q plc.*, Zb. Orz. 1989 03851.

<sup>148</sup> Analiza tych alternatywnych rozwiązań zob. J. Maliszewska-Nienartowicz, *Zasada proporcjonalności...*, s. 170–173.

ne, a także procedury. W każdym przypadku możliwe jest ich zakwestionowanie, jeżeli okażą się niewspółmierne lub nadmiernie obciążające, a wszystkie organy władzy publicznej państw członkowskich muszą liczyć się z daleko idącą ingerencją w swoje swobodne uznanie. Ponadto może to objąć także kontrolę działań podmiotów prywatnych, jak np. pracodawców, które mogą negatywnie wpływać na swobody, a podlegają bezpośredniej skuteczności<sup>149</sup>.

Z pewnością zarazem całkowite zakazy wwozu określonego produktu czy określonej działalności lub też wydalenie czy odmowę wjazdu traktuje się z większą podejrzliwością z tej perspektywy niż jedynie ograniczenia, takie jak licencje, zezwolenia, certyfikaty, inspekcje i kontrole czy wymogi w zakresie zasad sprzedaży lub świadczenia, promocji i reklamy, a także składowania, wyglądu i etykietowania produktów. Tej pierwszej kategorii łatwiej jest zarzucać przekroczenie granicy dotkliwości i współmierności, co zostało potwierdzone chociażby w słynnej sprawie „czystości piwa”, w której egzekwowanie lokalnych niemieckich przepisów uniemożliwiało sprzedaż, jako piwa, napoju nieodpowiadającego krajowej recepturze i zawierającego określone dodatki<sup>150</sup>. Nawet jeżeli przyjąć argumenty władz krajowych co do konieczności ochrony zdrowia publicznego oraz konsumenta ze względu na promowanie w miejscowej recepturze napoju o odpowiednich składnikach, bez dodatków konserwujących, oraz spożywanie w tym państwie znacznych ilości piwa, to taki całkowity zakaz był zbyt daleko idący. Prowadził bowiem do wykluczenia użycia substancji dozwolonych w innych państwach członkowskich, a nie tylko wyłączenia niektórych z nich w sposób uzasadniony przez niebezpieczny wpływ, jaki mogą wyrzucić na nawyki żywieniowe Niemców, co z pewnością łatwiej byłoby uzasadnić<sup>151</sup>.

Godne uwagi jest objęcie badaniem proporcjonalności nie tylko reglamentacji lub zakazu danej aktywności, lecz także sankcji za naruszenie prawa – szczególnie gdy to normy krajowe są sprzeczne z zasadami swobodnego przepływu, a także w przypadku karaniami za pogwałcenie przepisów, które zapewniają realizację gwarancji traktatowych. W pierwszym przypadku, niezależnie od oceny samego nakazu lub zakazu krajowego, kara może godzić w korzystanie ze swobód i dlatego kładzie się nacisk, aby nie była ona nadmiernie dotkliwa w tym rozumieniu, jak np. w sprawie *Calfa*<sup>152</sup>. Natomiast w tym

<sup>149</sup> T. Tridimas, *Proportionality...*, s. 66; F.G. Jacobs, *Recent Developments...*, s. 2; N. Emiliou, *The Principle of Proportionality...*, s. 33.

<sup>150</sup> *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Federalna Niemiec* (178/84).

<sup>151</sup> A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 215–226, analizuje przykłady nieproporcjonalnych zakazów i wyłączeń, a także ograniczeń.

<sup>152</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 19 stycznia 1999 r. w sprawie C-348/96. Postępowanie karne przeciwko *Donatella Calfa*, Zb. Orz. 1999 I-00011.

drugim konsekwentne stanowisko Trybunału wskazuje, że chociaż wybór sankcji pozostaje w zakresie władzy dyskrecjonalnej państw, muszą one zapewnić, że naruszenie prawa unijnego będzie karane na warunkach analogicznych do stosowanych przy naruszeniach prawa krajowego o podobnym charakterze, a sama sankcja będzie się cechowała kryteriami skuteczności, czystej proporcjonalności i efektem odstrasającym<sup>153</sup>.

W ramach tych rozważań ogólnych należy jeszcze wskazać, w jakim stopniu model badania proporcjonalności jest wspólny dla wszystkich swobód, co stanowi pokłosie ich omawianej już ogólnej konwergencji, która akurat w tym zakresie ujawnia się ze szczególną jednoznacznością. W tym kontekście niewątpliwie podstawowym punktem odniesienia jest słynne orzeczenie w sprawie Gebhard, które znane jest z wprowadzenia jednej wspólnej formuły kontroli legalności środków krajowych ograniczających swobody jako takie, bez różnicowania podstawy traktatowej. Stanowi ono oczywiście swoiste skodyfikowanie i usystematyzowanie dotychczasowego dorobku Trybunału, co następnie było wielokrotnie wykorzystywane. Zgodnie z jego brzmieniem przepisy krajowe, mogące utrudnić lub uczynić mniej atrakcyjnym korzystanie ze swobód, muszą spełniać cztery warunki dotyczące stosowania w sposób niedyskryminujący, uzasadniania wymogami imperatywnymi interesu publicznego, adekwatności dla osiągnięcia wyznaczonego celu oraz niewykraczania poza to, co jest konieczne do jego osiągnięcia. Nie powinny więc dziwić także aktualniejsze i w miarę regularne wypowiedzi w różnych rozstrzygnięciach dotyczących chociażby swobody przepływu pracowników, w których powołując się na swoje utrwalone orzecznictwo z różnych swobód, Trybunał sankcjonował zbliżone podejście. Na przykład w orzeczeniu w sprawie Öberg<sup>154</sup> dowodził, że przepis stanowiący ograniczenie swobód może być uzasadniony jedynie wówczas, gdy służy słusznemu celowi, zgodnemu z Traktatem, oraz jest zgodny z zasadą proporcjonalności, a więc musi być właściwy do zapewnienia realizacji celu, któremu służy, oraz nie może wykraczać poza to, co jest konieczne do jego osiągnięcia<sup>155</sup>.

Nie ulega oczywiście wątpliwości, że owo wspólne modelowe podejście nie musi w każdej ze swobód prowadzić do analogicznych rezultatów, zważywszy na omawiane już różnice co do ich charakteru i zakresu, nie podważając jednak samej idei konwergencji. Z pewnością natomiast dopuszczalny stopień ingerencji państwa przyjmującego, np. w przypadku korzystania ze swobody przedsiębiorczości, będzie znaczniejszy niż w ramach korzystania z przejściowych usług, a więc inne środki mogą być uznane za odpowiednie i nie nadmiernie dotkliwe. Z drugiej strony tam, gdzie państwo przyjmujące

---

<sup>153</sup> J. Maliszewska-Nienartowicz, *Zasada proporcjonalności...*, s. 174–182.

<sup>154</sup> *Ulf Öberg v. Försäkringskassan, länskontoret Stockholm* (C-185/04).

<sup>155</sup> A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 199–201.

dąży do ograniczania prawa pobytu, które traktuje się jako podstawa obywatelstwa UE, musi liczyć się z dużo większym rygoryzmem Trybunału niż w przypadku utrudniania działalności gospodarczej. Ale równocześnie właśnie taki przepływ generować może znacznie większe zagrożenie dla porządku i bezpieczeństwa państwa, a więc dobór środków ochrony, i dyskrekcja w jego ocenie musi być poskramiana z ostrożnością. Szczegółne wyzwanie powstaje więc w przypadku, gdy oceniany środek krajowy narusza więcej niż jedną swobodę, gdyż proporcjonalność musi być oceniana z szerszej perspektywy<sup>156</sup>.

Przechodząc do modelu praktycznego stosowania proporcjonalności w niniejszym zakresie, należy rozważyć przede wszystkim, w jaki sposób przeprowadzana jest kontrola środków krajowych mających negatywny wpływ na swobodny przepływ, które wprowadzane są ze względu na ochronę wartości pozarynkowych omawianych powyżej. Punktem wyjścia jest oczywiście założenie, zgodnie z którym zarówno wartości te, jak i przeciwstawiane im dobro integracji nie mają charakteru absolutnego i mogą doznawać ograniczeń. Równocześnie trzeba przypomnieć, że wyjątki od swobód muszą jednak podlegać wykładni zawężającej, zagrożenie musi być rzeczywiste i traktowane w sposób porównywalny w przypadku obrotu wewnątrz krajowego. Jeżeli więc zbliżone środki ochronne nie są podejmowane w przypadku analogicznej działalności lub wobec podobnych towarów o lokalnym pochodzeniu, trudno mówić o obiektywnym uzasadnieniu realizacji danej wartości<sup>157</sup>.

Wiąże się to zresztą z problematyką ciężaru dowodu, który zawsze spoczywa na ograniczającym swobody – i tym samym wynikającym z nich wzajemne uznanie, a więc w tym przypadku to najczęściej władze krajowe zobowiązane są wykazać, że środek, jaki postanowiły zastosować, spełnia wymogi proporcjonalności<sup>158</sup>. Nie kłóci się to ze specyfiką postępowania ze skargi Komisji przeciwko państwu członkowskiemu z art. 258-260 TFUE, która jest oczywiście zobowiązana procesowo do wskazania naruszenia zobowiązań traktatowych, ale następnie to ono musi już tego dowieść, o ile oczywiście zarzut nieproporcjonalności nie jest skrajnie bezzasadny<sup>159</sup>. Jak wiadomo w postępowaniu prejudycjalnym te role procesowe nie są tak jasno sprecyzowane, a więc Trybunało-

---

<sup>156</sup> Por. J. Maliszewska-Nienartowicz, *Zasada proporcjonalności...*, s. 306–307.

<sup>157</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 11 marca 1986 r. w sprawie 121/85 *Conegate Limited v. HM Customs & Excise*, Zb. Orz. 1986 01007; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 18 maja 1982 r. w sprawach połączonych 115 i 116/81 *Rezguia Adoui v. państwo belgijskie i ville de Liège i Dominique Cornuaille v. państwo belgijskie*, Zb. Orz. 1982 01665.

<sup>158</sup> Por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 8 listopada 1979 r. w sprawie 251/78 *Firma Denkavit Futtermittel GmbH v. Minister für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten des Landes Nordrhein-Westfalen*, Zb. Orz. 1979 03369.

<sup>159</sup> Por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 stycznia 2005 r. w sprawie C-38/03, *Komisja v. Belgia*, Zb. Orz. non publié.

wi łatwiej jest samodzielnie to sprawdzać, choć wiele też zależy od treści pytania zadane przez sąd krajowy. Generalnie zresztą w różnych tego rodzaju postępowaniach argumenty powoływane są przez różne strony, ale niezależnie od ich charakteru w każdym przypadku argumentacja państwa nie może być niestaranna.

Jeżeli więc państwo w ogóle uchyla się od wykazania proporcjonalności, ryzykuje apriorycznym uznaniem jej braku, jak np. w sprawie *Van der Veldt*<sup>160</sup>, gdzie ETS wystąpił przeciwko belgijskiemu zakazowi sprzedaży chleba zawierającego ponad 2% soli, praktycznie wykluczającemu produkty unijne, gdyż władze krajowe nie dostarczyły danych naukowych potwierdzających zagrożenie dla zdrowia, a on sam właśnie stwierdził nieproporcjonalność. Państwu nie wolno ograniczać się do samego wskazania konieczności ochrony danego dobra, jak stało się tak chociażby w przywoływanej już sprawie *Franzen*, gdzie samo przywołanie zagrożenia spożycia alkoholu dla zdrowia publicznego nie wystarczyło do uznania, iż obowiązujące w Szwecji licencjonowanie jego obrotu i związane z tym znaczne obciążenia pozostają w proporcji do tego celu, bez możliwości znalezienia środka mniej ograniczającego swobodny przepływ. Warto jednak zauważyć, że akurat samo poszukiwanie takiej lżejszej alternatywy pozostaje często domeną przeciwników danego środka krajowego, którzy starając się go obalić, zadają sobie trud wykazania jej istnienia, co często jest owocem bardzo kreatywnego myślenia albo dowodzenia, iż model polityki krajowej jest zbędny lub poziom ochrony nadmierny<sup>161</sup>.

W literaturze wyodrębnia się dwa główne modele badania proporcjonalności, z których pierwszy zakłada akceptację deklarowanych przez państwo celów oraz poziomu ich ochrony, koncentrując się na kontroli, czy środek jest rzeczywiście niezbędny, a zwłaszcza czy nie służy zupełnie innym zamiarom godzącym w swobodny przepływ oraz ewentualnie jest najmniej dotkliwy z możliwych. Natomiast drugi model wymaga skomplikowanego wyważania, któremu nie jest obojętna waga przypisywana temu, co się przeciwstawia, i szersze skutki podejmowanych środków. Ma ono nie tylko sprawdzać relacje korzyści i kosztów, jakie niesie realizacja ochrony danego dobra w kontekście swobodnego przepływu, lecz także czy jest to rzeczywiście najkorzystniejsze, nawet jeżeli dopuszcza się akceptację niższego poziomu ochrony, dzięki czemu obciążenie wynikające z tego negatywnego wpływu będzie dużo mniejsze. Jeżeli bowiem podwyższenie poziomu, a więc owa ewentualnie zwiększona korzyść ma skutkować dużo większymi kosztami, równowaga wydaje się naruszona w przypadku istnienia tego rodzaju alternatywy. Bez względu jednak na powyższy wybór i inne przymioty zasady proporcjonalności, a więc dążenie do sprecyzowania kryteriów oceny oraz wskazane już zało-

---

<sup>160</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (piąta izba) z dnia 14 lipca 1994 r. w sprawie C-17/93. Postępowanie karne przeciwko *J.J.J. Van der Veldt*, Zb. Orz. 1994 I-03537.

<sup>161</sup> Zob. też J.H. Jans, *Proportionality...*, s. 259–261.

żenie jej obiektywnego charakteru, należy zdawać sobie sprawę zarówno z pewnej nieprzewidywalności jej zastosowania, jak i kazuistycznego charakteru. Wynika to z determinacji specyfiką okoliczności każdego przypadku, a także nieuniknionego subiektywizmu w ocenie wagi, którą przywiązuje się do poszczególnych wartości, oraz niepewności co do efektów owego „rachunku zysków i strat”<sup>162</sup>.

Kontrola proporcjonalności konkretnych środków zwykle wiąże się ze stosowaniem tzw. testu proporcjonalności, który ułatwia rozstrzygnięcie dzięki usystematyzowaniu kilku kluczowych kryteriów, jakie powinny zostać zbadane. Często jest on traktowany jako odrębny od tzw. proporcjonalności właściwej lub *sensu stricto* skoncentrowanej na wyważeniu wartości czy też ustalaniu relacji pomiędzy znaczeniem środka dla realizacji określonej przesłanki ochrony interesu ogólnego po jednej stronie a ograniczeniami swobód po drugiej. Natomiast dopiero razem obie te główne metody pozwalają zapewnić rozstrzygnięcie, które może być najbliższe postulatowi obiektywizmu oraz całościowego podejścia, i dlatego powinny być w pełni uwzględniane z zachowaniem odrębności, pomimo świadomości nierozzerwalności oraz z wykorzystaniem wszystkich kryteriów szczegółowych<sup>163</sup>.

Ten pierwszy test uważa się za zawierający obligatoryjnie przynajmniej dwa elementy, a więc badanie odpowiedniości środka, rozumianej jako zdolność do realizacji deklarowanego celu, oraz konieczności, która może być rozumiana jako ogólnie ujęta niezbędność albo też brak możliwości jego osiągnięcia bez środków mniej dotkliwych dla swobodnego przepływu. Gdyby natomiast w przypadku tego drugiego elementu porzucić na ogólnym rozumieniu, służącym ustaleniu, że bez danego środka nie można się obyć, to wtedy mógłby być on traktowany jako pośredni pomiędzy badaniem odpowiedniości a poszukiwaniem mniej ograniczających alternatyw, jako element samoistny. Jednakże on sam znowu może być traktowany jako element proporcjonalności właściwej czy też nakładać się z jej badaniem, jeżeli założy się, że równocześnie w tych ramach ustala się niezbędność realizacji wartości pozarynkowej oraz z drugiej strony, czy jednak w imię tego nie można znaleźć środka mniej dotkliwego dla samych swobód, wprowadzając od razu aspekt ważenia obu<sup>164</sup>.

Wydaje się jednak, że szczególnie ta ostatnia propozycja nie zasługuje na akceptację, zwłaszcza że zaciera ona różnice pomiędzy testem podstawowym koncentrującym

---

<sup>162</sup> Por. A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 196–202; J. Ueda, *Is the Principle of Proportionality the European Approach?: A Review and Analysis of Trade and Environment Cases before the European Court of Justice*, „European Business Law Review”, 14, 2003, nr 5, s. 591.

<sup>163</sup> Por. J. Ueda, *Is the Principle...*, s. 592.

<sup>164</sup> Por. T. Tridimas, *Proportionality...*, s. 68; J. Schwartze, *The Principle...*, s. 61; C. Gyda, *The Principle...*, s. 31.



się na relacji środka do celu a proporcjonalnością właściwą, pozwalającą przesądzić o jego niedopuszczalności pomimo odpowiedniości i konieczności, jeżeli właśnie szkoda dla swobodnego przepływu pozostaje poza proporcją wobec realizacji jakiegoś innego dobra. Natomiast sama możliwość swoistego żonglowania poszczególnymi elementami zasady stanowi pokłosie bardzo zróżnicowanego podejścia przedstawicieli doktryny co do ich doboru lub sposobu zastosowania, lub też proponowania własnych autonomicznych podtestów. Zresztą sam Trybunał niekoniecznie stosuje w każdej sprawie wszystkie elementy, często poprzestając na pierwszych pytaniach, już bez sięgania do wyważania, które także w powszechnym odbiorze są znacznie łatwiejsze do zrozumienia i wykorzystania. Dlatego w praktyce najczęściej kojarzy się proporcjonalność z taką prostą kontrolą środka i okazuje się to wystarczające, co zresztą znalazło odzwierciedlenie w liście kryteriów przyjętych w orzeczeniu w sprawie Gebharda, gdzie właściwej proporcjonalności zabrakło. Dodatkowo, tak jak w wielu innych obszarach, dorobek orzeczniczy nie wykazuje się konsekwencją terminologiczną i dlatego nie należy nadmiernie przywiązywać się do poszczególnych sformułowań Trybunału bez uwzględniania szerszego kontekstu, w jakim one funkcjonują<sup>165</sup>.

Stąd w niektórych wypowiedziach Trybunału na przykład obok wymogu proporcjonalności pojawia się osobno konieczność, jak w orzeczeniu w sprawie Bluhme<sup>166</sup>, albo niemożność osiągnięcia zamierzonych celów za pomocą środków mniej ograniczających handel, jak w przywoływanej już sprawie Aher-Waggon (C-389/96). Natomiast właśnie w orzeczeniu Schraeder<sup>167</sup>, po wymienieniu kryterium odpowiedniości i konieczności, dopiero w kolejnym zdaniu Trybunał dodał, że jeżeli występuje wybór między kilkoma odpowiednimi środkami, musi być użyty środek najmniej uciążliwy, a nałożone obciążenia nie mogą być nieproporcjonalne do realizowanych celów. Także w sprawie Omega<sup>168</sup> jako osobne potraktowano wymóg konieczności realizacji porządku publicznego oraz działanie środka w zakresie, w jakim nie może być on zrealizowany

<sup>165</sup> Analiza różnych poglądów doktryny oraz rozbieżności w orzecznictwie zob. A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 271–275; J. Maliszewska-Nienartowicz, *Zasada proporcjonalności...*, s. 78–83; W. van Gerven, *The Effect of Proportionality on the Actions of Member States of the European Community: National Viewpoints from Continental Europe*, [w:] *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, ed. E. Ellis, Oxford 1999, s. 37–38; też J. Snell, *True proportionality and free movement of goods and services*, „European Business Law Review”, 2000, nr 1–2, s. 53.

<sup>166</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 3 grudnia 1998 r. w sprawie C-67/97. Postępowanie karne przeciwko *Ditlev Bluhme*, Zb. Orz. 1998 I-08033.

<sup>167</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 11 lipca 1989 r. w sprawie 265/87 *Hermann Schröder HS Kraftfutter GmbH & Co. KG v. Hauptzollamt Gronau*, Zb. Orz. 1989 02237.

<sup>168</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 14 października 2004 r. w sprawie C-36/02 *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH v. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, Zb. Orz. 2004 I-09609.

środkami mniej ograniczającymi. Zresztą można także spotkać orzeczenia, w których stwierdzona zostaje po prostu nieproporcjonalność bez ostatecznie wyraźnego wskazania, które kryterium było decydujące, i tak można odczytać chociażby słynne orzeczenie w sprawie *Walter Rau*<sup>169</sup>, dotyczące belgijskiego wymogu pakowania margaryny w kostki o określonych rozmiarach, uzasadnianego dobrem konsumenta.

## 2. BADANIE PROPORCJONALNOŚCI W PRAKTYCE

O ile wcześniejsze rozważania koncentrowały się na systemowym ujęciu kryteriów badania środków krajowych, o tyle w tym miejscu warto wskazać, jakie skutki rodzą one w praktyce – z wyodrębnieniem oceny środka w stosunku do celu oraz proporcjonalności właściwej.

### A. Ocena środka ograniczającego swobody

Pierwszy element testu, a więc tzw. odpowiedniość, określana czasem jako właściwość, umożliwia badanie prawdopodobieństwa czy też skuteczności przyczynienia się ocenianego środka do osiągnięcia deklarowanego celu, czyli możliwość realizacji wynikających stąd korzyści. Jego zaletami są: oparcie się na obiektywnych przesłankach, stosunkowa łatwość dokonywania niewątpliwych ustaleń oraz mała problematyczność, ale też to, że relatywnie niewiele rozwiązań krajowych nie przechodzi go pozytywnie. Na tym etapie badania nie oczekuje się jeszcze poszukiwania środka najskuteczniejszego, gdyż chodzi o ustalenie samego związku przyczynowego między jego stosowaniem a pożądanym rezultatem celem odrzucenia na wstępie tych, które zdecydowanie nie nadają się do jego osiągnięcia i najczęściej są wykorzystane jedynie pod takim pretekstem do ochrony rynku krajowego. Nie można oczywiście wykluczyć braku działania państwa wprowadzającego dany środek w złej wierze, ze względu na błędne założenie co do takiej ewentualnej skuteczności. Natomiast aby uniknąć wątpliwości, należy badać przede wszystkim jego zdolność do rzeczywistej, a nie hipotetycznej realizacji danego celu oraz dodatkowo prawdziwe przeznaczenie, gdyż deklarowany cel nie może być pozorny. Zresztą akurat w zakresie swobód, gdzie kontrola państw ma być raczej rygorystyczna i z niewielką tolerancją dla krajowych wyborów, nie wydaje się, aby środek podlegał akceptacji tylko dlatego, że nie jest ewidentnie nieodpowiedni, a może nawet nie

---

<sup>169</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 10 listopada 1982 r. w sprawie 261/81 *Walter Rau Lebensmittelwerke v. De Smedt PVBA*, Zb. Orz. 1982 03961.

wystarczyć też sama jego użyteczność, gdyż wydaje się tu obowiązywać podwyższony standard<sup>170</sup>.

Przykładem zastosowania tego kryterium może być słynna sprawa Bosmana, będąca symbolem unijnej kontroli działań związków sportowych. Starając się usprawiedliwić reguły transferowe niejednokrotnie blokujące transgraniczną zmianę klubów i czyniące piłkarza zakładnikiem rozliczeń, powoływano się na konieczność zachowania między klubami równowagi, zwłaszcza finansowej, i ochrony tych słabszych, narażonych na drenowanie talentów, jak również zachęcenia do poszukiwania i szkolenia nowych piłkarzy. Jednakże nie spełniło to kryterium odpowiedniości, gdyż nie zapobiegło dominacji najbogatszych klubów, zdolnych do pozyskiwania najlepszych zawodników, a równocześnie trudno ustalić, czy przyszłe opłaty transferowe miały jakoby zachęcać do ich często wieloletnich szkoleń, skoro rozwój zawodników jest trudny do przewidzenia na początku. Również szwedzkie licencjonowanie obrotu alkoholem w sprawie Franzen nie wydaje się pozostawać w realnym związku z ochroną zdrowia i zwalczaniem alkoholizmu, zwłaszcza że ilość licencji była ograniczona, warunki bardzo surowe, a opłaty wysokie. Zresztą także w Cassis de Dijon trudno było uznać odpowiedniość środka, skoro w tym samym celu nie dopuszczano do rynku krajowego likierów o mniejszej niż lokalna zawartości alkoholu.

Jednym z najbardziej ewidentnych przejawów działań pozornych był w sprawie Komisja v. Wielka Brytania (40/82)<sup>171</sup> brytyjski zakaz przywozu mięsa drobiowego i jajek z większości państw członkowskich uzasadniony koniecznością ochrony przed zainfekowaniem krajowego drobiu bardzo groźną chorobą zakaźną. Jednak bliższa analiza wykazała, iż zakaz ustanowiono pod naciskiem lobby krajowych producentów, zagrożonych importem gwałtownie wzrastającym w latach poprzedzających oraz znajdujących się w gorszej sytuacji wynikającej z nierównych warunków konkurencji z producentami francuskimi, którym tamtejszy rząd przyznał specjalne dotacje. Został on ponadto wprowadzony krótko przed Bożym Narodzeniem celem wyeliminowania z rynku w najbardziej dochodowym okresie francuskich producentów indyków, których konkurencja stawała się coraz bardziej dotkliwa. Wielka Brytania nie potrafiła przedstawić dowodów przeciwnych, a zwłaszcza naukowego uzasadnienia zagrożenia drobiem francuskim, oraz nie próbowała konsultować zakazu z organami wspólnotowymi. Takie przykłady wpisują się zarazem w pojęcie ukrytych ograniczeń w handlu przewidzia-

---

<sup>170</sup> C. Gydał, *The Principle...*, s. 32–33; J.H. Jans, *Proportionality...*, s. 240–245; N. Emiliou, *The Principle of Proportionality...*, s. 26–28, 192.

<sup>171</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 31 stycznia 1984 r. w sprawie 40/82 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej*, Zb. Orz. 1984 00283.

nych w zdaniu drugim art. 36 TFUE, co potwierdza jednak związki proporcjonalności z tym postanowieniem.

O ile odpowiedniość danego środka najczęściej nie budzi wątpliwości, o tyle właśnie na etapie badania konieczności ustalenie jego relacji do celu nierzadko powoduje uznanie go za niedopuszczalny. Jak już wskazano, kryterium to może być różnie rozumiane, ale wydaje się, że warto wyodrębnić wstępne badanie ogólne, czy dane dobro jest zagrożone np. danym towarem i czy jego ochrona jest niezbędna z zastosowaniem danego środka, bez którego nie można się obejść, aby dopiero następnie poszukiwać mniej dotkliwych alternatyw spełniających wymóg odpowiedniości i równej skuteczności. W takim ujęciu może być ono traktowane jako etap pośredni pomiędzy kontrolą pozorności środka a właśnie koncentrowaniem się na owych alternatywach, gdyż aby zrezygnować z ich poszukiwania albo móc je właściwie ocenić, należy uzyskać pewność jego absolutnej niezbędności. Dlatego Trybunał korzysta z tego kryterium w zróżnicowany sposób i może ograniczać się do sprawdzania, czy środek jest konieczny, bez badania dostępności tych mniej rygorystycznych<sup>172</sup>.

Ponadto takie wydzielenie ma sens ze względu na ograniczone kompetencje Trybunału do przeprowadzania rozważań natury faktycznej i oceny prawa krajowego, zwłaszcza w ramach procedury orzeczeń prejudycjalnych, bez czego trudno rozważać dostępność innych środków. W ten sposób ustalenia co do ogólnej konieczności mieszczą się w tym zakresie, a zarazem umożliwiają sądowi krajowemu dalsze rozważania. Równocześnie rezultat takiego wyodrębnionego badania może być bardzo przydatny, kiedy dokonuje się wyważania wartości. Pozwala bowiem ustalić naturę zastosowanego środka, stopień jego dotkliwości oraz siłę oddziaływania w realizacji pożądanego celu, a więc także stwierdzić do jakiego poziomu ochrony jest on nieodzowny. Natomiast bez takich staranniejszych ustaleń trudno jest uznać, że dotkliwość środka lub poziom ochrony, jaki zapewnia, jest zbyt daleko idący w świetle korzyści, jakie wywołuje on dla chronionego dobra<sup>173</sup>.

Warto z tej perspektywy spojrzeć na brytyjski ustawowy nakaz oznaczania kraju pochodzenia na etykietach wielu towarów w sprzedaży detalicznej, oceniany w sprawie *Komisja v. Wielka Brytania (207/83)*<sup>174</sup>. Nakładano go bez rozróżnienia na produkty krajowe i importowane, ale nakaz ten stawiał te drugie w trudniejszej sytuacji rynkowej ze względu na kierowanie się przez konsumentów uprzedzeniami związanymi z obcym

---

<sup>172</sup> Por. J.H. Jans, *Proportionality...*, s. 240–241; T. Tridimas, *Proportionality...*, s. 68.

<sup>173</sup> Por. C. Gydał, *The Principle...*, s. 33–34.

<sup>174</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 25 kwietnia 1985 r. w sprawie 207/83 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej*, Zb. Orz. 1985 01201.

pochodzeniem wyrobu. Uzasadnieniem była ich ochrona przed wprowadzeniem w błąd co do pochodzenia, ale środek taki był zdaniem Trybunału zupełnie zbędny, gdyż zagrożenie tego rodzaju nie występowało, zwłaszcza że niezależnie zakazywano podawania nieprawdziwego pochodzenia. Zresztą producenci z własnej inicjatywy i tak mogli stosować odpowiednie oznaczenia, a więc nie był w tym celu konieczny nakaz, i generalnie żadne dobro klienta nie wymagało ochrony<sup>175</sup>.

Za konieczne, w najbardziej elementarnym tego słowa rozumieniu, trudno było uznać rozwiązanie zakwestionowane w kolejnym bardzo znanym orzeczeniu w sprawie Komisja v. Wielka Brytania (124/81)<sup>176</sup> w sprawie mleka UHT, dotyczącym generalnie problematyki braku zaufania do procedur państwa pochodzenia. W tym przypadku władze brytyjskie wprowadziły obowiązek ponownego poddania mleka pochodzącego z innego państwa członkowskiego procesowi powodującemu uzyskanie cech tzw. mleka UHT – mimo że został on już przeprowadzony w miejscu wytworzenia, co czyniło sprowadzanie tego produktu ekonomicznie niezasadnym. Trybunał wskazał, że nawet pewne różnice między krajowymi przepisami regulującymi ten proces miały znaczenie drugorzędne, a stosowane w obu państwach warunki techniczne zapewniały zbliżoną jakość<sup>177</sup>.

Właśnie przypadki owych podwójnych obciążeń czy też dublowania wymogów stanowią ewidentny przykład złamania kryterium czystej konieczności. Brak jest bowiem obiektywnej potrzeby, aby państwo przyjmujące, pomimo zasady wzajemnej uznawalności, wymuszało spełnienie własnych wymogów lub uzyskanie lokalnych certyfikatów towarowych czy licencji na działalność lub też nawet poddanie się miejscowym ponownym kontrolom czy przeprowadzenie ponownych badań bezpieczeństwa, skoro przepisy i procedury nadzoru państwa pochodzenia zapewniają odpowiednią realizację wartości chronionych. Trudno zarzucić, że wymogi te nie nadają się do tego celu, chociaż oczywiście można próbować wykazywać protekcyjizm, ale z pewnością ich egzekwowanie w konkretnej sytuacji można uznać za całkowicie zbędne, szczególnie jeżeli w państwie pochodzenia poziom ochrony jest analogiczny. Natomiast państwo przyjmujące musi wykazywać się w tym zakresie aktywnością i funkcjonalnym podejściem, aby całościowo ocenić unijny czynnik produkcji, nie zasłaniając się przeszkodami formalnymi lub drugorzędnymi różnicami<sup>178</sup>.

---

<sup>175</sup> Por. N. Emiliou, *The Principle of Proportionality...*, s. 239.

<sup>176</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 8 lutego 1983 r. w sprawie 124/81 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej*, Zb. Orz. 1983 00203.

<sup>177</sup> Zob. C. Gydał, *The Principle...*, s. 52–53.

<sup>178</sup> J. Snell, *True proportionality...*, s. 50; A. Frackowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 283–284.

Trudno nie przywołać w tym kontekście jednego z najbardziej znanych przykładów naruszających wymóg konieczności podwójnych obciążeń, a więc sprawę Webb<sup>179</sup>. Dotyczyła ona brytyjskiego agenta pośrednictwa pracy, przeciwko któremu wszczęto w Holandii postępowanie w związku z czasowym „wynajmowaniem” miejscowym firmom siły roboczej, którą rekrutowała jego firma – ale bez wymaganej tam licencji. Ze względu na szczególnie wymiar działalności Trybunał nie kwestionował generalnie wymogu jej licencjonowania, zwłaszcza ze względu na obawy naruszenia stosunków na miejscowym rynku pracy i braku należytej ochrony interesów pracowników, ale w tym przypadku pominięto wymogi prawa brytyjskiego w zakresie licencji i nadzoru, jakie usługodawca musiał spełnić, aby podjąć tę działalność. Natomiast w orzeczeniu w sprawie Canal Satellite Digital<sup>180</sup> Trybunał uznał hiszpańskie przepisy wymagające zgody na produkcję m.in. dekodowników do odbioru telewizji satelitarnej za naruszające zarówno gwarancje swobody przepływu towarów, jak i świadczenia usług. Nie pozostawił zarazem wątpliwości, że środek wprowadzony przez państwo członkowskie nie może być uznany za konieczny do osiągnięcia zamierzonego celu, jeśli w istocie duplikuje kontrole, które już zostały przeprowadzone w ramach innych procedur w tym samym lub innym państwie członkowskim. Dlatego także w sprawie Choquet<sup>181</sup> niedopuszczalne było traktowanie zaniedbania w postaci niewystąpienia w terminie ustawowym o wydanie krajowego prawa jazdy na podstawie posiadanego obcego jako całkowitego braku uprawnienia do prowadzenia pojazdów i karanie jak za jazdę bez takich uprawnień. Brak dokumentu krajowego nie może bowiem być utożsamiany z brakiem prawa jazdy w ogóle, a zobowiązanie do ponownego zdawania egzaminu, powielającego już zdany za granicą, trudno uznać za środek konieczny.

Natomiast poszukiwanie środków mniej dotkliwych wymaga zwykle znacznie większej staranności niż zbadanie spełnienia wyżej wymienionych kryteriów, gdyż wiąże się z dokonywaniem porównań wymagających często wiedzy specjalistycznej. Z założenia powinny one reprezentować analogiczny poziom skuteczności, powodując zarazem lżejsze ograniczenia, skromniejsze zagrożenie czy też mniejsze koszty dla swobodnego przepływu na rynku wewnętrznym, których ustalenie będzie miało zarazem niebagatelne znaczenie również w ramach kontroli proporcjonalności właściwej. Nakaz ich doboru znajduje uzasadnienie w ogólnych zasadach stosowania wyjątków od

---

<sup>179</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 17 grudnia 1981 r. w sprawie 279/80. Postępowanie karne przeciwko *Alfred John Webb*, Zb. Orz. 1981 03305.

<sup>180</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 22 stycznia 2002 r. w sprawie C-390/99 *Canal Satélite Digital SL v. Administración General del Estado*, przy udziale *Distribuidora de Televisión Digital SA (DTS)*, Zb. Orz. 2002 I-00607.

<sup>181</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 28 listopada 1978 r. w sprawie 16/78. Postępowanie karne przeciwko *Michel Choquet*, Zb. Orz. 1978 02293.

gwarancji swobodnego przepływu, które nie powinny w stosowaniu wykroczać poza to, co jest absolutnie niezbędne dla ochrony określonych wartości także w tym rozumieniu, aby posługiwać się rozwiązaniami ograniczającymi go w stopniu niewykraczającym poza tę przesłankę. Jeżeli więc ochrona ta może być zrealizowana w sposób lepiej jej odpowiadający, państwo nie może utrzymywać danego środka, mimo że system unijny usankcjonował jego kompetencje w tym zakresie. Nawet jeżeli środek jest konieczny, nie powinien jednak przynosić zbędnych skutków negatywnych, a więc także nie wystarczy rezygnacja z rozwiązania najbardziej surowego<sup>182</sup>.

Jednak z drugiej strony oczywiście nie jest przesądzający argument, iż w innym państwie członkowskim stosowane są środki generalnie mniej rygorystyczne, a więc uczestnik obrotu transgranicznego zostaje zmuszony do dostosowania się do miejscowych wymogów czy też porzucenia dotychczasowych praktyk. Stanowi to bowiem przejaw realizacji ogólnych założeń korygowania wzajemnej uznawalności. Znalazło to odzwierciedlenie w orzeczeniu *Oosthoek*<sup>183</sup>, dotyczącym holenderskiego zakazu sprzedaży encyklopedii wspomaganą drobnymi upominkami, który był ograniczeniem w handlu wewnątrzspółnotowym, ale podlegał usprawiedliwieniu. Nawet jeżeli sprzedawca został zmuszony do zmiany sprawdzonej techniki marketingowej, mogło zostać to uznane za dopuszczalne ze względu na konieczność ochrony konsumenta, na co nie miał wpływu jej niższy poziom w innych państwach członkowskich dopuszczających takie działania.

Z pewnością powyższego kryterium nie spełniały natomiast niemieckie wymogi w zakresie czystości piwa<sup>184</sup> oraz belgijskie dotyczące ściśle określonego opakowania margaryny<sup>185</sup>, skoro ich wpływ na swobodny przepływ towarów był bardzo negatywny, a w obu przypadkach już intuicyjnie i bez wielkiego wysiłku intelektualnego znaleźć można było rozwiązania mniej rygorystyczne, a odpowiednio chroniące konsumenta. Właśnie na tle takich spraw Trybunał formułował jednoznaczny przekaz, że jeżeli państwo może wybierać między różnymi środkami zapewniającymi realizację tego samego celu, powinno wybrać te, które swobodę ograniczają w najmniejszym stopniu.

Jeżeli zarazem w omawianej już sprawie *Krausa* uznanie w Niemczech brytyjskiego tytułu LLM wymagało dopełnienia określonych formalności i uiszczenia stosow-

---

<sup>182</sup> Por. K. Lenaerts, P. van Nuffel, *Constitutional Law of the European Union*, London 1999, s. 108; N. Emiliou, *The Principle of Proportionality...*, s. 29–30, J.H. Jans, *Proportionality...*, s. 241.

<sup>183</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 15 grudnia 1982 r. w sprawie 286/81. Postępowanie karne przeciwko *Oosthoek's Uitgeversmaatschappij BV*, Zb. Orz. 1982 04575.

<sup>184</sup> *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Federalna Niemiec* (178/84).

<sup>185</sup> *Walter Rau Lebensmittelwerke v. De Smedt PVBA* (261/81).

nych kwot pod rygiorem surowych kar, to można było mieć wątpliwość, czy był to środek najmniej dotkliwy dla ochrony odbiorców przed używaniem zagranicznych tytułów w sposób wprowadzający w błąd, co Trybunał nakazał sprawdzić sądowi krajowemu w oparciu o założone kryteria. Podobnie wątpliwy wydawał się skutek ocenianego w sprawie *Gourmet International Products*<sup>186</sup> szwedzkiego zakazu reklamy alkoholu w telewizji, radiu i czasopismach innych niż dostępne jedynie w miejscach sprzedaży lub specjalistycznych periodykach dla restauratorów, a więc w praktyce z wyłączeniem wszystkich podstawowych form przekazu docierających do konsumenta. Tutaj chodziło o reklamę umieszczoną w czasopiśmie, które w 90% prenumerowane było przez takich właśnie odbiorców, ale w 10% przez zwykłych konsumentów.

W tym kontekście istotnym przykładem wydaje się także orzeczenie w sprawie *Clean Car*<sup>187</sup> dotyczące odmowy wpisania w Austrii do rejestru podmiotu, który nie odpowiadał miejscowym przepisom prawa handlowego, gdyż wymagały one w szczególności, aby osoba zarządzająca nim legitymowała się miejscem zamieszkania w tym państwie. W tym przypadku był to natomiast obywatel niemiecki, który w momencie występowania o wpis warunku tego nie spełniał. Trybunał uznał to za nieproporcjonalne ograniczenie swobody, którego nie mogło uzasadnić i usprawiedliwić nawet dążenie do zapewnienia odpowiedniego kontaktu w organami władzy – np. doręczeń oraz generalnie właściwego wykonywania funkcji. Wymuszanie zamieszkania było tym bardziej bezzasadne, że warunek ten mógł zostać spełniony osiedleniem się co prawda w Austrii, ale w odległej miejscowości, co jak się wydaje stanowiłoby większe utrudnienie niż pozostanie za granicą, ale o wiele bliżej siedziby rejestrowanego podmiotu. Położenie geograficzne tego kraju powoduje bowiem, że rozciąga się on znacznie ze wschodu na zachód, a zarazem szczególnie w niektórych miejscach odległość między granicą północną i południową jest relatywnie niewielka. Z drugiej strony właściwy kontakt z władzami można było zapewnić środkami mniej dotkliwymi, jak chociażby przyjęciem domniemania skutecznego doręczenia w przypadku jego realizacji w siedzibie przedsiębiorstwa.

Wreszcie w imię takiego podejścia drobne naruszenia prawa, jak np. niewielka kradzież, nie mogą być przesłanką wydalenia z państwa przyjmującego, a chociażby posiadanie niewielkiej ilości miękkich narkotyków podstawą orzeczenia dożywotniego zakazu wjazdu do Grecji, jak stało się w sprawie *Calfa*<sup>188</sup>. W sprawie *Watson and Bel-*

---

<sup>186</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 8 marca 2001 r. w sprawie C-405/98 *Konsumentombudsmannen (KO) v. Gourmet International Products AB (GIP)*, Zb. Orz. 2001 I-01795.

<sup>187</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (szósta izba) z dnia 7 maja 1998 r. w sprawie C-350/96 *Clean Car Autoservice GesmbH v. Landeshauptmann von Wien*, Zb. Orz. 1998 I-02521.

<sup>188</sup> Postępowanie karne przeciwko *Donatella Calfa* (C-348/96).



mann<sup>189</sup> podważono także zamiar wydalenia z Włoch obywatelki innego państwa członkowskiego ze względu na niedopełnienie obowiązku meldunkowego, co zgodnie z miejscowymi przepisami należało uczynić w ciągu trzech dni pod rygorem sankcji karnych i deportacji. Nie wykluczając samego obowiązku oraz możliwości karania za jego naruszenie oraz stosowania środków kontroli przepływu ludności, co samo w sobie nie narusza fundamentalnej swobody, Trybunał podkreślił, że należy unikać barier w swobodzie przepływu osób, wynikających z nieproporcjonalnych wymogów i kar. Ponadto za czyn tego rodzaju można oczywiście karać jak za wykroczenie administracyjne, a nie nieproporcjonalnym w tym kontekście pozbawieniem materialnego uprawnienia pobytu. W takich przypadkach znowu intuicyjnie można stwierdzić przesadność środków krajowych i generalnie zbyt surowe kary są traktowane jako nie tylko niewspółmierne do przewinienia, ale przede wszystkim wywołujące nadmiernie negatywny wpływ na swobodny przepływ. Trybunał nie pozostawia wątpliwości, że o ile władze krajowe mogą poddawać sankcjom naruszenia swojego prawa, o tyle nie są upoważnione do czynienia ich tak nieproporcjonalnymi wobec ciężaru przewinienia, aby samo to stało się barierą w swobodnym przepływie<sup>190</sup>.

Podsumowując powyższe przykłady, stwierdzić można, iż w dużej części dowodzą one, że badanie proporcjonalności w tym zakresie dostarcza dogodnego instrumentu kwestionowania środków krajowych. Jak już sugerowano, szczególnie w przypadku dużej wyobraźni i kreatywności w wielu przypadkach znaleźć można rozwiązania, które spełniają takie oczekiwania, a więc są mniej szkodliwe i restryktywne. Dlatego też często nie to jest problemem, lecz wykazanie, że zapewniana przez środek alternatywny ochrona jest równie skuteczna i pozostaje na tym samym poziomie, nie narażając zarazem samego państwa na znacznie wyższe koszty. Ten ostatni aspekt ujawnił się w analizowanej już sprawie *Aher-Waggon* na tle niemieckiego zakazu rejestracji samolotów emitujących zbyt dużo hałasu, nawet jeżeli sprowadzono je z innego państwa członkowskiego, gdzie były już legalnie rejestrowane, chociaż równocześnie te zarejestrowane wcześniej w tym kraju oraz rejestrowane w innych państwach mogły być nadal legalnie wykorzystywane. Ten środek ochrony zdrowia i środowiska uznano za proporcjonalny, gdyż ewentualne środki alternatywne, jak przebudowa lotnisk i instalacja ekranów pozwalających zredukować hałas, wiązałyby się z ogromnymi inwestycjami, a zarazem wykluczono jego stosowanie w tych przypadkach, w których naruszenie praw byłoby zbyt daleko idące, jak w przypadku samolotów przylatujących tylko z zagranicy.

---

<sup>189</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 7 lipca 1976 r. w sprawie 118/75 *Lynne Watson i Alessandro Belmann*, Zb. Orz. 1976 01185.

<sup>190</sup> J. Snell, *True proportionality...*, s. 54; W. van Gerven, *The Effect of...*, s. 40; F.G. Jacobs, *Recent Developments...*, s. 10–12.

To właśnie może stanowić punkt wyjścia do wyważania, jeżeli obciążenie, jakie wywołuje środek kwestionowany, okazuje się nieproporcjonalne w stosunku do korzyści. Już w tych ramach bowiem z jednej strony badanie koncentruje się na realizacji środka do celu, skoro poszukuje się rozwiązania minimalizującego jego negatywne oddziaływanie na swobodę, ale zarazem odnosi się to do ochrony danego dobra, z uwzględnieniem nie tylko tego, czy może ona być zrealizowana, lecz także za jaką cenę – po stronie wszystkich uczestników. Z pewnością też porównywanie dotkliwości różnych środków ostatecznie nie pozostawia wątpliwości, co do jej skali, istotnie ułatwiając późniejsze ich ważenie z korzyściami.

## B. Wyważanie wartości

Kontrola środków krajowych, możliwa dzięki zasadzie proporcjonalności, odgrywa niewątpliwą rolę jako instrument integracji oraz ochrony prawnej jednostek, zabezpieczając przed niewłaściwymi działaniami państwa, a zarazem zapewnia, aby nie nadużywało ono warunkowo przyznanych kompetencji godzących w swobodny przepływ. O ile jednak test przedstawiony w poprzednim punkcie, z pewnością wygodny w stosowaniu i często identyfikowany jako istota proporcjonalności, pozwala na wstępną selekcję środków krajowych, o tyle dopiero tzw. proporcjonalność właściwa umożliwi ostateczne rozstrzygnięcie najważniejszych dylematów rynku wewnętrznego. Dotyczy to zwłaszcza zakresu niezbędnej ochrony wartości w konkretnych przypadkach oraz władzy, jaka powinna przysługiwać poszczególnym państwom członkowskim w tym zakresie. Zwana też proporcjonalnością *sensu stricto*, opiera się ona na założeniu, że nawet jeżeli ochrona taka musi być akceptowana ze wszystkimi konsekwencjami ograniczenia swobód oraz zapewnienia państwu przyjmującemu wpływu na obrót na swoim terytorium w zakresie, w jakim działać miały gwarancje integracji, to jednak nie za wszelką cenę. Dlatego wynikające stąd obciążenia nie mogą być nadmierne, nierozsądne, a przede wszystkim przekraczające proporcje pożytków, jakie mają z tego tytułu wynikać, pod rygorem uznania także środka spełniającego omówione powyżej wymogi odpowiedniości i szeroko pojętej konieczności za niedopuszczalny<sup>191</sup>.

Należy przypomnieć, że w tym ujęciu proporcjonalność powinna być widziana jako szczególny mechanizm wyważania sprzecznych interesów o bardzo różnej naturze, czego rynek wewnętrzny jest charakterystycznym polem doświadczalnym. Zgodnie zresztą z podstawowymi założeniami jeszcze wspólnotowymi konieczność ich ochrony

---

<sup>191</sup> W. van Gerven, *The Effect of...*, s. 40–41; J. Maliszewska-Nienartowicz, *Zasada proporcjonalności...*, s. 94; zob. też porównawczo rozumienie wyważania wartości w systemie niemieckim N. Emiliou, *The Principle of Proportionality...*, s. 32–33.

nie mogła zostać przesłonięta przez pozytywne konsekwencje jego budowy, a zarazem żadne z kolidujących dóbr czy wartości nie powinny być traktowane jako absolutne lub realizowane bez ograniczeń, gdyż wymagają one optymalizacji. Metoda ta implikuje właśnie zestawianie po jednej stronie wartości chronionej przez państwo i sposobu jej realizacji, a po drugiej dobra integracji wraz ze skutkami oddziaływania swobód, wymagając zachowania proporcji pomiędzy stopniem ograniczenia swobody a zakresem rzeczywiście realizowanej ochrony wartości pozarynkowej, tak aby mogły się wyważyć. Powinno to służyć zbadaniu i ustaleniu równowagi pomiędzy korzyścią wynikającą z tej ochrony a restrykcyjnym wpływem regulacji krajowych na realizację gwarancji traktatowych oraz wynikające z nich prawa jednostek. Warto zauważyć przy okazji, że możliwość ustalenia tej równowagi na niskim poziomie, a więc wtedy gdy szkoda płynąca z naruszenia swobód jest niewielka, oznacza wzrost tolerancji naruszeń w przypadku relatywnie nieznacznych ograniczeń. Może to być częściowym rozwiązaniem braku *de-minimis* w omawianym zakresie, skoro taka minimalizowana skala pozwala łatwiej usprawiedliwić różne środki krajowe, oczywiście pod warunkiem, że są zasadne i spełniają wymogi omawiane w poprzednim punkcie<sup>192</sup>.

W konsekwencji korzyści wynikające z wszelkich ograniczeń swobód czy też realizacji interesu publicznego muszą przynajmniej zrównoważyć wywoływane koszty w tym zakresie, a najlepiej je przewyższać. Stąd im poważniejsza szkoda dla rynku wewnętrznego, tym znaczniejsza musi być waga realizacji zapewnienia interesu publicznego, na którą powołuje się państwo, czy też eskalacja takiego ograniczania musi znaleźć odzwierciedlenie także w wadze dobra chronionego „po drugiej stronie”. Nie każda wartość bowiem ma taką rangę, aby jej realizacja w równym stopniu usprawiedliwiała skutki. Stanowi to złożony i problematyczny zabieg intelektualny, wymagający najpierw przypisania obu stronom kolizji takiej wagi czy też znaczenia, który ponadto nie jest pozbawiony ocenności<sup>193</sup>.

Uwzględniając całokształt niniejszego opracowania, nie wydaje się konieczne w tym miejscu ponowne rozważanie wagi swobód, które mają przecież charakter fundamentalny, chociaż warto pamiętać, że nie wszyscy akceptują przypisywanie im zbyt wielkiego znaczenia w takim kontekście. Wynika to nie tylko z kontrowersji, jakie rodzi zestawianie z nimi wartości nawet natury religijnej – np. w przypadku handlu w niedzielę, co może być odbierane jako nieporównywalne. Uzasadnienie braku akceptacji wiąże

<sup>192</sup> J. Ueda, *Is the Principle...*, s. 590; C. Gyda, *The Principle...*, s. 35. Por. L. Woods, *Free Movement...*, s. 113–114; P.Ch. Muller-Graff, *The Four Freedoms: Major Development in the Jurisprudence of the ECJ*, [w:] *The European Economic Area Enlarged*, eds P.Ch. Muller-Graff, E. Selvig, Berlin 2006, s. 40.

<sup>193</sup> J. Ueda, *Is the Principle...*, s. 264; W. van Gerven, *The Effect of...*, s. 41; A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 286–290.

się z błędnym traktowaniem samych swobód w sposób bardzo ograniczony, a więc jako instrumentów *stricte* handlowych czy nawet realizujących wyłącznie czysto prywatne partykularne interesy uczestników obrotu, w oderwaniu od obecnie już niewątpliwie ich poważniejszych funkcji i szerszego kontekstu. Warto natomiast odnieść się do tej drugiej szali, a więc problemu wagi dóbr pozarynkowych, których realizacja ma uzasadniać ich ograniczenia, gdyż im większy ciężar gatunkowy jest im przypisywany, tym dalej idące obciążenia po stronie swobód mogą wydawać się usprawiedliwione. Nie jest to proste zadanie, a zresztą należy zwrócić uwagę, że w literaturze owa „waga” kojarzona jest bardziej z tzw. intensywnością kontroli Trybunału i w tych ramach rozpatrywana. Skojarzenie to powoduje nawet, że także jeszcze po stronie swobód, oprócz ich czystej wagi, proponuje się ująć stopień naruszenia, jako czynnik wpływający na ów proces, który w niniejszych rozważaniach został już uwzględniony jako integralny element samego wyważania – „kalkulowany” przez pryzmat mniejszego lub większego kosztu. Z pewnością bowiem całkowity zakaz obrotu lub działalności jako szczególnie dotkliwy wymaga znaczniejszej przeciwwagi dla zachowania proporcji, natomiast jego ogólnikowość lub brak konsekwencji działania wydają się z istoty nieproporcjonalne<sup>194</sup>.

Samo zagadnienie badania i różnicowania intensywności ma swoje źródła w odmiennym podejściu orzecznictwa do kontroli działań Wspólnoty w porównaniu z weryfikacją środków krajowych. W tym pierwszym przypadku od początku Trybunał wykazywał tendencję do znaczniejszej wstrzeźliwości w badaniu proporcjonalności, uznając, że często wiąże się to z samodzielną realizacją polityki gospodarczej, do której została ona powołana, wymagającą szczególnego zakresu dyskrekcji, jak np. w zakresie rolnictwa. Natomiast wobec państw członkowskich, zwłaszcza na rynku wewnętrznym ze względu na zagrożenie dla samej istoty integracji wspólnotowej, zakładano jednak znacznie mniejszy margines uznania co do ochrony istotnych dla nich wartości, jeżeli miałyby ona ograniczać swobody. Jednakże także w tym drugim zakresie zaczęto stwierdzać różne stopnie intensywności czy też rygoryzmu albo przeciwnie – minimalizacji w podejściu do kontroli środków krajowych, skutkujące pozostawianiem mniejszej lub większej władzy dyskrepcjonalnej państwa i ewentualnie możliwością samodzielnego decydowania o ich proporcjonalności<sup>195</sup>.

Rodziło to oczywiście pytania, na czym w ogóle różnicowanie takie miałyby polegać i najprostsze skojarzenie sugerowało, że nie każde ograniczenie wprowadzane

<sup>194</sup> Problematyka intensywności por. A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 201–228; też V. Skouris, *Fundamental Rights and Fundamental Freedoms: The Challenge of Striking a Delicate Balance*, „European Business Law Review”, 17, 2006, s. 225–226.

<sup>195</sup> Kwestia intensywności zob. także T. Tridimas, *Proportionality...*, s. 66–79; J. Maliszewska-Nienartowicz, *Zasada proporcjonalności...*, s. 96–101; L. Woods, *Free Movement...*, s. 113.

przez państwo miałyby zostać poddane ważeniu korzyści i kosztów. Wynikałoby to z porzeczności tylko na samej kontroli odpowiedniości środków, tak aby państwo członkowskie korzystało ze znacznego marginesu swobody w ich doborze, o ile tylko nie są ewidentnie niewłaściwie lub rażąco nadmierne. Jako bardziej rygorystyczne pojawiałyby się badanie konieczności, a pełnym przeciwieństwem byłoby właśnie sięganie do proporcjonalności właściwej, gdzie kontrola ta wraz z ingerencją w wybory krajowe jest z pewnością o wiele bardziej dogłębna, i to rezerwowano by dla tych środków czy też tych sytuacji, kiedy musi ona być bardzo staranna. Jednakże intensywność może być też widziana jako bardziej lub mniej rygorystyczne podejście na każdym z etapów badania – począwszy od odpowiedniości i pozostawiania państwu znacznieszego marginesu uznania aż do głębokiej analizy faktów i dokładnego rozważenia środka. Okazuje się natomiast, że obie metody mogą występować równolegle – np. wszechstronna analiza stanu faktycznego przy równoczesnym ograniczeniu testu tylko na przykład do pierwszego pytania, a nawet mogą zostać połączone w jednej sprawie, gdy takiej analizie towarzyszy zarazem surowy test. Proponowane tu rozumienie intensywności kontroli lub jej braku nie wydaje się natomiast obejmować pozostawianego przez Trybunał sądom krajowym pewnego zakresu rozstrzygnięć w ramach współpracy prejudycjalnej, gdyż te organy wspólnie sprawują kontrolę unijną – bardziej lub mniej intensywną. Rozważaniu nie musi podlegać również problem tego, na kim spoczywa ciężar dowodu, chociaż akurat te dwie ostatnie kwestie bywają zaliczane przez niektórych autorów do tej problematyki<sup>196</sup>.

Rozważania te wiązano zarazem z próbami ustalenia czynników mogących wpływać na intensywność i w tym kontekście pojawiły się te, które determinują wspomnianą już rangę i znaczenie poszczególnych wartości oraz dodatkowo rozmiar zagrożenia dla swobód. Przy takim założeniu dobór intensywności zależałby głównie od rodzaju dopuszczalnego ograniczenia, na jakie powołało się dane państwo, a więc obiektywnego lub nawet subiektywnego dla niego znaczenia tych wartości. Rodzi się jednak wątpliwość, czy nie powinno to jednak być rozpatrywane jako czynnik wpływający na samo wyważenie, skoro jest to bezpośrednio związane z wagą wartości przeciwstawianych swobodom, a tylko pośrednio kojarzy się zwłaszcza z selekcją zakresu testu proporcjonalności. Wydaje się, że w omawianym kontekście wątpliwości natury funkcjonalnej można pozostawić i skoncentrować się na samej wadze poszczególnych wartości ograniczających swobody. Niezależnie od tego, czy będzie to konsekwencją doprowa-

---

<sup>196</sup> Por. też J.H. Jans, *Proportionality...*, s. 241–242; autor widzi wzrastającą intensywność właśnie przez przyzmat kolejnych pytań w teście. Zob. J. Maliszewska-Nienartowicz, *Zasada proporcjonalności...*, s. 370; A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 195, 268–271.

dzenia badania aż do wyważania, samego przeprowadzania tego etapu, tak jak zresztą poprzednich, w sposób bardziej lub mniej rygorystyczny czy wreszcie samego wyważania, nie ulega wątpliwości, że waga ta ma rzeczywisty wpływ na ocenę proporcjonalności środka.

Jednakże zadanie przypisania wagi jest tym trudniejsze, że ani Traktat, ani sama kategoryzacja wymogów koniecznych nie wydaje się udzielać prostej odpowiedzi na tę wątpliwość, a zwłaszcza wprowadzać klasyfikacji w tym zakresie, pozwalającej na ustalenie jakiejś hierarchii bardziej i mniej „ważkich” dóbr. Natomiast oczywiście trudno się nie zgodzić co do zasady, że nie każda podstawa ograniczenia swobód jest traktowana tak samo. Uwzględniając całościowy dorobek orzecznictwa, można zakładać, że szczególne znaczenie przypisywać należy ochronie praw podstawowych, których relacja ze swobodami w tym kontekście wymaga jeszcze osobnej analizy w następnym punkcie. Wydaje się, iż niezależnie od tej kategorii warto wyodrębnić jeszcze ochronę tzw. wartości podstawowych, które cokolwiek na podobieństwo owych praw, państwo może traktować jako szczególne. Tu z pewnością mieściłyby się traktatowe wyjątki zarówno w zakresie porządku i bezpieczeństwa publicznego, jak i szeroko pojętej moralności publicznej, życia i godności ludzkiej, oraz np. zwalczanie hazardu, które niejednokrotnie stanowiło przedmiot rozstrzygnięć Trybunału. Wartości te zasługują na szczególne podejście, które będzie jeszcze rozważone, ale mogą też być traktowane jako element większej całości, a więc wyborów natury politycznej, moralnej czy etycznej, których ranga może być uznawana za przewyższającą inne interesy przeciwstawiane przez państwa swobodom – społeczne czy gospodarcze, chociaż te ostatnie, jak wiadomo, traktowane są szczególnie podejrzliwie i wymagają szczególnego rozumienia. W przypadku tego rodzaju interesów należy jednak zwrócić uwagę na rolę, jaką Traktat o funkcjonowaniu UE przypisuje ochronie środowiska, konsumenta, dobrostanu zwierząt oraz danych osobowych, umiejscawiając je z pominięciem pozostałych w ramach *Postanowień ogólnych* Części I, niezależnie od konkretnych polityk przewidzianych także w części tych przypadków w normach szczególnych Części III<sup>197</sup>.

W tym świetle nie może natomiast ulegać wątpliwości, że metoda wyważania stanowi poważne wyzwanie, zwłaszcza dla sądownictwa w systemie kontynentalnym, kiedy zostaje ono obciążone wyborami natury politycznej, co ponownie wymaga przywołania problematyki podziału władzy w Unii, na której – jak już wskazywano – proporcjonalność odciska specyficzne piętno. To właśnie sąd krajowy, a nawet ponadpaństwowy Trybunał staje się odpowiedzialny, często w miejsce prawodawcy, za staranną analizę faktyczną i prawną, ekonomiczną i socjalną, owo przypisywanie wagi oraz do-

---

<sup>197</sup> A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo...*, s. 629 i nast.

konywanie wyborów, poświęceń jednych dóbr kosztem drugich i ustalenie, w jakim stopniu mają być realizowane i równocześnie naruszane. Już przeciwstawianie sobie nawet tak neutralnych, jak integracja i prawa konsumenta, nie bywa łatwe, a prawdziwym wyzwaniem stają się kolizje pomiędzy ludzkim zdrowiem, moralnością lub bezpieczeństwem publicznym a przepływem czynników produkcji czy też ujmując ogólniej – interesem ekonomicznym i pozarynkowym, publicznym i prywatnym, państwowym i unijnym. Jest to zresztą jeden z powodów, dla których wyraźne stosowanie wyważania w pełnym zakresie zdarza się rzadziej niż wcześniejszych elementów testu, co może sugerować ograniczanie intensywności. Jednak częściej dochodzi do „cichego”, niewyodrębnianego wyważania, np. pod pretekstem badania konieczności, w czym pomaga wskazany już brak konsekwencji Trybunału w definiowaniu ostatecznej zawartości i układu całego badania proporcjonalności<sup>198</sup>.

W literaturze jako przykład takiego „ukrywania” kontroli proporcjonalności właściwej podaje się orzeczenie w sprawie Vander Elst<sup>199</sup>, dotyczące zakwestionowanego przez Trybunał ukarania belgijskiego usługodawcy, który w celu wykonania zlecenia we Francji przywiózł ze sobą Marokańczyków zatrudnionych na stałe w jego państwie pochodzenia. Posiadali oni ważne belgijskie pozwolenia na pobyt i pracę i byli objęci tamtejszym systemem ubezpieczeń, spełniając tym samym wymogi legalnego zatrudnienia tego państwa, a we Francji uzyskali jedynie wizy wjazdowe na czas tego zlecenia, bez miejscowych zezwoleń na pracę. Chociaż wyraźnie Trybunał skoncentrował się na zakazie dublowania wymogów, dowodząc, że te francuskie mogą być egzekwowane tylko o tyle, o ile interes deklarowany jako chroniony nie jest już zabezpieczony normami państwa pochodzenia, to jak się wskazuje, w rzeczywistości sięgnął dalej. Dopuścił bowiem, aby wykluczyć ich automatyczne egzekwowanie nawet w przypadku niższego poziomu ochrony w tym państwie, starając się wyważyć pomiędzy interesem integracji i jego obciążeniem takimi działaniami a ewentualnie niewielką dodatkową korzyścią dla realizacji przeciwstawianych mu wartości, jaką można by uzyskać z tego tytułu<sup>200</sup>.

Warto z tej perspektywy spróbować spojrzeć też na przywoływane już orzeczenie w sprawie Buet, które dotyczyło francuskiego zakazu sprzedaży przez akwizytorów docierających do prywatnych domów materiałów edukacyjnych - kursów korespondencyjnych umożliwiających uzupełnienie nauki. W tym przypadku bowiem zasada proporcjonalności znalazła zastosowanie w zakresie poddanym harmonizacji minimalnej celem

---

<sup>198</sup> J. Snell, *True proportionality...*, s. 51; A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 286–290; J.H. Jans, *Proportionality...*, s. 241–248.

<sup>199</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 9 sierpnia 1994 r. w sprawie C-43/93 *Raymond Vander Elst v. Office des migrations internationales*, Zb. Orz. 1994 I-03803.

<sup>200</sup> J. Snell, *True proportionality...*, s. 54.

oceny środków krajowych podwyższających standard ochrony konsumenta przewidziany w stosownej dyrektywie, co tylko potwierdza usankcjonowanie mechanizmu swobód łącznie z wyważaniem także w tym zakresie. Z jednej więc strony Trybunał uznał to za poważne ograniczenie swobody przepływu, zmuszające do porzucenia skutecznej metody marketingowej produktów z innych państw, gdzie było to dopuszczalne, ale z drugiej konieczność ochrony nabywców musiała przyjąć bardzo rygorystyczną postać. Jest to bowiem bardzo wrażliwy obszar, zważywszy na rodzaj materiałów, których zawartość trudno ocenić w ramach takiej sprzedaży, co sprzyja wprowadzaniu w błąd. Należało zwłaszcza założyć obniżony standard krytycyzmu konsumentów reprezentujących z zasady niższy poziom wykształcenia i podatnych na manipulacje akwizytora, że zakup zwiększy ich szanse na rynku pracy. Niewątpliwie wprowadzony zakaz był dalej idącym ograniczeniem niż zwykle wystarczające prawo do odstąpienia dopuszczalne w dyrektywie, ale też proporcjonalnym do wagi zagrożenia czy też współmiernym do korzyści, jakie zapewni to konsumentom<sup>201</sup>.

Natomiast niewątpliwie najstynnieszym orzeczeniem Trybunału Sprawiedliwości opartym wyraźnie na idei wyważania, przywoływanym właściwie przez wszystkich komentatorów, była sprawa tzw. „duńskich butelek” – *Komisja v. Dania* (302/86)<sup>202</sup>. Chodziło o duński nakaz sprzedaży napojów, także piwa, wyłącznie w posiadających krajowy atest typach opakowań nadających się do ponownego użycia, którego wydanie miało zapewniać kontrolę spełniania wymogów technicznych oraz ograniczać podaż butelek. Zarazem tylko pewna ich ilość mogła zostać wprowadzona na etapie testowania bez zatwierdzenia, co z pewnością utrudniało sprzedaż, skoro nie można było w całej Wspólnocie, w tym samym czasie wprowadzić nowego produktu bez zagrożenia, że w jednym z państw zostanie on przymusowo wycofany. Na producentach napoi wymuszono zorganizowanie odzysku, a więc obowiązek stworzenia systemu zwrotów opartych na kaucji płaconej przez klientów, co m.in. doprowadziło do eliminacji z rynku krajowego napojów w metalowych puszkach, będących podstawą obrotu w pozostałych państwach członkowskich<sup>203</sup>.

Stanowiło to oczywiście istotną barierę w handlu, zwłaszcza że zagranicznym producentom ten ostatni system na obszarze Danii trudno było zorganizować, ale przeżyła przesłanka ochrony środowiska, któremu dobrze służy wymuszanie ponownego użycia butelek. Trybunał, dokonując wyważenia obciążenia i korzyści, uznał, że środek

---

<sup>201</sup> Por. N. Emiliou, *The Principle of Proportionality...*, s. 240.

<sup>202</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 20 września 1988 r. w sprawie 302/86 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Danii*, Zb. Orz. 1988 04607.

<sup>203</sup> Por. J. Ueda, *Is the Principle...*, s. 566–568; J. Maliszewska-Nienartowicz, *Zasada proporcjonalności...*, s. 285–286.



ten pozostaje w proporcji do celu i można założyć, iż warto było ograniczenie takie znośić w imię owego pozarynkowego celu i sposobu jego realizacji. Zakwestionował natomiast, jako nadmierną, odmowę dopuszczania do obrotu produktów w butelkach niezatwierdzonych przez władze, nawet kiedy producent zobowiązał się zorganizować system zwrotów. Radykalnie obciążało to dodatkowo swobodny przepływ towarów, grożąc nawet koniecznością sprzedaży w Danii napojów w innych opakowaniach niż za granicą, a nie znalazło proporcjonalnego odzwierciedlenia w równie znacznym wzroście korzyści po stronie ochrony środowiska, chociaż niewątpliwie bardziej przyczyniało się do jej realizacji. Zresztą już bez konieczności atestowania butelek była ona wysoka i nieprzekonujący okazał się argument, że brak tego elementu systemu stanowi zagrożenie ze względu na występowanie na rynku zbyt wielu ich rodzajów, do których odbioru trudno zmusić wszystkich sprzedawców, zwłaszcza że władze duńskie korzystały ze znacznego marginesu swobodnego uznania, co groziło arbitralnością<sup>204</sup>.

Trudno nie zauważyć, w jakim stopniu orzeczenia powyższe dotyczą bardzo ważnego i analizowanego powyżej zagadnienia poziomu ochrony. Chodzi o możliwość podważania wymogu zapewniania przez czynniki produkcji pochodzące z innych państw członkowskich takiego jego poziomu, jaki odpowiada temu narzucanemu w państwie przyjmującym, a więc egzekwowania równoważności jako warunku realizacji zasady wzajemnej uznawalności. W tym miejscu warto zderzyć to z analizowanymi konsekwencjami działania prawdziwej proporcjonalności, gdyż okazuje się, że jej kontrola nie omija tej wrażliwej sfery, która mimo ogólnych gwarancji swobód miałaby być zarezerwowana do swobodnej decyzji władz krajowych. O tym, że byłoby to zbyt daleko idące, wspominało zresztą już wcześniej. Oznacza to wyjście poza uznane za oczywiście nieproporcjonalne żądanie dostosowania się do wymogów państwa przyjmującego w sytuacji, gdy w państwie pochodzenia ów poziom ochrony jest analogiczny, co wynika już z kryterium środka niekoniecznego, skoro została ona właściwie zapewniona, a różnice między państwami mają charakter formalny czy też drugorzędny<sup>205</sup>.

Należy więc ponownie przywołać orzeczenie w sprawie *Komisja v. Francja (188/84)*<sup>206</sup>, które można rozumieć jako przyznające państwu przyjmującemu kompetencję do egzekwowania podwyższonego poziomu ochrony, ale jednak nie bezwarunkowo, lecz wyłącznie w starannie usprawiedliwionych przypadkach. Jak wiadomo Trybunał nie zakwestionował tam egzekwowania przez Francję własnych wymagań dotyczących maszyn wykorzystywanych w robotach leśnych – także pochodzących z Niemiec, gdzie

---

<sup>204</sup> Por. A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 287; C. Gydał, *The Principle...*, s. 45.

<sup>205</sup> Por. N. Emiliou, *The Principle of Proportionality...*, s. 233–234.

<sup>206</sup> *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Francuska (188/84)*.

rygory w zakresie ochrony użytkownika były dużo niższe. Uczynił tak jednak nie dlatego, że uznał ogólną kompetencję Francji w tym zakresie, lecz ze względu na o wiele wyższy poziom przygotowania zawodowego personelu obsługującego przedmiotowe maszyny w Niemczech, który tym samym nie potrzebował zabezpieczeń francuskich – w przeciwieństwie do pracowników we Francji, potrzebujących ochrony przed własną niekompetencją i ryzykiem błędów. Można się oczywiście zastanawiać nad kwalifikacją środka francuskiego, który należało ewentualnie ocenić jako już konieczny, a nie będący następstwem pełnego wyważania, ale przykład ten godny jest uwagi ze względu na ów brak automatyzmu<sup>207</sup>.

Okazuje się, że cena za przestrzeganie wysokiego poziomu ochrony narzuconego w państwie przyjmującym, a więc związane z tym ograniczenie swobodnego przepływu, może być podstawą do kwestionowania tego poziomu jako nieznajdującego proporcji w korzyściach mających z tego wynikać dla deklarowanego dobra chronionego. Jeżeli skutek miarkowania korzyści i strat przy stosunkowo niewielkim obniżeniu tego poziomu, a więc np. bez atestowania butelek w Danii, zakres ograniczenia swobód czy też dotkliwości w ich realizacji zostanie dużo bardziej zredukowany, to państwo przyjmujące nie może oczekiwać zachowania kompetencji do automatycznego antyfunkcjonalistycznego egzekwowania go w pierwotnej postaci. Pomimo więc ogólnej akceptacji zasady równoważności, możliwe jest kwestionowanie także poziomu ochrony państwa przyjmującego jako nieproporcjonalnego, co ma kluczowe znaczenie dla swobodnego przepływu na rynku wewnętrznym oraz właściwego rozumienia istoty i zakresu całej wzajemnej uznawalności<sup>208</sup>.

Także przywoływane już orzeczenie w sprawie Sager wydaje się wiązać kontrolę poziomu ochrony z samym wyważaniem. Należy przypomnieć, że jego przedmiotem było utrwalone w niemieckich przepisach zastrzeżenie dla rzeczników patentowych lub adwokatów prawa do działalności polegającej na wspomaganium uprawnionych z patentów w zakresie kontroli terminów opłat patentowych i ich ewentualnego uiszczenia. Na tej podstawie jeden z niemieckich rzeczników wystąpił przeciwko brytyjskiej spółce, która prowadziła tego rodzaju działalność na rzecz podmiotów z różnych krajów, także na obszarze Niemiec, proponując bardzo konkurencyjne stawki, lecz nie legitymując się osobami z wymaganymi tytułami zawodowymi. Właśnie tu swoboda świadczenia usług okazała się nadrzędna nad mającym długą tradycję rozwiązaniem podyktowanym ochroną odbiorców, gdyż koszt jej ograniczenia był nieproporcjonalny do korzyści, zważywszy, że zagrożenie ich interesów w przypadku działalności osób o niższych kwalifika-

---

<sup>207</sup> Zob. też C. Gydał, *The Principle...*, s. 34, 40, wskazujący na weryfikację poziomu ochrony z perspektywy kryterium konieczności.

<sup>208</sup> Por. J. Snell, *True proportionality...*, s. 52; J.H. Jans, *Proportionality...*, s. 249–250.

cyjach było niewielkie ze względu na jej bardzo nieskomplikowany charakter. Dlatego Trybunał uznał, że wymogi niemieckie są nieproporcjonalne w stosunku do potrzeb ich odbiorców, a więc dokonał wnikliwej oceny proporcjonalności właściwej, zestawiając interesy dawców i biorców czy też nadmiernie wysoki poziom ochrony i znaczne ograniczenie swobody<sup>209</sup>.

Dopuszczenie weryfikacji także tego poziomu oznacza jednak bardzo daleką ingerencję w wybory krajowe, potwierdzającą, jak znaczny wpływ na funkcjonowanie państw wywiera zasada proporcjonalności. Dotyka to możliwości kwestionowania oceny dopuszczalnego poziomu ryzyka dla najważniejszych w danej zbiorowości dóbr niejako wbrew jej woli wyrażonej w procesie demokratycznym, który przekłada się na kształt miejscowego ustawodawstwa przesądzającego, jaka powinna być w swej istocie ta ochrona. „Korygowanie” owych rozstrzygnięć wydaje się stanowić odstępstwo od pierwotnego założenia, iż państwo ma zachować kompetencję w tym zakresie, jeżeli tylko dana wartość została na rynku wewnętrznym uznana za godną ochrony. Ale bez możliwości takiej kontroli Trybunału zagrożona zostałaby skuteczność oraz jednolitość funkcjonowania rynku wewnętrznego, zważywszy, że ustanawianie wysokiego poziomu ochrony może być przejawem złej woli i doskonałym środkiem protekcyjnym. Wyważanie należy więc rozumieć także jako rozstrzygnięcie konfliktu interesów na tym wyższym poziomie, na którym sama możliwość jego narzucania nie może oczywiście być apriorycznie podważana, ale z drugiej strony musi zostać zderzona z wyzwaniem integracji.

Można jeszcze ewentualnie próbować wiązać możliwość kwestionowania poziomu ochrony z problematyką intensywności kontroli i ograniczać ją do przypadków stosowania znacznego rygoryzmu w tym zakresie. Gdyby opierać się w tym względzie na koncepcji, zgodnie z którą zależy ona od rodzaju chronionej wartości, a rygoryzm taki zarezerwować dla tych o mniejszej wadze, można by sugerować, że poziom ten pozostawałby właściwie nietykalny w przypadkach najbardziej wrażliwych, gdy państwo powinno zachować szczególnie dużo dyskrecji. Przede wszystkim dotyczyłoby to więc wspomnianych już wartości podstawowych, gdyż wydaje się przekonujące, aby nie każdy nawet najbardziej wrażliwy wybór dokonywany lokalnie objęty został tak daleko idącą kontrolą. Państwo powinno raczej samodzielnie decydować np. o zakresie ochrony moralności publicznej, o ile tylko nie wykazuje tendencji do protekcyjnizmu, i tak też można rozumieć znany powszechnie skromny dorobek orzecznictwa w tym zakresie. Oznaczałoby to pewne ograniczenie mechanizmu wyważania, który nie wyklucza całko-

---

<sup>209</sup> J. Maliszewska-Nienartowicz, *Zasada proporcjonalności...*, s. 341.

wicie ustalania proporcji kosztów i korzyści, ale właśnie nie pozwala na żądanie obniżenia tego poziomu w szczególnych przypadkach<sup>210</sup>.

Wyjątkowo charakterystyczną egzemplifikacją takiego podejścia jest traktowanie przez Trybunał polityki państw członkowskich w zakresie hazardu, której kontrola cechuje się wyjątkową wstrzemięźliwością, gdyż pozostawia władzom krajowym maksymalny zakres uznania, nawet w przypadku daleko idących restrykcji. Objawiło się to już w sprawie Schindler<sup>211</sup>, w której władze brytyjskie nie chciały dopuścić na swoje terytorium losów niemieckiej i co ważne, publicznej loterii. Akceptacja Trybunału tego poważnego ograniczenia swobód była podyktowana poszanowaniem wyborów natury moralnej, kulturowej i społecznej zapobiegających wszystkiemu negatywnym skutkom hazardu, których zagrożenie państwo mogło oceniać autonomicznie<sup>212</sup>.

W tym duchu w orzeczeniu w sprawie Laara<sup>213</sup> Trybunał nie zakwestionował regulacji fińskich, które wyłączne prawo do prowadzenia hazardowych automatów do gry przyznawały miejscowemu podmiotowi publicznemu, a środki pochodzące z tej działalności nakazywały przeznaczać jedynie na cele charytatywne lub inne niekomercyjne. Potwierdził kompetencję państwa – w ramach przysługujących mu uprawnień do oceny – do samodzielnego określenia zakresu ochrony, nawet jeżeli będzie to oznaczało całkowity zakaz, który zwykle nie jest akceptowany w orzecznictwie. Także w późniejszym orzeczeniu Anomar<sup>214</sup> Trybunał z tych samych powodów uznał za dopuszczalne portugalskie przepisy, zgodnie z którymi zakazywano pod rygorem odpowiedzialności karnej organizacji gier hazardowych poza ściśle wskazanymi lokalizacjami i przez podmioty nielegitymujące się miejscową licencją. Tu względy polityki społecznej i zapobiegania oszustwom w tej wrażliwej dziedzinie okazały się również wystarczające do pozostawienia państwu uznania co do planowanego poziomu ochrony, a więc proporcjonalność musiała być oceniana jedynie w świetle celów zamierzonych przez jego władze i właśnie poziomu, jaki chcą zapewnić, bez możliwości jego podważania<sup>215</sup>.

<sup>210</sup> Por. D. Chalmers, Ch. Hadjiemmanuil, G. Monti, A. Tomkins, *European Union...*, s. 849; A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo...*, s. 802–805.

<sup>211</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 24 marca 1994 r. w sprawie C-275/92 *Her Majesty's Customs and Excise v. Gerhart Schindler i Jörg Schindler*, Zb. Orz. 1994 I-01039.

<sup>212</sup> J.H. Jans, *Proportionality...*, s. 245.

<sup>213</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 21 września 1999 r. w sprawie C-124/97 *Markku Juhani Läärä, Cotswold Microsystems Ltd i Oy Transatlantic Software Ltd v. Kihlakunnansyyttäjät (Jyväskylä) i Suomen valtio (Etat finlandais)*, Zb. Orz. 1999 I-06067.

<sup>214</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 11 września 2003 r. w sprawie C-6/01 *Associação Nacional de Operadores de Máquinas Recreativas (Anomar) i inni v. Estado português*, Zb. Orz. 2003 I-08621.

<sup>215</sup> J.H. Jans, *Minimum Harmonisation and the Role of the Principle of Proportionality*, [w:] *Umweltrecht und Umweltwissenschaft*, eds M. Führ, P. Wahl, P. von Wilmsdorf, Berlin 2007, s. 712.

Na zakończenie warto wskazać na jeszcze jeden nietypowy aspekt zachowania przez państwo przyjmujące kompetencje ochronnych, który można próbować traktować jako szczególny wymiar proporcjonalności, a więc zastosowanie zasady ostrożności, która stanowi samoistną i utrwaloną zasadę unijną. W praktyce najczęściej stosuje się ją w przypadku obrotu produktami żywnościowymi czy też ogólniej zagrażającymi życiu i zdrowiu, ale jest też wyraźnie przewidywana w Traktacie o funkcjonowaniu UE w zakresie ochrony środowiska w art. 191<sup>216</sup>.

Zasada ta dopuszcza bowiem wprowadzanie środków ochronnych, a więc barier w swobodnym przepływie, właśnie ze względu na brak pewności czy też dostatecznych dowodów istnienia niebezpieczeństwa np. dla zdrowia, ale upoważnieniem do działania jest ryzyko, którego istnienie oraz skala są oparte wyłącznie na pewnym prawdopodobieństwie. Trudności w jego ocenie i brak wystarczających badań naukowych, a nawet ich rozbieżność, przy równoczesnym realnym i racjonalnym zagrożeniu wyrządzenia szkody danemu dobru chronionemu nie są więc traktowane jako okoliczności wykluczające wprowadzanie restrykcji, lecz raczej szczególnego rodzaju upoważnienie dla państwa, odbiegające od podstawowego modelu. Jest to bowiem odwrócenie porządku myślowego – jeżeli np. nie można ustalić z dużą dozą pewności, powyżej jakiego poziomu dana substancja staje się niebezpieczna, brakuje wówczas argumentów do stwierdzenia, że przepisy krajowe wykraczają poza to, co jest konieczne do osiągnięcia zamierzonego celu. Także ciężar dowodu zostaje odwrócony i to nie państwo przyjmujące musi go poszukiwać, a dana substancja może być uważana za niebezpieczną, ze wszystkimi tego skutkami ochronnymi, dopóty nie pojawiają się badania potwierdzające, że jest inaczej. Uważa się, że mimo obarczenia dużym stopniem niepewności, nie powinno to stanowić podstawy do opóźniania podejmowania środków ochronnych, chociaż z pewnością raczej przejściowych, a nie ostatecznych, celem minimalizacji ograniczeń. Z drugiej jednak strony im ryzyko to oraz trudność przewidzenia negatywnych skutków okazują się większe, tym ostrożniej można traktować zagrożenie i podejmować różnorodne środki zapobiegawcze, pod warunkiem jednak istnienia przesłanek natury naukowej, a nie czysto hipotetycznej co do jego prawdopodobieństwa, uzasadniających obawy<sup>217</sup>.

---

<sup>216</sup> Zob. C. Baudenbacher, *The Definition of the Precautionary Principle in European Law: A Product of Judicial Dialogue*, [w:] *European Integration Through Interaction of Legal Regimes*, eds C. Baudenbacher, H. Bull, Oslo 2007, s. 9.

<sup>217</sup> J. Cazala, *Food safety and the precautionary principle: The legitimate moderation of community courts*, „European Law Journal”, 10, 2004, nr 5 s. 540–545; M.A. Jarvis, *Case C-325/00, Commission v. Germany*, Judgment of the Court of Justice of 5 November 2002, Full Court [komentarz], „Common Market Law Review”, 40, 2003, nr 3, s. 1406–1407.

Zwykle w tym kontekście jako charakterystyczny przykład podaje się orzeczenie w sprawie *Officier van Justitie v. Koninklijke Kaasfabriek Eysen*<sup>218</sup> dotyczące holenderskiego zakazu dodawania do sera pewnego środka konserwującego dopuszczonego w innych państwach. Trybunał zgodził się w nim z argumentem dużej rozbieżności w wynikach badań jego szkodliwości jako uzasadnieniem ograniczenia swobody przepływu towarów. Dowodzi ono zarazem, że udokumentowany w państwie pochodzenia brak szkodliwości określonego składnika zawartego w konkretnym produkcie nie musi mieć znaczenia przesądzającego, nawet jeżeli odwołuje się do obiektywnych i wiarygodnych badań. Wynika to zwłaszcza z odmiennych nawyków konsumpcyjnych, a szczególnie żywieniowych, mieszkańców państwa przyjmującego, obejmujących np. spożycie innych wyrobów, które go zawierają. Holendrzy zaś zjadają znaczne ilości sera, co powoduje zagrażającą zdrowiu kumulację spornego składnika. Często zresztą zawarty jest on w wielu powszechnie dostępnych wyrobach, w których jego zawartości, a także konsumpcji nie da się w sposób skuteczny monitorować ani przewidzieć, a istniejące badania nie muszą rozstrzygać wątpliwości.

Warto także przytoczyć orzeczenie w sprawie *Sandoz*<sup>219</sup>, w którym chodziło o holenderski zakaz wwozu batoników müsli bez uprzedniego zezwolenia – mimo że były one dostępne w powszechnym obrocie m.in. w Niemczech. Był on uzasadniany dużą zawartością w nim witamin, które zdaniem władz miejscowych mogły być niebezpieczne dla zdrowia ze względu na przekroczenie pewnego poziomu spożycia. Co prawda brakowało dowodów, aby taka zawartość, jak w konkretnym batoniku, mogła być szkodliwa, ale nie można też było wykluczyć, że mimo iż witaminy są bezpieczne dla zdrowia, to może pojawić się zagrożenie w przypadku kumulacji z witaminami zawartymi w innych produktach. Ponadto nie udało się jeszcze ustalić w medycynie bezpiecznej dawki spożycia i to wystarczyło do akceptacji takiego ostrożnościowego podejścia. Ów brak pewności oraz brak harmonizacji na poziomie wspólnotowym zwiększał więc dopuszczalny margines swobody decyzji władz państwa, jaki poziom ochrony życia i zdrowia chcą zapewnić.

Zasada ostrożności pozostawia więc znaczny zakres dyskreacji w stosowaniu środków krajowych, sugerujący nawet przełamanie kryterium odpowiedniości, które generalnie wymaga realnego, a nie pozornego zagrożenia i dostosowania do niego adekwatnych, współmiernych rozwiązań. Może być rozpatrywana przez pryzmat podobny do poprzedniego wątku, a więc znacznej wstrzemięźliwości kontroli swobód i powstrzy-

---

<sup>218</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 5 lutego 1981 r. w sprawie 53/80 *Officier van Justitie v. Koninklijke Kaasfabriek Eysen*, Zb. Orz. 1981 00409.

<sup>219</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 14 lipca 1983 r. w sprawie 174/82. Postępowanie karne przeciwko *Sandoz BV*, Zb. Orz. 1983 02445.

mywania się z ingerencją, co pozostawia państwu większą dowolność w doborze takich środków. Nie jest jednak wykluczone przyjęcie alternatywnej perspektywy, a więc zastosowanie wyważania tylko o wyjątkowym charakterze, polegającym na miarkowaniu współczynnikiem prawdopodobieństwa. Wydaje się bowiem, że środek krajowy zostaje dopuszczony nie tylko dlatego, że kontrola unijna nie wykazała się rygoryzmem, lecz również z powodu „ciężaru zagrożenia” przeważającego nad dobrodziejstwem rynku wewnętrznego, a więc jest miarkowany do ryzyka. Niezapobieżenie zagrożeniu mogłoby bowiem skutkować nadmiernymi kosztami w stosunku do korzyści wynikających ze swobodnego przepływu czy też ujmując inaczej – cena, jaką jest jego ograniczenie, wydaje się godna poniesienia i proporcjonalna w imię korzyści, jakie niesie zabezpieczenie się przed ewentualnym ryzykiem<sup>220</sup>.

Takie miarkowanie jest zresztą dostrzegalne w orzecznictwie wtedy, gdy np. kryterium ostrożności wykorzystuje się do ograniczania dostępu określonych towarów do rynku krajowego ze względu na ich zbędność, tj. niezaspokajanie lokalnych potrzeb żywieniowych, czemu służy inny produkt legalnie dopuszczony oraz właśnie ryzyko kumulacji, która jednak jest mało prawdopodobna, skoro oba produkty są raczej konkurencyjne i wzajemnie się zastępują. Trybunał nie wykluczył uwzględniania kryterium takich potrzeb w ocenie ryzyka, ale już nie jako samoistnej przesłanki wprowadzania zakazu. Znalazło to potwierdzenie w sprawie odmowy zezwolenia na sprowadzanie do Holandii zbożowych płatków śniadaniowych wzbogaconych w witaminę D i kwas foliowy oraz batonów energetycznych wzbogaconych w kwas foliowy, które to składniki występowały oczywiście w innych produktach na rynku. Władze niderlandzkie wymagały, aby dodatek mikroelementów nie tylko nie był szkodliwy, ale zarazem odpowiadał potrzebom żywieniowej obywateli, a niespełnienie tego drugiego wymogu w połączeniu z zagrożeniem kumulacją skutkowało odmową. W praktyce jednak okazało się, że to ostatnie ryzyko było oczywiście badane, ale stanowiło raczej tylko pretekst, gdyż rzeczywiście zezwolenia udzielano tylko wtedy, gdy dodatkowo ustalono, że środek ten jest potrzebny do umożliwienia pokrycia zapotrzebowania ludności na witaminy i sole mineralne. Taka bariera okazała się więc zbyt daleko idąca, przekraczała bowiem granice dopuszczalności, i chociaż Trybunał nie wykluczał, że państwo nawet w sytuacjach nie do końca zbadanych mogło bronić się przed kumulacją, ale nie w takich okolicznościach<sup>221</sup>.

---

<sup>220</sup> Por. A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 258–261.

<sup>221</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 2 grudnia 2004 r. w sprawie C-41/02 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Niderlandów*, Zb. Orz. 2004 I-11375.

### C. Szczególna rola praw podstawowych

Ogólne znaczenie praw podstawowych i ich relacja ze swobodami rozumianymi jako gwarancje fundamentalne było już poruszane w ramach rozważań nad ich naturą. W tym miejscu warto powrócić do tego zagadnienia w kontekście wyważania wartości, zwłaszcza że relacja ta ma wyjątkowy charakter. Z jednej strony prawa podstawowe mogą wspierać stosowanie i wykładnię swobód, jeżeli wynikające z nich uprawnienia udaje się odczytać jako przejaw realizacji obu kategorii norm, ewentualnie środki krajowe zagrażają zarówno integracji rynku wewnętrznego, jak i godzą np. w postanowienia Karty Praw Podstawowych. Równie naturalny jednak jest konflikt ujawniający się wtedy, gdy korzystanie z dobrodziejstw procesu integracji, mających proveniencję ekonomiczną, nie daje się pogodzić z prawami człowieka, a wówczas szczególnego znaczenia nabiera metoda wyważania i optymalizacji, pozwalając ewentualnie zachować istotę praw obu kategorii, bez zagrożenia całkowitej eliminacji. Natomiast w każdej z opisywanych tu sytuacji warto uwzględnić poruszaną powyżej kwestię ich wagi, gdyż jak wiadomo reprezentują znaczny ciężar gatunkowy, determinując skutki zastosowania owego mechanizmu.

Wspieranie swobód przez prawa podstawowe warto widzieć przez pryzmat przeciwstawienia interesu partykularnego państwa członkowskiego temu uniwersalnemu w podwójnym tego słowa rozumieniu, a więc stanowiącemu zarówno wyraz ponadnarodowej integracji, jak i samych przyrodzonych praw jednostki ludzkiej. W efekcie w takich przypadkach interes państwa jest bardziej narażony na ustąpienie, gdyż państwo traci swoistą legitymację do promowania odrębnych wartości lokalnych, skoro nie znajdują one oparcia w prawach człowieka, a nawet mogą zagrażać ich realizacji. Okazuje się równocześnie, że współwystępowanie po jednej stronie obu tych kategorii może mieć znaczenie dla każdej z nich.

Same prawa podstawowe jako normy wyrażone zwłaszcza w Karcie Praw Podstawowych doznają szeregu ograniczeń co do zakresu stosowania oraz sposobu interpretacji, które wyraża w szczególności mający charakter horyzontalny Tytuł VII tego aktu, a w przypadku Polski i Wielkiej Brytanii dodatkowo słynny Protokół 30, załączony do Traktatów na podstawie Traktatu Lizbońskiego. Niejednokrotnie więc powołanie się na takie postanowienia, szczególnie kwalifikowane jako zasady, a nie prawa lub wolności, zwłaszcza celem zakwestionowania środka krajowego wyrażonego w miejscowych przepisach, może napotykać poważne opory. Natomiast jeżeli środkowi temu przeciwstawiona zostaje traktatowa gwarancja swobód, która równocześnie pośrednio lub bezpośrednio zapewnia realizację względnie zapobiega naruszeniu praw podstawowych, argumentacja taka nie może być podnoszona, chociaż oczywiście zakres zastosowania swobód także nie jest nieograniczony.



Również z perspektywy swobód odwoływanie do praw podstawowych w omawianej sytuacji oznacza poważne wzmocnienie siły oddziaływania czy też postawienie państwa członkowskiego w „podwójnie” obciążającej sytuacji, co oczywiście należy traktować w kategoriach symbolicznych. Ale z pewnością znacznie trudniej jest znaleźć środki krajowe, które mogą zostać im skutecznie przeciwstawione i utrzymane, skoro zagrażają gwarancjom mającym umocowanie w dwóch takich źródłach. Ujmując to przez pryzmat wyważania, można założyć, iż ciężar położony na szali po stronie uniwersalnej zostaje skumulowany na tyle, że jego przeważenie interesem partykularnym i wartościami lokalnymi staje się wątpliwe, nawet jeżeli nie są one pozbawione słuszności. Także w sytuacji, gdy wartości realizowane przez państwo wydają się mieć wymiar uniwersalny, jak w przywoływanej poniżej sprawie *Familiapress*<sup>222</sup>, władzom krajowym nie jest łatwo bronić dopuszczalności kontrolowanego środka i muszą one znaleźć bardzo solidne uzasadnienie w tym zakresie. Należy oczywiście pamiętać, że metoda wyważania służy raczej pogodzeniu dwóch przeciwstawianych norm i stosowania ich w największym możliwym stopniu, a nie całkowitemu pozbawieniu mocy wiążącej w konkretnym przypadku<sup>223</sup>.

Oczywiście z technicznego punktu widzenia owo wspieranie może polegać na wykładni samej normy swobód w świetle praw podstawowych lub takiej interpretacji przeciwstawianych jej dopuszczalnych ograniczeń. Funkcję taką kojarzyć należałoby przede wszystkim ze wspomnianymi w pierwszej części artykułami 15 i 16 Karty, a więc wolnością wyboru zawodu i prawem do podejmowania pracy oraz wolnością prowadzenia działalności gospodarczej. Ale podobnie funkcjonować mogą przewidziane już w art. 17 prawo własności czy też prawa socjalne z Tytułu IV Karty oraz inne o charakterze nieekonomicznym, chociaż dorobek orzeczniczy szczególnie sprzed jej uchwalenia sięgał chętnie do Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i różnych „elementów” sprecyzowanego tam katalogu. Zważywszy, że w świetle art. 6 TUE źródła praw podstawowych w systemie unijnym, zwłaszcza jako zasad ogólnych prawa, mają złożoną postać, nie ma przeszkody, aby Trybunał odwoływał się w ten sposób do różnych zasobów normatywnych. Właśnie te przypadki, w których wykorzystywano prawa niekomercyjne wydają się szczególnie interesujące.

Charakterystycznym tego przykładem wydaje się orzeczenie w sprawie *Festersen*<sup>224</sup>, dotyczące duńskich przepisów nakazujących nabywcy nieruchomości rolnej usta-

---

<sup>222</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 26 czerwca 1997 r. w sprawie C-368/95 *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH v. Heinrich Bauer Verlag*, Zb. Orz. 1997 I-03689.

<sup>223</sup> J.H. Jans, *Proportionality...*, s. 246.

<sup>224</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 25 stycznia 2007 r. w sprawie C-370/05. Postępowanie karne przeciwko *Uwe Kay Festersen*, Zb. Orz. 2007 I-01129.

nowienie na niej stałego miejsca zamieszkania i utrzymywanie go nieprzerwanie przez minimum osiem lat. Zdaniem Trybunału ocena tego środka krajowego powinna uwzględniać nie tylko jego negatywny wpływ na swobodę przepływu kapitału, ale także prawo nabywcy do swobodnego wyboru miejsca zamieszkania, gwarantowane przez art. 2 ust. 1 Protokołu nr 4 do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. W ten sposób został on uznany za wyjątkowo uciążliwy i zwłaszcza owo naruszenie praw podstawowych wzmocniło ciężar, wykluczając uznanie za proporcjonalny oraz ostatecznie przechylając przysłowiową szalę na niekorzyść państwa członkowskiego. Warto zauważyć, iż Trybunał nie odwołał się w tym orzeczeniu do obywatelskich gwarancji swobodnego przemieszczania wynikających z obecnego art. 21 TFUE, które można było poddać wykładni korzystnej dla strony, Wydaje się to podyktowane zamiarem osiągnięcia owego efektu wzmacniającego, jaki płynie z wagi samych praw człowieka.

Jednym z najbardziej znanych przejawów swoistego wykorzystania tych praw w zakresie zastosowania swobód, i to o charakterze całkowicie niekomercyjnym, stało się orzeczenie w sprawie *Carpenter*<sup>225</sup>. Jak wiadomo z wcześniejszych rozważań dotyczyło ono brytyjskiego usługodawcy świadczącego usługi transgraniczne polegające na sprzedaży przestrzeni reklamowej w brytyjskich czasopismach naukowych reklamodawcom z innych państw członkowskich. Wymagało to częstych podróży zagranicznych, gdyż większość jego klientów ulokowana była w wielu państwach członkowskich. Środki podejmowane przez Wielką Brytanię, które mogły zdaniem Trybunału wpływać negatywnie na realizację swobody, nie dotyczyły bezpośrednio tej działalności, lecz polegały na egzekwowaniu miejscowych przepisów imigracyjnych wobec jego żony z Filipin, co skutkowało decyzją deportacyjną wobec niej. Ponieważ groziło to uniemożliwieniem jej zajmowania się ich dziećmi, miało w efekcie ograniczać unijnemu małżonkowi zdolność do świadczenia za granicą, skoro ona nie będzie mogła wykonywać tych funkcji podczas jego nieobecności.

Równocześnie skutecznie przywołano tu argument ochrony praw podstawowych, i to gwarantowanych przez EKPCz, tj. poszanowania życia rodzinnego z jej artykułu 8, zagrożonego taką decyzją, wzmacniając argumentację i tym samym skuteczniej podważając zasadność środka krajowego. Negatywny wpływ na życie rodzinne usługodawcy może z pewnością istotnie pogarszać warunki, na jakich świadczy on swoje usługi na rynku wewnętrznym, chociaż oczywiście intuicyjnie wydaje się to daleko idącą asocjacją. Ale jeżeli godzi to w prawa człowieka, państwo dysponuje szczególnie zredukowanym marginesem swobody i proporcjonalność środka krajowego okazuje się tym bar-

---

<sup>225</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 11 lipca 2002 r. w sprawie C-60/00 *Mary Carpenter v. Secretary of State for the Home Department*, Zb. Orz. 2002 I-06279.

dziej wątpliwa, nawet jeżeli wydawałby się on uzasadniony usankcjonowaną w systemie unijnym przesłanką ochrony porządku i bezpieczeństwa publicznego. Tu kwestionowany środek uznano za niezgodny z prawem wspólnotowym ze względu na brak zachowania równowagi pomiędzy tymi konkurującymi interesami, a więc prawem małżonka do poszanowania jego życia rodzinnego z jednej strony a zachowaniem tej przesłanki krajowej z drugiej. Nie jest to oczywiście jedyne orzeczenie, w którym to konkretne postanowienie Konwencji było przywoływane, gdyż stanowi ono generalnie istotny aspekt rozstrzygnięć zwłaszcza w zakresie pobytu związanego z realizacją swobód. Może o tym świadczyć także orzeczenie w sprawie *Baumbast*<sup>226</sup>, w którym Trybunał oczekiwał interpretacji w tym świetle ówczesnego rozporządzenia 1612/68 regulującego prawa pracowników migrujących.

Co interesujące, innym prawem podstawowym chętnie wykorzystywanym w opisywany tu sposób jest wolność wypowiedzi, przywoływana na podstawie artykułu 10 Konwencji, czego jednym z bardziej znanych przejawów było orzeczenie w sprawie *ERT*<sup>227</sup> dotyczącej wprowadzonych przez władze greckie ograniczeń przekazu telewizyjnego, uzasadnionych ponownie koniecznością ochrony porządku i bezpieczeństwa publicznego. Polegały one na przyznaniu greckiej telewizji ERT wyłącznych praw w tym zakresie, których sądowej ochrony dochodziła ona przeciwko podmiotowi wspólnotowemu, kiedy rozpoczął on nadawanie programu z powołaniem się na gwarancje swobód. Trybunał nie kwestionował oczywiście kompetencji państwa członkowskiego do wprowadzania tego rodzaju ich ograniczeń na podstawie przepisów Traktatu. Jednak nie pozostawił wątpliwości, że niezależnie od konieczności respektowania wypracowanych w orzecznictwie reguł wykładni i stosowania tych norm, muszą one zarazem być interpretowane w świetle wolności wypowiedzi przewidzianej w powyższym postanowieniu, a więc środki krajowe przyjmowane w tych ramach podlegają starannej ocenie także z tej perspektywy.

Należy także zwrócić uwagę na wspomniane powyżej orzeczenie w sprawie *Familiapress*, dotyczące austriackiego zakazu organizowania przez czasopisma konkursów z nagrodami. Stanowią bowiem poważne zagrożenie dla funkcjonowania prasy, podnosząc nakład jednych i uderzając w sprzedaż innych, słabszych ekonomicznie wydawców, niezależnie od treści, która powinna być przecież aspektem przesądzającym o popycie. To ewidentne naruszenie swobody przepływu towarów, uderzające w sprzedaż

---

<sup>226</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 17 września 2002 r. w sprawie C-413/99 *Baumbast i R v. Secretary of State for the Home Department*, Zb. Orz. 2002 I-07091.

<sup>227</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 18 czerwca 1991 r. w sprawie C-260/89 *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE i Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou v. Dimotiki Etairia Pliroforissis i Sotirios Kouvelas i Nicolaos Avdellas i inni*, Zb. Orz. 1991 I-02925.

tytułów zagranicznych korzystających legalnie w państwie pochodzenia z takiej techniki marketingowej, zostało uzasadnione przez Austrię wymogiem koniecznym zapewnienia pluralizmu prasy. Tu również Trybunał wskazał jednak, że musi ono być interpretowane w świetle gwarancji praw podstawowych ze szczególnym uwzględnieniem art. 10 Konwencji, która pozwala na takie ograniczenie wolności wypowiedzi, ale pod pewnymi warunkami. Stąd proces wyważania wartości pluralizmu wiąże się z przeciwstawieniem jej obu tych kategorii, co może rodzić wątpliwość, czy nie jest on realizowany cokolwiek odrębnie w relacji tego prawa podstawowego oraz swobody z ich ograniczeniami. Wydaje się jednak, że zgodnie z powyższą tezą są one nierozzerwalnie powiązane, zwiększając wagę po unijnej stronie szali<sup>228</sup>.

Jednakże wolność wypowiedzi jako prawo pełniące wskazaną powyżej funkcję w kontekście ograniczeń swobód traci swój wyjątkowy ciężar gatunkowy w niniejszym rozumieniu, jeżeli jest przywoływana celem zakwestionowania ograniczeń reklamy. Zostało to potwierdzone w sprawie Karner<sup>229</sup> na tle austriackiego zakazu publicznego ogłaszania o oferowaniu towarów pochodzących z masy upadłości w sytuacji, gdy co prawda dobra takie stanowiły pierwotnie składniki majątku upadłego, ale następnie zostały nabyte przez podmiot gospodarczy, przestając tym samym należeć do masy upadłości, i wystawione na sprzedaż określaną jako aukcja upadłościowa. Ogłoszenie takie przyciągało bowiem klientów zwabionych ewentualnie niskimi cenami, których poziom przy dalszym obrocie nie był już zwykle tak konkurencyjny, a oczywiście ograniczenie dotyczyło towarów unijnych. Przy ustalaniu równowagi między wolnością wypowiedzi a celami uzasadniającymi jej ograniczenia naturalne jest różnicowanie rozstrzygnięcia w zależności od tych celów z uwzględnieniem charakteru wchodzącej w grę działalności. Wolność wypowiedzi komercyjnej z pewnością ważyć musi mniej, a więc też jej ograniczenie nie wymaga tak radykalnej przeciwwagi.

Jeżeli natomiast prawa podstawowe stanowią przeciwwagę dla swobód, to oznacza dodatkowe sankcjonowanie niejako realizacji ich ograniczeń czy też wartości, których ochrona uznana jest za istotną przez państwo. Ujmując z innej perspektywy, przeciwstawianie takie zapewnia potencjalnie zachowanie większego zakresu jego władzy na obrotem na własnym terytorium. Zwłaszcza w takim przypadku należy jednak pamiętać, iż stosowanie wyjątków traktatowych i wymogów koniecznych może być widziane w wymiarze ogólniejszym, jako sposób na zachowanie modelu integracji, który zapewniają swobody, oraz zapobieżenie nadmiernej regulacji ponadnarodowej będącej następstwem postępującej harmonizacji jeszcze bardziej poskramiającej autonomię państw.

---

<sup>228</sup> W. van Gerven, *The Effect of...*, s. 41.

<sup>229</sup> *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH v. Troostwijk GmbH (C-71/02)*.

Paradoksalnie więc tym bardziej takie przeciwstawianie powinno być traktowane nie tylko jako integralny element konstrukcji swobód, lecz także droga do realizacji powyższego celu pomimo, a może dzięki temu, że skutkuje nawet poważniejszymi ograniczeniami na rynku wewnętrznym, gdyż zważywszy na ich ciężar gatunkowy, trudno znaleźć wartości bardziej adekwatnie nadające się do skutecznego wyważania. Rola ta w systemie unijnym musi zarazem wzrastać ze względu na stopniowe poszerzanie w orzecznictwie zakresu zastosowania swobód poza prawa czysto ekonomiczne. Wydaje się, że szczególnie zwiększający się ich wymiar socjalny oraz następstwa erozji obywatelstwa rynkowego wymagają starannego równoważenia, tym bardziej że zwłaszcza Karta Praw Podstawowych także sankcjonuje poczesną rolę praw natury solidarnościowej.

Analiza tej szczególnej relacji praw podstawowych i swobód wymaga ponownego przypomnienia oczywistego założenia, że żadna z tych kategorii nie ma charakteru absolutnego, a więc także prawa człowieka mogą z zasady doznawać ograniczeń, choć należy pamiętać o szczególnym statusie prawa do życia, zakazu poddawania torturom i nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu albo karaniu. Także w omawianym kontekście o wykluczeniu ograniczeń tych praw przy równoczesnym przyjęciu owego ogólnego założenia Trybunał przypomniiał w przywołanej poniżej sprawie Schmidberger. Konsekwencją akceptacji wyważania w tym zakresie musi być natomiast dopuszczenie kontroli proporcjonalności – również w odniesieniu do poziomu ochrony praw podstawowych na zasadach omówionych w poprzednim punkcie, jakie są stosowane wobec innych wartości, ale oczywiście ich ranga narzuca nadzwyczajne poszanowanie oraz wyjątkową staranność argumentacji stosowanej do jej skutecznego przeprowadzenia<sup>230</sup>.

Nie wydaje się natomiast zasadne, aby prawa podstawowe traktować jako asumpt do kolejnego rozszerzenia katalogu wymogów koniecznych, który jak wiadomo od formuły Cassis de Dijon ma postać otwartą, pozwalającą uwzględniać bardzo różnorodne wartości wymagające ochrony. Ze względu na „podstawowy” charakter należy je traktować jako kategorię absolutnie samoistną i odrębną, co zresztą zapewnia dużo łatwiejsze uzasadnienie tych ograniczeń swobód i usprawiedliwienie takich środków krajowych, które służą ich realizacji czy też wiążą się z ich ochroną. Nie rozwiązuje to natomiast dylematu, czy swobodom mającym przecież wymiar fundamentalny przypisywać można rangę równą prawom podstawowym, co jednak zakłada wielu autorów, wywodząc właśnie z odmienności od innych wyjątków i wymogów. Z pewnością na potrzeby wyważania w tym zakresie mówić można o prawdziwym konflikcie równorzędnych wartości, czego oczywiście nie należy odczytywać jako uznania, iż prawa człowieka redukuje

---

<sup>230</sup> K. Lenaerts, *Fundamental rights in the European Union*, „European Law Review”, 25, 2000, nr 6, s. 581.

się do poziomu interesów komercyjnych, zwłaszcza że – jak wskazano – swobody dawno przekroczyły ten wymiar<sup>231</sup>.

W związku z tym, o ile w sytuacji „wspierania” swobód prawa podstawowe nie występowały jako samoistne, służąc raczej zwiększaniu wagi po stronie unijnej, o tyle gdy służą jako przeciwwaga, można sobie wyobrazić dwa scenariusze. Z jednej strony, podobnie jak w powyższej sytuacji, możliwe jest poddawanie dopuszczalnych wyjątków i ograniczeń swobód interpretacji w świetle praw podstawowych, zwłaszcza takich jak ochrona porządku i bezpieczeństwa publicznego, co istotnie wzmacnia siłę ich oddziaływania w imię interesu chronionego przez państwo i zapewnia szczególnie skuteczne uzasadnienie przyjętych przez nie środków. Tak zwane widzenie przepisów wspólnotowych w świetle tych praw jako instrument ograniczenia ich zastosowania było od dawna częstym, a zarazem stosunkowo mało kontrowersyjnym sposobem ich uwzględniania w codziennej praktyce stosowania, nie tylko zresztą w dziedzinie swobód<sup>232</sup>. Natomiast jeżeli prawa te traktuje się jako specyficzny katalog samoistnych przesłanek ochrony dobra wspólnego, proces wyważania w ich relacji ze swobodami funkcjonowałby co do metody na takiej samej zasadzie, jak w przypadku jakiegokolwiek innej przesłanki, różniąc się oczywiście wagą, co rzutuje z pewnością na rezultat jego zastosowania. Jak już wspomniano, w tym drugim przypadku należy jednak pamiętać, że w szczególności nie każde postanowienie Karty Praw Podstawowych może zostać wykorzystane w taki sposób<sup>233</sup>.

Do najbardziej charakterystycznych rozstrzygnięć w tym zakresie zalicza się orzeczenie w sprawie Schmidberger<sup>234</sup>, dotyczące zezwolenia przez władze austriackie na demonstrację blokującą przejazd jednym z głównych szlaków transportowych w tym kraju, mimo że generalnie brak odpowiedniej reakcji państwa na działania podmiotów prywatnych, uniemożliwiających swobodne przemieszczanie się przewoźników wspólnotowych, było uznawane za naruszenie gwarancji swobodnego przepływu towarów. W tym przypadku jednak konieczność udzielenia zgody okazała się niezbędna do zapewnienia wolności demonstrującym, kierującym się troską o dobro wspólne. Jej reali-

---

<sup>231</sup> J. Morin, *Balancing Fundamental Rights and Common Market Freedoms in Union Law: Schimberger and Omega in the Light of the European Constitution*, „European Law Journal”, 12, 2006, nr 1, s. 24–39; A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 244; por. jednak L. Azoulay, *The Court of Justice and the social market economy: The emergence of an ideal and the conditions for its realization*, „Common Market Law Review”, 45, 2008, nr 5, s. 1347, który kwestionuje równorzędne traktowanie obu tych kategorii.

<sup>232</sup> Por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 18 maja 1982 r. w sprawie 155/79 *AM & S Europe Limited v. Commission of the European Communities*, Zb. Orz. 1982 01575.

<sup>233</sup> L. Woods, *Free Movement...*, s. 112.

<sup>234</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 12 czerwca 2003 r. w sprawie C-112/00 *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v. Republik Österreich*, Zb. Orz. 2003 I-05659.

zacja zrównoważyła czy też właściwie przeważała nad ochroną swobody jednolitego rynku. Demonstranci pragnęli zwrócić uwagę opinii publicznej na zagrożenie zdrowia i środowiska naturalnego ze strony stale wzrastającego tranzytu, ale zdaniem Trybunału, chociaż samo to może stanowić uzasadniony cel realizowany w interesie ogólnym, usprawiedliwiający ograniczenie, w tym przypadku nie miało ono znaczenia przesądzającego. Swobodom przeciwstawiono wprost wolność wypowiedzi i zgromadzeń gwarantowanych zarówno przez EKPCz, jak i konstytucję krajową, a więc to jej poszanowanie uzasadniać miało ograniczenie.

Odpowiadając na wątpliwość sądu krajowego, czy swoboda przepływu przeważa nad prawami podstawowymi, Trybunał przypomniał przede wszystkim, że niedopuszczalne jest podejmowanie środków sprzecznych z wymogami ich ochrony, która stanowi uzasadniony interes z zasady usprawiedliwiający takie ograniczenie tej swobody. Uznał jednak, że gdy prawa podstawowe są powoływane jako uzasadnienie owego ograniczenia, wymogi obu tych kategorii muszą zostać pogodzone zgodnie z utrwalonym założeniem, iż tak jak swobody mogą być przedmiotem ograniczeń podyktowanych względami interesu ogólnego, również dotyczy to tego rodzaju wolności, które powinny być oceniane w świetle ich społecznej funkcji, o ile oczywiście ich ograniczenia nie stanowią nieproporcjonalnej ingerencji naruszającej istotę chronionych praw. Stąd właśnie należy wyważyć interesy i stwierdzić, w świetle ogółu okoliczności sprawy, czy zachowano właściwą równowagę między nimi, przy czym specyfika tego rodzaju spraw wymaga pozostawienia władzom krajowym szerokiego zakresu uznania, które nie może jednak przekroczyć uznanych w orzecznictwie granic proporcjonalności. W przeciwieństwie jednak do innych postępowań celem demonstrantów nie była ochrona interesów ekonomicznych, lecz wyrażenie opinii uznanych za istotne dla społeczeństwa, a realizując to prawo, podjęto wiele działań minimalizujących dotkliwość bez możliwości znalezienia środka mniej ograniczającego przepływ towarów.

Zważywszy natomiast na wyrastanie zakresu swobód ponad wymiar czysto ekonomiczny, warto jeszcze zwrócić uwagę na słynne orzeczenia w sprawach *International Transport Workers' Federation* oraz *Laval*<sup>235</sup>. Trybunał potwierdził tam, że prawo do działań zbiorowych o charakterze socjalnym, podejmowanych przez związki zawodowe, zakwalifikowane jako prawo podstawowe, może być na takich samych zasadach przeciwstawiane swobodom jako tzw. słuszny interes uzasadniający ich ograniczenia,

---

<sup>235</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 11 grudnia 2007 r. w sprawie C-438/05 *International Transport Workers' Federation i Finnish Seamen's Union v. Viking Line ABP i OÜ Viking Line Eesti*, Zb. Orz. 2007 I-10779; oraz wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 18 grudnia 2007 r. w sprawie C-341/05 *Laval un Partneri Ltd v. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan i Svenska Elektrikerförbundet*, Zb. Orz. 2007 I-11767.

ale zarazem może podlegać ograniczeniom w wykonywaniu. Z jednej więc strony gwarancje rynku wewnętrznego mogą być powoływane przez przedsiębiorcę przeciwko tym związkom i wymuszanie na pracodawcy zawarcia układu zbiorowego jest traktowane jako ich ograniczenie w przypadku występowania elementu transgranicznego. Ale z drugiej nie można wykluczyć jego dopuszczalności, jeżeli zostanie uzasadnione ochroną nadrzędnego interesu ogólnego, takiego jak ochrona pracowników, i zachowa proporcjonalność. Przyjęcie takiego podejścia uznać należy za przełomowe zarówno ze względu na materię, jak i potwierdzenie, że także specyfika działalności związków zawodowych oraz praw pracowniczych nie może implikować swoistego immunitetu kontroli swobód. W ten sposób zarazem optymalizacja, nieodłącznie kojarzona z procesem wyważania, może być usankcjonowana na poziomie wyższym i dotyczyć celów ekonomicznych i socjalnych, ale z pewnością w takich sprawach zakres dyskrekcji władz krajowych nie może być skromniejszy niż dopuszczony w sprawie Schmidberger<sup>236</sup>.

Już w sprawie praw socjalnych można było wątpić, na ile uniwersalne ma być ich rozumienie i w jakim stopniu należą one do praw podstawowych, choć akurat ten dylemat łatwiej jest rozstrzygać dzięki brzmieniu Karty Praw Podstawowych, pamiętając jednak o ograniczeniach jej zastosowania, zwłaszcza wobec Polski i Wielkiej Brytanii. W wymiarze ogólniejszym warto natomiast zwrócić uwagę na kategorię przesłanek zbliżonych do praw podstawowych, które jednak nie mają charakteru uniwersalnego i nie pozwalają na odwołanie nie tylko do Karty czy EKPCz, ale w ogóle do żadnego międzynarodowo usankcjonowanego katalogu, znajdującego odzwierciedlenie zwłaszcza w wielostronnej konwencji. Są one bardziej odzwierciedleniem lokalnej wrażliwości i wyborów danej zbiorowości, traktowane jako godne szczególnej ochrony także za cenę ograniczenia dorobku rynku wewnętrznego. Możliwa jest również sytuacja, w której sama wartość czy prawo daje się wywieść z powyższych źródeł, ale już sposób ich rozumienia czy zakres oddziaływania nie pokrywa się zupełnie z tym, co zostało ogólnie uznane na poziomie międzynarodowym. Należy jednak pamiętać, że pytanie, w jakim stopniu zobiektywizowanym miernikiem i wspólnotą tradycji lub opartym na tożsamości narodowej i tradycji konstytucyjnej konkretnego państwa kierować się należy w ustalaniu treści praw podstawowych, pozostaje generalnie jednym z najtrudniejszych, a przyjęcie Karty nie rozwiązuje wszystkich związanych z tym dylematów pomimo usankcjonowania roli wyjaśnień do tego aktu<sup>237</sup>.

Nie ulega natomiast wątpliwości, że dążenie do ochrony w powyżej przewidzianych sytuacjach byłoby często problematyczne, gdyby należało powołać samoistną

---

<sup>236</sup> L. Azoulai, *The Court of...*, s. 1336–1348.

<sup>237</sup> Zob. też A. Bodnar, *Obywatelstwo wielopoziomowe. Status jednostki w europejskiej przestrzeni konstytucyjnej*, Warszawa 2008, s. 151.



przesłankę zaliczaną do klasycznych praw podstawowych albo przeciwnie – wymogów koniecznych. Dlatego również z tego punktu widzenia istotna jest możliwość opierania się przez państwo członkowskie na przesłankach dopuszczalnych traktatowo i orzecznictwo, które poddawane są właśnie interpretacji „w świetle” owego autonomicznego prawa lub też jego swoistego rozumienia. Tak rozumieć należy przywoływane już orzeczenie w sprawie Omega, w którym Trybunał nie zakwestionował niemieckiego zakazu prowadzenia szczególnego rodzaju salonu gier – tzw. *Laserdrome*, w którym rozgrywa się symulowane bitwy pozwalające nawet na pozorowane zabijanie ludzi za pomocą laserowych pistoletów. Wynikał on z banalizacji przemocy, którą potępiały miejscowe władze jako naruszenie podstawowych wartości, a zwłaszcza szczególnie rozumianej godności ludzkiej, ale godził w swobodę świadczenia usług, gdyż była to działalność na licencji podmiotu brytyjskiego. Co interesujące, Trybunał odwołał się do ogólnej reguły, że prawa podstawowe stanowią integralną część ogólnych zasad prawa, których poszanowanie on zapewnia, i na tej podstawie potwierdził, iż wspólnotowy porządek prawny zmierza do zapewnienia poszanowania godności ludzkiej jako takiej zasady, co obecnie może znaleźć odzwierciedlenie w brzmieniu art. 1 Karty. Stąd też sam ten cel był zgodny z prawem wspólnotowym, także jako uzasadnienie ograniczenia swobód.

Jednakże w Niemczech akurat godność korzysta ze szczególnego statusu jako prawo rangi konstytucyjnej i ograniczenie to było podyktowane względami jej ochrony, bez oparcia się na wspólnej dla wszystkich państw członkowskich jej koncepcji prawnej. Władze krajowe wskazywały, że zdaniem przeważającej części opinii publicznej wykorzystywanie do celów handlowych zakazanych w tej sprawie gier temu zagraża i wystarcza w tym względzie, aby owa koncepcja wymogów ochrony godności ludzkiej była uznana za zgodną z przepisami konstytucji niemieckiej. Dlatego ostatecznie jako podstawę przywołano traktatowy wyjątek ochrony porządku publicznego z obecnego art. 62 w zw. z art. 52 TFUE, a nie przeciwwagę w postaci klasycznych praw podstawowych. Cokolwiek problematyczne było utrwalone założenie, że samo pojęcie porządku publicznego w kontekście wspólnotowym, zwłaszcza jako uzasadnienie ograniczenia swobód, miano interpretować zawężająco i bez możliwości jednostronnego określania przez poszczególne państwa. Ale Trybunał przypomniał, iż ta szczególna przesłanka dopuszcza, by specyficzne okoliczności uzasadniające odwołanie do niej różniły się pomiędzy nimi lub w określonym czasie, pozostawiając władzom dyskrecję także w tym rozumieniu, w granicach wyznaczonych przez Traktat. Zastosowanie znalazło też więc przekonanie, że wymogów proporcjonalności nie narusza sam w sobie wybór jednego państwa odmiennego systemu ochrony niż przyjęty przez pozostałe<sup>238</sup>.

---

<sup>238</sup> Por. J. Morin, *Balancing...*, s. 34.



# CZEŚĆ TRZECIA

## MODEL OCHRONY PRAWNEJ

Nie ulega wątpliwości, że wiodącą funkcją swobód rynku wewnętrznego stało się traktowanie ich przez beneficjentów jako instrumentów ochrony prawnej, szczególnie w sporach z władzami publicznymi państw członkowskich zainteresowanych protekcjonizmem czy też szerzej – ograniczaniem ich realizacji. Analiza tego zagadnienia wymaga najpierw przedstawienia zakresu ochrony, który będąc funkcją zakresu ogólnego swobód, nie jest nieograniczony, co stanowi rozwinięcie rozważań poczynionych w części pierwszej niniejszej rozprawy. W tym miejscu należy natomiast skoncentrować się właśnie na tych aspektach, które pozwalają wyznaczyć granice tej ochrony i tym samym także oddziaływania prawa krajowego.

Podstawowym celem niniejszych rozważań jest przedstawienie samego jej modelu, który wydaje się niezwykle interesującym zagadnieniem nie tylko z powodów znaczenia dla praktycznego zastosowania swobód, lecz także ze względu na rozwój orzecznictwa, jaki dokonał się w tym zakresie w oparciu o bardzo ogólne normy traktatowe. Zważywszy zarazem na naturalne widzenie swobód jako praw podmiotowych, warto podkreślić ich szerszy, obiektywny charakter, gdyż służą one zarówno jednostkom, jak i zapewnieniu nieskrępowanego przemieszczania się wszystkich czynników produkcji w oderwaniu od nich.

Natomiast rozważania te nie wymagają koncentracji na środkach ochrony, jakie można „uruchamiać” na podstawie swobód, zwłaszcza w ramach postępowania sądowego i administracyjnego. Wynikają one przede wszystkim z zasad skutku bezpośredniego czy automatycznej niestosowalności, których istota jest starannie omówiona w literaturze. Wystarczy przypomnieć przywoływane już orzeczenie w sprawie Van Gend potwierdzające zastosowanie pierwszej z nich w tym kontekście oraz ewentualnie *Simmenthal*<sup>1</sup> w przypadku tej drugiej. To, co mogłoby budzić zainteresowanie, wiąże się z pewnymi ich konsekwencjami, a więc chociażby zakresem ochrony przed podmiotami innymi niż państwo, który kojarzy się ze skutkiem horyzontalnym i dlatego zostanie on przedstawiony poniżej.

---

<sup>1</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 9 marca 1978 r. w sprawie 106/77 *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal SpA*, Zb. Orz. 1978 00629.

Specyfika konstrukcji norm swobód polega zarazem na tym, że są one najczęściej wyrażane od strony negatywnej, a więc przyjmują postać zakazów adresowanych przede wszystkim do państw członkowskich. Istotnie wpływa to na sposób ich stosowania, dochodzącego do skutku najczęściej w zestawieniu z normami państw członkowskich, o których dopuszczalności wykorzystania jako podstawy kontrolowanego środka krajowego w oparciu o swobody z zasady się rozstrzyga. Zwykle dopiero uwzględnienie tych dwóch norm pozwala na ostateczne rozstrzygnięcie i ustalenie, jakie zachowania czy też prawa i obowiązki przysługują zainteresowanym podmiotom prywatnym oraz władzom krajowym i w tym rozumieniu normy swobód nie mają charakteru samoistnego, gdyż skutki ich zastosowania wymagają owego szerszego kontekstu. Paradoksalnie wzmaga to ingerencję unijną w autonomię krajową, gdyż normy państw członkowskich łatwiej poddaje się kontroli ze względu na takie powiązanie powodujące zacieranie granicy między nimi a gwarancjami traktatowymi<sup>2</sup>.

Kluczowym zagadnieniem staje się natomiast ustalenie, na czym oparty jest ów model ochrony i czemu ma przede wszystkim służyć, co zdeterminowane jest właściwym określeniem najważniejszych zagrożeń dla realizacji procesu integracji i budowy rynku wewnętrznego. Jak już ogólnie wspomiano, początkowo mogło bowiem wydawać się, iż jest to przede wszystkim tradycyjny protekcyjizm oparty zwłaszcza na gorszym traktowaniu podmiotów i przedmiotów pochodzących z innych państw członkowskich w stosunku do „miejscowych”. Ochrona w tym zakresie nadal pozostaje istotnym zadaniem swobód, znajdując odzwierciedlenie w zakazie dyskryminacji ze względu na przynależność państwową. Od dawna jednak okazywała się ona niewystarczająca i niezdolna do zapewnienia efektywności tego procesu, co zresztą znajduje potwierdzenie w wyraźnym brzmieniu samych traktatowych norm poszczególnych swobód, które nie koncentrują się wyłącznie na jego stosowaniu, lecz opierają się na zakazie ogólnie sformułowanych ograniczeń, co widać np. w art. 49 w zakresie swobody przedsiębiorczości. Należy natomiast rozważyć, jakie konsekwencje przyniosło to, iż podstawowym wyzwaniem rynku wewnętrznego jest zarządzanie różnicami pomiędzy krajowymi systemami prawnymi państw członkowskich, które istotnie utrudniają swobodny przepływ. O ile w poprzedniej części zagadnienie to było rozważane z perspektywy systemowej, o tyle tutaj warto skoncentrować się na jego wpływie na powyższy model ochrony. Wymagało to bowiem zupełnie innego podejścia, uwzględniającego, że jednolitemu rynkowi, a zwłaszcza jego beneficjentom, zagrażać mogą środki całkowicie niedyskryminują-

---

<sup>2</sup> D. O’Keeffe, A. Bavasso, *Four freedoms, one market and national competence: In search of a dividing line*, „Judicial Review in European Union Law” 2000, s. 543 i nast.; A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności jako gwarancja swobód rynku wewnętrznego Wspólnoty Europejskiej*, Warszawa 2009, s. 104.

ce, ale właśnie stanowiące tzw. barierę w tym zakresie i stąd rozciągnięcie tej ochrony unijnej na ich stosowanie stało się jednym z intensywniej dyskutowanych zagadnień w literaturze oraz istotną siłą napędową rozwoju orzecznictwa<sup>3</sup>.

Oczywiście konsekwencją ujęcia zakazu adresowanego do władz krajowych, który umożliwiłby ich zwalczanie było znaczne poszerzenie zakresu kontroli, wykraczające daleko poza środki różnicujące ze względu na przynależność państwową. Stanowi to także funkcję omawianego już rozszerzającego modelu wykładni przyjętego przez Trybunał, powodującego obejmowanie zakresem swobód bardzo szerokiego spektrum dziedzin. W takim systemie musiała więc istotnie wzrastać rola dopuszczalnych ograniczeń swobód, jakie władze krajowe mogą wprowadzać lub utrzymywać w imię ochrony innych niż integracja ekonomiczna dóbr i wartości, co starano się przedstawić w części drugiej niniejszej rozprawy. Nie jest też przypadkiem, że poszerzeniu zakresu ochrony o środki niedyskryminujące musiało towarzyszyć dopuszczenie i rozbudowywanie nie-taksatywnego katalogu takich wyjątków, czego symbolem stało się orzeczenie w sprawie *Cassis de Dijon*.

---

<sup>3</sup> J.H.H. Weiler, *Mutual Recognition, Functional Equivalence and Harmonization in the Evolution of the European Common Market and the WTO*, [w:] *The Principle of Mutual Recognition in the European Integration Process*, eds F. Kostoris, P. Schioppa, Basingstoke 2005, s. 28.

## ROZDZIAŁ I

### ZAKRES OCHRONY

#### 1. PROBLEM ELEMENTU TRANSGRANICZNEGO

Punktem wyjścia w niniejszych rozważaniach musi być przypomnienie, że zakres ochrony wynikającej z zastosowania swobód nie ma charakteru nieograniczonego. Ogólnie zagadnienie to było już rozważane w części pierwszej niniejszej rozprawy, natomiast ze względu na jego znaczenie dla omawianej problematyki wymaga ono ponownego przywołania i rozwinięcia. Swobodom podlegają bowiem z założenia jedynie sytuacje prawne zawierające tzw. aspekt transgraniczny, który kojarzy się z pewnym elementem obcym, wykraczającym poza granice terytorium państwa czy też jurysdykcję systemu krajowego i tylko w tym zakresie można domagać się ochrony na ich podstawie<sup>4</sup>. Przeciwnieństwem takich sytuacji, których zakres ten nie obejmuje, wykluczając zwłaszcza kontrolę działań państw, są tzw. sytuacje czysto wewnętrzne (*purely internal*), gdzie wszystkie prawnie relewantne elementy mają charakter wewnątrz krajowy, mieszczą się niejako w obrębie jednego państwa i porządku prawnego. Swobody nie zostały bowiem zaprojektowane jako powołane do regulowania wszystkich przejawów sprzedaży towarów, działalności gospodarczej czy inwestycji kapitałowych i ochrony przed barierami w przepływie np. pomiędzy województwami, a celem podstawowym była integracja ponad granicami państwowymi.

Stąd powołując się na prawo UE, nie można byłoby wykluczyć ani tym bardziej podważyć nawet bardzo rygorystycznych ograniczeń nakładanych na obrót wewnątrz krajowy, o ile nie udało się zharmonizować na tym poziomie tzw. standardów powszechnych regulujących określone przejawy działalności gospodarczej. Dlatego chociażby gwarancje swobodnego przepływu osób nie mogą być automatycznie powoływane w stosunkach z własnym państwem, np. celem zakwestionowania zakazów przebywania w niektórych jego częściach, mimo że przywilej taki przysługuje na jego terytorium innym obywatelom UE. Natomiast z drugiej strony nie każde ograniczenie i reglamentacja działalności gospodarczej zawarte w przepisach krajowych i stosowane niejednokrotnie od dawna wobec własnych przedsiębiorców może być automatycznie rozciągnięte na podmioty pochodzące z innych państw członkowskich.

<sup>4</sup> W rozważaniach zawartych w niniejszym punkcie wykorzystano między innymi dorobek autora umieszczony w podręczniku A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo gospodarcze*, t. 1. *Swobody rynku wewnętrznego*, Warszawa 2009<sup>2</sup>, s. 49–54, 313–317, 487–490.

Zwykle dla zobrazowania takiego ograniczenia zakresu ochrony przywołuje się takie bardzo już tradycyjne orzeczenia, jak w sprawie *Morson and Jhanjhan*<sup>5</sup>, potwierdzające niemożność powoływania się na gwarancje przysługujące pracownikom unijnym w zakresie prawa pobytu wraz z nimi członków ich rodzin bez obywatelstwa UE, jeżeli pracownicy ci nie skorzystali ze swobody przepływu i nie pracowali poza terytorium kraju macierzystego. Podobnie w orzeczeniu *Regina v. Saunders*<sup>6</sup> ochrona swobód nie mogła przysługiwać Brytyjce skazanej za przestępstwa w swoim kraju na zakaz pobytu w niektórych jego częściach, mimo że trudno sobie to wyobrazić w przypadku obywatela innego państwa członkowskiego dopuszczającego się analogicznych czynów na obszarze Zjednoczonego Królestwa. Właśnie to orzeczenie uznaje się za źródło samego pojęcia sytuacji czysto wewnętrznej, a Trybunał nie pozostał zarazem wątpliwości, że prawo UE nie może służyć do podważania ograniczeń nakładanych przez państwo wyłącznie w ramach swojego terytorium, wobec własnych obywateli, jako forma dopuszczalnej jego prawem represji przeciwko czynom tam popełnionym<sup>7</sup>.

Możliwość takiego limitowania ochrony swobód, skutkująca utrzymywaniem na swoim terytorium różnych ograniczeń wolności gospodarczej, które równocześnie będą kwalifikowane jako niedopuszczalne w obrocie transgranicznym, jak wiadomo od dawna wywoływała wątpliwości już ze względu na różnicowanie reżimów regulacyjnych. Należy bowiem pamiętać, że dzięki zasadzie wzajemnej uznawalności zwłaszcza unijne towary i usługi dopuszczone w państwie pochodzenia częstokroć mogą korzystać z nieskrępowanego przepływu w pozostałych państwach oraz uchylać się od konieczności przestrzegania wielu lokalnych wymogów. Natomiast z perspektywy „miejscowych” oznacza to, że niejednokrotnie znajdują się w gorszym położeniu, wynikającym z mniej korzystnego brzmienia prawa krajowego w analogicznej sytuacji, mimo że działają wspólnie na jednym rynku, co bywa określane mianem odwrotnej dyskrymina-

---

<sup>5</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 27 października 1982 r. w sprawach połączonych 35 oraz 36/82 *Elestina Esselina Christina Morson v. Staat der Nederlanden; Sewradjie Jhanjan v. Staat der Nederlanden*, Zb. Orz. 1982 03723.

<sup>6</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 28 marca 1979 r. w sprawie 175/78 *The Queen v. Vera Ann Saunders*, Zb. Orz. 1979 01129.

<sup>7</sup> Zob. przykłady bardziej współczesnych rozstrzygnięć wykluczających powoływanie norm swobód w sytuacjach czysto wewnętrznych: wyrok Trybunału Sprawiedliwości (druga izba) z dnia 16 grudnia 1992 r. w sprawie C-206/91 *Ettien Koua Poirrez v. Caisse d'allocations familiales de la région parisienne, substituée par la Caisse d'allocations familiales de la Seine-Saint-Denis*, Zb. Orz. 1992 I-06685; wyrok Trybunału Sprawiedliwości (czwarta izba) z dnia 16 lutego 1995 r. w sprawach połączonych C-29/94, C-30/94, C-31/94, C-32/94, C-33/94, C-34/94 oraz C-35/94. Postępowania karne przeciwko *Jean-Louis Aubertin, Bernard Collignon, Guy Creusot, Isabelle Diblanc, Gilles Josse, Jacqueline Martin i Claudie Normand*, Zb. Orz. 1995 I-00301.

cji<sup>8</sup>. Zarzuty tego rodzaju nasiliły się jeszcze wraz z rozwojem obywatelstwa UE, gdyż w świetle tego fundamentalnego statusu staje się to szczególnie nieusprawiedliwione wszędzie tam, gdzie dotyka praw podmiotowych posiadających ich jednostek.

Stąd pojawiają się pewne próby kwestionowania skutków owego „elementu transgranicznego” na podstawie obecnego art. 20 TFUE, który reguluje samo obywatelstwo w związku z art. 18, przewidującym zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową wszędzie tam, gdzie taka regulacja traktatowa ma miejsce, ale już nie poza jej zakresem. Nadal jednak nie zostało to ostatecznie podważone właśnie dlatego, że nie dopuszczono do poszerzania zakresu obowiązywania swobód na sytuacje czysto krajowe, niewykazujące żadnych związków z szeroko pojętym przepływem między państwami członkowskimi. Należy bowiem pamiętać, że gorsze traktowanie miejscowych obywateli jest funkcją tego ograniczonego zakresu, a nie dyskryminacji jako takiej<sup>9</sup>.

Nie powinno więc dziwić, że traktowanie to podlega w zasadzie wyłącznie regulacji norm macierzystego prawa krajowego i problem ten musi być rozwiązany w oparciu o jego zasady, a celem swobód pozostaje ochrona podmiotów i przedmiotów unijnych głównie w obcym państwie, gdzie prawa ich są szczególnie zagrożone protekcjonizmem. Zresztą we własnym kraju raczej korzysta się z pewnego uprzywilejowania wobec „obcych” i to prawo UE stara się eliminować, podczas gdy można zakładać, że instynktowne dążenie do ochrony własnych obywateli spowoduje skuteczną eliminację przez własne państwo braku ich przywilejów. Nawet jeżeli nie zawsze znajduje to potwierdzenie w praktyce, uznawano, że w innym przypadku dopuszczono by się nadmiernej ingerencji w jego kompetencję wewnętrzną, skoro z wyjątkiem przypadków unijnej harmonizacji zachowuje autonomię regulacyjną, np. wobec własnych producentów towarów, także za cenę ich gorszego położenia wobec zagranicznej konkurencji<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Analiza pojęcia i definicja odwrotnej dyskryminacji M. Fryźlewicz, *Dyskryminacja zwrotna w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich*, [w:] *Studia z prawa międzynarodowego i prawa Unii Europejskiej*, red. C. Mik, Toruń 2005, s. 78, też s. 95 i nast.

<sup>9</sup> Przeciwstawne poglądy w tej kwestii przedstawia G. Davies, *Nationality Discrimination in the European Internal Market*, The Hague 2003, s. 117–138; zob. też A. Tryfonidou, *In Search of the Aim of the EC Free Movement of Persons Provisions: Has the Court of Justice Missed the Point?*, „Common Market Law Review”, 46, 2009, nr 5, s. 1615–1619; A. Wróbel, komentarz do art. 18, [w:] *Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, red. A. Wróbel; t. 1. Art. 1–89, red. D. Miąsik, N. Półtorak, t. 2. Art. 90–222, red. K. Kowalik-Bańczyk, M. Szwarc-Kuczer, Warszawa 2012, t. 1, s. 376.

<sup>10</sup> Zob. orzecznictwo z zakresu swobody przepływu towarów dowodzące możliwości kwestionowania ograniczeń wyłącznie w odniesieniu do produktów obcych: wyrok Trybunału Sprawiedliwości (trzecia izba) z dnia 18 lutego 1987 r. w sprawie 98/86. Postępowanie karne przeciwko *Arthur Mathot*, Zb. Orz. 1987 00809; wyrok Trybunału Sprawiedliwości dnia 7 lutego 1984 r. w sprawie 237/82 *Jongeneel Kaas BV i inni v. państwo niderlandzkie i Stichting Centraal Orgaan Zuivelcontrole*, Zb. Orz. 1984 00483; wyrok Trybunału Sprawiedliwości (trzecia izba) z dnia 23 października 1986 r. w sprawie 355/85 *M. Driancourt*,



Jednakże akurat orzecznictwo dotyczące swobody przepływu towarów, które niejednokrotnie stawało się ogólniejszym punktem odniesienia dla wszystkich swobód, jest szczególnie godne przywołania już ze względu na orzeczenie w sprawie *Lancry*, w świetle którego mogłoby się wydawać, iż całkowicie zakazano barier także wewnątrz państw członkowskich. Dotyczyło ono jednak wyłącznie ceł i opłat o skutku równoważnym, a dokładnie opłat pobieranych w związku z przewozem towarów z terytorium Francji do jej departamentów zamorskich, które Trybunał uznał za niedopuszczalne w świetle obecnego art. 30 TFUE. Jednak z rozstrzygnięcia tego trudno wywodzić wnioski natury ogólniejszej, gdyż podstawowym jego powodem była trudność w rozróżnianiu towarów pochodzących z Francji i z innych państw członkowskich<sup>11</sup>.

Warto natomiast zwrócić uwagę na konsekwencje formuły *Dassonville*, która nie została przecież całkowicie wykluczona przez formułę *Kecka*. Może ona bowiem mieć także bardziej uniwersalne zastosowanie, które nie ogranicza się jedynie do swobody przepływu towarów, o ile tylko określony lokalny wymóg nie jest adresowany wyłącznie do krajowych czynników produkcji, lecz ma charakter powszechnie obowiązujący. Formuła ta zakazuje przecież stosowania również takich środków, które nie mają jeszcze rzeczywistego i bezpośredniego wpływu na handel wewnątrzunijny, ale mogą oddziaływać zaledwie pośrednio lub potencjalnie. Władze państw członkowskich niejednokrotnie wprowadzają regulacje o charakterze powszechnym, ograniczające generalnie obrót na przykład towarami na własnym rynku, które nie muszą być adresowane wyraźnie do importu i początkowo nawet utrudniające obrót przede wszystkim produktów miejscowych. W takiej sytuacji może się wydawać, iż ze względu na brak elementu transgranicznego niedopuszczalne jest ich kwestionowanie jako środka o skutku równoważnym do ograniczeń ilościowych, zwłaszcza jeżeli skutek taki jeszcze nie wystąpił. Natomiast właśnie zakres formuły *Dassonville* pozwala badać także ewentualny wpływ, jaki może to wywoływać na sytuację towarów unijnych na danym rynku i wykluczać ich stosowanie, niejako niezależnie od ograniczeń wynikających z dopuszczalności utrzymywania odwrotnej dyskryminacji.

---

*commissaire de police de Thouars, remplissant les fonctions de ministère public v. Michel Cognet*, Zb. Orz. 1986 03231; wyrok Trybunału Sprawiedliwości (piąta izba) z dnia 22 czerwca 1993 r. w sprawie C-11/92 *The Queen v. Secretary of State for Health, ex parte Gallaher Ltd, Imperial Tobacco Ltd i Rothmans International Tobacco (UK) Ltd.*, Zb. Orz. 1993 I-03545. Zob. też M. Condinanzi, A. Lang, B. Nascimbene, *Citizenship of the Union and Free Movement of Persons*, Leiden 2008, s. 111.

<sup>11</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 9 sierpnia 1994 r. w sprawach połączonych C-363/93, C-407/93, C-408/93, C-409/93, C-410/93 oraz C-411/93 *René Lancry SA v. Direction générale des douanes i Société Dindar Confort, Christian Ah-Son, Paul Chevassus-Marthe, Société Conforéunion i Société Dindar Autos v. Conseil régional de la Réunion i Direction régionale des douanes de la Réunion*, Zb. Orz. 1994 I-03957.

Nie ulega wątpliwości, że z żądaniem powyższym wystąpić może Komisja Europejska w skardze do Trybunału przeciwko konkretnemu państwu członkowskiemu, wskazując również na potencjalne zagrożenia dla realizacji swobodnego przepływu towarów, jakie rodzi stosowanie jego przepisów, które wprowadzono nawet celem ogólnego uregulowania obrotu wszystkich towarów określonej kategorii. Warto jednak zauważyć, iż mimo istnienia specyfiki postępowań o wydanie orzeczenia prejudycjalnego nie wyklucza się całkowicie dokonywania tego rodzaju oceny w odpowiedzi na pytania sądów krajowych, skierowane w ramach sporu pozbawionego właśnie elementu transgranicznego, gdy kwestionuje je podmiot czysto krajowy, zaangażowany w obrót towarowy. Pozwala to tym samym oceniać i kwestionować wymogi natury obiektywnej, które w danej chwili lub w stanie faktycznym referowanym przez sąd krajowy w tym nie odnoszą się bezpośrednio do towarów unijnych. Okazuje się bowiem, że w sytuacji formalnie pozbawionej aspektu transgranicznego Trybunał jest władny nie tyle wypowiadać się o problemie samego towaru krajowego, ile wskazywać na generalną niedopuszczalność stosowania w danym państwie określonego środka ze względu na jego potencjalnie negatywny wpływ – także na te unijne. Można byłoby więc sobie wyobrazić kwestionowanie różnych powszechnie obowiązujących wymogów, wykazując taki potencjalny wpływ, chociaż wydaje się to dosyć kontrowersyjną rezygnacją z omawianego ograniczenia zakresu ochrony na rynku wewnętrznym.

Jednakże Trybunał potwierdzał, że nie należy automatycznie wykluczać zastosowania unijnych gwarancji swobody przepływu tylko dlatego, że wszystkie aspekty w rozpatrywanej właśnie sprawie koncentrują się w ramach jednego państwa oraz był gotów rozważać, czy kwestionowane środki krajowe nie mogą także wpływać negatywnie na korzystnie z niej. Nie zakwestionowano więc, że chociażby art. 34 TFUE nie stosuje się do tych środków, które nie wykazują żadnych rzeczywistych związków z wymianą między państwami, ale zarazem nakazano każdorazowo rozważać także ich potencjalne oddziaływanie na tę wymianę, zwłaszcza ułatwiając obrót produktami krajowymi, a utrudniając importowanymi. Stąd właśnie, powołując się na owo kryterium, Trybunał mógł wskazywać, iż nie można uznać, że artykuł ten nie ma w ogóle zastosowania wobec takiego środka wyłącznie dlatego, że w danym postępowaniu, w ramach którego zwrócił się do niego sąd krajowy, nie pojawił się wyraźnie żaden aspekt transgraniczny<sup>12</sup>.

W orzeczeniu w sprawie *Pistre*<sup>13</sup>, *stricte* wewnętrzny charakter sytuacji miał nie wzbudzać wątpliwości, gdyż francuski zakaz określania towarów niespełniających pew-

<sup>12</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (szósta izba) z dnia 22 października 1998 r. w sprawie C-184/96 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Francuska*, Zb. Orz. 1998 I-06197.

<sup>13</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (piąta izba) z dnia 7 maja 1997 r. w sprawach połączonych C-321/94, C-322/94, C-323/94 oraz C-324/94. Postępowanie karne przeciwko *Jacques Pistre*

nych warunków terminem „górski” był w praktyce egzekwowany wyłącznie od tych krajowych, chociaż formalnie obowiązywał wszystkie. Trybunał nie zgodził się zarazem z wykluczeniem zastosowania unijnych gwarancji swobody przepływu tylko dlatego, że wszystkie aspekty akurat tej rozpatrywanej sprawy koncentrowały się w ramach jednego państwa, uznając konieczność oceny potencjalnego wpływu takiego środka krajowego na obrót na rynku wewnętrznym i korzystnie z jego gwarancji. W tym orzeczeniu był więc gotów do ich ewentualnego podważenia, jeżeli wpływ taki zostanie stwierdzony – np. ze względu na wykorzystywanie zagranicznych składników przez krajowych producentów, napotykających powyższe ograniczenie. Natomiast w innych nie ograniczało się to jedynie do regulacji wprowadzających tzw. same wymogi wobec towaru, jak wagi, składu czy kształtu, lecz odnosiło również do wymogów determinujących sposób sprzedaży, chociaż generalnie o wiele trudniej uznać je za sprzeczne z art. 34 TFUE<sup>14</sup>.

Jeżeli jednak rozważanie natury potencjalnej mogłoby budzić wątpliwości chociażby w kontekście natury pytań prejudycjalnych, wymagających od sądu krajowego zwracania się z pytaniami, które nie mają charakteru hipotetycznego, a więc celem uzyskania odpowiedzi, która jest niezbędna do wyrokowania, pamiętać warto o orzeczeniu w sprawie *Guimont*<sup>15</sup>. W jego świetle Trybunał czuje się zobowiązany udzielać odpowiedzi na pytania w sytuacjach czysto wewnętrznych, nawet jeżeli nie ma żadnego choćby potencjalnego związku ze swobodami, właśnie dlatego aby sąd krajowy mógł dowiedzieć się, jaki byłby standard traktowania podmiotu lub przedmiotu z innego państwa członkowskiego, a więc objętego zakresem swobód. Na tej podstawie następnie – już w ramach własnej jurysdykcji – byłby on w stanie w imię krajowych gwarancji równego traktowania ustalić standard, jaki powinien przysługiwać miejscowym przynależnym.

Oczywiście takie rozwiązanie ma charakter bardziej proceduralny, a pozwala Trybunałowi działać i nie przekreśla założenia granic zastosowania swobód skutkujących odwrotną dyskryminacją i aktualnością samego elementu transgranicznego. Zresztą ochrona strony nie ma tu podstaw w gwarancjach traktatowych, które są wykorzystywane dosłownie prejudycjalnie, a krajowych w połączeniu z wolą sądu krajowego do ich

---

(C-321/94), *Michèle Barthes* (C-322/94), *Yves Milhau* (C-323/94) i *Didier Oberti* (C-324/94), Zb. Orz. 1997 I-02343.

<sup>14</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (piąta izba) z dnia 25 marca 2004 r. w sprawie C-71/02 *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH v. Troostwijk GmbH*, Zb. Orz. 2004 I-03025. Zob. też M. Fryźlewicz, *Dyskryminacja zwrotna...*, s. 113–117; M. Szpunar, *Promocja towarów w prawie wspólnotowym*, Kraków 2002, s. 69.

<sup>15</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 5 grudnia 2000 r. w sprawie C-448/98. Postępowanie karne przeciwko *Jean-Pierre Guimont*, Zb. Orz. 2000 I-10663.

zastosowania. Trybunał w powyższym orzeczeniu wyraźnie wskazał, że odpowiada sądowi krajowemu, jeżeli będzie mu to użyteczne do wydania takiego rozstrzygnięcia<sup>16</sup>.

## 2. OCHRONA PRZED KRAJEM MACIERZYSTYM

Zważywszy na negatywne konsekwencje wymogu elementu transgranicznego, należy jednak podkreślać, że jego braku nie należy utożsamiać jednoznacznie ze stosunkami pomiędzy państwem członkowskim a jego przynależnymi. Rzeczywiście ujawnia się on przede wszystkim właśnie w związku z korzystaniem z określonej swobody przepływu w dosłownym rozumieniu, a więc przekroczeniem granicy przez podmiot – pracownika, przedsiębiorcę, usługobiorcę lub „przedmiot” – kapitał, towar – czy też opuszczeniem kraju macierzystego, a następnie wchodzeniem w relacje z innym państwem. Jest to jednak specyficzny łącznik, który może powiązać dane zdarzenie lub stosunek prawny z prawem unijnym, poddając je regulacji norm swobód nawet w relacjach z państwem macierzystym, gdyż nie zawsze mają one charakter wewnątrz krajowy w powyższym rozumieniu. W niektórych sytuacjach jego władze nie dysponują wobec podmiotów krajowych tak nieograniczonymi kompetencjami, które skutkować mogą odwrotną dyskryminacją. Nawet w tych relacjach udaje się więc korzystać z powyższej ochrony i kwestionować różnorodne ograniczenia wolności gospodarczej na zasadach przysługujących bardziej uprzywilejowanym pod względem swobód podmiotom unijnym i swoiste zrównanie z nimi<sup>17</sup>.

Zdaniem Trybunału bowiem skuteczna realizacja omawianych w tej rozprawie uprawnień byłaby w równym stopniu zagrożona, gdyby to właśnie władze państwa pochodzenia były władne utrzymywać czy wprowadzać ograniczenia lub zakazy uniemożliwiające lub utrudniające taką działalność za granicą<sup>18</sup>. Właśnie ze względu na zamiar korzystania ze swobód w innych państwach członkowskich trudno byłoby uznać, iż w stosunkach z własnym państwem nie zachodzi element transgraniczny, a tu klasycznym przykładem jest utrudnianie ewentualnie uniemożliwianie tego przez to właśnie

<sup>16</sup> Oczywiście godzi się w tym kontekście przywołać jeszcze „poprzednika” tego orzeczenia, a więc 297/88 Dzodzi [1990] ECR I-3763, które przetarło szlak w kwestii poszerzania zakresu pytań prejudycjalnych i udzielania sądowi krajowemu odpowiedzi na wątpliwości odnośnie do wykładni prawa wspólnotowego; mogą one być następnie wykorzystywane chociażby przez analogię w sytuacjach poza zakresem tego prawa. Natomiast co do sytuacji hipotetycznych zob. jeszcze L. Woods, *Free Movement of Goods and Services within the European Community*, Aldershot 2004, s. 205–206; A. Wróbel, komentarz do art. 18..., s. 376–380.

<sup>17</sup> Zob. R.C. White, *Workers, Establishment, and Services in the European Union*, Oxford 2004, s. 42.

<sup>18</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 14 lipca 1994 r. w sprawie C-379/92. Postępowanie karne przeciwko *Matteo Peralta*, Zb. Orz. 1994 I-03453.

państwo środkami legislacyjnymi lub administracyjnymi. Dotyczy to właściwie wszelkich działań mieszczących się w zakresie przedmiotowym swobód, które wydają się wykraczać poza dane terytorium czy też system ekonomiczny. W szczególności można wskazać na próby samego wyjazdu czy penetracji innych rynków krajowych, a przede wszystkim zatrudnienia, działalności gospodarczej, inwestowania za granicą, łącznie z transmisją telewizyjną oraz świadczeniem usług na odległość z wykorzystaniem miejscowej infrastruktury, a także własnego komputera w domu usługobiorcy<sup>19</sup>.

Okazuje się, że kontroli unijnej w tym zakresie nie uykają nawet regulacje podatkowe czy z dziedziny ubezpieczeń społecznych, mimo że generalnie władze krajowe zachowują znaczną autonomię w tym względzie. Dotyczy to zarówno środków wprowadzających ograniczenia w realizacji pierwotnej swobody przedsiębiorczości, a więc np. założenia i prowadzenia spółki za granicą, jak i zniechęcających do posiadania więcej niż jednego miejsca stałej działalności we Wspólnocie. Przykładem są zwolnienia lub przywileje podatkowe, których udziela się rezydentom jedynie w przypadku inwestowania w spółki o miejscowej siedzibie lub zakładania oddziałów przez krajowe podmioty wyłącznie na terytorium macierzystym<sup>20</sup>. Zdarzają się także np. zwolnienia z opłacania składek na ubezpieczenie społeczne osób samozatrudnionych ze względu na równoległe wykonywanie stosunku pracy, ale właśnie pod warunkiem jego umiejscowienia w tym samym państwie<sup>21</sup>.

W tym kontekście dobrze sprawdza się wspomniana już konstrukcja zakazu zniechęcania do korzystania ze swobód, która może być wykorzystywana także w odniesieniu do środków będących dziełem kraju macierzystego, który w powyższy sposób może blokować opuszczenie swojego terytorium albo gorzej traktować własnych obywateli tylko dlatego, że korzystają z tych praw, zwłaszcza w innym państwie członkowskim. Obecnie nie ulega wątpliwości, że gwarancje traktatowe nie wywołują pełni skutków, jeżeli obywatel danego państwa może przez jego władze i uregulowania zostać postrzymany od korzystania z nich, a jego pobyt poza jego granicami powodować niekorzystną sytuację, gdyż swoiste „karanie” za opuszczenie własnego kraju godzi w samą ideę integracji. Dlatego właśnie nie powinny one pozbawiać go określonych uprawnień

---

<sup>19</sup> Rozważania przeprowadzone w tym punkcie opierają się także na A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo...*, s. 54 i nast., 550 i nast.

<sup>20</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (piąta izba) z dnia 13 kwietnia 2000 r. w sprawie C-251/98 *C. Baars v. Inspecteur der Belastingen Particulieren/Ondernemingen Gorinchem*, Zb. Orz. 2000 I-02787; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-200/98 *X AB i Y AB v. Riksskatteverket*, Zb. Orz. 1999 I-08261.

<sup>21</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (trzecia izba) z dnia 7 lipca 1988 r. w sprawie 143/87 *Christopher Stanton i SA belge d'assurances „L'Étoile 1905” v. Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants (Inasti)*, Zb. Orz. 1988 03877.

z tego powodu – nawet w zakresie sfery socjalnej, jeżeli nie przemawiają za tym prawdę istotne i obiektywnie uzasadnione względy ochrony interesu ogólnego, które – jak wiadomo – Trybunał traktuje skrajnie zawężająco<sup>22</sup>.

Pomimo posiadania lokalnego obywatelstwa czy domicylu państwo nie może traktować danego podmiotu jako *stricte* krajowego w powyższym rozumieniu, jeżeli powołuje się on na kryterium obcego miejsca aktywności ekonomicznej czy też właściwie jakiegokolwiek wymiaru jej transgranicznego charakteru. Jeżeli określone aspekty danej sytuacji, istotne z punktu widzenia jej kwalifikacji prawnej, odbywają się poza jego terytorium lub mają tego dotyczyć, implikuje to automatyczne podleganie gwarancjom swobód, co nakłada na władze macierzyste obowiązek traktowania „swojego” przynależnego tak samo jak każdego unijnego ich beneficjenta. W tym kontekście mieści się także szczególna sytuacja, w której jako warunku zatrudnienia w danym państwie wymagano potwierdzonej specjalnym certyfikatem znajomości drugiego języka obowiązującego na danym obszarze państwa, zamieszkanym przez posługującą się nim określoną mniejszość. Tu element transgraniczny gwarantujący ochronę umożliwiającą uchylene się od jego spełnienia w relacji wewnątrz krajowej zapewnia miejscowym obywatelom wcześniejsza praca lub studia w innym państwie członkowskim, w którym sporny język ma charakter urzędowy<sup>23</sup>.

Nie powinno więc dziwić, że przykładowo możliwości powołania się na ów element w takiej relacji z zamiarem podjęcia pracy lub działalności gospodarczej na terytorium kraju macierzystego stałego zamieszkania dostarcza wykazywanie się już tylko uzyskanymi w innym państwie członkowskim kwalifikacjami zawodowymi. Warto bowiem na unijny obowiązek ich uznania spojrzeć także z tej perspektywy, kiedy z niego korzystają nie tylko cudzoziemcy, ale także miejscowi, którzy starając się chociażby obejść nadmiernie rygorystyczne w porównaniu z innymi państwami warunki w tym względzie, udają się za granicę wyłącznie w tym celu, aby w konsekwencji uzyskać u siebie prawo umożliwiające skuteczne wykonywanie zawodu. Okazuje się bowiem, że takie próby nie zawsze spotykały się z aprobatą, zwłaszcza korporacjach zawodowych, które nie kwestionując generalnie obowiązku uznania tego rodzaju kwalifikacji cudzoziemców unijnych, bardzo niechętnie akceptowały analogiczne wnioski własnych obywateli, przed czym mogą skutecznie chronić gwarancje swobód dzięki elementowi transgranicznemu.

Zdaniem Trybunału mający tu zastosowanie obecny art. 49 TFUE nie może być interpretowany w sposób wykluczający tę ochronę wobec obywatela danego państwa członkowskiego, który zgodnie z prawem przebywał na terytorium innego kraju w UE

<sup>22</sup> Zob. M. Condinanzi, A. Lang, B. Nascimbene, *Citizenship of the Union...*, s. 73.

<sup>23</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 6 czerwca 2000 r. w sprawie C-281/98, *Roman Angonese v. Cassa di Risparmio di Bolzano SpA.*, Zb. Orz. 2000 I-04139.

i tam zdobył kwalifikacje, jeżeli obowiązek ich uznawania wynika z prawa unijnego. Dlatego państwo pochodzenia musi zaakceptować status prawny miejscowego obywatela również na jego terytorium, który w takich sytuacjach powinien być zrównany ze statusem innych beneficjentów swobód, łącznie z obywatelami innych państw członkowskich, a nie tylko pozostałych „miejscowych”, zwłaszcza jeżeli z nich nie korzystali<sup>24</sup>. Jak dowodzi dorobek orzecznicy, sięga to nawet tak daleko, aby zagwarantować prawo posługiwania się uzyskanym za granicą tytułem LLM na terytorium macierzystym, jeśli oczywiście, tak jak w każdym przypadku, nie zachodzą uzasadnione i proporcjonalne przesłanki ochrony interesu ogólnego. Jest to o tyle warte przypomnienia, że w przeciwieństwie do precyzyjnie już uregulowanego w dyrektywach uznawania kwalifikacji zawodowych takie przypadki nadal wymagają rozstrzygnięcia w oparciu o zasady ogólne<sup>25</sup>.

Szczególnie interesujących przykładów ochrony swobód w relacjach z własnym państwem dostarcza przepływ usług, co jest uzasadnione naturą tych gwarancji traktatowych obejmujących podmiot prowadzący stałą działalność gospodarczą na jego terytorium i stąd oferujący odpłatne świadczenia o charakterze transgranicznym. Nie ulega ona oczywiście wątpliwości w przypadku ich rzeczywistego wykonywania w innym państwie, co dotyczy chociażby wielu dziedzin rzemiosła czy budownictwa. Ale już w tym kontekście warto podkreślić objęcie tym zakresem usługodawców mających obywatelstwo państwa przyjmującego, którzy taką tymczasową działalnością na jego terytorium się parają, ale utrzymując przedsiębiorstwo w innym państwie członkowskim, co zapewnia występowanie dostatecznego elementu obcego dla takiej skutecznej ochrony.

Natomiast wyjątkowo ważna wydaje się relacja z państwem, w którym działalność ma charakter stały, zwłaszcza jeżeli jest to tożsame z obywatelstwem, gdyż w takim przypadku władza nad „swoim” przynależnym wydaje się oczywista i powołanie aspektu transgranicznego jest szczególnie znaczące dla uzyskania ochrony unijnej. To jest właśnie sytuacja, w której owo wykroczenie z działalnością gospodarczą poza rynek krajowy, a więc oferowanie usług w rozumieniu art. 57 TFUE, istotnie zmienia status prawny mimo braku zmiany siedziby, pozbawiając państwo klasycznej autonomii i umożliwiając ochronę przed ograniczeniami wolności gospodarczej. Może ona przysługiwać usługom wykonywanym przez przedsiębiorcę w jego stałej siedzibie i bez fizycznej penetracji rynków innych państw członkowskich, gdy niezbędny element obcy wynika chociażby z pochodzenia odbiorcy – np. oferowanych lokalnie usług, np. hote-

---

<sup>24</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości dnia 7 lutego 1979 r. w sprawie 115/78 *J. Knors v. Staatssecretaris van Economische Zaken*, Zb. Orz. 1979 00399.

<sup>25</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 31 marca 1993 r. w sprawie C-19/92 *Dieter Kraus v. Land Baden-Württemberg*, Zb. Orz. 1993 I-01663.

lowych czy medycznych. Właśnie jego przynależność czyni usługę transgraniczną, wyróżniając ją spośród wielu innych świadczeń tego samego rodzaju wykonywanych równoległe przez usługodawcę. Znane są orzeczenia, w których Trybunał kwestionował kary nakładane przez kraj macierzysty na przedsiębiorców świadczących usługi wobec obywateli UE za to, że nie respektowali narzuconego przez prawo miejscowe wymogu zapewniania preferencji miejscowym usługobiorcom<sup>26</sup>.

Oczywiście dodatkowym wymiarem zagadnienia ochrony przed krajem macierzystym jest zapewnienie swobody „eksportu” usług do innych państw członkowskich, co jest godne podkreślenia ze względu na różnice pomiędzy tą swobodą a przepływem towarów. W tym drugim bowiem przypadku Traktat przewiduje ich eksport wyraźnie w art. 35 TFUE, który jest równoległy do zakazu w przywozie towarów z art. 34, czego art. 56 TFUE wyraźnie nie różnicuje. Chociaż z drugiej strony, porównując dorobek orzecznicy dotyczący obu swobód, ów eksport w przypadku usług został zliberalizowany w stopniu analogicznym do „importu”, natomiast zakres swobody wywozu towarów korzysta z dużo mniejszej ochrony niż przywóz, a więc pozwala na kwestionowanie znacznie węższego zakresu środków krajowych<sup>27</sup>.

Także w tym kontekście warto podkreślić znaczenie zdolności usług do samodzielnej cyrkulacji pomiędzy państwami, jak np. przekazu telewizyjnego – satelitarnego lub kablowego, ale też telefonicznej porady prawnej, gdyż rozwój nowoczesnych form komunikacji częstokroć eliminuje konieczność bezpośredniego kontaktu. Implikuje to występowanie elementu transgranicznego bez faktycznego opuszczania przez strony swoich stałych siedzib w różnych państwach członkowskich czy przemieszczania po terytorium innego państwa – wtedy jego źródłem jest obce terytorium lub siedziba stron. Jedno z bardziej znanych orzeczeń Trybunału w zakresie tej swobody, a więc *Alpine Investments* dotyczyło nawet oferowania usług przez telefon potencjalnym klientom w innym państwie członkowskim<sup>28</sup>.

Należy jeszcze dodać, że specyfika usług w tym kontekście wynika nie tylko z ich mobilnego charakteru. Trzeba ponadto wskazać, iż mogą one angażować nawet trzy, a nie dwa równorzędne podmioty, gdyż obok świadczącego i odbiorcy samoistny status przysługuje czasem zlecającemu czy też finansującemu, co implikuje różne konstelacje występowania owego elementu, który zapewnia ochronę. Jego źródłem może być zarówno siedziba jednego z uczestników – chociażby nadawcy programu za pośrednic-

<sup>26</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (druga izba) z dnia 29 kwietnia 1999 r. w sprawie C-224/97 *Erich Ciola v. Land Vorarlberg*, Zb. Orz. 1999 I-02517.

<sup>27</sup> L. Woods, *Free Movement...*, s. 198.

<sup>28</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 10 maja 1995 r. w sprawie C-384/93 *Alpine Investments BV v. Minister van Financiën*, Zb. Orz. 1995 I-01141.



twem telewizji kablowej, jak i miejsce wykonania lub pochodzenia świadczenia. Wystarczy, aby udało się stwierdzić brak koncentracji wszystkich relewantnych aspektów w obrębie terytorium i systemu prawnego jednego państwa, a więc już w przypadku kwestionowania krajowych zasad opodatkowania anten satelitarnych przez miejscowego obywatela, gdyż mogą one zniechęcać do odbioru zagranicznych audycji, których nie oferują telewizje kablowe traktowane preferencyjnie<sup>29</sup>. Może to być też wspólny wyjazd wykonawcy i beneficjenta (np. prawnika z klientem) za granicę celem realizacji usługi, finansowanie leczenia krajowego pacjenta przez jego płatnika w zagranicznej klinice czy wreszcie skomplikowane stosunki, jakie mogą zachodzić w przypadku reklamy nadawanej w transgranicznym przekazie telewizyjnym, w której przygotowanie i odbiór zaangażowane są podmioty o różnym charakterze i pochodzeniu<sup>30</sup>.

Już powyższe przykłady dowodzą, iż swoboda przepływu usług stanowi zarazem wdzięczny obszar realizacji ochrony unijnej w relacjach z krajem macierzystym nie tylko przedsiębiorców, ale również przez odbiorców świadczeń, jeżeli jego władze utrudniają lub uniemożliwiają transgraniczne korzystanie z usług czy też karzą, choćby instrumentami fiskalnymi, za wybór zagranicznych ofert. Zważywszy, jak rozumiana jest przez Traktat sama usługa oraz jak pojemna bywa omawiana w pierwszej części wykładania Trybunału, ochrona ta rozciąga się na niemalże każdy wyjazd obywatela UE w celach biznesowych, turystycznych, medycznych, a nawet edukacyjnych, gdyż w wymienionych przypadkach dochodzi do korzystania z tego rodzaju świadczeń<sup>31</sup>. Z jej zakresu nie należy wyłączać ponadto sytuacji, w których usługobiorca pozostaje w kraju macierzystym i nawet we własnym mieszkaniu staje się beneficjentem usług na odległość, zwłaszcza z wykorzystaniem Internetu. Do szczególnie kontrowersyjnych przykładów należy w tym kontekście hazard w sieci, natomiast pomijając już miejsce korzystania, najczęściej problemy dotyczą odpłatnej nauki za granicą. W tym przypadku chodzi o sytuację, w której nauka ma charakter komercyjny i nie wiąże się zwłaszcza z dostępem do publicznego systemu oświaty, a jej kosztów krajowe prawo podatkowe nie po-

---

<sup>29</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (piąta izba) z dnia 29 listopada 2001 r. w sprawie C-17/00 *François De Coster v. Collège des bourgmestre et échevins de Watermael-Boitsfort*, Zb. Orz. 2001 I-09445.

<sup>30</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 26 lutego 1991 r. w sprawie C-154/89 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Francuska*, Zb. Orz. 1991 I-00659; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 26 lutego 1991 r. w sprawie C-180/89 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Włoska*, Zb. Orz. 1991 I-00709; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 26 lutego 1991 r. w sprawie C-198/89 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Grecka*, Zb. Orz. 1991 I-00727. Zob. też E. Skrzydło-Tefelska, komentarz do art. 56, [w:] *Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej...*, t. 1, s. 957; M. Condinanzi, A. Lang, B. Nascimbene, *Citizenship of the Union...*, s. 151.

<sup>31</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (szósta izba) z dnia 28 października 1999 r. w sprawie C-55/98 *Skatteministeriet v. Bent Vestergaard*, Zb. Orz. 1999 I-07641.

zwala odliczyć – w przeciwieństwie do edukacji na miejscu. Podobnie traktuje się żądanie zgody na leczenie za granicą na koszt narodowego płatnika w publicznym systemie ubezpieczenia zdrowotnego. We wszystkich tych przypadkach ochrona wynikająca ze swobód, jaką zapewniał Trybunał, była możliwa właśnie dlatego, że stwierdzano istnienie elementu transgranicznego<sup>32</sup>.

Nie można wykluczyć równocześnie, że rozważane podejście stanowić może skuteczny instrument obchodzenia prawa krajowego i narzucanych przez nie ograniczeń także w sytuacjach obiektywnie pozbawionych aspektu transgranicznego. Dlatego nie należy się dziwić celowemu tworzeniu rozwiązań, które w relacje z własnym państwem starają się „wmontować” go – czasem nawet dla pozoru – aby tylko z ochrony tej korzystać. Należy bowiem zawsze pamiętać, że element transgraniczny to bardzo pojemny termin. Zwykle wspomina się w tym kontekście o formalnej rejestracji spółki za granicą, choćby w celu obejścia wymogów minimalnego kapitału, aby niezwłocznie w kraju macierzystym założyć oddział, umieszczeniu produkcji w państwie o liberalniejszych wymogach, a nawet tylko przesiedleniu przy pozostawieniu aktywności ekonomicznej w tym samym miejscu czy wreszcie szczególnie dyskusyjnym i traktowanym z zasady jako nadużycie – czasowym wywozie towarów.

Generalnie w kontekście swobód rynku wewnętrznego Trybunał starał się w różnych złożonych sytuacjach dokonywać wyważania sprzecznych interesów tak, aby nie podważając prawa władz krajowych do zwalczania ewidentnych nadużyć, a zwłaszcza czynności pozornych, przeciwdziałać wykorzystywaniu tego jako pretekstu do uderzenia w samą istotę swobód, co nakłada na władze krajowe ciężar starannego dowodu i sądową weryfikację. Dlatego właśnie wywóz towaru celem dokonania jego późniejszego reimportu nie zasługuje na ochronę, podczas gdy założenie spółki w innym państwie członkowskim ze względu na korzyści wynikające z niskiego kapitału zakładowego, nawet z wyraźnie deklarowanym celem prowadzenia działalności w kraju macierzystym, traktuje się jako dopuszczalny przejaw realizacji swobody przedsiębiorczości<sup>33</sup>.

Gwarantujący ochronę swobód element transgraniczny uznawany jest za istniejący w przypadkach zakładania spółek za granicą, także gdy są one wykorzystywane do penetracji rynku państwa pochodzenia<sup>34</sup>. Podmiot tego rodzaju należy traktować w taki

<sup>32</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (wielka izba) z dnia 11 września 2007 r. w sprawie C-76/05 *Herbert Schwarz i Marga Gootjes-Schwarz v. Finanzamt Bergisch Gladbach*, Zb. Orz. 2007 I-06849; A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo...*, 561 i nast.

<sup>33</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 9 marca 1999 r. w sprawie C-212/97 *Centros Ltd v. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, Zb. Orz. 1999 I-01459.

<sup>34</sup> Kwestie aspektu transgranicznego w działalności gospodarczej zob. A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo...*, s. 313 i nast.

sam sposób jak innych przedsiębiorców unijnych i zapewniać przypisaną im ochronę, zwłaszcza w odniesieniu do barier, z jakimi mogą się borykać miejscowi przedsiębiorcy. Nie budzi to raczej wątpliwości wtedy, gdy powołuje się jednostkę o odrębnej podmiotowości, a zwłaszcza osobowości prawnej. Podmiotem krajowym w sytuacji czysto wewnętrznej nie okazuje się ponadto spółka kraju macierzystego napotykalająca na jego terytorium ograniczenia w działalności bankowej, nawet jeżeli nie podejmuje ekspansji zagranicznej. Element transgraniczny może wynikać z jej statusu spółki córki w stosunku do spółki mającej siedzibę w innym państwie członkowskim i powołanej zgodnie z jego prawem<sup>35</sup>.

Natomiast prawo do zakładania podmiotu do penetracji własnego rynku w powyższym rozumieniu nie powinno się ograniczać jedynie do osób prawnych, gdyż przedsiębiorcą może być osoba fizyczna, w której przypadku kluczowe znaczenie wydaje się mieć łącznik obywatelstwa. Ponieważ jest on zwykle traktowany jako dominujący, szczególnie z perspektywy państwa pochodzenia podmiot taki wydaje się pozostawać podmiotem czysto krajowym, a więc w konsekwencji podlegać wszelkim wymogom egzekwowanym od innych podmiotów krajowych i nie zasługiwać na traktowanie jako przedsiębiorca zagraniczny niezależnie od miejsca rejestracji działalności. Ochrona swobód gwarantuje jednak, że łącznik siedziby może być traktowany jako nadrzędny i zapewniać status, dla którego punktem odniesienia nie mogą być podmioty krajowe narażone na odwrotną dyskryminację, co implikuje ograniczenie władzy państwa wobec własnych obywateli<sup>36</sup>.

Z pewnością natomiast istotnym wyzwaniem staje się osiedlenie zaraz za granicą kraju macierzystego, w państwie sąsiadującym, w celu uzyskania statusu przedsiębiorcy lub pracownika unijnego oraz związaną z nim ochronę<sup>37</sup>. Jak pokazuje bowiem doświadczenie, bardzo trudno w takich przypadkach wykazywać, iż dane działanie stanowiło niezaskługujące na nią obejście prawa krajowego, a nie „zwykłe” korzystanie z gwarancji swobód. Dotyczyło to szczególnie tych sytuacji, w których nie chodziło o wywóz towarów celem ich powtórnego wwiezienia, lecz właśnie o przepływ osób korzystających przeciw z naturalnego prawa do mobilności<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (wielka izba) z dnia 5 października 2004 r. w sprawie C-442/02 *CaixaBank France v. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, Zb. Orz. 2004 I-08961.

<sup>36</sup> Zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości (piąta izba) z dnia 27 czerwca 1996 r. w sprawie C-107/94 *P. H. Asscher v. Staatssecretaris van Financiën*, Zb. Orz. 1996 I-03089.

<sup>37</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 26 stycznia 1993 r. w sprawie C-112/91 *Hans Werner v. Finanzamt Aachen-Innenstadt*, Zb. Orz. 1993 I-00429.

<sup>38</sup> Por. G. Davies, *Nationality Discrimination...*, s. 123–125.

W tym kontekście przywołać należy zresztą jedno z najważniejszych orzeczeń budujących zręby swobody świadczenia usług, a więc *Van Binsbergen*<sup>39</sup>. Trybunał przychylił się do możliwości zakwestionowania przez obywatela holenderskiego wynikającego z miejscowych przepisów zakazu reprezentacji klienta przed sądem holenderskim ze względu na przeniesienie się adwokata do innego państwa członkowskiego w trakcie procesu. Opierała się ona na unijnych gwarancjach swobody świadczenia usług, której ochrona przed takim ograniczeniem mogła zostać uruchomiona w relacjach z państwem obywatelstwa i uzyskania kwalifikacji zawodowych właśnie dzięki elementowi transgranicznemu wywiedzionemu z nowej siedziby.

Ochrona art. 49 TFUE może znaleźć zastosowanie także wobec obywatela jednego państwa członkowskiego, który będąc na jego terytorium współnikiem spółki (spółek) z o.o., opuszcza je, osiedlając się w innym państwie członkowskim, nawet jeżeli tam nie będzie prowadził działalności gospodarczej. Wynika to jednak ze szczególnych okoliczności, a więc obciążenia go w państwie pochodzenia podatkiem związanym ze statusem współnika lub pozbawienia określonych uprawnień w tym zakresie, nawet o charakterze proceduralnym, właśnie ze względu na zmianę miejsca zamieszkania. Wykazanie elementu transgranicznego pozwala kwestionować ograniczenia pośrednio związane z działalnością gospodarczą jako naruszające gwarancje swobody przedsiębiorczości<sup>40</sup>.

Warto w tym kontekście zwrócić uwagę na sprawy dotyczące prawa pobytu członków rodzin, którego w przywołanym wcześniej orzeczeniu w sprawie *Morson* nie udało się uzyskać ze względu na zamieszkanie przez wnioskodawców w kraju macierzystym. Właśnie takie trudności sprzyjają wyborowi rynku pracy innego państwa członkowskiego, gdzie ochrona swobód prawo to zapewnia i co podlega kontynuacji po powrocie do tego kraju z rozsądnego czasowo stażu, wykluczając już najczęściej odmowę jej przyznania właśnie ze względu na skorzystanie z aktywności zapewniającej element transgraniczny.

Nie ulega bowiem wątpliwości, że osoby, które nabyły status pracownika lub przedsiębiorcy unijnego w jednym państwie członkowskim, pozostają pod tą ochroną, nawet kiedy wracają już do kraju macierzystego, co pozwala im kwestionować różnorodne bariery nie do pokonania w innych przypadkach. Sytuacje tego rodzaju tracą już charakter czysto wewnętrzny, a więc stosowanie gwarancji unijnych nie może zostać wykluczone ponownie, pomimo wykonywania przez państwo tych wyjątkowo starannie

<sup>39</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 3 grudnia 1974 r. w sprawie 33/74 *Johannes Henricus Maria van Binsbergen v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, Zb. Orz. 1974 01299.

<sup>40</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (druga izba) z dnia 7 września 2006 r. w sprawie C-470/04 *N v. Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo*, Zb. Orz. 2006 I-07409.

strzeżonych kompetencji, a więc wobec własnego obywatela. Tym bardziej dotyczy to osoby, która pochodzi z innego państwa członkowskiego, ale uzyskała już obywatelstwo państwa pobytu, kiedy celem podejmowania aktywności na jego obszarze powołuje się na staż wypracowany w kraju pochodzenia, gdyż niewątpliwie doszło tu do korzystania ze swobodnego przepływu<sup>41</sup>.

Jak wiadomo, jest to chętnie wykorzystywane przez osoby zawierające pozorowane związki małżeńskie z obywatelami pozaunijnymi. Licząc się z wnikliwą kontrolą kraju macierzystego, po ślubie decydują się na pracę lub działalność gospodarczą za granicą wyłącznie po to, aby jej uniknąć oraz skorzystać z przywilejów, jakie z tego tytułu wynikają. Państwu przyjmującemu z pewnością dużo trudniej jest kontrolę taką sprawować już z przyczyn faktycznych, skoro nie zna historii zainteresowanych, którzy dodatkowo korzystają wprost z unijnych gwarancji w zakresie pobytu. W tym miejscu natomiast szczególnie ważne jest to, że przywileje te na powyższych zasadach zachowywane są po powrocie. Okazuje się, że przeniesienie się obywatela UE do innego państwa członkowskiego w celu ekonomicznym pozbawia państwo tradycyjnej swobody w tym względzie. Można ewentualnie dopatrywać się w takim podejściu zastosowania chętnie wykorzystywanej przez Trybunał konstrukcji zakazu zniechęcania – w tym kontekście do korzystania ze swobód. Jeżeli bowiem państwo utrudniałoby powrót na swoje terytorium obywatelom, którzy skorzystali w Unii ze swobód ze względu na to, iż równocześnie wstąpili tam w związek małżeński, to tym samym zniechęcałoby do realizacji gwarancji traktatowych. Stąd natomiast łatwo jest wywodzić, że tak rozumiana ochrona musi się rozciągać na tych, którzy najpierw zawarli związek, a dopiero następnie wyjechali<sup>42</sup>.

Jeszcze dalej idącym przejawem doszukiwania się elementu transgranicznego w relacjach z własnym państwem wydaje się przywoływane już orzeczenie w sprawie Carpenter<sup>43</sup>, gdzie chodziło o uzyskanie prawa pobytu w Wielkiej Brytanii przez obywa-

<sup>41</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 23 lutego 1994 r. w sprawie C-419/92 *Ingetraut Scholz v. Opera Universitaria di Cagliari i Cinzia Porcedda*, Zb. Orz. 1994 I-00505. G. Davies, *Nationality Discrimination...*, s. 122, stara się rozważyć, jaki miałby być okres po powrocie, w którym ochrona ta miałaby być kontynuowana. Warto zwrócić tu uwagę na orzeczenie w sprawie *Deliège* (wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 11 kwietnia 2000 r. w sprawach połączonych C-51/96 oraz C-191/97 *Christelle Deliège v. Ligue francophone de judo et disciplines associées ASBL, Ligue belge de judo ASBL, Union européenne de judo (C-51/96) i François Pacquée (C-191/97)*, Zb. Orz. 2000 I-02549) – sytuacja sportowca podważającego wymogi krajowe, gdy element transgraniczny został stwierdzony dzięki temu, że kiedyś w przeszłości brał udział w międzynarodowych rozgrywkach i mógł to zrobić ponownie.

<sup>42</sup> Por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 7 lipca 1992 r. w sprawie C-370/90 *The Queen v. Immigration Appeal Tribunal i Surinder Singh, ex parte Secretary of State for Home Department*, Zb. Orz. 1992 I-04265.

<sup>43</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 11 lipca 2002 r. w sprawie C-60/00 *Mary Carpenter v. Secretary of State for the Home Department*, Zb. Orz. 2002 I-06279.

telkę państwa trzeciego i zakwestionowania nakazu opuszczenia tego państwa. Sama zainteresowana, jako nieposiadająca obywatelstwa UE, zdecydowanie nie mogła liczyć na ochronę swobód, a więc należało wykazać, że może mieć to wpływ na sytuację jej męża legitymującego się takim statusem. Ponieważ jednak małżonkowie mieszkali w jego kraju macierzystym, ochrona ta wymagała wykazania istnienia niezbędnego łącznika ze swobodami. W tym przypadku element transgraniczny udało się stwierdzić dzięki jego aktywności zawodowej, polegającej na świadczeniu usług na jednolitym rynku, do czego niezbędne były czasowe wyjazdy do innych państw członkowskich – zagrożone, zdaniem Trybunału, w przypadku deportacji żony zajmującej się dotąd ich dziećmi.

Dalszy rozwój dorobku orzeczniczego potwierdza utrzymywanie przez Trybunał dosyć liberalnego podejścia do wymogu elementu transgranicznego. W tym kontekście warto zwrócić uwagę na dosyć kontrowersyjne rozstrzygnięcie w sprawie *G. Hartmann v. Freistaat Bayern*<sup>44</sup>, dotyczące powoływania się przez obywatela niemieckiego zatrudnionego w Niemczech jako urzędnik na status pracownika unijnego celem uzyskania wynikających stąd przywilejów. Jeżeli jednak, nie przerywając tego szczególnego stosunku pracy, przeniósł on swoje miejsce zamieszkania za granicę, stając się tzw. pracownikiem przygranicznym, który odtąd dojeżdżał z innego państwa członkowskiego, wydawało się, iż trudno uznać to za wykonywanie swobody przepływu pracowników. Można było nawet uznać, że jego przepływ nie ma nic wspólnego z realizacją swobody dotyczącej pracowników, na której powołanie było niezbędne do korzystania z zasiłku na dzieci, o który zresztą wystąpiła w Niemczech jego niepracująca żona, napotykając odmowę ze względu właśnie na brak zamieszkiwania i niewykonywanie działalności w tym państwie. W przypadku pracowników migrujących jest ona łatwa do kwestionowania jako przejaw ich gorszego traktowania w stosunku do „miejscowych”, ale tutaj trudno było się doszukać realizacji swobody.

Zaliczając do kategorii elementów transgranicznych te, które są uznawane za relewantne dla realizacji danej swobody, nie bardzo udaje się dostrzec ich występowanie w analizowanej sytuacji, zwłaszcza że w samym statusie pracowniczym nie zaszła żadna zmiana. Sytuacja ta różni się bowiem zdecydowanie od wyjazdu lub przyjazdu do innego państwa w związku podejmowaniem zatrudnienia, gdyż tutaj przemieszczanie zostało od tego oderwane. Jak się jednak okazało, Trybunał potraktował tego rodzaju element nader formalnie, uznając, że każdy obywatel UE, niezależnie od miejsca zamieszkania czy przynależności państwowej, który skorzystał z prawa do swobodnego przepływu

<sup>44</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (wielka izba) z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie C-212/05, *Gertraud Hartmann v. Freistaat Bayern*, Zb. Orz. 2007 I-06303.

pracowników i wykonywał działalność zawodową w innym państwie członkowskim niż państwo jego miejsca zamieszkania, objęty jest gwarancjami unijnymi.

Tym samym transgraniczne przemieszczanie się celem uzyskania ochrony przysługującej pracownikom korzystającym ze swobody przepływu pracowników nie musi mieć nic wspólnego z pracą czy też – ujmując inaczej – zainteresowany jest pracownikiem przygranicznym *à rebours*, bo tak można rozumieć zmianę rezydencji przy braku transgranicznej zmiany zatrudnienia. Trudno to nawet uznać za realizację celów art. 45 TFUE, który miał służyć eliminacji barier w zatrudnieniu, a w przemieszczaniu o tyle, o ile utrudnia ten podstawowy cel. Z pewnością natomiast mieści się to w zakresie gwarancji obecnego art. 21 TFUE, a więc obywatelskiego prawa swobodnego osiedlenia w innych państwach członkowskich, który nie został tu jednak zastosowany jako podstawa roszczenia, gdyż nie zapewniałby on automatycznie tak daleko idących uprawnień socjalnych<sup>45</sup>.

Właśnie najbardziej kontrowersyjne rozwiązania tego rodzaju spotkać można nie na gruncie klasycznych swobód, lecz samego obywatelstwa UE, a więc art. 21 TFUE zapewniającego swobodę przemieszczania. Warto je jednak przywoływać w tym kontekście jako modelowe wykorzystywanie elementu transgranicznego, które – jak widać – musi się nasilać także w zakresie swobód, o ile ograniczenie podyktowane elementem transgranicznym nie zostanie wyeliminowane. Stąd w orzeczeniu *Zhu i Chen*<sup>46</sup> Trybunał nie zakwestionował jego „wypracowywania” poprzez urodzenie przez obywatelkę chińską dziecka na obszarze Irlandii Północnej wyłącznie po to, aby w oparciu o przepisy państwa irlandzkiego uzyskać jego obywatelstwo i tym samym zapewnić sobie unijną ochronę przysługującą w Wielkiej Brytanii obywatelom UE i członkom ich rodzin. Ujmując złośliwie, w tej sprawie element transgraniczny, dający w efekcie prawo pobytu obu osobom, udało się uzyskać nie tylko bez opuszczania państwa urodzenia i pobytu, ale nawet kołyski.

Jeszcze dalej idące próby przełamania ograniczeń ochrony istniejących w sytuacjach czysto wewnętrznych odnaleźć można w najnowszym orzecznictwie dotyczącym obywatelstwa, a więc żywo dyskutowanych *Zambrano*, *McCarty* oraz *Dereci*<sup>47</sup>. Można

---

<sup>45</sup> Ch. O'Brien, Case C-212/05, *Gertraud Hartmann v. Freistaat Bayern*; Case C-213/05, *Wendy Geven v. Land Nordrhein-Westfalen*; Case C-287/05, *D.P.W. Hendrix v. Raad van Bestuur van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen*, [komentarz], „Common Market Law Review”, 45, 2008, nr 2, s. 503–506 – autor także posługuje się terminem *reverse frontier Worker*; zob. też A. Tryfonidou, *In Search of...*, s. 1604.

<sup>46</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (pełny skład) z dnia 19 października 2004 r. w sprawie C-200/02 *Kunqian Catherine Zhu i Man Lavette Chen v. Secretary of State for the Home Department*, Zb. Orz. 2004 I-09925.

<sup>47</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (wielka izba) z dnia 8 marca 2011 r. w sprawie C-34/09 *Gerardo Ruiz Zambrano v. Office national de l'emploi (ONEm)*, Zb. Orz. 2011 I-01177;

by je próbować odczytać jako przyznanie obywatelowi UE w relacji z krajem macierzystym ochrony nawet w tego rodzaju sytuacjach i ostateczną eliminację wymogu elementu transgranicznego. Wydawałoby się to więc ponownie interesujące i w pewnym sensie modelowe dla rozumienia zakresu klasycznych swobód rynku wewnętrznego i z pewnością mogłoby zostać wykorzystane na ich gruncie w przypadku tak przełomowych konsekwencji. Jednak staranniejsza analiza wskazuje, iż nie można odrywać tych rozstrzygnięć od szczególnych okoliczności sprawy, a zwłaszcza natury obywatelstwa, oraz tym samym zbyt łatwo rezygnować z powyższych ograniczeń<sup>48</sup>.

Dla zrozumienia istoty powyższego zagadnienia najbardziej reprezentatywne jest orzeczenie w sprawie Zambrano, które warto omówić dokładniej. Dotyczyło ono obywateli państwa trzeciego, zwalczających nakaz opuszczenia terytorium Belgii, którym w trakcie rozpatrywania wniosku o zalegalizowanie pobytu urodziło się dwoje dzieci. Uzyskały one następnie belgijskie obywatelstwo, rodzicom zaś odmówiono prawa osiedlenia się tam jako wstępnych tych obywateli, tak jak zasiłku dla bezrobotnych, o który występował jeden z małżonków. Wątpliwość dotyczyła dopuszczalności zastosowania gwarancji swobodnego przepływu obywateli UE, wynikających z art. 21 TFUE, które cokolwiek podobnie do omawianego powyżej rozstrzygnięcia w sprawie Zhu Chen pozwoliłoby zalegalizować pobyt rodziców mimo braku tego obywatelstwa. W tej sprawie jednak dzieci, jako pierwotnie uprawnione, nie korzystały nigdy z powyższego prawa, a więc nie znajdowały się na terytorium innego państwa członkowskiego ani nawet stamtąd nie powróciły, co zgodnie z klasycznym rozumieniem implikowało sytuację czysto wewnętrzną, nieobjętą ingerencją unijną.

Z drugiej jednak strony właśnie na tym przykładzie dostrzec można zasadność zarzutów co do absurdalności takiego różnicowania sytuacji prawnej, gdyż trudno nie uznawać kwestii takiego wyjazdu za cokolwiek drugorzędną w omawianym kontekście. Przesądzający okazał się jego wpływ na sytuację dzieci i Trybunał stwierdził, że prawo Unii sprzeciwia się pozbawieniu obywateli UE skutecznego korzystania z istoty praw przyznanych im w związku ze statusem takiego obywatela. Tu odmówienie prawa pobytu obywatelowi pozaunijnemu w państwie członkowskim, będącym miejscem zamieszkania jego małoletnich dzieci, posiadających obywatelstwo tego państwa, nad którymi

---

wyrok Trybunału Sprawiedliwości (trzecia izba) z dnia 5 maja 2011 r. w sprawie C-434/09 *Shirley McCarthy v. Secretary of State for the Home Department*, Zb. Orz. 2011 I-0337; wyrok Trybunału Sprawiedliwości (wielka izba) z dnia 15 listopada 2011 r. w sprawie C-256/11 *Murat Dereci i inni v. Bundesministerium für Inneres*, Zb. Orz. dotychczas nieopublikowany/a.

<sup>48</sup> Analiza tych orzeczeń zob. A. Frąckowiak-Adamska, *O istocie praw wynikających z obywatelstwa Unii*, „Europejski Przegląd Sądowy”, 2012, nr 10; oraz A. Wróbel, komentarz do art. 18..., s. 380–381.



sprawuje on opiekę, a nawet odmowa przyznania mu zezwolenia na pracę wywierałyby zdaniem Trybunału taki właśnie skutek. To przełomowe w swej wymowie orzeczenie, które wywołało ogromne poruszenie, nie powinno jednak być widziane jako eliminujące ostatecznie konieczność wykazywania istnienia elementu transgranicznego, nawet w sprawach „czysto” obywatelskich, które można poczytywać za posiadające znacznie cięższy ciężar gatunkowy niż w przypadku praw ograniczających się do interesów ekonomicznych. Element ten pozwala przesądzać bowiem o ograniczonym zakresie norm swobód oraz art. 21 TFUE i nadal wydaje się niezbędny, natomiast w tym rozstrzygnięciu zdecydowały zupełnie inne czynniki związane z podważeniem samej istoty obywatelstwa, jaką jest prawo przebywania na terytorium Unii.

Należy bowiem zauważyć, że skutek wykonania decyzji władz krajowych byłby radykalny z punktu widzenia samego posiadania przez dzieci swojego obywatelstwa UE, wskutek czego pozostałoby ono wyłącznie przymiotem niemalże formalnym, jako że wykluczono by korzystanie z wynikających stąd praw ze względu na konieczność całkowitego opuszczenia Unii. Dlatego w tak wyjątkowej sprawie Trybunał musiał zająć pryncypialne stanowisko, wskazując przede wszystkim, że odmowa prawa pobytu rodziców powodowałaby w rezultacie konieczność opuszczenia terytorium UE przez te dzieci, tak jak brak zezwolenia na pracę grozi brakiem koniecznych środków życiowych, wywołując analogiczny skutek.

Szczególnie interesujące wydaje się sformułowanie, jakie padło w tym kontekście, iż dzieci znajdują się w sytuacji niemożności wykonywania istoty praw przyznanych im w związku ze statusem obywatela UE. Na tej podstawie warto rozważyć, także w ramach klasycznych swobód, wprowadzenie alternatywnego wobec elementu transgranicznego kryterium, które pozwalałoby na uruchamianie ich ochrony niezależnie od jego występowania – właśnie w tych sytuacjach, gdy zagrożona byłaby sama istota danego prawa. Jest to tym bardziej godne rozważenia, że Trybunał nie ograniczył się tam do przyznania samego prawa pobytu, ale jeszcze rozciągnął to na swobodne zatrudnienie, uznając jego bezpośredni związek z istotą praw obywatelskich. Oczywiście istota poszczególnych swobód rynku wewnętrznego miałyby odmienną od tego treść, a jej zdefiniowanie w powyższym celu wymagałoby szczególnej staranności i indywidualnego podejścia, aby nie prowadzić do nadużyć.

W omawianym kontekście warto jeszcze odnieść się do orzeczenia w sprawie McCarthy<sup>49</sup>, które zostało wydane dwa miesiące później, gdyż w nim również starannie rozważa się aktualność wymogu elementu transgranicznego, podczas gdy ostatnie z nich – Dereci – przy zbliżonym stanie faktycznym koncentruje się na innych aspektach. Tu

---

<sup>49</sup> *Shirley McCarthy v. Secretary of State for the Home Department* (C-434/09).

również ochrony unijnej – prawa pobytu dla pozaunijnego małżonka domagała się obywatelka UE w państwie członkowskim, którego obywatelstwo posiadała (Wielkiej Brytanii) i w którym zawsze zamieszkiwała, nie korzystając nigdy ze swobód – obywatelskiej lub ekonomicznych, mimo że równocześnie legitymowała się obywatelstwem jeszcze jednego państwa członkowskiego (Irlandii). Trybunał rozważał ów stan faktyczny zarówno z perspektywy dopuszczalności zastosowania dyrektywy 2004/38, jak i samego art. 21 TFUE, ale nie ma to większego wpływu na wymowę rozstrzygnięcia. Natomiast nie pozostawia ono wątpliwości co do potwierdzenia utrwalonego orzecznictwa i wykluczenia zastosowania tego rodzaju norm do sytuacji, które nie mają żadnego łącznika z jakąkolwiek sytuacją regulowaną przez prawo Unii i których wszystkie elementy o zasadniczym znaczeniu zamykają się w obrębie jednego państwa członkowskiego. Oczywiście Trybunał starannie dorobek ten przeanalizował, także z uwzględnieniem różnych możliwości występowania elementu transgranicznego, ale nie zmieniło to niekorzystnego dla strony stanowiska.

Co interesujące, w analizie tej odwołał się także do istoty praw, która w tym przypadku nie została jednak uznana za naruszoną, co pozwala dopuszczać częstsze wykorzystywanie proponowanej powyżej możliwości w przyszłości. Wskazał więc, że sytuacja, w jakiej znajduje się zainteresowana, w żadnym punkcie nie pozwala na przyjęcie, że sporny środek krajowy skutkuje pozbawieniem jej skutecznego korzystania z tej istoty praw związanych z jej statusem obywatelki UE lub stanowi dla niej przeszkodę w wykonywaniu prawa do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich zgodnie z art. 21 TFUE. W przeciwieństwie do sprawy Zambrano nie musiała ona w szczególności opuścić terytorium Unii. Nawet nieuwzględnienie irlandzkiej przynależności państwowej do celów uznania prawa pobytu w Zjednoczonym Królestwie w żaden sposób miało nie wpływać na to prawo ani zresztą jakiegokolwiek inne wynikające ze statusu obywatelki UE.

### **3. OCHRONA PRZED ŚRODKAMI PUBLICZNYMI I PRYWATNYMI**

#### **A. Rozumienie pojęcia środków krajowych**

Jednym z istotnym aspektów zakresu ochrony swobód jest ustalenie rozumienia pojęcia środków krajowych, które mogą być kwestionowane na tej podstawie. Nie ulega bowiem wątpliwości, że bariery w swobodnym przepływie nie wynikają jedynie z treści państwowych aktów normatywnych, które wprowadzają różnorodne zakazy lub ograniczenia ani nawet nie kończą się na decyzjach w sprawach indywidualnych organów ad-

ministracji publicznej. Rozumienie to starano się potraktować na tyle szeroko, aby skutecznie zwalczać wszelkie przejawy protekcjonizmu oraz utrudniania budowy rynku wewnętrznego. Punktem wyjścia jest oczywiście samo rozumienie terminu „środek”, który występuje nawet w wybranych traktatowych postanowieniach swobód i jest próbą przetłumaczenia na język polski angielskiego *measure* i francuskiego *mesure*. Może wydawać się on obcy polskiej kulturze prawnej, ale ma niewątpliwe zalety – bardzo szeroki zakres, wykraczający poza pojęcie aktów<sup>50</sup>.

W tym kontekście szczególnie wdzięczny wydaje się dorobek wypracowany na gruncie wykładni pojęcia środków o skutkach równoważnych do ograniczeń ilościowych w przywozie, których zakazuje art. 34, zważywszy już na reprezentatywność takich formuł orzeczniczych jak *Dassonville*. Nie pozostawiało to wątpliwości, że bez szerokiego i funkcjonalnego ujęcia tego zakresu swoboda zostałaby pozbawiona praktycznej skuteczności. Ponadto akurat w tych ramach obowiązywała dyrektywa 70/50, która katalog takich środków już na tak wczesnym etapie integracji znacznie rozbudowała, i to stąd właśnie było wiadomo, że mieścić się tu muszą zarówno różnorodne regulacje i akty indywidualne, jak i inne instrumenty władz publicznych, łącznie z prawnie niewiążącymi, jeżeli tylko powodują podejmowanie określonych działań przez adresatów<sup>51</sup>.

Warto zauważyć, że owo szerokie widzenie znajduje nawet odzwierciedlenie w rozumieniu zakresu samych aktów normatywnych, który obejmuje zarówno akty wykonawcze i umowy międzynarodowe, jak i ustawę już przed wejściem jej w życie, a nawet groźne dla swobody inicjatywy prawodawcze czy wreszcie brak jasności przepisów. Szczególne znaczenie w omawianym kontekście ma natomiast szeroko pojęta praktyka administracyjna i sądowa, w której jednostkowe rozstrzygnięcia stanowią znamiona pewnego konsekwentnie przestrzegane i standardowego postępowania czy też linii orzecznictwa i innych form stosowania prawa przez organy państwa. Pozwala to nie pominąć działań ani zaniechań, ani też zaniedbań przez właściwe władze swoich obowiązków, które mogą powodować utrzymywanie faktycznych ograniczeń swobody przepływu wywołanych przez podmioty trzecie<sup>52</sup>.

Często bowiem protekcjonizm nie ma swojego wyraźnego źródła w brzmieniu przepisu i dopiero analizując całościowo szereg incydentalnych rozstrzygnięć lub ich brak albo przedłużające się postępowania czy szczególnie drobiazgowo kontrole

---

<sup>50</sup> Odnośnie do samego rozumienia terminu zob. A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 140.

<sup>51</sup> Por. też A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo...*, s. 742 i nast.

<sup>52</sup> Dorobek orzecznictwa w tym zakresie przywołuje D. Miąsik, komentarz do art. 34, [w:] *Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej...*, t. 1, s. 580.

można uchwycić, jak trudno jest korzystać ze swobód na terytorium danego państwa. Niekoniecznie zresztą muszą być one zupełnie arbitralne i często organ znajduje podstawy natury obiektywnej czy też przesłanki ochrony interesu ogólnego, których jednak nadużywa w celu zachowania nieprzychylnego podejścia, aby tylko chronić rynek krajowy chociażby przed obcą konkurencją. Takie negatywne nastawienie administracji lub sądów wobec obcych czynników produkcji, często z naruszeniem zasady proporcjonalności, było niejednokrotnie piętnowane przez Trybunał. Oczywiście szczególnym wyzwaniem jest wykazanie, iż rozpatrywane przypadki nie miały charakteru incydentalnego, lecz spójny, systematyczny i metodyczny, który daje się ułożyć w pewien wzór, co często wymaga starannej analizy rynkowej<sup>53</sup>.

Dopuszczanie się zaniechań przez władze państwowe ma często miejsce w przypadku braku interwencji i zwalczania przejawów braku respektowania norm swobód przez podmioty niepaństwowe. Może to być jedyny sposób zapewnienia realizacji tych gwarancji, jeżeli – jak dzieje się to w przypadku przepływu towarów – trudno egzekwować ich przestrzeganie bezpośrednio od jednostek prywatnych, co będzie jeszcze rozważane w kolejnym punkcie. Po stronie samego państwa odpowiadają za to organy porządku i bezpieczeństwa, ale także wszelkiego rodzaju kontroli i nadzoru, a więc również różnorodne inspekcje. W tym kontekście do najbardziej znanych przypadków zalicza się nieprzeciwdziałanie przez policję francuską blokadom drogowym miejscowych farmerów, protestujących przeciwko konkurencyjnej zagranicznej żywności. Orzeczenie w tej sprawie Komisja v. Francja (C-265/95)<sup>54</sup> ustanowiło pewien standard, zgodnie z którym państwo jest nie tylko zobowiązane powstrzymać się od stosowania zakazanych barier w handlu, ale także podejmować stosowne, a zarazem skuteczne działania prewencyjne przeciwko ograniczającym tę swobodę w sposób pośredni i bezpośredni, rzeczywisty i potencjalny działaniom podmiotów prywatnych, których zaniechanie będzie równoznaczne z naruszeniem Traktatu. Znalazło to następnie odzwierciedlenie w rozporządze-

<sup>53</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 9 maja 1985 r. w sprawie 21/84 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Francuska*, Zb. Orz. 1985 01355; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 17 czerwca 1987 r. w sprawie 154/85 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Włosa*, Zb. Orz. 1987 02717.

<sup>54</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 9 grudnia 1997 r. w sprawie C-265/95 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Francuska*, Zb. Orz. 1997 I-06959. Orzeczenie to jednak należy widzieć w kontekście późniejszego w sprawie *Schimdberger* (wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 12 czerwca 2003 r. w sprawie C-112/00 *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v. Republik Österreich*, Zb. Orz. 2003 I-05659), które jak już podano wcześniej, dowiodło możliwości powstrzymania się od takiej ingerencji ze względu na ochronę praw podstawowych.

niu 2679/98<sup>55</sup> dotyczącym funkcjonowania rynku wewnętrznego w zakresie swobodnego przepływu towarów<sup>56</sup>.

Warto zarazem zwrócić uwagę, iż formuła Dassonville jest na tyle pojemna, aby obejmować właśnie szeroko rozumiane środki pośrednie i potencjalne, a więc chociażby sankcjonować omawiany już zakaz zniechęcania. Natomiast w tym kontekście szczególną uwagę warto zwrócić na różnego rodzaju akty niewiążące, łącznie z działaniami natury perswazyjnej, które nie posługują się instrumentami władztwa i przymusu, lecz np. odwołując się do tzw. patriotyzmu konsumenckiego, starają się miękkimi środkami promować korzystanie z narodowej oferty i zniechęcać tym samym do zakupu obcej. Może on oczywiście wpływać negatywnie na handel wewnątrzunijny, ale może to być czysto potencjalny skutek, co nie znaczy, że jeżeli nawet się nie ziści w praktyce, nie okaże się wystarczający do uznania bezprawności – także dlatego że tego rodzaju działania mieszczą się w omawianym pojęciu. Oczywiście inaczej traktuje się kampanie odwołujące się do szczególnych cech, a nie do pochodzenia produktów, co już wykracza poza niniejsze rozważania. Warto zarazem zauważyć, że do omawianej kategorii zakazanych środków zaliczyć można również wypowiedzi urzędnika wpływające negatywnie na swobodny przepływ, np. poprzez dyskredytację zagranicznej oferty – jeżeli ze względu na okoliczności mogą wywoływać wrażenie oficjalnego stanowiska państwa, chociażby ze względu na zakres kompetencji służbowych, a nie prywatnej opinii<sup>57</sup>.

Powyższa problematyka wiąże się jeszcze z zagadnieniem rozumienia zakresu podmiotowego pojęcia „państwo”, którego działania mogą być kwalifikowane jako zakazane środki krajowe. Nie zawsze więc nawet kampania promocji narodowej produkcji musi mieć taki charakter, jeżeli jest oddolną inicjatywą producentów. Jak wspomniano, odgrywa to szczególną rolę zwłaszcza tam, gdzie za naruszenie swobód trudno do odpowiedzialności pociągać podmioty prywatne, gdyż nie mogą być one np. samodzielnym źródłem opłat lub innych barier przepływu towarów. Generalnie w systemie unijnym pojęcie państwa traktowane jest nader funkcjonalnie, co potwierdza orzecz-

<sup>55</sup> Rozporządzenie Rady (WE) nr 2679/98 z dnia 7 grudnia 1998 r. w sprawie funkcjonowania rynku wewnętrznego w odniesieniu do swobodnego przepływu towarów pomiędzy Państwami Członkowskimi, Dz.U. L 337 z 12.12.1998 (OJ L 337/8).

<sup>56</sup> Kontrola działań i zaniechań po stronie państwa por. też A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo...*, s. 767–771.

<sup>57</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (wielka izba) z dnia 17 kwietnia 2007 r. w sprawie C-470/03 *A.G.M -COS.MET Srl v. Suomen valtio i Tarmo Lehtinen*, Zb. Orz. 2007 I-02749; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 24 listopada 1982 r. w sprawie 249/81 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Irlandia*, Zb. Orz. 1982 04005, to najbardziej znany przykład powołania specjalnej Rady ds. Produktów Irlandzkich się tym zajmującej. Ale są też późniejsze: wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie C-325/00 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Federalna Niemiec*, Zb. Orz. 2002 I-09977; wyrok 17/06/2004 w sprawie C-255/03 *Komisja v. Belgia*, Zb. Orz. non publié.

nictwo dotyczące skutku bezpośredniego dyrektyw. Również w tym kontekście Trybunał stara się przyjąć stosowne podejście, które nie wyczerpuje się jedynie w odniesieniu do organów czy jednostek korzystających z władztwa publicznoprawnego, a więc samej administracji publicznej, łącznie z władzą samorządową, i sądów, oraz za drugorzędne uznaje formę prawną, strukturę własnościową czy stopień formalnego związania z organami władz<sup>58</sup>.

Jest to tym bardziej uzasadnione, że w państwach europejskich często realizacja funkcji państwowych delegowana jest na bardzo różne autonomiczne podmioty, także o odrębnej od Skarbu Państwa osobowości prawnej, do których w szczególności zaliczać można samorządy zawodowe korzystające, tak jak w Polsce, z gwarancji konstytucyjnych – często o obligatoryjnym członkostwie, kompetencji do ustanawiania standardów i uprawnieniach nadzorczych<sup>59</sup>. Generalnie w tym względzie w równym stopniu analizować należy ich kompetencje, jak i udziały kapitałowe państwa, jego obligatoryjny wpływ na obsadę ich organów, a także ewentualne finansowanie działań<sup>60</sup>. Nie sprawdzają się natomiast w tym zakresie analogie z systemami innych państw członkowskich, gdyż to, co stanowi tzw. zadanie państwa w jednym z nich, może zostać pozostawione rynkowi w pozostałych. Nie można zarazem wykluczać także podmiotów zupełnie prywatnych, które cech powyższych nie spełniają, ale powierzone im tego rodzaju zadania wykonują<sup>61</sup>.

## B. Ochrona przed podmiotami prywatnymi

Niezwykle istotne dla skuteczności swobód jest właśnie zapewnienie możliwości uzyskania ochrony nie tylko w relacjach z władzami publicznymi, lecz także np. pracodawcą. Wymaga to więc ustalenia kręgu ich adresatów obejmującego także podmioty prywatne, co zwykle rozpatrywane jest w związku z tzw. horyzontalnym skutkiem bezpośrednim, ale warto zwrócić uwagę, iż zagadnienia te mogą zostać rozdzielone. Wydaje się, iż trudno zakładać, że nawet jeżeli jakaś norma swobody nie mogła być powołana

<sup>58</sup> Pojęcie państwa, ale także innych podmiotów omawianych w kolejnym punkcie por. A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo...*, s. 771–775.

<sup>59</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 15 grudnia 1993 r. w sprawie C-292/92 *Ruth Hünermund i inni v. Landesapothekerkammer Baden-Württemberg*, Zb. Orz. 1993 I-06787.

<sup>60</sup> Najbardziej znany jest oczywiście przykład z przywoływanego wcześniej w przypisie orzeczenia *Komisja Wspólnot Europejskich v. Irlandia* (249/81) tzw. Buy Irish Council, realizującego kampanię „kupuj krajowe” – nie był to organ ani instytucja państwowa, lecz odrębna spółka prawa handlowego, co nie przeszkadzało jednak administracyjnej nominacji jej władz oraz budżetowemu finansowaniu jej działalności promocyjnej.

<sup>61</sup> J. Snell, *Private Parties and the Free Movement of Goods and Services*, [w:] *Services and Free Movement in EU Law*, eds M. Andenas, W.-H. Roth, Oxford 2003, s. 219–221.

przeciwko podmiotowi prywatnemu jako podstawa roszczenia, co dotyczy szczególnie towarów, to oznaczało to automatycznie, iż jest ona dla tego podmiotu całkowicie niewiążąca. Jeżeli norma ta zawiera zwłaszcza zakaz, może on oddziaływać na sytuację tego podmiotu również na inne sposoby, pozwalające np. wykazywać bezzasadność roszczenia jako naruszającego powszechnie obowiązującą normę traktatową. W relacjach horyzontalnych oddziaływać może chociażby tzw. automatyczna niestosowalność, w wyniku czego sąd krajowy pomija przepis prawa krajowego, z którego podmiot prywatny chciałby czynić użytek zagrażający rynkowi wewnętrznemu – jako sprzeczny z taką normą – a nie orzeka bezpośrednio na jej podstawie o obowiązku jednej ze stron. Czasem też w sporach tego rodzaju podmiot prywatny może doznać skutków nałożenia w oparciu o tę normę obowiązków na podmiot publiczny czy nawet sam sąd, ewentualnie stwierdzenia naruszenia przez nie tej normy<sup>62</sup>.

Bez względu na tego rodzaju spory nie ulega natomiast wątpliwości, że rozciągnięcie skuteczności norm swobód na podmioty prywatne i związanie ich gwarancjami w stosunkach z innymi podmiotami prywatnymi ma istotne znaczenie, zapewnia bowiem ochronę w jak najszerszym zakresie. Nawet zarazem jeżeli nie wszystkie z tych norm mogą być traktowane w taki sposób, najczęściej możliwe jest na tej podstawie kwestionowanie ograniczeń gwarancji traktatowych pochodzących od takich podmiotów i domaganie się ich zaprzestania lub realizacji określonego obowiązku. Bywa to jednak uznawane za kontrowersyjne jako ograniczające autonomię stron i swobodę ich umów – już na gruncie prawa pracy, mimo że tu należy liczyć się ze znaczną ingerencją publicznoprawną, ale jeszcze intensywniej w odniesieniu do przedsiębiorców.

Obecnie jest to natomiast utrwalone stanowisko orzecznictwa, opartego na wykładni celowościowej, pozwalającej ominąć „niedoskonałe” postanowienia traktatowe, które można było rozumieć jako nakładające obowiązek znoszenia ograniczeń na same państwa, chociażby ze względu na to, iż to one były adresatami zobowiązań. Trudno zresztą było utrzymać pozornie jasny podział, w którym to nie normy swobód, tylko konkurencji, mają służyć jako instrument ochrony przed uczestnikami rynku, chociaż od początku było wiadomo, że ich zakres podmiotowy i przedmiotowy jest znacznie ograniczony w stosunku do wyzwań rynku wewnętrznego.

Już w orzeczeniu w sprawie *Walrave Koch*<sup>63</sup>, uznawanym za jedno z pionierskich w tym względzie, Trybunał nie pozostawił wątpliwości, iż obecny art. 56 TFUE należy rozumieć w ten sposób, aby nie czynić rozróżnienia pomiędzy podmiotowymi źródłami

---

<sup>62</sup> Por. np. M. Szpunar, *Promocja towarów...*, s. 62.

<sup>63</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 12 grudnia 1974 r. w sprawie 36/74 *B.N.O. Walrave, L.J.N. Koch v. Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie i Federación Española Ciclismo*, Zb. Orz. 1974 01405.

ograniczeń swobód, jakie muszą być eliminowane, i tym samym przesądził, iż jest on skierowany również wobec jednostek. Tym samym, jeżeli dla beneficjentów swobód przyjmuje się założenie, że normy te przyznają prawa każdej osobie, która ma interes będący odzwierciedleniem ustanowionego tam obowiązku, to obowiązek ten może dotyczyć także podmiotów prywatnych, wymagając od nich zapewnienia równego traktowania i powstrzymania się od wprowadzania jakichkolwiek ograniczeń wobec innych podmiotów prywatnych. Jest to uzasadnione przekonaniem, że skuteczność swobód byłaby niepełna, gdyby znoszenie ograniczeń przez władze publiczne mogło zostać zneutralizowane tymi wprowadzanymi przez takich uczestników obrotu na rynku wewnętrznym. Warto jeszcze dodać argument odwołujący się do tego, że chociażby warunki pracy w różnych państwach członkowskich wynikają z bardzo różnych źródeł, a więc zarówno z ustaw, jak i aktów prywatnoprawnych – tym samym ograniczenie zwłaszcza zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność państwową jedynie do tej pierwszej kategorii mogłoby skutkować nierównością w jego stosowaniu.

Należy od razu zaznaczyć, że w świetle następującego po Walrave orzeczenia w sprawie Bosmana<sup>64</sup>, skoro przeciwko tym podmiotom mogą być powoływane gwarancje traktatowe, są one również uprawnione do korzystania z dopuszczalnych traktatowych ograniczeń swobód, z ochroną porządku, bezpieczeństwa i zdrowia publicznego na czele. Bywa to jednak uznawane za kontrowersyjne, jeżeli przesłanki te, ze względu na ich naturę, powoływane są przez podmioty całkowicie prywatne, a nie takie, które przynajmniej w zakresie funkcji przypominają władze publiczne, zwłaszcza jeżeli miałyby to usprawiedliwiać dyskryminację ze względu na przynależność państwową<sup>65</sup>.

Szczególnym problemem w tym kontekście jest jednak częste przekonanie, że katalog takich podmiotów prywatnych ogranicza się do stowarzyszeń i innych organizacji, które zachowują autonomię i nie mają umocowania publicznoprawnego<sup>66</sup>. Warto jednak docenić jego konsekwencje na gruncie swobód, gdzie szczególnie reprezentatywne okazało się orzecznictwo dotyczące związków sportowych, które znamiona takie wyczerpywały, przypominając zresztą swoimi restryktywnymi działaniami aktywność państw, jak

<sup>64</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 15 grudnia 1995 r. w sprawie C-415/93 *Union royale belge des sociétés de football association ASBL v. Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA v. Jean-Marc Bosman i inni*, oraz *Union des associations européennes de football (UEFA) v. Jean-Marc Bosman*, Zb. Orz. 1995 I-04921.

<sup>65</sup> F. Martín, J. Maria, *Re-defining obstacles to the free movement of workers*, „European Law Review”, 21, 1996, nr 4, s. 312–326.

<sup>66</sup> M. Szwarc-Kuczer, komentarz do art. 49, [w:] *Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej...*, t. 1, s. 857.



np. przywołany Walrave Koch czy najslawniejszy Bosman<sup>67</sup>. To na tle ich regulaminów powstało pojęcie tzw. prywatnej legislacji ze względu na charakter podporządkowania sportowca, nieodbiegający specjalnie także co do negatywnych skutków naruszenia od nieprzestrzegania prawa państwowego.

Natomiast jak dowodzi np. orzeczenie w sprawie Viking<sup>68</sup> do tej samej kategorii zaliczono bardzo ważne z perspektywy realizacji swobód związku zawodowe wykazujące znaczną tendencję do ograniczania wolności gospodarczej, np. w formie transgranicznego przenoszenia siedziby lub delegowania pracowników. Należy jeszcze przypomnieć o wariancie pośrednim, a więc podmiotach realizujących zadania państwa lub przez państwo powołanych, które zostały przywołane w poprzednim punkcie, jak choćby stowarzyszenia zawodowe ale też podmioty finansowane ze środków publicznych, jak Rada ds. Produktów Irlandzkich. Na przykład w orzeczeniu van Ameyde<sup>69</sup> był to prywatny zakład ubezpieczeń, któremu ustawowo powierzono administrowanie w pewnym zakresie systemem obowiązkowego ubezpieczenia komunikacyjnego.

Nie pozwalało to jednak objąć podmiotów *stricte* indywidualnych, co jednak bywa przedstawiane jako nadal niezbędna do zachowania granica autonomii jednostek i ich swobody umów, która nie powinna być przekraczana. W tym kontekście pojawia się zresztą ciekawy argument uzasadniający odmienne traktowanie takich podmiotów prywatnych w stosunku zarówno do państw, jak i szerzej wszelkich podmiotów korzystających z władztwa wobec jednostki powołującej się na skutek bezpośredni – ta ostatnia kategoria została tu potraktowana jako obejmująca także powyższe podmioty zbiorowe, z którymi relacja nie przypomina całkowitej równorzędności. Ograniczenie kontroli „prawdziwych” podmiotów prywatnych ma wynikać z tego, że im także przysługują prawa podmiotowe zasługujące na ochronę, które nie są natomiast domeną instytucji władczych. W takim ujęciu niezbędne staje się wyważenie dwóch kategorii tych konkurujących praw obu stron, z których żadnym nie przysługuje automatycznie priorytet. Dodatkowo przekroczenie powyższej granicy miałoby być sprzeczne z duchem swobód, jeżeli jest on odczytywany liberalnie, skoro godzi w wolność stron<sup>70</sup>.

---

<sup>67</sup> Zob. szerzej A. Cieśliński, *Aktywność sportowa w świetle gwarancji swobód rynku wewnętrznego UE – próba ujęcia systemowego*, [w:] *Sport w prawie unijnym i międzynarodowym – współczesne problemy praktyczne i prawne* [w druku].

<sup>68</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (wielka izba) z dnia 11 grudnia 2007 r. w sprawie C-438/05 *International Transport Workers' Federation i Finnish Seamen's Union v. Viking Line ABP i OÜ Viking Line Eesti*, Zb. Orz. 2007 I-10779.

<sup>69</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 9 czerwca 1977 r. w sprawie 90/76 *S.r.l. Ufficio Henry van Ameyde v. S.r.l. Ufficio centrale italiano di assistenza assicurativa automobilisti in circolazione internazionale (UCI)*, Zb. Orz. 1977 01091.

<sup>70</sup> G. Davies, *Nationality Discrimination...*, s. 146–155.

Warto jednak zwrócić uwagę na orzeczenie w sprawie Defrenne<sup>71</sup>, które co prawda dotyczy dyskryminacji płci w stosunkach pracy, a nie swobód, ale przesądza, iż skutek horyzontalny nie dotyczy jedynie regulacji natury kolektywnej, lecz także indywidualnych umów zawartych między osobami prywatnymi. Zresztą właśnie orzecznictwo w zakresie swobody przepływu pracowników okazało się najbardziej podatne na rozstrzyganie takich sporów czysto indywidualnych, w których pracownik przeciwko konkretnemu pracodawcy powołuje gwarancje z art. 45, kwestionując chociażby dyskryminującą ze względu na pochodzenie odmowę zatrudnienia lub rozwiązanie stosunku pracy. Najbardziej znanym przykładem jest to w przywoływanej już sprawie Angonese, potwierdzające skuteczną ochronę kandydata do pracy przed taką odmową w banku jako niedoszłym pracodawcy. Zostało ono zresztą potraktowane przez Trybunał jako naturalne rozwinięcie dorobku wynikającego z Walrave.

A jeżeli głównym obszarem ochrony w tym zakresie jest zwalczanie dyskryminacji ze względu na przynależność państwową to nie ma żadnego powodu, aby skutek taki nie został rozciągnięty na usługobiorców. Chodzi o gorsze traktowanie w innym państwie członkowskim, którego źródłem nie jest miejscowe prawodawstwo, lecz tylko działania prywatnego usługodawcy odmawiającego przywilejów, jakie oferuje swoim krajowym klientom. Zważywszy natomiast na ścisły związek tej swobody ze swobodą przedsiębiorczości, trudno byłoby sobie wyobrazić różnicowanie zakresu ich ochrony z wyłączeniem tutaj relacji prywatnoprawnych, nawet jeżeli wydają się w praktyce niezwykle rzadkie, zwłaszcza że akurat ograniczenia nakładane w stosunkach między przedsiębiorcami najłatwiej podporządkować prawu konkurencji.

Potwierdziło to zresztą częściowo przywołane orzeczenie w sprawie Viking, z którego wynika, iż zakresem obecnego art. 56 TFUE objęte są działania zbiorowe związku zawodowego, zmierzające do zmuszenia przedsiębiorcy do zawarcia układu zbiorowego, a przepis ten nadaje mu prawa, na jakie można powoływać się przeciwko takiemu związkowi. Nie powinno to jednak prowadzić do wniosku, że w przypadku tej swobody ochrona ogranicza się do takich działań zbiorowych, bo byłoby to powtórzenie założenia uznanego z czasem za błędne na gruncie innych wymienionych powyżej swobód. Słusznie podkreśla się, iż wymiar ludzki tych wszystkich trzech swobód osobowych i ich ochrona znajdują szczególne oparcie w Karcie Praw Podstawowych, co musi wykluczać różnicowanie podejścia zwłaszcza w tak delikatnej materii, jak gorsze traktowanie. W konsekwencji w każdej z nich, jak podpowiada dorobek Angonese, skutek

---

<sup>71</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 8 kwietnia 1976 r. w sprawie 43/75 *Gabrielle Defrenne v. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, Zb. Orz. 1976 00455.

horyzontalny musi być pełny i tym samym także rozciągać się na sytuacje całkowicie zindywidualizowane<sup>72</sup>.

Niestety, nie wydaje się to dotyczyć w pełni swobody przepływu towarów, gdyż tu podmioty prywatne z założenia nie powinny ponosić konsekwencji ich naruszenia. Wynika to przede wszystkim z natury regulujących je norm traktatowych, które w przeciwieństwie do innych swobód wydają się zakazywać ograniczeń, których stosowanie pozostaje wyłączną domeną państwa, co dotyczy nie tylko ceł, ale i samych ograniczeń ilościowych.

W tym kontekście natomiast przywołuje się często pewne istotne orzeczenie – w sprawie Imerco czy też Dansk Supermarked<sup>73</sup>, które wywołało spore zamieszanie i było traktowane jako czyniące wyłom w powyższym założeniu. Dotyczyło ono stowarzyszenia duńskich przedsiębiorców, którzy w celach reprezentacyjnych zamówili w Wielkiej Brytanii porcelanę o ściśle sprecyzowanym, autorskim projekcie, zawierającym także jego logo, z zastrzeżeniem wyłącznego prawa sprzedaży, z wyjątkiem pewnych nadwyżek, które producent miał prawo rozprzedać w Wielkiej Brytanii, ale przy niedopuszczalności wywozu do krajów skandynawskich. Okazało się jednak, że pewna część z nich została nabyta przez duński supermarket zamierzający sprzedawać na terenie tego kraju, co spowodowało wszczęcie postępowania przez stowarzyszenie w oparciu o uprawnienia przewidziane w prawie krajowym. Co istotne, w takim horyzontalnym procesie Trybunał nie wykluczył bezpośredniego powoływania się na gwarancje swobody przepływu towarów i wskazał, że nie można uznać, aby umowy między podmiotami prywatnymi miały nie podlegać obowiązującym zasadom wynikającym ze swobód. Ale zarazem uznał za dopuszczalne w świetle prawa unijnego stosowanie wobec towarów z innych państw członkowskich przepisów państwa przyjmującego, regulujących zasady handlu, które mogą nawet prowadzić do zakazu obrotu, jeżeli warunki, na jakich są one sprzedawane stanowią naruszenie zwyczajów handlowych uznawanych tam za właściwe i uczciwe<sup>74</sup>.

Orzeczenie to próbowano wyjaśniać na różne sposoby, ze szczególnym naciskiem na dochodzenie praw z zakresu własności intelektualnej, które mają zachowywać specyfikę. Trudno jednak nie zauważyć, że co do zasady i niezależnie od ostatecznego rozstrzygnięcia gwarancje swobody przepływu towarów mogły zostać powołane celem za-

---

<sup>72</sup> Por. A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 113. Zob. też A. Gawrysiak-Zabłocka, *Prawo przedsiębiorczości i prawo spółek*, cz. 3, [w:] *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, red. J. Barcz, Warszawa 2011, s. III-33.

<sup>73</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (druga izba) z dnia 22 stycznia 1981 r. w sprawie 58/80 *Dansk Supermarked A/S v. A/S Imerco*, Zb. Orz. 1981 00181.

<sup>74</sup> Komentarz do tego orzeczenia zob. G. Davies, *Nationality Discrimination...*, s. 155–167.

kwestionowania ograniczeń, jakie chciano egzekwować od supermarketu duńskiego naruszającego zakaz sprzedaży. Bywa to również tłumaczone tym, iż wbrew pozorom nie doszło tu do powołania tych gwarancji jako „aktywnej” podstawy roszczenia, charakterystycznej dla horyzontalnej, bezpośredniej skuteczności, lecz do zakwestionowania przepisów prawa krajowego wykorzystywanych przez stronę powodową, a więc z zastosowaniem automatycznej niestosowalności tych przepisów jako sprzecznych z Traktatem.

Jakkolwiek sztuczne mogłoby się to wydawać, wytłumaczenie takie z jednej strony „ratowałyby” podstawowe założenie braku bezpośredniej skuteczności norm tej swobody, ale z drugiej pozwalałoby na swoiste obchodzenie tego niedostatku i istotne zwiększenie ich skuteczności. Późniejsze orzeczenia Trybunału potwierdziły zresztą ograniczenie ich stosowania, a przywołane rozstrzygnięcie bywa nawet traktowane jako zbyt daleko idący przejaw wczesnego orzecznictwa, kiedy miał on nie być jeszcze gotowy do takiego ostatecznego przesądzenia<sup>75</sup>. Koncentrując się natomiast na jego wymowie, można zaryzykować tezę, iż przyjęte rozwiązanie przypomina podejście do automatycznej niestosowalności przepisów sprzecznych z dyrektywami w sporach cywilnoprawnych, gdzie nie mogą one wywołać skutku bezpośredniego, ale najczęściej zapewniają bardzo zbliżony rezultat. Oczywiście należy uwzględnić, że jak już wskazano niezależnie od takiej ewentualnej skuteczności, zwłaszcza w przypadku ograniczeń swobód, których nie można zwalczać w relacjach horyzontalnych, to państwo ponosi konsekwencję swoich związanych z tym zaniechań, które doprowadziły do takiego rezultatu. Nie można zarazem wykluczyć, że tam, gdzie możliwość taka nie została wyłączona, pojawi się jakaś forma współodpowiedzialności państwa i bezpośredniego sprawcy<sup>76</sup>.

Problematyczne natomiast wydaje się analogiczne do przepływu towarów traktowanie przepływu kapitału, zważywszy chociażby na liczne związki tej swobody ze swobodą przedsiębiorczości i świadczenia usług – szczególnie w sektorze finansowym. To też niezależnie od mechanizmów skuteczności charakterystycznych dla tej pierwszej swobody trudno całkowicie wykluczać powoływanie się na obecny art. 63 TFUE w sporach prywatnoprawnych – chociażby między inwestorami czy na rynku kapitałowym. Niewątpliwie niepewność ta byłaby znacznie mniejsza, gdyby orzecznictwo w zakresie tej swobody miało równie bogatą historię jak w wypadku pozostałych, czyli gdyby nie

<sup>75</sup> Zob. J. Snell, *And Then There Were Two: Products and Citizens in Community Law*, [w:] *European Union Law for Twenty-First Century. Rethinking the New Legal Order*, vol. 2. *Internal Market and Free Movement Community Policies*, eds T. Tridimas, P. Nebbia, Oxford 2004, s. 57, i przywołane tam orzeczenia.

<sup>76</sup> L. Woods, *Free Movement...*, s. 31 – zob. tam zwłaszcza kwestię ograniczonej skuteczności swobody przepływu towarów.

rozwinęło się znacznie później, jako ostatnie. Natomiast na obecnym etapie rozwoju stanowisko to nie jest podzielane przez wszystkich, szczególnie jeśli się uwzględni specyfikę dorobku orzecznictwa w zakresie tzw. złotych akcji<sup>77</sup>.

---

<sup>77</sup> M. Mataczyński, komentarz do art. 63, [w:] *Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej...*, t. 1, s. 980.

## ROZDZIAŁ II

### ZAKAZ DYSKRYMINACJI

#### 1. ROLA DYSKRYMINACJI W PRAWIE UE

Gwarancje równego traktowania stanowią jeden z fundamentów właściwego funkcjonowania każdego systemu gospodarczego i istotnie wpływają na zakres ingerencji władzy publicznej w tę sferę życia społecznego. Należy to traktować nie tylko jako przejaw realizacji zasady sprawiedliwości społecznej, gdyż trudno sobie wyobrazić samą wolność gospodarczą bez ich stosowania wobec wszystkich uczestników obrotu przez wszystkie organy. Również w Rzeczypospolitej Polskiej konstytucyjna zasada równości implikuje nakaz jednakowego traktowania podmiotów prawa w obrębie określonej kategorii i jeżeli tylko charakteryzują się one danymi istotnymi cechami identyfikującymi, nie powinny doznawać zróżnicowań dyskryminujących ani faworyzujących. Zgodnie z podstawowymi założeniami nakaz ten nie ma jednak charakteru bezwzględnego, dopuszcza bowiem odstępstwa odwołujące się do relewantnych kryteriów opartych na racjonalnie uzasadnionych, przekonujących argumentach, pod warunkiem oczywiście zachowania proporcjonalności i poszanowania innych wartości konstytucyjnych. Warto zwrócić zarazem uwagę na podwójny charakter zasady równości, która może występować zarówno jako zasada ustrojowa, jak i prawo podmiotowe, co ma istotne znaczenie w omawianym kontekście<sup>78</sup>.

W systemie unijnym do zasady równości odwołuje się szereg postanowień traktatowych, również o charakterze ogólnym. Przede wszystkim jest to jedna z podstawowych wartości unijnych przewidzianych w art. 2 TUE. Art. 8 TFUE przewiduje zaś, iż Unia zmierza do zniesienia nierówności między mężczyznami i kobietami, podczas gdy art. 10 mówi o zwalczaniu dyskryminacji ze względu na różne kryteria, jednak z wyłączeniem przynależności państwowej, czemu towarzyszy upoważnienie w art. 19 do tworzenia odpowiednich aktów prawa wtórnego w tym celu. Nie są to zresztą jedyne postanowienia, skoro chociażby w zakresie Wspólnej Polityki Rolnej art. 40 zakazuje dyskryminacji między producentami i konsumentami wewnątrz Unii, a w ramach Polityki Społecznej art. 157 zabrania naruszania zasady równości wynagrodzeń, co znajduje się jednak poza przedmiotem niniejszych rozważań. Natomiast wspomniany art. 19 znajduje się w Części II TFUE, zatytułowanej *Niedyskryminacja i obywatelstwo UE*

---

<sup>78</sup> K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2007, s. 81–83.

i następuje po art. 18, który właśnie wyklucza wszelką dyskryminację ze względu na przynależność państwową, a dzięki swojej jednoznaczności rodzi skutek bezpośredni<sup>79</sup>.

W omawianym kontekście swobód właśnie artykuł 18 ma znaczenie kluczowe, był już wspomniany w ramach ich systematyki i jak wiadomo powinien być widziany w związku ze skonkretyzowanymi zakazami dyskryminacji ze względu na przynależność państwową przewidzianymi w ich poszczególnych gwarancjach traktatowych, jak np. art. 45 ust. 2 w odniesieniu do swobodnego przepływu pracowników. Według podstawowych założeń ma on znajdować samodzielne zastosowanie jedynie w tych sytuacjach, które nie są regulowane przez żadne normy szczególne, a więc właściwie można by uznać go z zasady za nieprzydatny ze względu na ich samowystarczalność wynikającą także z szerokiej wykładni zakresu<sup>80</sup>. Okazuje się jednak, że Trybunał nie zawsze odmawiał stosowania dzisiejszego art. 18 ze względu na „pierwszeństwo” stosowania norm swobód. Niejednokrotnie unikał starannych analiz mających doprowadzić do ustalenia, czy konkretna sytuacja podlega jednej z takich norm, jeżeli tylko uważał, że to ogólne postanowienie wydawało się odpowiedniejsze do zastosowania, ewentualnie powoływał je nawet dodatkowo w celu wzmocnienia argumentacji na rzecz swobód i przeciwno rozszerzaniu zakresu wyjątków<sup>81</sup>.

Pozwalało to także na wykazywanie, że zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność ma charakter powszechny także w tym rozumieniu, że stosuje się nie tylko w ścisłych granicach wyznaczonych tymi normami szczególnymi, lecz generalnie w całym zakresie rynku wewnętrznego. Co więcej obecnie uważa się, że naruszenie ich jest równoznaczne z naruszeniem samego art. 18. Można się oczywiście zastanawiać, czy artykuł ten dotyczy także gorszego traktowania rzeczy z innych państw członkowskich i w takim przypadku sięganie po normy, np. swobody przepływu towarów, gwarantujące równouprawnienie może okazać się jedynym sposobem ochrony. Jest to zresztą ogólnie

<sup>79</sup> S. O’Leary, *The Principle of Equal Treatment on Grounds of Nationality in Article 6EC. A lucrative source of rights for Member State nationals*, [w:] *The Principle of Equal Treatment in EC Law*, eds A. Dashwood, S. O’Leary, London 1997 s. 105–106.

<sup>80</sup> Por. uszczegółowienie ogólnego zakazu dyskryminacji: w zakresie przepływu pracowników – wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 26 listopada 2002 r. w sprawie C-100/01 *Ministre de l’Intérieur v. Aitor Oteiza Olazabal*, Zb. Orz. 2002 I-10981; wyrok Trybunału Sprawiedliwości (pierwsza izba) z dnia 15 września 2005 r. w sprawie C-258/04 *Office national de l’emploi v. Ioannis Ioannidis*, Zb. Orz. 2005 I-08275; oraz w zakresie swobody przedsiębiorczości – wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 21 czerwca 1974 r. w sprawie 2/74 *Jean Reyners v. państwo belgijskie*, Zb. Orz. 1974 00631; wyrok Trybunału Sprawiedliwości (szósta izba) z dnia 7 marca 1996 r. w sprawie C-334/94 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Francuska*, Zb. Orz. 1996 I-01307.

<sup>81</sup> *B.N.O. Walrave, L.J.N. Koch v. Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie i Federación Española Ciclismo* (36/74); analiza dorobku orzecznictwa zob. A. Wróbel, komentarz do art. 18..., s. 381.

niejszy problem „łącznika”, według którego poszczególne czynniki produkcji zalicza się do grupy „swoich” oraz obcych. W przypadku osób fizycznych jest on bardzo oczywisty, gdyż przynależność wiąże się z obywatelstwem krajowym i tym samym zakaz dyskryminacji chroni wszystkich obywateli unijnych, którzy go nie posiadają w stosunku do miejscowych obywateli. Podobnie można traktować podmioty gospodarcze dzięki omawianemu już obecnemu art. 54 TFUE, który przynależność taką pozwala ustalić w oparciu o takie łączniki jak statutowa siedziba. Nawet wobec usług zastosować można analogiczny model, gdyż są one identyfikowalne przez pryzmat świadczącego i odbiorcy. Natomiast trudno mówić o klasycznej przynależności w odniesieniu do towarów i kapitału, które w naturalny sposób pozbawione są obywatelstwa i stąd przynależność powinna być rozumiana w tym kontekście jako pochodzenie, ze względu na które właśnie dyskryminować nie wolno, a więc w ramach Unii gorzej traktować te „z zagranicy”<sup>82</sup>.

Należy jednak zwrócić uwagę, że w systemie prawnym rynku wewnętrznego zakaz dyskryminacji odgrywa rolę szczególną – nie tylko wykraczającą poza zasadę wzajemności, lecz także poza „standardowe”, choć często praktycznie mało skuteczne zapewnienie równości wobec prawa, bez czego trudno sobie nawet wyobrazić jego właściwe funkcjonowanie. Oczywiście także w tym kontekście można wskazywać na widzenie tej zasady jako uznawanej za podstawową i strukturalną, ale zarazem jest to prawo podmiotowe, z którego chętnie korzystają obywatele UE, przyczyniając się zarazem do realizacji systemu swobód. W tym kontekście warto też zwrócić uwagę na posiadający identyczną z art. 18 TFUE treść artykuł 21 Karty Praw Podstawowych, który wzmacnia fundamentalny charakter tej zasady jako integralnego elementu praw podstawowych. Jest to pierwszy i najbardziej elementarny instrument ochrony prawnej oraz podstawa statusu jednostki w prawie Unii Europejskiej – wolność od dyskryminacji ze względu na przynależność państwową traktuje się w orzecznictwie jako najbardziej fundamentalne prawo przyznane przez Traktat i podstawowy składnik obywatelstwa UE<sup>83</sup>.

<sup>82</sup> G. Davies, *Nationality Discrimination...*, s. 60; kwestia łączników: A. Arnulf, *The European Union and its Court of Justice*, Oxford 2006<sup>2</sup>, s. 502; *Swobodny przepływ pracowników wewnątrz Unii Europejskiej*, cz. 2, red. Z. Hajn, [w:] *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, red. J. Barcz, Warszawa 2011, s. II-155; A. Gawrysiak-Zabłocka, *Prawo przedsiębiorczości...*, s. III-12; zob. jeszcze wyrok Trybunału Sprawiedliwości (piąta izba) z dnia 29 kwietnia 1999 r. w sprawie C-311/97 *Royal Bank of Scotland plc v. Elliniko Dimosio (państwo greckie)*, Zb. Orz. 1999 I-02651; i *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Francuska* (C-334/94) – te orzeczenia mają dowodzić, że naruszenie obecnego art. 56 jest jednoznaczne z naruszeniem art. 18.

<sup>83</sup> A. Wróbel, komentarz do art. 18..., s. 391. Por. orzeczenia, które potwierdzają samoistną skuteczność – obecnego 18 – oprócz wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 24 listopada 1998 r. w sprawie C-274/96. Postępowanie karne przeciwko *Horst Otto Bickel i Ulrich Franz*, Zb. Orz. 1998 I-07637, także w relacjach horyzontalnych – *Roman Angonese v. Cassa di Risparmio di Bolzano SpA* (C-281/98); wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia



W szczególności w kontekście swobód w istotny sposób ogranicza dyskrekcję działania władz krajowych i stanowi adekwatną zaporę przed protekcjonizmem, zapobiegając niezasadnemu różnicowaniu, powodującemu gorsze położenie zwłaszcza obywateli innych państw członkowskich w zakresie regulowanej nimi aktywności ekonomicznej. Ze względu na swoje jednoznaczne brzmienie, wolne od niejednoznaczności zasady równości okazuje się skutecznym kryterium weryfikacji wszelkich środków krajowych, łącznie z pochodzącymi od podmiotów prywatnych. Służy więc do przewyższania naturalnego podejścia klasycznego państwa, zgodnie z którym „obcy” może być traktowany gorzej czy też nie może domagać się wszystkich przywilejów przysługujących „własnym” obywatelom, co jest całkowicie sprzeczne z samą ideą procesu integracji unijnej.

Dodatkowo należy go widzieć jako specyficzną podstawę „generowania” nowych uprawnień, co wyraża się w mechanizmie uznawania przez Trybunał, iż beneficjentom swobód powinny należeć się wszystkie prawa, jakie przysługują miejscowym obywatelom w całym zakresie ich regulacji, który wskutek wykładni rozszerza się, obejmując kolejne przywileje. Ujmując inaczej – równouprawnienie z nimi nie powinno się ograniczać jedynie do uprawnień wyraźnie przyznanych unijnym beneficjentom w normach prawa pozytywnego, a nawet tych bezpośrednio służących chociażby pracy czy działalności gospodarczej w innym państwie członkowskim, ale obejmować właściwie wszelkie prawa, które choćby pośrednio i potencjalnie wiążą się z taką aktywnością transgraniczną.

Łatwo było to dostrzec chociażby w omawianej już sprawie Cowana, gdzie Trybunał uznał za zasadne domaganie się świadczenia z publicznego funduszu odszkodowawczego dla ofiar przestępstw. Miało ono przysługiwać turyście, który będąc unijnym usługobiorcą, niejako przy okazji korzystania z takiej usługi stał się ofiarą przestępstwa, mimo że uprawnienie to zgodnie z prawem krajowym nie miało przysługiwać cudzoziemcom, a zarazem nie miało nic wspólnego z treścią samej swobody czy też właściwie nawet jej realizacją. Warto też zwrócić uwagę na orzeczenie w sprawie Komisja v. Włochy<sup>84</sup>, dotyczące włoskich reguł umożliwiających „własnym” obywatelom obniżanie obciążeń hipotecznych dzięki publicznemu dofinansowaniu. Okazało się, iż może zostać to potraktowane jako element równego dostępu do warunków mieszkaniowych, stano-

---

20 października 1993 r. w sprawach połączonych C-92/92 oraz C-326/92 *Phil Collins v. Imtrat Handelsgesellschaft mbH i Patricia Im- und Export Verwaltungsgesellschaft mbH i Leif Emanuel Kraul v. EMI Electrola GmbH*, Zb. Orz. 1993 I-05145 – jako podstawa żądania niezastosowania przepisów krajowych, które odmawiają cudzoziemcom ochrony gwarantowanej własnym obywatelom.

<sup>84</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 14 stycznia 1988 r. w sprawie 63/86 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Włoch*, Zb. Orz. 1988 00029.

wiącego gwarant swobody przedsiębiorczości celem zapewnienia sytuacji analogicznej do tej, jaką mają miejscowi przedsiębiorcy.

Jednak już na początku rozważań należy zaznaczyć, że w procesie rozwoju rynku wewnętrznego musiały pojawiać się pytania o wystarczalność tego zakazu, które wymagają jeszcze rozważenia. Należy się bowiem zastanowić, czy rzeczywiście skuteczna realizacja swobód dokona się już dzięki zapewnieniu równego traktowania i pozwoli to wyeliminować wszelkie przeszkody, w których kreowaniu władze krajowe się niejako wyspecjalizowały. Łączy się to zresztą z ogólniejszym, ale bardzo ważnym zagadnieniem autonomii rozumienia zakazu dyskryminacji na gruncie prawa unijnego, które zostało co prawda zbudowane w oparciu o bogaty dorobek koncepcyjny europejskiej kultury prawnej, ale musi być odczytywane w tym szczególnym kontekście, uwzględniać swoiste, a zarazem ujednoczone podejście na gruncie wszystkich swobód jako jego podstawa. Pozwala to natomiast chociażby zrozumieć, dlaczego Trybunał bardziej rygorystycznie traktuje w tym zakresie państwa członkowskie niż instytucje unijne. Zresztą w literaturze podkreśla się, że sam Trybunał, jeśli chodzi nawet o zasadę równego traktowania, nie odwołuje się do jednej konkretnej teorii<sup>85</sup>.

Zważywszy na brzmienie postanowień traktatowych, warto zwrócić uwagę na relację pomiędzy pojęciem równości i dyskryminacji, którym poświęcono zresztą dwa sąsiadujące postanowienia Karty Praw Podstawowych w Tytule III – *Równość*. Najpierw art. 20 stanowi, że wszyscy są równi wobec prawa, a następnie art. 21 dotyczy niedyskryminacji i jego ustęp 2 odnosi się do kryterium przynależności państwowej, odzwierciedlając treść art. 18 TFUE. Oczywiście celem niniejszych rozważań nie jest staranna analiza ogólnych zasad prawa. Chodzi raczej o wyabstrahowanie tych aspektów, które wiążą się z traktowaniem omawianego zakazu jako adekwatnego instrumentu weryfikacji działań władz publicznych, stojącego na straży rozwoju procesu integracji gospodarczej, a w szczególności skuteczności swobód. Nie można niewątpliwie zupełnie pomijać zasady równości, ale w takim instrumentalnym ujęciu wiele istotnych aspektów podstawowych czy też konstrukcyjnych musi zejść na plan dalszy, jak np. sposób budowy katalogu kryteriów różnicowania, które będą jedynie wspomniane poniżej, lub zostać poddanych pewnym uproszczeniom w stosunku do teorii, która akurat w tej dziedzinie jest niezwykle rozwinięta<sup>86</sup>.

<sup>85</sup> T. Tridimas, *The Application of the Principle of Equality to Community Measures*, [w:] *The Principle of Equal Treatment in EC Law*, eds A. Dashwood, S. O’Leary, London 1997, s. 215–217. Por. G. Davies, *Nationality Discrimination...*, s. 1, 21.

<sup>86</sup> Relacje równości i dyskryminacji oraz koncepcje równości omawia E. Ellis, *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford 2005, s. 3–6.

Zresztą sam artykuł 18 i powiązane z nim normy swobód dotyczą tylko pewnego przedmiotowego i podmiotowego wycinka realizacji tej zasady, z drugiej strony często domaganie się równości w różnych systemach nie ogranicza się do samego wymiaru negatywnego eliminacji różnicowania czy też dążenia do zapewniania takich samych warunków np. kobietom i mężczyznom. Wiąże się to z tzw. materialną równością czy też równością możliwości i szans, która wymaga chociażby swoistej akcji pozytywnej wprowadzającej jakieś formy wsparcia dla tych, którzy zostali obiektywnie pokrzywdzeni, czy też dążącej nawet do eliminacji społecznych nierówności<sup>87</sup>.

Natomiast zakaz dyskryminacji w ujęciu tu przedstawianym wywodzi się raczej z równości formalnej, a więc raczej nie przewiduje właściwego wprowadzania przywilejów dla grupy znajdującej w obiektywnie gorszym położeniu i zmierzania do zapewnienia ogólnej sprawiedliwości. Należy jednak pamiętać, że ten bogaty dorobek wymagający działań powyższego rodzaju ma swoje źródło w dążeniu do rozwiązywania problemów grup trwale upośledzonych społecznie, a uznawanych za zasługujące na równość, jak różnego rodzaju mniejszości. Wyzwania, przed jakimi staje proces integracji gospodarczej, są jednak w niewielkim stopniu porównywalne z ich sytuacją i dlatego też nie wymagają powielania tego modelu, co powoduje, że np. zamiar wspierania równości kojarzy się raczej z kryterium płci niż przynależności państwowej. Z drugiej strony zwalczanie protekcyjizmu państwowego na rynku wymaga położenia nacisku na realizację prawa podmiotowego, które koncentruje się na losie konkretnego podmiotu dochodzącego swoich praw. Stąd też generalnie jest to ujęcie właśnie autonomiczne, które stanowi konglomerat różnych koncepcji, nie wykluczając oczywiście także wpływów Arystotelesa<sup>88</sup>.

Nie ulega wątpliwości, że dyskryminowanie jest równoznaczne z naruszeniem zasady równości i jego zakaz może być potraktowany jako jej konkretyzacja przez prawodawcę, która w pewnym zakresie wyręcza sądy w dokonywaniu złożonych analiz. Ma to natomiast istotny wpływ na stosowanie przez nie prawa i generalnie okazuje się dogodny dla praktyki oraz wprowadza element większej pewności, także z perspektywy podmiotów poszukujących ochrony przed gorszym traktowaniem.

Ponieważ samo pojęcie dyskryminowania można przedstawiać jako różnicowanie ze względu na określone kryterium, jego rozumienie wymaga uwzględnienia, iż samo odmienne traktowanie, uprzywilejowywanie lub obciążanie poszczególnych grup adresatów stanowi właściwie istotę działania władzy publicznej. Z zasady nie może być to kwalifikowane jako niedopuszczalne, chociaż oczywiście powinna towarzyszyć temu

---

<sup>87</sup> O materialnej równości i wyrównywaniu szans oraz o tzw. akcji pozytywnej pisze M. Connolly, *Discrimination Law*, London 2006, s. 5–10.

<sup>88</sup> Por. A. Wróbel, komentarz do art. 18..., s. 354–358.

deklaracja wskazująca specyficzne cechy danej grupy, która usprawiedliwia odrębność ich statusu czy też po prostu brak pełnej równości – pozbawionej generalnie charakteru absolutnego. Trudno, aby nie wywoływało to kontrowersji, chociaż oczywiście pojawia się uzasadniona przeciwwaga w postaci konieczności realizacji różnych celów politycznych i wartości. Natomiast jeżeli się przyjmie to założenie, równocześnie pożądane staje się stworzenie listy kryteriów czy też cech przypisywanych podmiotom chronionym, które z dopuszczalności tej muszą zostać wyłączone ze względu na ogólne znaczenie, jakie przypisuje im się w danym systemie. Oczywiście musi rodzić się pytanie natury ogólnej, czy katalog tego rodzaju jest taksatywny, co mogłoby zagrażać poszanowaniu samej zasady równości, ale w omawianym kontekście ma to znaczenie drugorzędne, w przeciwieństwie do samego modelu stosowania zakazu dyskryminacji, który warto pokrótce przybliżyć<sup>89</sup>.

Wspomniane znaczenie tego ujęcia dla praktyki wynika z łatwości stosowania tak jednoznacznie sformułowanego zakazu, dzięki czemu wykazanie bezprawności działania nie wymaga właściwie starannych analiz – także w przypadku ograniczeń realizacji swobód polegających na tworzeniu rozwiązań godzących w obywateli UE. Ogranicza się to tylko do sprawdzenia, czy doszło do różnicowania ze względu na z góry ustalone zakazane kryterium, co nawet w przypadku tzw. dyskryminacji pośredniej ma charakter zobiektywizowany i niewystawiony na cokolwiek arbitralną ocenę. Co więcej, owo niekorzystne traktowanie nie wymaga wykazywania istnienia rzeczywistego negatywnego skutku, a zwłaszcza szkody, i wystarcza już uprawdopodobnienie jej występowania, a nawet samo posłużenie się kryterium różnicującym<sup>90</sup>. Na tym tle opieranie się na samej zasadzie równości w procesie sądowym czy jakimkolwiek sporze z podmiotem odpowiedzialnym za gorsze traktowanie i domaganie się równouprawnienia okazuje się złożonym wyzwaniem i to nie tylko dlatego, że wymaga znalezienia „punktu” odniesienia, z którym następuje porównywanie. Wymaga to starannego zestawiania porównywanych osób i sytuacji, w jakich się znaleźli celem stwierdzenia istnienia tożsamości podmiotowej i przedmiotowej, która jest niezbędnym warunkiem skuteczności takiego roszczenia, gwarantującym takie samo traktowanie, z zasady bez żadnych odstępstw czy usprawiedliwień.

Powoływanie się na gwarancje równości napotyka trudność kwalifikacji ewentualnych cech różnicujących, gdyż jedynie te uznawane za relewantne sankcjonują różne traktowanie porównywanych. Zapewnia to oczywiście, że nie jest potrzebna pełna toż-

<sup>89</sup> N. Bamforth, *Prohibited Grounds of Discrimination under EU Law and the European Convention on Human Rights: Problems of Contrast and Overlap*, „The Cambridge Yearbook of European Legal Studies”, 9, 2006–2007, s. 5–8.

<sup>90</sup> A. Wróbel, komentarz do art. 18..., s. 393–396.

samość, ale nie daje poczucia pewności i przejrzystości, dlatego jedne przymioty odróżniające uznawane są za na tyle drugorzędne, aby nie usprawiedliwiać innego podejścia do tych, których one dzielą, a inne urastają do zasadniczych i sankcjonują odmienne traktowanie. W tym kontekście można chyba posłużyć się przykładem akceptowania w przeszłości gorszego traktowania kobiet w stosunkach pracy pomimo istnienia zasady równości, czego nie da się uzasadnić inaczej, jeżeli było dokonywane w majestacie prawa niż poprzez zaliczanie płci do przymiotów tej ostatniej kategorii. Jeżeli kwalifikację tę pozostawia się sądom, bywa ona ocenna, nie w pełni przewidywalna i niedająca racjonalnego wyjaśnienia odmiennego traktowania, czego unika się w przypadku jasnego komunikatu prawodawcy wskazującego, że różnicowanie ze względu na dane kryterium jest z góry uznawane w określonych okolicznościach za wykluczone, o ile oczywiście nie przewidział on wyraźnego odstępstwa<sup>91</sup>.

Także na rynku wewnętrznym posługiwanie się konstrukcją zakazu dyskryminacji istotnie „ułatwia” ochronę prawną, skoro zadekretowano, iż w całym zakresie jego regulacji różnicowanie ze względu na przynależność czy pochodzenie państwowe jest generalnie zakazane. Jest to właściwie niezależne od tego, jak bardzo mogą różnić się podmioty i przedmioty z innych państw członkowskich od miejscowych, o ile oczywiście nie uda się wykazać, że rzeczywiste kryterium różnicowania jest inne niż przynależność państwowa, a gorsze traktowanie ich przedstawicieli jest wyłącznie jego skutkiem ubocznym. Nie oznacza to bowiem, że nie wolno w tym kontekście badać na przykład kwalifikacji kandydatów do pracy i opierać się na podziale na swoich i obcych, gdyż celem jest raczej wyselekcjonowanie grupy osób o odpowiednich kwalifikacjach, a więc w oparciu o przesłankę obiektywną, aby następnie w tych ramach wykluczać różnicowanie ze względu na przynależność.

Natomiast z drugiej strony, jeżeli ideą tego zakazu jest poszukiwanie takiego kryterium różnicowania – tym razem właśnie ze względu na przynależność to przydaje się to bardzo do zwalczania dyskryminacji pośredniej. Wtedy bowiem oficjalne powody gorszego traktowania mają ją zamaskować, pomimo że dyskryminacja rzeczywiście występuje, a pojawia się usprawiedliwienie znajdowania się na przykład obywateli UE w gorszym położeniu zupełnie innymi przesłankami, pozornie uzasadnionymi. Udaje się to natomiast skutecznie kwestionować z powodu rzeczywistego wpływu na możliwość odmiennego traktowania w oparciu o to właśnie zakazane kryterium. Również ewentualne kryteria usprawiedliwiające różnicowanie funkcjonują w bardziej przejrzysty sposób, gdyż nie stanowią integralnego elementu porównywania dwóch sytuacji i zostają niejako „wyciągnięte przed nawias”, jako odrębna kategoria przesłanek *ex lege*, dopusz-

---

<sup>91</sup> Por. G. Davies, *Nationality Discrimination...*, s. 9–10.

czających je w drodze wyjątku, jak np. zatrudnienie w administracji publicznej przewidziane w art. 45 ust. 4 TFUE. Nie podlega ono więc „negocjacom” i analizie zasadności, ale z pewnością zapewnia większą przewidywalność.

Należy jeszcze zaznaczyć odrębność zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność państwową w stosunku do zasady traktowania narodowego, którą cechuje ograniczony zakres gwarancji. Według niektórych poglądów różnica wynikać ma z zapewnienia przez tę ostatnią zasadę jedynie zrównania „obcych” z „miejscowymi”. Tym samym nie pozwala kwestionować równego traktowania sytuacji różnych, a wymaganie spełnienia wszystkich wymogów nakładanych na nich podważa chociażby samą istotę swobody świadczenia usług oraz może powodować nieuwzględnianie spełnienia wymogów państwa pochodzenia już dlatego, że różnią się od tych obowiązujących w państwie przyjmującym formalnie. Zmuszanie do dostosowania się do całokształtu reżimu regulacyjnego tego państwa z pewnością nie ma też wiele wspólnego z rzeczywistą równością wobec prawa. Natomiast słusznie zwraca się uwagę, że nakaz traktowania narodowego okazuje się bezskuteczny wtedy, gdy brakuje stosownej normy prawa krajowego, która mogłaby stanowić wzorzec odpowiedniego traktowania cudzoziemców, a ponadto zakaz dyskryminacji z art. 18 zakazuje w równym stopniu różnicowania traktowania obywateli różnych państw członkowskich na terytorium danego państwa, a nie tylko w stosunku do jego obywateli<sup>92</sup>.

## 2. UJĘCIE PRAKTYCZNE

Obecnie nie ulega wątpliwości w świetle bogatego dorobku orzecznictwa, że zakaz dyskryminacji jest skuteczny we wszystkich swobodach, bez względu na brzmienie konkretnych regulujących je norm<sup>93</sup>. Dotyczy to także relacji horyzontalnych, co odgrywa szczególną rolę na przykład w przypadku swobody przepływu pracowników doświadczających gorszego traktowania częściej od pracodawców niż od władz publicznych<sup>94</sup>. Sięga zarazem tak daleko, aby obejmować nie tylko gorsze traktowanie, które rzeczywiście doszło do skutku. Jak dowodzi przykład z orzeczenia Komisja v. Francja (167/73)<sup>95</sup>, uznaje się, iż państwo członkowskie narusza ten przepis już przez fakt utrzymania przepisów krajowych przewidujących gorsze traktowanie cudzoziemców,

<sup>92</sup> A. Wróbel, komentarz do art. 18..., s. 395.

<sup>93</sup> Jako przykłady z zakresu swobody przedsiębiorczości zob. *Jean Reyners v. państwo belgijskie* (2/74) czy wyrok Trybunału Sprawiedliwości (piąta izba) z dnia 18 czerwca 1985 r. w sprawie 197/84 *P. Steinhäuser v. Ville de Biarritz*, Zb. Orz. 1985 01819.

<sup>94</sup> *Roman Angonese v. Cassa di Risparmio di Bolzano SpA* (C-281/98).

<sup>95</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 4 kwietnia 1974 r. w sprawie 167/73 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Francuska*, Zb. Orz. 1974 00359.

choćby towarzyszyły im nieformalne instrukcje władz zwierzchnich, aby obywatele unijnych w drodze wyjątku traktować jak „miejscowych”.

Omawianie zakazu dyskryminacji jako instrumentu ochrony prawnej wymaga jego przedstawienia przez pryzmat podstawowego podziału na dyskryminację bezpośrednią i pośrednią, którego zastosowanie zarazem nie jest możliwe bez odwoływania się do modelu koncentrującego się na z góry określonych kryteriach różnicowania. Należy oczywiście nadmienić, że teoria dyskryminacji – szczególnie na tle kryterium płci czy rasy – doprowadziła do rozwoju jeszcze innych konstrukcji, w szczególności przez tzw. asocjacje oraz zjawisko szykanowania ze względu na określoną cechę (tzw. *harassment*), jednakże w omawianym kontekście nie wydają się one odgrywać pierwszorzędnej roli<sup>96</sup>.

### A. Dyskryminacja bezpośrednia

Samo pojęcie dyskryminacji bezpośredniej nie budzi szczególnych wątpliwości i opiera się na założeniu gorszego traktowania danej osoby w porównaniu z tym, jak traktowana jest lub byłaby inna osoba w porównywalnej sytuacji, gdy wyraźnym kryterium różnicowania jest zakazane kryterium. Dlatego też jego stosowanie nie sprawia większych problemów, skoro wystarcza w zasadzie ustalenie zastosowania tego kryterium niejako bez względu na cel takiego rozwiązania lub jego skutki. W kontekście swobód oznacza to możliwość wykazywania bezprawności wtedy, gdy jakiś przepis, praktyka lub inny środek krajowy wyraźnie zawiera wymaganie określonej przynależności państwowej, powodujące nierówne traktowanie obywateli innych państw członkowskich, nawet jeżeli dotyczy to tylko części z nich<sup>97</sup>.

Szczególnie istotne jest wskazanie, że tego rodzaju dyskryminacja jest niedopuszczalna i nie podlega usprawiedliwieniu, o ile nie przewidziano wyraźnych derogacji traktatowych. Nie jest to uznawane powszechnie, chociaż stanowi nie tylko podstawową różnicę pomiędzy zakazem dyskryminacji a zasadą równości, ale przede wszystkim zapewnia właśnie łatwość stosowania i przewidywalność tego zakazu. Rzeczywiście co do zasady ogólne ujęcie nierównego traktowania zakłada, że jest ono uznawane za niedozwolone dopiero wtedy, gdy nie da się go obiektywnie uzasadnić poprzez odwołanie do tzw. legitymowanego celu, który nie ma nic wspólnego z zakazanym kryterium różnicowania, a relatywizowany jest środkami proporcjonalnymi. Jednakże na tym tle dyskryminacja bezpośrednia staje się wyjątkiem, co uzasadnia się istotą samego

---

<sup>96</sup> Zob. inne konstrukcje: M. Connolly, *Discrimination Law...*, s. 79–80, 101–111; co do istoty skutków dyskryminacji zob. też E. Ellis, *EU Anti-Discrimination...*, s. 109.

<sup>97</sup> Por. M. Connolly, *Discrimination Law...*, s. 59–61; A. Wróbel, komentarz do art. 18..., s. 397.

art. 18, a także ogólnym znaczeniem tego z założenia bezwzględного zakazu w świetle celów integracyjnych oraz zagrożeniem nadużyć i niekontrolowanego zawężenia zakresu jego zastosowania i uzależnienia od nie zawsze przewidywalnych indywidualnych rozstrzygnięć<sup>98</sup>.

Należy jednak zwrócić uwagę na propozycje ustanowienia kategorii środków, które nie są uznawane za dyskryminujące, mimo że na pozór różnicują ze względu na przynależność państwową. Jednakże powodem, dla którego nie mogą być zaliczane do zakazanych, jest to, że obie porównywane grupy, które przynależność ta oczywiście dzieli, nie powinny być zestawiane, gdyż istnieją pomiędzy nimi zasadnicze różnice niemające nic wspólnego z tym niedopuszczalnym kryterium. Stąd byłoby to swoiste dopuszczalne różnicowanie – właśnie w sytuacji, gdy zakazana dyskryminacja nie występuje w rzeczywistości, choć zastosowany środek może sprawiać takie wrażenie. Można to też potraktować jako przeciwieństwo omawianej poniżej pośredniej dyskryminacji, w której formalnie kryterium różnicowania nie ma nic wspólnego z pochodzeniem, ale w praktyce właśnie ono determinuje odmienne traktowanie<sup>99</sup>.

Jedno z pierwszych orzeczeń, jakie się w tym kontekście przywołuje, dotyczyło obowiązku oznaczania pamiątek z Irlandii – sprzedawanych w tym państwie, ale w nim niewyprodukowanych – poprzez wskazanie ich obcego pochodzenia<sup>100</sup>. Ostatecznie Trybunał uznał, że nie cechowała go neutralność, ale dopiero po analizie opartej na założeniu możliwości wyodrębniania dyskryminacji rzeczywistej i pozornej (*discrimination in appearance*). Dobrze pokazuje to specyfikę sytuacji, gdy takie różnicowanie może właśnie dotyczyć grup osób lub rzeczy, które pochodzą z różnych państw, ale zarazem dają się w pełni równolegle wyodrębnić ze względu na inne kryterium, jakie można uznać za ważniejsze. Trudno natomiast ignorować to, że samą istotą pamiątki może być wyprodukowanie jej w miejscu, które ma upamiętniać, a więc stanowi to istotną przesłankę odróżniającą, zwłaszcza z perspektywy wiedzy kupującego, i nawet jeżeli równocześnie uderza to w swobodny import, tego rodzaju różnicowanie nie musi być automatycznie uznane za bezzasadne. W tym świetle należy widzieć akceptację zakazu składowania

<sup>98</sup> Za takim ujęciem opowiada się R.C. White, *Workers, Establishment...*, s. 54; zob. też A. Wróbel, komentarz do art. 18..., s. 394, 401; E. Ellis, *EU Anti-Discrimination...*, s. 111–113, analizuje to w kontekście dyskryminacji płci i też dochodzi do takiej konkluzji, wywodząc ogólniejszy wniosek, że w tym względzie dorobek orzeczniczy obecnego TSUE byłby odmienny od Trybunału Praw Człowieka, który ma dopuszczać takie usprawiedliwienie, ale zaznacza też, że z perspektywy skuteczności podejście unijne wydaje się właściwsze.

<sup>99</sup> G. Davies, *Nationality Discrimination...*, s. 22–27. Zob. też M. Connolly, *Discrimination Law...*, s. 68–79; oraz A. Wróbel, komentarz do art. 18..., s. 401.

<sup>100</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 17 czerwca 1981 r. w sprawie 113/80 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Irlandia*, Zb. Orz. 1981 01625. Zob. też L. Woods, *Free Movement...*, s. 95.



w belgijskiej Walonii odpadów pochodzących spoza tego regionu, gdyż te wytworzone w różnych miejscach cechuje specyfika sankcjonująca obiektywnie odmienne podejście, która wynika z odpowiedzialności za przetworzenie tych, którzy je wytwarzają<sup>101</sup>. Cokolwiek podobnie było w przypadku zobowiązania dostawców energii w Niemczech do zakupu całej pochodzącej ze źródeł odnawialnych energii, jaka była wytwarzana na danym obszarze<sup>102</sup>.

W wymiarze koncepcyjnym wydaje się to interesujące i oznacza posługiwanie się kategoriami charakterystycznymi dla zasady równości, a więc możliwością porównywania tego, co porównywalne, czy też zestawiania podmiotów tożsamyh w analogicznej sytuacji. Natomiast z perspektywy praktycznej rozwój takiej kategorii podważyłby skuteczność stosowania zakazu dyskryminacji jako praktycznego instrumentu ochrony prawnej, gdyż zamiast egzekwowania prostego rozwiązania opartego na automatycznej niemalże eliminacji każdego przejawu różnicowania ze względu na wskazane kryterium, o ile nie przewidziano wyraźnych wyjątków traktatowych, wymagałoby to ponownego wstępnego analizowania, w jakim stopniu porównywalność ta ma miejsce. O ile z pewnością trudno całkowicie uniknąć takich rozważań, wydaje się pożądanym, aby na gruncie swobód odwoływać się do swoistego domniemania bezprawności czy też porównywalności, którego obalenie wymagałoby bardzo starannych dowodów, z brakiem szkodliwości dla rynku wewnętrznego na czele. Wynika to nie tylko z zagrożenia dla przejrzystości stosowania, ale także nadużywania i ponownie dosyć arbitralnej oceny, kiedy zachodzi owa porównywalność lub jej brak.

Jeżeli jednak istnienie takiego dopuszczalnego środka różnicującego zostałoby stwierdzone, nie wymagałby on usprawiedliwienia w sposób, jaki jest zarezerwowany dla dyskryminacji, a więc powołania szczególnych wyjątków traktatowych, które mają tu bardzo wąski zakres. Tym samym nie miałyby znaczenia ograniczenie zastosowania wymogów koniecznych, które właśnie mogą być powoływane w celu usprawiedliwienia aktów niedyskryminujących. Jeżeli więc oceniany środek różnicujący byłby jednak uznany za ograniczenie wolności gospodarczej, to wtedy owa dopuszczalność może być poddana dalszej weryfikacji z perspektywy tych ogólnych przesłanek. Jest to godne podkreślenia także z tego względu, że wbrew przekonaniu wielu autorów zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność czy pochodzenie państwowe nie jest wystarczającym remedium na niedostatki rozwoju rynku wewnętrznego i ewentualny brak skutecznego

---

<sup>101</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 9 lipca 1992 r. w sprawie C-2/90 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Belgii*, Zb. Orz. 1992 I-04431.

<sup>102</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 marca 2001 r. w sprawie C-379/98 *PreussenElektra AG v. Schleswag AG, przy udziale Windpark Reußenköge III GmbH i Land Schleswig-Holstein*, Zb. Orz. 2001 I-02099.

funkcjonowania swobód. Przywołane przykłady dowodzą, że nie zawsze udaje się stwierdzić, iż środek krajowy jest dyskryminujący, a to w takim ujęciu zamykałoby drogę do jego kwestionowania i ochrony, mimo jego nawet bardzo negatywnego wpływu na integrację<sup>103</sup>.

## B. Dyskryminacja pośrednia

Dyskryminacja pośrednia stanowi bardzo złożone zagadnienie, które dopracowało się rozbudowanego dorobku teoretycznego, także w literaturze amerykańskiej, z której się chętnie korzysta w tym kontekście. Oczywiście jest on najbardziej reprezentatywny w odniesieniu do tych kryteriów różnicowania czy też tych grup, które w każdym współczesnym systemie narażone są na gorsze traktowanie, ze szczególnym uwzględnieniem rasy i płci. Nie stanowi to natomiast generalnie przeszkody, aby po niego nie sięgać, chociaż oczywiście niniejsze rozważania o charakterze bardziej instrumentalnym nie służą prowadzeniu starannych analiz porównawczych w tym zakresie. Z pewnością natomiast w wymiarze konstrukcyjnym za pomocną uznać można definicję dyskryminacji pośredniej przyjętą w ramach unijnych gwarancji równouprawnienia płci zebranych obecnie w dyrektywie 2006/54 w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy<sup>104</sup>. Z jej art. 2 ust. 1a wynika, że „dyskryminacja pośrednia” ma miejsce w sytuacji, w której z pozoru neutralny przepis, kryterium lub praktyka stawiałaby osoby danej płci w szczególnie niekorzystnym położeniu w porównaniu z osobami innej płci, chyba że dany przepis, kryterium lub praktyka są obiektywnie uzasadnione zgodnym z prawem celem, a środki osiągnięcia tego celu są właściwe i niezbędne<sup>105</sup>.

Zrozumienie dyskryminacji pośredniej w omawianym kontekście wymaga pochylecia się nad sytuacją, w której formalnie nie dochodzi do różnicowania w oparciu o przynależność państwową. Zakres zastosowania ogólnego zakazu dyskryminacji ze względu na tę przynależność jest bowiem na tyle szeroki, aby obejmować też inne przypadki, które nie odwołują się do tej cechy. Pojawia się bowiem inne kryterium, tzw. neutralne, według którego odmienne traktowanie może wydawać się zasadne, a jednak

<sup>103</sup> M. Connolly, *Discrimination Law...*, s. 67–68. Zob. też kwestia tzw. *mixed grounds*, a więc sytuacji, gdy jest więcej niż jedno kryterium różnicowania i należy ustalić, które jest rzeczywiste.

<sup>104</sup> Dyrektywa 2006/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 lipca 2006 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy (wersja przededagowana), Dz.U. L 204 z 26.7.2006.

<sup>105</sup> M. Connolly, *Discrimination Law...*, s. 128–151, pokazuje pośrednią na podstawie różnych kryteriów oraz źródeł, w tym amerykańskich i dorobku tamtejszego Sądu Najwyższego.

w praktyce prowadzi to do gorszego położenia podmiotów lub przedmiotów z innych państw członkowskich. Ustalenie jej występowania wymaga więc zbadania rzeczywistego skutku takiego rozwiązania i ewentualnego sprawdzenia, czy w praktyce prawdziwe różnicowanie nie ma odmiennego podłoża od oficjalnie deklarowanego. Wydaje się to wpisywać w konstrukcję swobód odwołującą się do zasady efektywności, wymagającej oceny działań państwa przede wszystkim co do rezultatu – w tym przypadku analogicznego do tego, jaki byłby w przypadku wyraźnego zastosowania kryterium przynależności<sup>106</sup>.

Chodzi więc o takie wymogi, które choć stosowane niezależnie od niego, dotyczą przede wszystkim lub w znacznej części na przykład pracowników migrujących lub są łatwiejsze do spełnienia przez miejscowych niż obcych lub mogą działać na niekorzyść tych ostatnich<sup>107</sup>. Analogicznie funkcjonuje to w zakresie przepływu towarów, czego modelowym przykładem był duński system opodatkowania alkoholu, traktujący preferencyjnie tzw. sznaps w stosunku do innych mocnych trunków, a więc formalnie różnicujący wyłącznie ze względu na skład i metodę wytwarzania. Jednak w praktyce alkohol ten stanowił dominującą część produkcji i spożycia napojów tego rodzaju w Danii, a pozostałe w dominującej części pochodziły z importu. Stąd wyższe opodatkowanie można było kwalifikować jako oparte na innym niż deklarowane kryterium, a przynajmniej wywoływanie przez nie odmiennego traktowania właśnie ze względu na pochodzenie<sup>108</sup>.

Ujmując to zagadnienie ogólnie, badanie dyskryminacji pośredniej polega więc także na swoistym odszyfrowaniu prawdziwej linii podziału, która nie musi pokrywać się z oficjalnie przedstawianą. Stąd właśnie zwykle wiąże się z próbą wyodrębnienia grup, które mają być ze sobą zestawiane, co wydaje się wymagać ustalenia pewnego poziomu ich wewnętrznej spójności wynikającej z tożsamości. Jednakże w praktyce okazuje się to na tyle dużym wyzwaniem, że po jego przedstawieniu należałoby się starać w dalszych rozważaniach znaleźć prostsze rozwiązanie. Natomiast zważywszy na cel omawianego zakazu, w kontekście swobód sprowadza się to zwykle do wykazania, iż w rzeczywistości w grupie traktowanej gorzej dominują podmioty lub przedmioty

---

<sup>106</sup> Zob. A. Wróbel, komentarz do art. 18..., t. 1, s. 390–398; G. Davies, *Nationality Discrimination...*, s. 28–33.

<sup>107</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (piąta izba) z dnia 23 maja 1996 r. w sprawie C-237/94 *John O'Flynn v. Adjudication Officer*, Zb. Orz. 1996 I-02617; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 20 października 1993 r. w sprawie C-272/92 *Maria Chiara Spotti v. Freistaat Bayern*, Zb. Orz. 1993 I-05185.

<sup>108</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 27 lutego 1980 r. w sprawie 171/78 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Danii*, Zb. Orz. 1980 00447. Zob. też R.C. White, *Workers, Establishment...*, s. 55.

z innych państw członkowskich, a nie ma to żadnego obiektywnego uzasadnienia. Co interesujące, grupa przeciwstawna nie musi już składać się przede wszystkim z „miejscowych” i często nie jest ona nawet jednorodna. Podstawowe znaczenie ma raczej badanie gorszego położenia tych „obcych” w porównaniu z „miejscowymi” będącymi w analogicznej sytuacji, którzy w „swojej” grupie mogą znajdować się obok innych. Generalnie jednak należy zdawać sobie sprawę, że konstruowanie grup stanowi poważne wyzwanie intelektualne, pozostawia sądowi znaczny zakres władzy dyskrecjonalnej i nie zawsze bywa czytelne, a może być podatne na manipulacje<sup>109</sup>.

Jeżeli więc państwo na przykład opodatkowuje progresywnie pojazdy akcyzą w oparciu o kryterium pojemności silnika w taki sposób, że dzięki skorelowaniu progu podatkowego z granicą wydajności miejscowego przemysłu wyższe obciążenie będzie dotyczyło wyłącznie samochodów zagranicznych, ich gorsze traktowanie można uznać za niewątpliwie, nawet jeżeli pojawi się taka kategoria tych samochodów o niższej pojemności, której to nie dotknie. Istotne jest, aby można było uznać, iż istnieje taka grupa gorzej traktowanych, w której dominują właśnie obcy, a nie ustalenie, że wszyscy obcy w danym państwie są na dyskryminację narażeni<sup>110</sup>. Można też tutaj przywołać przykład z Polski, który skończył się jednym z pierwszych słynnych orzeczeń prejudycjalnych po akcesji w 2004 roku: wysokość akcyzy zależała od wieku pojazdu w trakcie pierwszej rejestracji na terenie naszego kraju. Tu również nie wszystkie samochody zagraniczne doznawały wysokiego opodatkowania – jeżeli zostały sprowadzone i zarejestrowane jako nowe, „zasługiwały” na równie niskie obciążenie, jak samochody produkowane i sprzedawane lokalnie. Natomiast już w tej drugiej grupie w kontekście unijnym znajdowały się samochody sprowadzone z innych państw członkowskich narażone na wyższy podatek ze względu na wiek w momencie rejestracji<sup>111</sup>.

Można tu nawet dostrzec problem ewentualnej nieprzewidywalności, a nawet manipulacji w doborze „materiału” do grup, prowadzącej w skrajnym przypadku do odrzucenia zarzutu dyskryminacji. Gdyby bowiem przeciwstawne grupy – „swoich” i „obcych” – zostały stworzone jedynie w oparciu o samochody nowe, to w ogóle by nie było dyskryminacji. Natomiast w przypadku zaliczania wszystkich obraz zaciemnia duża ilość nowych samochodów zagranicznych, co wymaga powyższego podejścia albo rodzi pokusę przeciwstawną, a więc dobrania do składu grup tylko samochodów uży-

<sup>109</sup> O wyzwaniach, jakie rodzi próba formułowania grup, co prawda w aspekcie płci, ale warte uwagi w tym kontekście, pisze E. Ellis, *EU Anti-Discrimination...*, s. 95.

<sup>110</sup> Por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 9 maja 1985 r. w sprawie 112/84 *Michel Humblot v. Directeur des services fiscaux*, Zb. Orz. 1985 01367.

<sup>111</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (pierwsza izba) z dnia 18 stycznia 2007 r. w sprawie C-313/05 *Maciej Brzeziński v. Dyrektor Izby Celnej w Warszawie*, Zb. Orz. 2007 I-00513.

wanych, a w tym przypadku gorsze traktowanie ze względu na przynależność okazuje się ewidentne. Powinno to natomiast dowodzić, iż o ile należy zachować swoistą uczciwość i starannie, w oparciu o obiektywne przesłanki, formułować owe grupy, o tyle z pewnością nie należy koncentrować się na tym podziale, jaki proponuje prawodawca krajowy. Stąd właśnie podział na samochody według kryterium pojemności nie musi być przekonywający<sup>112</sup>.

Należy jednak podkreślić, że aby można było kwestionować różnicowanie pomiędzy „swoimi” a „obcymi”, cechy, które oni posiadają, nie mogą uzasadniać tezy o ich obiektywnej odmienności, a więc niezwiązanej z przynależnością, która by to usprawiedliwiała. Jeżeli więc taka odmiennosc nie występuje i nie różni ich nic więcej, różnicowanie kwalifikuje się jako bezprawne, natomiast gdy niezależnie od tego występują neutralne przymioty o istotnym znaczeniu, wskazujące na brak tożsamości, nie ma też podstaw do żądania równego traktowania, takiego jak „miejscowi” w zakresie z tym związanym, czy też wykazywania, że jednak nie ma powodu do różnego traktowania. Ujmując to z innej perspektywy – w ramach grupy „obcych”, którzy prawdopodobnie są ofiarami gorszego traktowania, występować musi spójność tego rodzaju, która dowodzi, że można ich przeciwstawić miejscowym. Porównując z tymi miejscowymi, owi „obcy” nie powinni więc reprezentować istotnych cech różnicujących poza przynależnością, co niestety nie jest do końca możliwe do stwierdzenia bez przynajmniej posiłkowego odwoływania się do konstrukcji ogólnej zasady równości i czyni ten model wtedy trudnym w stosowaniu. Natomiast także pomiędzy sobą nie mogą oni różnić się w tym rozumieniu, że spaja ich przynależność i tworzą jednolitą, dającą się przeciwstawić „miejscowym”, kategorię, a więc nie istnieją relewantne cechy wskazujące na istnienie kilku grup „obcych”, z których niektóre należałyby w szczególności do tej samej klasy, co „miejscowi”, z którymi ich członkowie mieliby zwyczajnie więcej wspólnego<sup>113</sup>.

Jak poważne to wyzwanie dobrze obrazuje jedno z orzeczeń, które kojarzone jest przede wszystkim ze zdefiniowaniem pośredniej dyskryminacji w przypadku przepływu pracowników, a więc Sotgiu<sup>114</sup>, gdzie Trybunał przyznał w szczególności, że kryteria, takie jak miejsce pochodzenia lub zamieszkania pracownika, mogą być uznawane za równoznaczne co do praktycznych efektów z zakazaną dyskryminacją ze względu na przynależność. Jest ono również cenne dlatego, że nie pozostawia wątpliwości, iż zakaz

---

<sup>112</sup> Por. M. Connolly, *Discrimination Law...*, s. 140–142; autor wskazuje tu, jakie trudności rodzi w prawie antydyskryminacyjnym problem jednorodności w ramach formułowanej grupy.

<sup>113</sup> Problem jednorodności grup zob. *ibidem*, s. 63; też G. Davies, *Nationality Discrimination...*, s. 14–15.

<sup>114</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 12 lutego 1974 r. w sprawie 152/73 *Giovanni Maria Sotgiu v. Deutsche Bundespost*, Zb. Orz. 1974 00153.

dyskryminacji należy rozumieć celowościowo i co do materialnego rezultatu. Przedmiotem tego orzeczenia było roszczenie o zapłatę włoskiemu pracownikowi specjalnego dodatku rozłąkowego, który niemiecka poczta zapewniała tym, którzy w celu wykonywania na jej rzecz pracy musieli się przeprowadzić, pod warunkiem jednak, że stałe miejsce ich zamieszkania mieściło się w Niemczech. Osoby takie jak wspomniany pracownik były więc pozbawione tego prawa, mimo że w naturalny sposób też zmieniały miejsce zamieszkania, chociaż nie były całkowicie pozbawione wszelkich świadczeń ze strony pracodawcy, nie tego rodzaju co „miejscowi”<sup>115</sup>.

Słusznie podkreśla się, że łatwo jest zestawiać dwie osoby mieszkające po dwóch stronach granicy niemieckiej, które razem musiałyby przeprowadzić się w głąb tego państwa, spotykając się jednak z odmiennym traktowaniem w omawianym zakresie. Natomiast trudno nie zgodzić się zarazem, że nowy pracownik przyjeżdżający z innego państwa członkowskiego celem podjęcia zwykłych obowiązków w ramach zatrudnienia nie należy do tej samej kategorii, bo przedmiotowa zmiana nie ma miejsca w jego trakcie. Trybunał wskazał więc, że o ile generalnie miejsce zamieszkania w momencie podejmowania zatrudnienia zwykle nie może być uznawane za istotną i obiektywną przesłankę różnicującą, o tyle akurat tutaj odgrywa ona taką rolę, jeśli wyraźnie nie odwołuje się do przynależności państwowej. Wynika to chociażby stąd, że w przypadku miejscowych pracowników zmiana miejsca w trakcie pozostawania stosunku pracy i wynikające z tego prawdo do świadczenia mają charakter tymczasowy, podczas gdy pracownik cudzoziemski miałby je otrzymać z tytułu samego podjęcia zatrudnienia przez czas nieokreślony, a nie obowiązku przeprowadzki.

Ponieważ model konstruowania grup nie zawsze jest łatwy do wdrożenia w praktyce i mógłby odstręczać organy stosujące od zwalczania pośredniej dyskryminacji, warto spróbować przedstawić to zagadnienie w alternatywny sposób, który zarazem uwypuklałby traktowanie omawianego zakazu jako instrumentu ochrony prawnej. Polega on na odchodzeniu od konstrukcji równościowych na rzecz badania funkcjonalnego, uwzględniającego rzeczywiste oddziaływanie środka, możliwość prostego zdiagnozowania jego bezprawności celem skutecznego zakwestionowania. W takim ujęciu chodzi więc o pokazanie, kiedy można zwalczać środek krajowy wpływający na korzystanie ze swobód poprzez różnicowanie z bardzo różnych zresztą przyczyn, które okazuje się równocześnie uderzać w podmioty i przedmioty z innych państw członkowskich. Stąd, jak już wspomniano, punktem wyjścia byłoby badanie rzeczywistych skutków działania wprowadzonego kryterium neutralnego celem ustalenia faktów, a więc owego rezultatu

---

<sup>115</sup> Zob. komentarz G. Davies, *Nationality Discrimination...*, s. 28.

dyskryminującego czy też gorszego traktowania podmiotów lub przedmiotów z innych państw członkowskich za pomocą zresztą jakiegokolwiek środka władzy publicznej lub prywatnej.

Jednym z kluczowych aspektów, stanowiących poważne wyzwanie, jest określenie modelu rozumowania pozwalającego na doprowadzenie do ustalenia istnienia zakazanej dyskryminacji. Chodzi w szczególności o stwierdzenie, że w praktyce to podmioty lub przedmioty chronione, a więc ci pochodzący z innych państw członkowskich są narażeni na gorsze traktowanie ze względu na wymóg, którego akurat oni spełnić nie mogą lub jest to dla nich trudniejsze czy też nie są w stanie uzyskać danego uprawnienia.

Jeżeli niezbędna jest staranna ocena rezultatów zastosowania neutralnego kryterium czy też jego wpływu na rzeczywiste funkcjonowanie swobód, wydaje się to wymagać nawet analizy uwzględniającej statystykę, która potwierdziłaby, że znaczna część lub pewien procent obcych ma być gorzej traktowana – wśród nich proporcja ta musi być znaczniejsza niż u „miejscowych”. Możliwe jest też uznanie, iż mimo równych proporcji ma to większy negatywny wpływ w wymiarze indywidualnym. Stąd Trybunał niechętnie jednak korzysta z metody czysto statystycznej i podejścia empirycznego, co nie przeszkadza przyjmować słusznych i dających się weryfikować założeń, także w oparciu o zasady doświadczenia życiowego, które potwierdzają, iż zastosowane środki mogą prowadzić do nieproporcjonalnie niekorzystnego traktowania danej grupy porównywalnej. W takim podejściu natomiast można próbować zupełnie zerwać z koniecznością modelowania grup i skoncentrować się na ujęciu *stricte* indywidualnym, a więc oceniać sytuację jednej konkretnej osoby, starając się zestawzić ją z analogicznym podmiotem miejscowym, a ponadto jest to mniej czaso- i pracochłonne. Pozwala także łatwiej weryfikować akty jednostkowe – nie tylko decyzje administracyjne, lecz również np. dyskryminujące działania prywatnych pracodawców – bez konieczności dokonywania na ich podstawie uogólnień. Można więc badać z perspektywy, czy konkretny podmiot lub przedmiot nie znalazł się w niekorzystnym położeniu<sup>116</sup>.

Wydaje się ono zarazem pożądane ze względu na możliwość napiętnowania nie tylko tych rozwiązań, które skutek niekorzystny rzeczywiście wywołały, lecz także stanowiących dopiero potencjalne zagrożenie – mimo braku dowodu jego zaistnienia, choć tutaj też można czynić założenia co do prawdopodobnej proporcji podmiotów obcych dotkniętych kwestionowanym rozwiązaniem. W takim przypadku skutek dyskryminujący powinien wynikać już z istoty danego przepisu lub jego cech, ale za to może być stwierdzony w oderwaniu od konkretnych okoliczności sprawy. W omawianym kontek-

---

<sup>116</sup> Zob. A. Wróbel, komentarz do art. 18..., s. 398–400; przedstawia to modelowo G. Davies, *Nationality Discrimination...*, s. 16–18, 31–32. Zob. też M. Connolly, *Discrimination Law...*, s. 144–149.

ście wiadomo więc z góry, że można uwzględnić np. zróżnicowanie, które nie dotyczy bezpośrednio uprawnionych, lecz członków ich rodzin, a z drugiej strony wszelkie wymogi odwołujące się do znajomości miejscowego języka. W przywoływanym już orzeczeniu O'Flynn Trybunał nie pozostawił wątpliwości, że pośrednia dyskryminacja występuje już wtedy, kiedy środek krajowy niejako z natury rzeczy jest zdolny godzić w interesy pracowników migrujących bardziej niż w krajowych i istnieje trwałe zagrożenie postawienia tych pierwszych w niekorzystnym położeniu. Nie jest zarazem konieczne wykazanie, iż w szczególności znacznie większa ich część narażona jest na takie ryzyko, bez dowodzenia zaistnienia rezultatu<sup>117</sup>.

Warto zresztą zwrócić uwagę, że w przywoływanej już definicji dyskryminacji pośredniej, przyjętej w ramach równouprawnienia płci, pojawia się tryb warunkowy, a więc wystarczy, że z pozoru neutralny przepis, kryterium lub praktyka stawiałaby osoby danej płci w szczególnie niekorzystnym położeniu w porównaniu z osobami innej płci. Natomiast zgodnie z dyrektywą 2000/78 ustanawiającą ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy<sup>118</sup> fakt występowania dyskryminacji pośredniej można udowodnić z wykorzystaniem wszelkich środków – również na podstawie danych statystycznych, ale nie tylko (pkt 15 preambuły). A sama jej definicja w art. 1 ust. 2b tego aktu przewiduje występowanie dyskryminacji pośredniej już wtedy, gdy przepis, kryterium lub pozornie neutralna praktyka może doprowadzić do szczególnej niekorzystnej sytuacji dla osób danej religii lub przekonań, niepełnosprawności, wieku lub orientacji seksualnej, w stosunku do innych osób.

Równocześnie w tym badaniu koncentrującym się na dyskryminującym rezultacie środka krajowego – właśnie w przeciwieństwie do dyskryminacji bezpośredniej – stwierdzenie jego zaistnienia w tym przypadku nie jest wystarczające do zakwestionowania takiego rozwiązania. Niezbędny jest bowiem jeszcze kolejny etap, a więc ocena zasadności zastosowania kryterium neutralnego, które wymaga poszanowania i nie powinno być, wbrew niektórym sądom, uznawane za bezprawne, gdyż kwalifikacja taka może być odnoszona raczej do intencji i skutków jego zastosowania<sup>119</sup>. Bez względu na

<sup>117</sup> Zob. A. Wróbel, komentarz do art. 18..., s. 390; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 17 listopada 1992 r. w sprawie C-279/89 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Zjednoczone Królestwo*, Zb. Orz. 1992 I-05785.; E. Ellis, *EU Anti-Discrimination...*, s. 91, pokazuje możliwość pozostania przy prawdopodobieństwie bez konieczności wykazywania rezultatu, zestawiając dyskryminację ze względu na przynależność z dyskryminacją ze względu na płeć, gdzie pierwotnie miało to nie być możliwe.

<sup>118</sup> Dyrektywa Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy, Dz. Urz. L 303, 02/12/2000 P. 0016–0022.

<sup>119</sup> Opierając się na doświadczeniach amerykańskich, M. Connolly, *Discrimination Law...*, s. 134, przedstawia swoisty test dyskryminacji składający się z kolejnych pytań czy też eta-



to, jak kontrowersyjnie może to brzmieć, jeśli dyskryminacja bezpośrednia ze względu na przynależność jest z *ex lege* niedopuszczalna, jeśli nie zachodzą wyjątki traktatowe, to w tym przypadku można mówić o usprawiedliwionej dyskryminacji<sup>120</sup>.

W ujęciu tu omawianym, które dystansuje się od konstrukcji odwołujących się do czystej zasady równości, można próbować przedstawiać wzorzec uproszczony i dowodzić, że nierówne traktowanie jest dopuszczalne nie ze względu na brak jej naruszenia uzasadniony brakiem tożsamości porównywanych podmiotów i przedmiotów, co wpływa chociażby na formułowanie składu potencjalnych grup. Byłoby to więc nawet w skrajnym przypadku ewidentnie gorsze traktowanie podmiotów i przedmiotów z innych państw członkowskich, ale uznawane za usprawiedliwione ze względu na te dobra, które uzasadniały wprowadzenie owego neutralnego kryterium<sup>121</sup>.

Samo to usprawiedliwienie implikowałoby więc uznanie przesłanki stojącej za kryterium neutralnym za zasadną, a następnie akceptację sposobu jej realizacji. W konsekwencji, wskutek starannej analizy potwierdzającej gorsze położenie grupy chronionej, może ono okazać się zarówno uzasadnione obiektywnie, jak i zostać potraktowane jako tylko pozorne. W tym pierwszym przypadku ze względu na powołanie racjonalnych przesłanek zupełnie niepowiązanych z przynależnością państwową i zachowanie proporcjonalności, a w tym drugim z powodu różnicowania, które rzeczywiście koncentruje się na dyskryminacji ze względu na przynależność czy pochodzenie, a nie na naturalnej odmienności porównywanych osób lub rzeczy. Nie należy natomiast apriorycznie zakładać, że jeżeli powołuje się np. przesłanki ochrony środowiska czy konsumenta, są one zawsze zupełnie pozbawione znaczenia, a wyłącznym celem od początku była tego rodzaju dyskryminacja, tak jak nie można automatycznie dawać wiary w deklarację władz krajowych.

Jednakże ta swoista równowaga, sugerująca współwystępowanie równego prawdopodobieństwa usprawiedliwienia różnicowania lub jego zakwestionowania, wymaga pewnej korekty. Słusznie zauważa się bowiem, że jeżeli jakiś środek wymaga uzasadnienia, to dlatego, że ten, kto go stosuje, obciążony zostaje ciężarem dowodu jego dopuszczalności, co znowu pozwala wskazywać na istnienie domniemania zakazanej dyskryminacji pośredniej, wymagającego dopiero ewentualnego obalenia. Należy oczywiście dodać, że nie oznacza to całkowitego zwolnienia z dowodzenia drugiej strony, gdyż ją obciąża konieczność wykazania, że środek pozornie neutralny wywołał ów negatywny

---

pów badania dopuszczalności środka – przypominających to, co jest w tym akapicie.

<sup>120</sup> G. Davies, *Nationality Discrimination...*, s. 12, jest przeciwny używaniu tego pojęcia, uznając, że usprawiedliwienie powoduje brak dyskryminacji, ale raczej trudno zgodzić się z tym poglądem.

<sup>121</sup> Por. A. Wróbel, komentarz do art. 18..., s. 394.

skutek dyskryminujący. Natomiast sama taka korekta wydaje się naturalna dla takiego modelu, a zarazem ma ogromne znaczenie dla właściwego funkcjonowania systemu swobód, gdyż przyjęcie, iż z założenia tego rodzaju środki krajowe wymagają kontroli jako „podejrzane” o zakazaną dyskryminację, ułatwia wykonywanie funkcji instrumentu ochrony prawnej. Jeżeli więc owej zasadności środka nie uda się wykazać – najczęściej państwu – muszą zostać wyeliminowane, a zainteresowani mają legitymację do ich skutecznego kwestionowania<sup>122</sup>.

Rzeczywistość jest oczywiście bardzo złożona i zdarzają się przypadki, kiedy realizacja danej przesłanki ma nawet pewne podstawy, a dopiero głębsza analiza przypadku pozwala ustalić ostateczną bezzasadność, ewentualnie stosowanie nadmiernych środków, które wywołały w efekcie rezultat dyskryminujący ze względu na przynależność państwową. Jeżeli w sprawie Spotti jedynie lektorzy języków obcych skazani byli na umowy na czas określony, które niekoniecznie przedłużano, a w przypadku innych nauczycieli z góry ich nie narzucano i wymagano jeszcze obiektywnych powodów ich zawierania, można podejrzewać pośrednią dyskryminację, jeżeli znaczna część tych lektorów była cudzoziemcami. Należało jednak zmierzyć się z argumentem natury racjonalnej i niezależnej od przesłanek zakazanych, że taki zamknięty okres zatrudnienia akurat w wypadku tych przedmiotów sprzyja podtrzymywaniu wymiany kulturalnej i utrzymywaniu kontaktu z obcym krajem. Dopiero jego ocena pozwala doprowadzić do wniosku, że jeśli chodzi właśnie o cudzoziemców, wydaje się to zbędne, gdyż trudno, aby np. pracująca w Niemczech Włoszka z tego orzeczenia była zagrożona utratą styczności z rodzimą kulturą i językiem, co miałooby negatywny wpływ na jakość nauczania<sup>123</sup>.

Z drugiej strony trudno wykluczyć obronę takiej zasadności i wtedy nawet gorsze traktowanie obcych pozostanie tylko niezamierzonym skutkiem ubocznym, który nie powinien przesłaniać celu różnicowania, uznanego za podstawowy i dopuszczalny, choć oczywiście ciężarem dowodu w tym zakresie obciąża się podmiot dyskryminujący, a więc częstokroć państwo. Dobrym tego przykładem jest wymóg znajomości miejscowego języka, jako chociażby warunek uzyskania zatrudnienia, co z pewnością stanowi większe utrudnienie dla obywateli innych państw członkowskich, ale z jednej strony co do zasady wydaje się łatwe do uzasadnienia, a z drugiej w praktyce podlega starannemu badaniu zasadności także co do jej zakresu. Albowiem ocenie poddaje się nie tylko sam cel, ale także dobór środków, które nie mogą przekraczać tego, co konieczne dla jego

<sup>122</sup> G. Davies, *Nationality Discrimination...*, s. 13, rozważa zagadnienie domniemania bezprawności; por. też M. Connolly, *Discrimination Law...*, s. 128–129, który omawia kwestię tego domniemania w systemie amerykańskim.

<sup>123</sup> *Maria Chiara Spotti v. Freistaat Bayern (C-272/92)*.

osiągnięcia, a zwłaszcza powodować różnicowanie ze względu na przynależność większe niż potrzeba.

Ten sposób badania natomiast jednoznacznie nawiązuje do zastosowania zasady proporcjonalności w omawianym kontekście, co dotyczy zarazem ogólniejszego problemu ewentualnych związków pomiędzy tymi dwoma ogólnymi zasadami. Z pewnością trudno zakładać, że działanie nieproporcjonalne władz krajowych rodzi zarazem skutek dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, ewentualnie naruszenie zasady równego traktowania może być automatycznie kwalifikowane jako nieproporcjonalne. Na poziomie ogólnym zasady te pozostają więc wobec siebie autonomiczne, co nie wyklucza powiązania ich zastosowania o charakterze instrumentalnym czy też „współpracy” w służbie skutecznej ochrony prawnej w wymiarze praktycznym. Z pewnością bowiem wszelkie środki krajowe wpływające na korzystanie ze swobód kontrolowane są zarówno z perspektywy ewentualnego różnicowania ze względu na przynależność państwową, jak i niezależnie od tego, zachowania wymogów proporcjonalności, jeżeli państwo powołuje się na konieczność ograniczania ich ze względu na jakieś inne wartości. Wtedy jednak zakresy ich zastosowania się nie pokrywają, gdyż ta druga kategoria wymogów musi być przestrzegana zawsze, a od zakazu dyskryminacji dopuszczalne są wyjątki. Jednocześnie to równość ma mieć pierwszeństwo w stosowaniu, a więc najpierw eliminuje się środki dyskryminujące, o ile nie są prawnie dopuszczalne<sup>124</sup>.

W tym zarazem kryje się przypadek dosyć specyficznego powiązania ich w brzmieniu art. 36 oraz 65 TFUE, które przewidują, iż dopuszczone traktatowo ograniczenia odpowiednio swobody przepływu towarów oraz kapitału nie będą środkiem arbitralnej dyskryminacji ani ukrytych ograniczeń. Orzecznictwo dowodzi, że to sformułowanie może stanowić podstawę stosowania zasady proporcjonalności<sup>125</sup>.

Natomiast w omawianym kontekście zasady te zostają jeszcze intensywniej powiązane ze sobą, gdyż swoisty test proporcjonalności zostaje włączony do testu dyskryminacji pośredniej. W przypadku jej zaistnienia proporcjonalność służy bowiem kontroli stosowanych środków i wiąże się z wprowadzaniem modelu ich usprawiedliwiania, który bardzo przypomina badanie legalności wyjątków traktatowych. Może to nawet

---

<sup>124</sup> Odnośnie do relacji dyskryminacji z proporcjonalnością zob. C. Gydał, *The Principle of Proportionality*, Stockholm 2006, s. 91–94; N. Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law*, The Hague 1996, s. 152.

<sup>125</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (piąta izba) z dnia 14 lipca 1983 r. w sprawie 174/82. Postępowanie karne przeciwko *Sandoz BV*, Zb. Orz. 1983 02445; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 8 listopada 1979 r. w sprawie 251/78 *Firma Denkavit Futtermittel GmbH v. Minister für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten des Landes Nordrhein-Westfalen*, Zb. Orz. 1979 03369.

prowadzić do ich zakwestionowania, jako zbyt daleko idących, ze wskazaniem, że ten sam istotny cel można byłoby osiągnąć środkami niedyskryminującymi<sup>126</sup>.

Nie można wykluczać, że zastosowanie tu proporcjonalności może przyjąć zaawansowaną postać, w której – zdając sobie sprawę z pewnej zasadności stosowania kryterium neutralnego – z drugiej strony konstatuje się skutki dyskryminujące. Nie uznaje się jednak, że muszą zostać automatycznie zaakceptowane, ale jeżeli służą legitymowanemu celowi w sposób skuteczny, nie przekraczając granic tego, co konieczne, wtedy właśnie jest miejsce dla zestawiania negatywnych skutków takiego rozwiązania dla swobodnego przepływu, a w szczególności równego traktowania z korzyściami. Można to traktować jako dwie przeciwstawne wartości i dobra, które wymagają wyważenia, a więc z jednej strony równe traktowanie, a z drugiej to, co stoi za owym „neutralnym kryterium”. Są to przypadki wymykające się prostym podziałom i kwalifikacjom bezprawności oraz jej braku, co wymaga swoistego wyważania, w którym próbuje się ustalić, czy ów skutek jest usprawiedliwiony skalą korzyści dla realizacji innej przesłanki, dobra lub wartości, w imię których została ona wprowadzona. Przykładem takiego podejścia może być nawet przywoływane już orzeczenie w sprawie Spotti, gdzie z jednej strony był zamiar zachowania związków z kulturą i mową państwa, którego języka się nauczało, a z drugiej skutek dyskryminujący<sup>127</sup>.

Ponieważ jednak w kontekście swobód Trybunał raczej nie sięga po tak zaawansowany model, można poprzestać na prostszym ujęciu z perspektywy tzw. testu proporcjonalności, który stosuje się wtedy, gdy stwierdzone zostaje gorsze traktowanie wskutek różnicowania ze względu na pozornie neutralne kryterium. Można mianowicie wskazywać na konieczność wykazania rzeczywistej potrzeby wyboru środka dyskryminującego, który jest odpowiedni, a więc umożliwiający osiągnięcie celu, i do tego konieczny, a zwłaszcza najmniej dotkliwy z możliwych – także w tym sensie, że nie udało się znaleźć środka równie adekwatnego, który unikałby dyskryminacji lub byłby mniej dyskryminujący. W przypadku niemożności wykazania tego przez podmiot odpowiadający za jego wprowadzenie lub stosowanie skutkiem jest uznanie bezprawności, tj. w szczególności stwierdzenie zakazanej pośredniej dyskryminacji, a nie dopuszczalnego różnicowania w imię wyższych wartości, traktowanego właśnie jako nieunikniony skutek uboczny<sup>128</sup>.

<sup>126</sup> Por. J. Maliszewska-Nienartowicz, *Zasada proporcjonalności w prawie Wspólnot Europejskich*, Toruń 2007, s. 125–132; oraz N. Bamforth, *Prohibited Grounds...*, s. 15.

<sup>127</sup> Por. G. Davies, *Nationality Discrimination...*, s. 35.

<sup>128</sup> Por. E. Ellis, *EU Anti-Discrimination...*, s. 109, na tle pośredniej dyskryminacji ze względu na płeć.

Przykładem uznawanym za bardzo charakterystyczny przejaw realizacji zasady proporcjonalności w omawianym kontekście jest orzeczenie w sprawie *Pastors*<sup>129</sup> wydane na tle równie reprezentatywnego środka pośredniej dyskryminacji, a więc różnicowania traktowania w oparciu o rezydencję, a nie bezpośrednio przynależność państwową. Jak wiadomo, uzależnienie jakiegoś przywileju od wymogu zamieszkania lub siedziby w danym państwie w o wiele większym stopniu uderza w cudzoziemców niż „miejscowych”, którzy tylko z nielicznymi wyjątkami nie mogą legitymować się takim statusem. To orzeczenie dotyczyło egzekwowania belgijskich przepisów transportowych (wdrażających normy wspólnotowe), których przekroczenie skutkowało obowiązkiem zapłaty kończącego postępowanie mandatu – liczonego odrębnie za każde naruszenie, lub poddania się normalnemu postępowaniu karnemu. Jednakże jeżeli z tej drugiej opcji chciały korzystać osoby bez siedziby lub miejsca zamieszkania w Belgii, wymagano złożenia zabezpieczenia kosztów postępowania i ewentualnej kary w wysokości przekraczającej o 50% wartość mandatu – ponownie odrębnie za każde naruszenie, nawet jeżeli wszystkie objęłoby jedno postępowanie.

Różnicowanie tego rodzaju, choć niewątpliwie noszące znamiona pośredniej dyskryminacji, wydaje się co do zasady uzasadnione względami natury obiektywnej, takimi jak ewentualne wyższe koszty postępowania i trudności jego prowadzenia wobec cudzoziemca, łącznie z późniejszym egzekwowaniem kary, zwłaszcza że ówczasnie brakowało instrumentów dwustronnych lub wspólnotowych, które by to zapewniały. Zważywszy jednak na przemawiającą do wyobraźni wysokość opłat zależnych od liczby naruszeń, pomimo ich kumulacji w jednym postępowaniu, a nie rzeczywistych kosztów i kar, których ściągnięcie miały zabezpieczać, w dosyć łatwy sposób uchwycić można przekroczenie granicy proporcjonalności. Akurat w tej sprawie nie wynika to z możliwości znalezienia środka całkowicie niedyskryminującego, tak jak kwestionowaniu nie podlega sam obowiązek zabezpieczenia, który uznano za środek odpowiedni. Godna napiętnowania okazała się natomiast jego surowość czy też wysokość skutkująca wyjątkowo dotkliwym uderzeniem w zagranicznych kierowców, szczególnie w przypadku wielu naruszeń objętych zresztą jednym aktem oskarżenia, co można uznać za całkowicie nieadekwatne do sytuacji oraz możliwe do zastąpienia znacznie mniej dotkliwymi rozwiązaniami o niższych kosztach. Tym samym, poprzestając na nierównym traktowaniu o dużo mniejszej skali, udałoby się z pewnością osiągnąć analogiczny rezultat w zakresie przeciwstawianego mu dobra. Można zarazem uznać, że nieproporcjonalność pozba-

---

<sup>129</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (szósta izba) z dnia 23 stycznia 1997 r. w sprawie C-29/95 *Eckehard Pastors i Trans-Cap GmbH v. Belgische Staat*, Zb. Orz. 1997 I-00285.

wiła podstaw zastosowanie owego neutralnego kryterium i tym samym potwierdzona została pośrednia dyskryminacja<sup>130</sup>.

Warunek rezydencji jest często także wykorzystywany do zapewnienia, ale i ograniczenia zakresu podmiotowego różnorodnych przywilejów czy ulg finansowanych ze środków publicznych. Może to być traktowane zresztą jako dowód swoistej europeizacji władz, wprowadzających go w miejsce dotychczasowego wymogu obywatelstwa, który jako bezpośrednio dyskryminujący nie może być utrzymany. Towarzyszy temu argument, iż środki te pochodzą z podatków, które płacą „miejscowi”, czego jednak Trybunał nie jest gotów przyjmować automatycznie już dlatego, że zwykle trudno jest ustalić związek pomiędzy owymi wpływami i konkretnymi wydatkami. Należy oczywiście pamiętać o szczególnych rozwiązaniach dotyczących z jednej strony opieki zdrowotnej, z której korzysta się z zasady na koszt macierzystego płatnika, a nie państwa przyjmującego, ale z drugiej także edukacji publicznej, gdyż raczej nie można odmawiać jej obywatelom UE i członkom ich rodzin. W związku z tym pojawia się problem tzw. preferencji lokalnych, które mają przysługiwać mieszkańcom danego miasta czy regionu – nawet tak prozaicznych, jak ulgi w przejazdach komunikacją miejską czy ulgowe bilety wstępu do muzeów<sup>131</sup>. Tu związek kosztów publicznych z wpływami z podatków lokalnych może być jeszcze odleglejszy, wtedy okazuje się, że wpływy do budżetu państwa pochodzą od wszystkich podatników krajowych, a przywileje zagwarantowano wybranym. Oczywiście nie można wykluczyć możliwości wykazania tego, natomiast co do zasady będzie to traktowane jako niezaskująca na usprawiedliwienie pośrednia dyskryminacja.

Słusznie jednak zgłaszane są wątpliwości co do samych podstaw do stwierdzenia, iż rozwiązanie takie zawsze uderza bardziej w „obcych”, gdyż z niektórych świadczeń mogą oni w ogóle nie chcieć korzystać albo rzadko w porównaniu z „miejscowymi”. W takim przypadku wraca pytanie, jak badać pośrednią dyskryminację i w jakim stopniu niezbędne są rzeczywiste dowody, ewentualnie czy wystarczają ogólne założenia uwzględniające także tych, których takie rozwiązanie, a więc nawet brak niewielkiej zniżki zniechęca do korzystania np. z dóbr kultury. Odnosi się to także do sposobu ustalania przez Trybunał, z jakich źródeł finansuje się ulgi, co częstokroć było oparte na apriorycznych założeniach, a nie starannych badaniach, nawet w przypadkach lokal-

<sup>130</sup> F.G. Jacobs, *Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law*, [w:] *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, ed. E. Ellis, Oxford 1999, s. 9–10, omawia to orzeczenie jako reprezentatywne i dobrze ukazujące zastosowanie proporcjonalności w tym kontekście.

<sup>131</sup> Zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości (szósta izba) z dnia 16 stycznia 2003 r. w sprawie C-388/01 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Włoska*, Zb. Orz. 2003 I-00721, na tle wprowadzanych przez samorządy włoskich miast, łącznie z Florencją i jej najszlachetniejszymi zbiorami, różnych zniżek w opłatach za korzystanie z takich atrakcji jak wstęp do muzeów.

nym, gdzie może występować współfinansowanie przez samorząd muzeów właśnie z wpływów z podatków lokalnych. Pojawia się też zarzut natury ogólniejszej – niemożność uprzywilejowania „własnych” mieszkańców, szczególnie w społecznościach lokalnych, godzi w samą ideę solidarności i ich integralności, kiedy np. dotyczy to miejscowych emerytów, którymi dana zbiorowość jest zobowiązana opiekować się bardziej niż „obcymi”. Rzeczywiście skala całego państwa dla konstruowania tego rodzaju solidarnej zbiorowości zdaje się wykraczać poza takie spojrzenie, natomiast w takim przypadku musi rodzić się powyższe wątpliwość, ale tu znowu wskutek szczególnego ważenia wartości i dóbr integracja europejska wydaje się przeważać nad innymi zobowiązaniami<sup>132</sup>.

Jest jeszcze jedna szczególna dziedzina, w której rezydencja zwyczajowo stanowi podstawę różnicowania, a więc podatki bezpośrednie. Już w wypadku osób fizycznych, w świetle międzynarodowego prawa podatkowego, brak rezydencji podatkowej może być równoznaczny w szczególności z pozbawieniem prawa do różnych ulg i zwolnień, pozwalających chociażby uwzględnić w rozliczeniu podatkowym określone wydatki. Rozwiązanie takie może być przedstawione jako stanowiące następstwo niezaliczania nierezydentów do tej samej grupy co rezydentów, których sytuację całościowo może ocenić miejscowy fiskus, zmuszając także do zapłaty podatków od wszystkich globalnie uzyskanych dochodów w ramach tzw. nieograniczonego obowiązku podatkowego. Ujmując to inaczej – nawet jeżeli uderza to przede wszystkim w „obcych”, owym kryterium neutralnym jest odmienna sytuacja podatkowa, a także tzw. spójność systemu fiskalnego, który może sobie powetować tego rodzaju „straty” wpływami generowanymi w inny sposób przez rezydentów. Ale nawet w takim przypadku Trybunał wykluczył automatyzm, nakazując badanie dopuszczalności różnicowania. Stąd, jako zbyt daleko idące, kryterium to nie może zostać rozciągnięte na osoby, które pomimo braku rezydencji, uzyskują w państwie przyjmującym znaczną większość wszystkich dochodów do opodatkowania. Z jednej strony ich sytuacja istotnie zbliżyła się do „miejscowych”, co czyni podstawy różnicowania wątpliwymi, z drugiej zaś akceptacja owego różnicowania często grozi pozbawieniem możliwości skorzystania z ulg i zwolnień gdziekolwiek, łącznie z krajem rezydencji, w którym nie uzyskując znaczących dochodów, również są tego pozbawieni<sup>133</sup>.

Zresztą, jak dowodzi zwłaszcza orzecznictwo w zakresie swobody przedsiębiorczości, równouprawnienie nierezydentów zaczyna się rozciągać także na te sytuacje,

---

<sup>132</sup> G. Davies, „*Any Place I Hang My Hat?*” or: *Residence is the New Nationality*, „*European Law Journal*”, 11, 2005, nr 1, s. 43–54, krytykuje nie tylko aprioryczny sposób ustalania, ale w ogóle niemożność takiego uzależniania od rezydencji.

<sup>133</sup> Por. A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo...*, s. 220 i nast.

w których brakuje porównywalności ich sytuacji z sytuacją „miejscowych”. Toteż jeżeli już wprowadza się środek różnicujący, dotyczący np. niższych obciążeń podatkowych, ograniczeń w odliczeniach, dodatkowych obowiązkach formalnych, podlega on zawsze badaniu zasadności i proporcjonalności. Niezbędne jest więc wykazanie realizacji wyższego celu, który sam w sobie traktuje się coraz bardziej rygorystycznie, a więc trudno jest państwu powoływać się na względy spójności rozumianej jako rekompensowanie uszczupień większymi wpływami podatkowymi zapewnianymi przez rezydentów – w tym powstającymi w związku z ich działalnością. Podobnie podchodzi się do chętnie wykorzystywanej przesłanki skuteczności nadzoru podatkowego, pozwalającej zwalczać nadużycia. Przesłanka ta często uzasadniała stosowanie wobec obcych podatników bardziej dotkliwych procedur kontrolnych, obowiązków sprawozdawczych czy dodatkowych zabezpieczeń. Bada się więc także wybrane środki nie tylko co do ich adekwatności do owych celów, ale także przestrzegania warunku najmniejszej dotkliwości i obciążenia – zarówno co do samej wysokości, jak i terminów płatności oraz obowiązków administracyjnych<sup>134</sup>.

### 3. PROBLEM OGRANICZONEJ SKUTECZNOŚCI OCHRONY

Zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową stanowi niewątpliwie bardzo istotny instrument ochrony i gwarant właściwego funkcjonowania swobód, ale należy mieć świadomość, że nie może być uznany za wystarczający do realizacji tego ambitnego celu. Istnieje bowiem wiele środków krajowych, które wprowadzają nawet bardzo daleko idące ograniczenia wolności gospodarczej oraz uderzają w skuteczność tych gwarancji traktatowych, a nie noszą znamion zakazanego nierównego traktowania, nawet o tak szerokim wymiarze jak dyskryminacja pośrednia. Można oczywiście podejmować próby elastycznego rozumienia jej zakresu, pozwalającego na obejmowanie kolejnych środków krajowych poprzez twórczą interpretację zakazu różnicowania sytuacji odmiennych oraz takiego samego traktowania różnych, ale nie wydaje się to wystarczające. Doświadczenie rozwoju rynku wewnętrznego uczy, że zawsze znajdują się takie, którym nie można przypisać naruszenia zakazu dyskryminacji, pomimo bardzo negatywnego wpływu na realizację swobód<sup>135</sup>.

<sup>134</sup> Por. *ibidem*, s. 437 i nast.

<sup>135</sup> Zob. D. Edward, N.N. Shuibhne, *Continuity and Change in the Law Relating to Services*, [w:] *Continuity and Change in EU Law*, eds A. Arnall, P. Eeckhout, T. Tridimas, Oxford 2008, s. 256; G. Davies, *Nationality Discrimination...*, s. 85–87, pokazuje bardzo szerokie widzenie dyskryminacji obejmującej bardzo różne środki krajowe.



Właściwie zdefiniowanie pojęcia i zakresu samej dyskryminacji okazuje się jednak nadal poważnym wyzwaniem zarówno z perspektywy koncepcyjnej, jak i praktycznej, które zresztą nie jest łatwo pogodzić, zwłaszcza że bywa ono traktowane instrumentalnie. Nie ulega wątpliwości, że jej unijne rozumienie musi zachowywać swoistość i niekoniecznie zbieżność z powszechnym rozumieniem, czego przejawem było omawiane już odrywanie się od zasady równości, a nawet poza prawem unijnym nie ma pełnej zgody, jak powinna ona być definiowana. Zważywszy na specyfikę systemu swobód, zakresu pojęcia dyskryminacji nie należy nadmiernie rozszerzać, lecz raczej koncentrować się na ochronie przed gorszym traktowaniem podmiotów i przedmiotów unijnych w porównaniu z „miejscowymi”. Ujmowana zbyt szeroko mogłaby ulec rozmyciu, grożąc założeniem objęcia w skrajnym przypadku niemalże wszystkich środków krajowych, ale następnie doprowadzić nawet do skutku odwrotnego, gdy ostatecznie jeden z nich zostanie uznany za nienaruszający tego zakazu i tym samym uniknie kontroli unijnej, jeżeli będzie ona ograniczona właśnie do dyskryminacji<sup>136</sup>.

Już na początku warto więc zaznaczyć, że błędne jest chociażby obejmowanie zakresem zakazu dyskryminacji gorszego traktowania tych, którzy ze swobód skorzystali w stosunku do osób niezaangażowanych w tzw. aktywność transgraniczną. Takie zniechęcanie także „własnych” obywateli do czerpania korzyści z integracji jest dosyć powszechne w państwach członkowskich i stanowi poważne zagrożenie dla rynku wewnętrznego, ale nie może być zaliczane do wspomnianego zakresu. Czasem nawet próbuje się to usprawiedliwiać stabilnością finansów publicznych, gdy prawo krajowe pozbawia ulg podatkowych tylko dlatego, że np. dająca prawo do odliczeń podatkowych budowa domu, edukacja dzieci, ubezpieczenie na życie nie odbyła się w ramach rynku krajowego, ale nie jest to dyskryminacja w omawianym tu rozumieniu. Podobnie należy traktować odmowę finansowania czy refundacji kosztów świadczeń, np. medycznych wykonanych w innym państwie członkowskim<sup>137</sup>.

---

<sup>136</sup> Różne pojmowanie jej poza UE przedstawia Ch. Hilson, *Discrimination in community free movement law*, „European Law Review”, 24, 1999, nr 5, s. 448. Por. G. Davies, *Nationality Discrimination...*, s. 46, który analizuje w kontekście dyskryminacji płci, ale wskazuje, że sam zakaz dyskryminacji, nawet pośredniej – w takiej ogólnej teorii też nie jest uznawany za wystarczający do zapewnienia pełnej równości, co znajduje chociażby potwierdzenie w problematyce tak zwanej akcji pozytywnej. Oczywiście na gruncie swobód to nie są istotne rozważania, ale dobrze pokazują, że ogólnie nie uważa się zakazu dyskryminacji za jedyny właściwy instrument.

<sup>137</sup> Por. D. Chalmers, Ch. Hadjiemmanuil, G. Monti, A. Tomkins, *European Union Law*, Cambridge 2006, s. 723.

Znamiennym przykładem takiego gorszego traktowania nie tyle obcych, ile korzystających ze swobód, może być orzeczenie w sprawie Köblera<sup>138</sup>, które przesądziło o odpowiedzialności odszkodowawczej państw członkowskich za działalność sądów krajowych. Warto przypomnieć, iż jego przedmiotem było zaliczanie jako podstawy wypłaty nauczycielom akademickim w Austrii specjalnego dodatku stażowego jedynie okresów pracy w tym państwie. Uderzało to nie tylko w cudzoziemców z zasady legitymujących się „nieodpowiednim” stażem, lecz także we własnych obywateli, którzy postanowiliby podjąć zatrudnienie za granicą, a następnie powrócić, gdyż właśnie ta aktywność transgraniczna staje się kryterium różnicowania. W powszechnym odbiorze padli oni ofiarą gorszego traktowania i godzi to w samą istotę swobód, ale nie ma jednak nic wspólnego z zakazaną przez Traktat dyskryminacją ze względu na przynależność państwową.

Warto zarazem uwzględnić to, że kwalifikacja środka jako dyskryminującego stanowi funkcję nie zawsze do końca jednoznacznej kwalifikacji orzeczniczej. Można nawet odnieść wrażenie, że czasem jest ona traktowana cokolwiek instrumentalnie, a więc środek bywa zaliczany do tej kategorii nie tylko czy też nie tyle ze względu na jego obiektywne cechy, lecz bardziej ze względu na zamiar jego usprawiedliwienia lub zakwestionowania, mogącego nawet przesłonić formalną ocenę. Jeżeli bowiem ogranicza on swobody, będzie chociażby dużo łatwiej uznany za dopuszczalny w przypadku braku różnicowania ze względu na przynależność państwową, gdyż wtedy może podlegać usprawiedliwieniu tzw. wymogami koniecznymi. Jak już wskazano, w części drugiej niniejszej rozprawy, stanowią one katalog akceptowanych orzeczniczych wyjątków od swobód, które znacznie wzbogacają listę określoną traktatowo, a zgodnie z pierwotnym założeniem mogą być powoływane jedynie w przypadku środków niedyskryminujących.

W tym świetle należy odczytywać rozstrzygnięcia w dwóch sprawach, skutkujące właśnie przeciwstawną kwalifikacją, wzbudzającą kontrowersje w literaturze. W sprawie Aragonesa<sup>139</sup> Trybunał ocenił katalońskie ograniczenia reklamy napojów o zawartości alkoholu powyżej 23%, które skarżący uznawali za wpływające negatywnie przede wszystkim na obce napoje, gdyż większość napojów miejscowych nie przekraczała tego poziomu. Nie stwierdził jednak preferencji lokalnej, arbitralnie uznając, że dotyczyły one niemałych ilości nie tylko alkoholi katalońskich, ale i obcych, dzięki

<sup>138</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 30 września 2003 r. w sprawie C-224/01 *Gerhard Köbler v. Republik Österreich*, Zb. Orz. 2003 I-10239.

<sup>139</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 25 lipca 1991 r. w sprawach połączonych C-1/90 oraz C-176/90 *Aragonesa de Publicidad Exterior SA i Publivia SAE v. Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña*, Zb. Orz. 1991 I-04151.

czemu można było to usprawiedliwić powyższymi wymogami. Natomiast bardziej rygorystycznie zakwalifikował w sprawie 207/83 Komisja v. Wielka Brytania<sup>140</sup> powszechny obowiązek umieszczania na pewnych towarach oznaczenia pochodzenia, który nie różnicował produktów krajowych i obcych, a jako podyktowany nieprzewidywanymi przez Traktat względami ochrony konsumenta do swojej dopuszczalności wymagał uznania za niedyskryminujący. Ale zdaniem Trybunału nieróżnicowanie ze względu na przynależność państwową było wyłącznie formalne, gdyż już przez samą swą naturę miało służyć ułatwieniu konsumentowi rozróżniania między „swoimi” a „obcymi” i *de facto* zachęcać do preferowania tych pierwszych, godząc tym samym w pozostałe. Taka kwalifikacja potwierdzająca dyskryminujący charakter środka, wykluczyła natomiast usprawiedliwienie powołaną przesłanką<sup>141</sup>.

Instrumentalne podejście do omawianej definicji ma jeszcze głębsze uzasadnienie. Wpisuje się bowiem w podział na zwolenników tezy o samowystarczalności zakazu dyskryminacji dla ochrony prawnej na rynku wewnętrznym oraz przeciwników głoszących przekonanie, że nie można na nim poprzestać, gdyż nie ma nieograniczonej pojemności i część zagrożeń należy zwalczać odrębnymi instrumentami ochrony. Ci pierwsi odwołują się do tradycyjnego, prawniczego spojrzenia na stosowanie norm swobód i klasycznie rozumianej zasady równości jako remedium na wszelkie wyzwania procesu integracji i dostosowują do powyższego celu widzenie jego zakresu. Dzięki odpowiedniemu rozwojowemu sprecyzowaniu tego zakazu miałyby to potwierdzić słuszność owej tezy o jego samowystarczalności, co grozi jednak pozostawieniem wielu takich zagrożeń bez żadnej weryfikacji. Stąd tak silne konkurencyjne dążenie do wykraczania poza dyskryminację w imię pełnej skuteczności systemu, wspierane przez podejście bardziej ekonomizowane, funkcjonalne i odwołujące się do zasady efektywności. Spotyka się ono natomiast z zarzutami kierowania się modą, a nie logiką, lub sugestiami, iż wykraczanie takie pozostaje to jedynie w warstwie deklaracji i nie znajduje potwierdzenia w praktyce. Nie ma to jednak podstaw w dorobku Trybunału, wymagającym przedstawienia poniżej z wykorzystaniem najbardziej reprezentatywnych przykładów, które wbrew pozorom nie stanowią obecnie wyjątków od reguły czy też marginesu orzecznictwa zarezerwowanego dla przypadków skrajnego ograniczania swobód niedających się zwalczyć samym art. 18 TFUE<sup>142</sup>.

<sup>140</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 25 kwietnia 1985 r. w sprawie 207/83 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej*, Zb. Orz. 1985 01201.

<sup>141</sup> A. Arnull, *The European Union...*, s. 408–414.

<sup>142</sup> G. Davies, *Nationality Discrimination...*, s. 87–94, jest przeciwny poszukiwaniu takiej formuły odrywającej się od zakazu dyskryminacji, uznając to za kwestię mody, na s. 58–59 twierdzi nawet, że praktyka rozmija się z językiem i że poza deklaracjami dominuje jednak

Generalnie natomiast musi budzić wątpliwości w kontekście skuteczności systemu swobód to, że kwalifikacja środka krajowego jako dyskryminującego nie jest do końca przewidywalna, a zarazem od niej zależeć miałyby możliwość jego kontroli oraz ewentualnego usprawiedliwienia. Problem ten byłby szczególnie poważny, gdyby zakaz dyskryminacji uznawano za jedyny dostępny instrument ochrony. Uzewnętrznia się to już wobec środków kwalifikowanych jako – omawiane wcześniej w kontekście sprawy składowania śmieci w Walonii – tzw. dopuszczalne różnicowanie, które jako niedyskryminujące pozostawałoby poza weryfikacją wpływu na swobody.

Zresztą trudno pogodzić wymogi skutecznej ochrony przed zagrożeniami rynku wewnętrznego z trudnościami z ustaleniem granic zastosowania zakazu dyskryminacji. Ponadto z pewnością sam standard równego traktowania z „miejscowymi” nie może stanowić wystarczającej podstawy do zwalczania wszelkich ograniczeń swobód, zwłaszcza jeżeli w danym państwie poziom nieskrępowania aktywności gospodarczej jest bardzo niski, a więc odnoszenie się do ich statusu nie musi zapewniać rzeczywistej wolności gospodarczej. Ponadto w takim przypadku całemu rynkowi wewnętrznemu grozi fragmentacja wynikająca ze znacznego zróżnicowania warunków obrotu w poszczególnych państwach, którego zakaz ten nie znosi. W skrajnym przypadku wszędzie należałoby się bowiem dostosować do lokalnych krajowych wymogów, które mogą znacznie różnić się między sobą oraz niekiedy opierać się na daleko posuniętej reglamentacji, co z pewnością czyniłoby dostęp do rynku innego państwa znacznie utrudnionym, godząc w podstawowe cele procesu integracji<sup>143</sup>.

Oczywiście w tym kontekście często pojawia się argument, iż zakaz dyskryminacji ma być wystarczającym instrumentem ochrony, gdyż jest szerszy od standardu narodowego traktowania, który zawsze zapewnia jedynie zrównanie z „miejscowymi” i mieści w sobie także właśnie tzw. *dual burden*, a więc podwójne obciążenie. Jak już wskazywano w części drugiej niniejszej rozprawy, obciążenie to wynika z automatycznego i często formalistycznego egzekwowania miejscowych wymogów pomimo spełnienia zbliżonych w państwie pochodzenia, zapewniających realizację czy też ochronę dóbr i wartości, na których strażą one stoją. Ma to stanowić dyskryminację ze względu na konieczność spełniania na przykład przez producentów dwóch „zestawów” regulacji czy też z powodu traktowania „obcych” tak samo jak „miejscowych”, mimo że ich sytuacje nie są analogiczne. Jak wiadomo, ochrona przed takim obciążeniem wynika z samej

---

kontrola środków przede wszystkim dyskryminujących. Natomiast sprzeciwiają się postrzeganiu dyskryminacji jako wystarczającej L. Woods, *Free Movement...*, s. 94–95; D. Doukas, *Untying the market Access Knot: Advertising Restrictions and the Free Movement of Goods and Services*, „Cambridge Yearbook of European Legal Studies”, 9, 2006–2007, s. 196–197.

<sup>143</sup> L. Woods, *Free Movement...*, s. 93.

istoty zasady wzajemnej uznawalności, ale pozostaje sporne czy powinno być to kwalifikowane jako dyskryminacja, która w ten sposób traktowana byłaby bardzo szeroko, tracąc pewność stosowania jako taki instrument<sup>144</sup>.

Warto przywołać więc słynne orzeczenie w sprawie Cassis de Dijon, które można traktować m.in. jako symbol *dual burden*. Słusznie podkreśla się, iż nawet egzekwowanie minimalnej zawartości alkoholu w likierze porzeczkowym mogłoby nie sprostać wspomnianemu powyżej rygoryzmowi w przypadku przyjęcia analogicznej kwalifikacji do orzeczenia w sprawie Origin Marking, a więc rodziłoby podejrzenie dyskryminacji. Można bowiem było przyjąć, że alkohole niemieckie prawdopodobnie bardziej spełniają lokalne wymogi, a więc to im głównie służy rozwiązanie krajowe, tylko formalnie działając bez różnicowania. Jak wiadomo, Trybunał nie przyjął takiej kwalifikacji środka krajowego, gdyż podałoby to oczywiście w wątpliwość samą istotę wymogów koniecznych, znajdujących zastosowanie w przypadku jej braku. Natomiast rezultat odwrotny, który ostatecznie przyjęto, nie może pozostawić wątpliwości, że jeżeli ograniczenia takiego rodzaju mają podlegać unijnej kontroli swobód, to nie może się ona opierać tylko na zakazie dyskryminacji<sup>145</sup>.

Równie oczywiste wydaje się, że działania państwa wywołujące skutek podwójnego obciążenia nie mogą być na gruncie prawa unijnego kwalifikowane automatycznie jako przejawy dyskryminacji, nawet jeżeli wydawałoby się, że noszą znamiona naruszenia ogólnie pojętej zasady równości. Jak bardzo odległy od niej jest ów *dual burden*, widać na tle słynnego orzeczenia w sprawie Alpine Investment, w którym to usługodawca, oferując usługi z terytorium kraju macierzystego, musiał liczyć się z regulacjami i ograniczeniami działalności gospodarczej wynikającymi zarówno z prawa państwa siedziby, jak i zamieszkania ich odbiorców. Jeżeli jeszcze uwzględni się, iż kwestionowana przez niego przeszkoda miała źródło w tym pierwszym państwie, egzekwującym przestrzeganie własnych standardów – przede wszystkim przez ogół swoich obywateli i innych przynależnych podejmujących aktywność zagraniczną – dobrze widać, jak karkołomna byłaby teza o dyskryminującym charakterze takiego podwójnego obciążenia<sup>146</sup>.

<sup>144</sup> Np. M.P. Maduro, *Harmony and Dissonance in Free Movement*, [w:] *Services and Free Movement in EU Law*, eds M. Andenas, W.-H. Roth, Oxford 2003, s. 50, uważa, że powinno się zaliczać wzajemną uznawalność jako mieszczącą się w zakresie dyskryminacji.

<sup>145</sup> Zob. komentarze do Cassis de Dijon: A. Arnulf, *The European Union...*, s. 415–416; też S. Weatherill, *The Common Market – mission accomplished?*, [w:] *Function and Future of European Law*, eds V. Heiskanen, K. Kulovesi, Helsinki 1999, s. 39; S. Weatherill, *The internal market*, [w:] *The European Union Charter of Fundamental Rights*, eds S. Peers, A. Ward, Oxford 2004, s. 186.

<sup>146</sup> Zob. D. Doukas, *Untying the market...*, s. 197–199, który traktuje sam *dual burden* bardzo szeroko – jako kreujący to obciążenie przez obowiązek dostosowania się do spełnienia do-

Są jednak autorzy, którzy nawet w takiej sytuacji próbują wykazywać istnienie dyskryminacji, w określony sposób oceniając działania władz holenderskich zakazujących, w imię ochrony wysokiej reputacji krajowego sektora finansowego, określonej formy promowania produktów inwestycyjnych w telefonicznej sprzedaży kierowanej do zagranicznych klientów. Owo gorsze traktowanie miało się pojawiać np. w Niemczech, gdzie taka forma nie była zakazana, a więc holenderscy przedsiębiorcy mieli być skazywani na gorszą niż „miejscowi” pozycję konkurencyjną na niemieckim rynku. Nie można jednak zapominać, że jego źródłem było państwo pochodzenia, któremu trudno zarzucać dyskryminację ze względu na przynależność w rozumieniu obecnego art. 18 TFUE, o ile właśnie jej zakres nie będzie poszerzany poza granice rozsądku<sup>147</sup>.

Dobrze obrazuje to zarazem zagrożenie, jakie niesie nadmiernie szerokie widzenie zakresu dyskryminacji, zwłaszcza celem unikania stosowania bardziej uniwersalnej formuły. Mogłoby to prowadzić w konsekwencji do uznania, iż mieszczą się w niej nawet różnice w systemach krajowych, które skutkują odmiennym traktowaniem w poszczególnych państwach. Natomiast nie ulega wątpliwości, iż art. 18 chroni przed dyskryminacją ze strony jednego i tego samego państwa, a jego celem nie jest eliminacja wszelkich tego rodzaju różnic, stanowiących immanentną cechę rynku wewnętrznego. Nie zapewnia on też podstawy do kwestionowania sytuacji, w której regulacja danego stanu w jednym państwie odbiega nawet znacznie od obowiązujących w pozostałych czy chociażby zakłóceń swobodnego przepływu mogących wynikać ze stosowania przez władze krajowe środków surowszych od innych. Oczywiście próbuje się tu rozróżnić pomiędzy podleganiem tylko jednemu „zestawowi” wymagań – ze względu na ich brak w państwie pochodzenia w konkretnej sytuacji, od rzeczywistego podwójnego obciążenia koniecznością spełnienia obu. Wtedy ewentualnie poprzednie zdanie mogłoby implikować regułę stosowaną wobec tego pierwszego przypadku, a ten drugi nadawałby się do uznania za dyskryminujący, ale wydaje się to nadal nieprzekonujące<sup>148</sup>.

W tym kontekście ujawnia się zresztą ogólniejszy problem odmiennego oddziaływania prawa krajowego na „swoich” i „obcych”, które wynika niejako z natury rzeczy. Wiadomo że chociażby wymogi dotyczące receptury produktów żywnościowych są często odzwierciedleniem wiekowych tradycji narodowych i do ich przestrzegania w naturalny sposób najlepiej przygotowani są lokalni producenci, a tym zagranicznym dosto-

---

datkowych wymogów, innych niż w państwie pochodzenia, ale jednocześnie niekwalifikujący tego automatycznie jako dyskryminacji.

<sup>147</sup> Próbuje to wykazywać G. Davies, *Nationality Discrimination...*, s. 82. Zob. też A. Wróbel, komentarz do art. 18..., s. 397.

<sup>148</sup> Zob. R.C. White, *Workers, Establishment...*, s. 193–194; G. Davies, *Nationality Discrimination...*, s. 66, dokonuje takiego rozróżnienia z ostatniego zdania.

sowanie do nich może przychodzić z trudnością. Ale są tacy, którzy dostrzegają asymetrię owego działania a już w liście oczekujących na mieszkania komunalne, która zwyczajowo konstruowana jest w oparciu o warunki tego rodzaju, np. odwołujące się do stażu, a więc jest szczególnie niedostępna dla nowo przyjeżdżających, a nie przebywających od dawna. Wreszcie nawet wysokie opodatkowanie dochodów osobistych, z którego finansowany jest wysoki poziom usług publicznych, może powodować, że płacący je pracownicy migrujący, którzy często nie zdążą już z tego skorzystać, opuszczając dane państwo przed emeryturą, pośrednio finansują beneficjentów systemu, jeżeli wspiera on w ten sposób osoby starsze. Zresztą każda forma regulacji czy też reglamentacji odwołuje się do pewnej historii jednostki oraz jej cech – z zasady tych, których nośnikami są właśnie obywatele, i musi uprzywilejowywać tych, którzy są z danym społeczeństwem zintegrowani. Część z nich, jak pokazała sprawa *Cassis*, można oczywiście kwestionować, choć właśnie trudno zaliczać do dyskryminacji, a wiele innych w ogóle trudno podważać, nawet jeżeli mogą budzić wątpliwości z perspektywy materialnej równości. Oczywiście stanowić to może asumpt do proponowania uwzględniania tego rodzaju obcych, ale unijnych interesów w procesie prawodawczym, nawet jeżeli nie mają one swojej demokratycznej legitymacji, ale wykracza to chyba poza standardowy zakres ochrony, jaki powinny zapewniać swobody, bez względu na to, jak szeroko byłaby ona konstruowana<sup>149</sup>.

Nie można przecież zarazem doprowadzić do założenia ekstremalnego, iż jeżeli tylko władze krajowe wprowadzają jakiegokolwiek regulacje i egzekwują je bez różnicowania ze względu na przynależność, to grozić to kwalifikacją jako dyskryminacja ze względu na domniemane odmienne oddziaływanie na „swoich” i „obcych”. Wydaje się więc przekonujące rozstrzygnięcie w sprawie *Chemical Farmaceuti*<sup>150</sup>, dotyczące preferencji podatkowej w przypadku alkoholu wytwarzanego naturalną fermentacją w stosunku do syntetycznego, który we Włoszech produkowany był w nieznacznych ilościach, a głównie pochodził z importu. Wynikało to jednak z rezygnacji z jego wytwarzania przez lokalnych producentów, a dopiero rezultatem tego jest ewentualne odmienne oddziaływanie na obcych. Niezależnie od uszanowania ważnych celów tego rozwiązania, uznano, iż trudno doszukiwać się tu dyskryminacji, skoro zarówno przeciwdziałało to importowi, jak i zniechęcało do rozwijania lokalnej produkcji, która nie była trudna technicznie.

---

<sup>149</sup> G. Davies, *Nationality Discrimination...*, s. 35–45.

<sup>150</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 14 stycznia 1981 r. w sprawie 140/79 *Chemical Farmaceutici SpA v. DAF SpA.*, Zb. Orz. 1981 00001.

O ile samo założenie absolutnej kontroli wszystkich środków krajowych jest bezpodstawne, o tyle opisane powyżej wyzwania, związane zwłaszcza z koniecznością dostosowania się do wymogów państwa przyjmującego, nie może pozostawić wątpliwości co do konieczności zmierzenia się z różnymi zagrożeniami dla realizacji swobód, także o charakterze powszechnie obowiązującym, które wymykają się zakazowi dyskryminacji. Sięgając do przykładu z orzeczenia Alpine widać zresztą, że często zdarza się, iż ich źródłem jest państwo pochodzenia beneficjenta, któremu trudno zarzucić jego złamanie. Wbrew odmiennym poglądom zakaz ten nie może być traktowany jako wyłączone remedium na ograniczenia rozwoju rynku wewnętrznego. Jest to zresztą następstwo traktowania swobód jako bardzo zaawansowanego instrumentu integracji, który cechuje się autonomiczną konstrukcją i z pewnością nie koncentruje jedynie na zapewnieniu równego traktowania. Stanowi ono oczywiście istotny gwarant ich realizacji, ale nie jedyny, co wynika chociażby z brzmienia postanowień traktatowych w tym zakresie, które skupiają się na ogólniejszym zakazie ograniczeń w „świadczeniu” czy „przepływie”, jak np. art. 56 czy 49. Znajduje to zarazem ideowe podłoże w rozpatrywanej na początku tej pracy idei wolności gospodarczej, co w imię rozwoju rynku i pozycji jednostki na nim musi implikować przynajmniej w pewnym zakresie możliwość zwalczania takich powszechnie obowiązujących barier, niezależnie od tego, czy noszą znamiona dyskryminacji, wykraczając ochroną poza jej zakres<sup>151</sup>.

Natomiast widzenie swobód jako praw podmiotowych dodatkowo wspiera dążenie do zagwarantowania bardziej uniwersalnego charakteru zapewnianej przez nie ochrony prawnej, która nie może być uzależniona od zaistnienia przejawów różnicowania ze względu na przynależność czy też wykazywania, że kontrolowany środek mieści się w zakresie często sztucznie poszerzonego rozumienia zakazu dyskryminacji. Trudno nie zgodzić się z tym zwłaszcza w dobie obywatelstwa oraz konstytucjonalizacji norm swobód, nadających im nowy wymiar, w świetle których przywiązanie do tego zakazu i ograniczanie ochrony wyłącznie do równouprawnienia musi wydawać się szczególnie anachroniczne. Sprzyja to zarazem ogólnej liberalizacji obrotu i może mieć szczególne znaczenie, gdy wymogi państwa przyjmującego ustanawiają wyższy standard ochronny. Należy jednak zdawać sobie sprawę, że właśnie wykraczanie poza dyskryminację jest „odpowiedzialne” za odwrotną dyskryminację, kiedy to korzystanie ze swobód pozwala

<sup>151</sup> Zob. H. Toner, *Non-Discriminatory Obstacles to the Exercise of Treaty Rights – Articles 39, 43, 49 and 18 EC*, „Yearbook of European Law”, 23, 2004, s. 275, ale w zasadzie cały artykuł jest temu poświęcony. Warto też zwrócić uwagę na artykuł: G. de Burca, *The Role of Equality in European Community Law*, [w:] *The Principle of Equal Treatment in European Community Law*, eds A. Dashwood, S. O’Leary, London 1997.



kwestionować także te ograniczenia, które są w pełni dopuszczalne wobec podmiotów krajowych<sup>152</sup>.

Nie ulega wątpliwości, że owa perspektywa obywatelska odcisnęła swoje piętno szczególnie na widzeniu swobód osobowych, w tym przepływu pracowników. Pozwoliło to łatwiej wykraczać poza kontrolę pośredniej i bezpośredniej dyskryminacji i usankcjonować ogólną możliwość realizacji nieskrępowanej, transgranicznej aktywności ekonomicznej, zapewniając właśnie o wiele dalej idącą ochronę oraz możliwość formułowania roszczeń nie tylko o równouprawnienie, ale wszelkie prawa niezbędne do realizacji poszczególnych gwarancji traktatowych<sup>153</sup>.

Także słynne orzeczenie w sprawie Bosman<sup>154</sup> znane jest nie tylko z zakwestionowania przez Trybunał limitów zawodników cudzoziemskich dopuszczonych do gry w rozgrywkach ligowych, lecz także z zasad transferów, które były równie dotkliwe dla wszystkich piłkarzy, całkowicie niezależnie od dyskryminacji. Pojawiało się tam wyrażenie stwierdzenie, że środki, które uniemożliwiają lub zniechęcają obywatela jednego z państw członkowskich do opuszczenia jego terytorium celem skorzystania ze swojego prawa do swobodnego przepływu, stanowią zakazaną przeszkodę, nawet jeżeli są egzekwowane bez względu na obywatelstwo zainteresowanych. W tej sprawie zresztą nie miało nawet znaczenia to, że podobne utrudnienia utrzymywano w przypadku transferów między klubami w ramach jednego państwa. Przypadki sportowców są w tym kontekście interesujące także dlatego, że często odnoszą się równoległe do realizacji kilku swobód osobowych, a więc zarówno przedsiębiorczości, jak i przepływu pracowników oraz świadczenia usług, potwierdzając wykraczanie poza standard zakazu dyskryminacji w ramach każdej z nich<sup>155</sup>.

Natomiast orzeczenie w sprawie Kraus<sup>156</sup> dotyczyło problemów z uznawaniem przez kraj macierzysty tytułów akademickich zdobytych przez własnego obywatela za granicą, które trudno kwalifikować jako dyskryminujące. Trybunał wskazał, że w świe-

---

<sup>152</sup> S. Besson, A. Utzinger, *Introduction: Future Challenges of European Citizenship – Facing a Wide-Open Pandora's Box*, „European Law Journal”, 13, 2007, nr 5, s. 584. Należy jednak przyznać, że są tacy, którzy uważają, że to zasada niedyskryminacji jest najwłaściwszym uosobieniem perspektywy konstytucyjnej – zob. G. Davies, *Nationality Discrimination...*, s. 15, 105–106.

<sup>153</sup> Zob. J. Shaw, J. Hunt, Ch. Wallace, *Economic and social law of the European Union*, Basingstoke 2007, s. 301.

<sup>154</sup> *Union royale belge des sociétés de football association ASBL v. Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA v. Jean-Marc Bosman i inni*, oraz *Union des associations européennes de football (UEFA) v. Jean-Marc Bosman* (C-415/93).

<sup>155</sup> Por. A. Arnall, *The European Union...*, s. 451; J. Snell, *And Then There...*, s. 52.

<sup>156</sup> *Dieter Kraus v. Land Baden-Württemberg* (C-19/92).

tle zarówno obecnego art. 45, jak i 49 przepisy rządzące tą dziedziną, nawet stosowane bez takiego różnicowania, są w stanie utrudnić czy też uczynić mniej atrakcyjnym korzystanie z gwarantowanych przez nie swobód i dlatego nie są automatycznie dopuszczalne w tych ramach i muszą podlegać kontroli dopuszczalności, która zależy od wykazania uzasadnionego celu takiego ograniczenia. To orzeczenie jest o tyle cenne, że sama regulacja krajowa, która doprowadziła zainteresowanego do niekorzystnej sytuacji, mogłaby być co do zasady kwalifikowana jako pośrednio dyskryminująca, gdyż to najczęściej obywatele innych państw członkowskich padają ofiarami tego rodzaju rozwiązań. W tym jednak przypadku – obywatela państwa, które wprowadziło takie rozwiązanie – kwalifikacja taka jest niedopuszczalna, co tylko dowodzi niemożności trzymania się założenia o jej samowystarczalności<sup>157</sup>.

Szczególnie interesujący wydaje się właśnie rozwój orzecznictwa w zakresie przedsiębiorczości, która zwykle koncentruje się na traktowaniu narodowym i pozbawiona jest elementu intensywnej mobilności, predestynującej do wykraczania poza ów standard celem ochrony przed barierami wynikającymi właśnie z różnic w wymogach nakładanych przez poszczególne systemy krajowe na aktywność ekonomiczną. Jednak w orzeczeniu *Komisja v. Belgia*<sup>158</sup> Trybunał wskazał, że nawet ta swoboda nie może być oparta wyłącznie na zapewnieniu traktowania narodowego, gdyż nie wyeliminowałoby to ograniczeń, które nie wynikają z braku miejscowej przynależności państwowej, a w szczególności stanowią następstwo powyższych różnic. Potwierdził zarazem, że o ile stwierdzenie zgodności z obecnym art. 49 implikuje zgodność z art. 18, o tyle już naruszenie art. 49 nie zawsze musi oznaczać pogwałcenie art. 18. Było to jedno z rozstrzygnięć budujących linię orzeczniczą obejmującą zakresem ochrony tej swobody wszelkie środki krajowe, nawet jeżeli są adresowane także do „miejscowych”, bo nie uchyla to automatycznie zagrożenia realizacji jej celów, a więc mogą one być kwalifikowane jako niezasadne bariery przedsiębiorczości<sup>159</sup>.

Rozwój tej linii dowiódł, że nie wystarczy podmiotom unijnym zapewnić równouprawnienia, należy jeszcze położyć nacisk na ogólny zakaz ograniczeń. Jej elementem stało się też orzeczenie w sprawie *Klopp*<sup>160</sup> kwestionujące klasyczne ograniczenie o charakterze niedyskryminującym, jakie stanowi wymóg posiadania jednej kancelarii

<sup>157</sup> G. Davies, *Nationality Discrimination...*, s. 81, próbuje właśnie podporządkować to kwalifikacji jako dyskryminacja.

<sup>158</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 12 lutego 1987 r. w sprawie 221/85 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Belgii*, Zb. Orz. 1987 00719.

<sup>159</sup> A.G. Toth, *The Oxford Encyclopedia of European Community Law*, vol. 2. *The Law of the Internal Market*, Oxford 2006, s. 333–334.

<sup>160</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 12 lipca 1984 r. w sprawie 107/83 *Ordre des avocats au barreau de Paris v. Onno Klopp*, Zb. Orz. 1984 02971.

przez adwokata. Natomiast analogicznie należy postrzegać dorobek słynnych orzeczeń dotyczących tzw. transgranicznej migracji spółek, jak np. *Centros* czy *Uberseering*<sup>161</sup>, które ocenia się jako sankcjonujące powszechny zakaz stosowania przeszkód w działalności, także w zakresie swobody przedsiębiorczości, niezależnie od wykazania takiego charakteru<sup>162</sup>.

Na tym tle nie powinno więc dziwić orzecznictwo wobec znanych z mobilności usług, które dążą do maksymalnego poszerzania zakresu kontroli. Już w orzeczeniu *Van Wesemael*<sup>163</sup> pojawiła się sugestia co do konieczności kontroli krajowych reguł niedyskryminujących. A na przykład z tzw. spraw przewodników turystycznych (jak *Komisja v. Francja*<sup>164</sup>) wynikało, że ówczesne art. 49 i 50 TWE miały chronić nie tylko przed dyskryminacją, lecz także innymi ograniczeniami swobody, a więc tymi, które wynikają z prowadzenia stałego przedsiębiorstwa w innym państwie członkowskim. Stąd też wykluczono uzależnianie prawa do wykonywania usług od przestrzegania wszelkich warunków, jakie należy spełnić w przypadku działalności stałej, uznając, iż w ten sposób gwarancje tej szczególnej swobody pozbawiono by praktycznej skuteczności<sup>165</sup>.

W znanym orzeczeniu w sprawie *Gouda*<sup>166</sup> Trybunał potwierdził, iż w przypadku braku harmonizacji ograniczenia swobody świadczenia usług mogą wynikać także z egzekwowania wymogów krajowych obowiązujących każdego prowadzącego stałe przedsiębiorstwo w danym państwie – wobec świadczących usługi z innego państwa, którzy już spełnili je w państwie pochodzenia. Wyraźnie nakazał zarazem na podstawie ich gwarancji traktatowych równoległą eliminację dwóch typów ograniczeń swobód, a więc obok dyskryminacji świadczących ze względu na przynależność lub siedzibę przedsiębiorstwa, także tych wynikających ze stosowania reguł krajowych dotyczących każdego na danym terytorium, jeżeli zainteresowany musiał już spełnić podobne wymogi w państwie stałej działalności. Wydane tego samego dnia orzeczenie w sprawie *Säger* nie pozostawiło wątpliwości co do rozciągnięcia ochrony na wszelkie środki, które nie opierają się na żadnej, nawet pośredniej formie dyskryminacji i są stosowane bez jakie-

---

<sup>161</sup> *Centros Ltd v. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen* (C-212/97).

<sup>162</sup> Por. A. Arnulf, *The European Union...*, s. 494 i nast. Zob. też J. Shaw, J. Hunt, Ch. Wallace, *Economic and social...*, s. 151.

<sup>163</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 18 stycznia 1979 r. w sprawach połączonych 110 oraz 111/78 *Ministère public i „Chambre syndicale des agents artistiques et impresarii de Belgique” ASBL v. Willy van Wesemael oraz inni*, Zb. Orz. 1979 35.

<sup>164</sup> *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Francuska* (C-154/89).

<sup>165</sup> M. Condinanzi, A. Lang, B. Nascimbene, *Citizenship of the Union...*, s. 172–176 – tu analiza wychodzenia poza zakaz dyskryminacji w zakresie przedsiębiorczości i usług.

<sup>166</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 25 lipca 1991 r. w sprawie C-288/89 *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda i inni v. Commissariaat voor de Media*, Zb. Orz. 1991 I-04007.

gokolwiek różnicowania ze względu na przynależność, jeżeli tylko mogłyby one unieźmożliwić lub utrudnić działalności gospodarczą podmiotu ustanowionego w innym państwie, gdzie legalnie świadczy usługi. Tu rzecznik generalny wskazał jako uzasadnienie, że nie byłoby słuszne, aby środek krajowy pozostał poza kontrolą wyłącznie z powodu braku takiego różnicowania, a zarazem nawet egzekwowanie powszechnie obowiązujących przepisów krajowych wobec usługodawcy z innego państwa może wymagać specjalnego usprawiedliwienia<sup>167</sup>.

Formuła Trybunału z tego ostatniego orzeczenia miała być następnie powtarzana w wielu orzeczeniach, by nie pozostawiać wątpliwości co do zakresu ochrony swobód<sup>168</sup>. Stąd wymogi krajowe mogą być uznane za naruszające te gwarancje, nawet jeżeli są stosowane powszechnie, bez zróżnicowania ze względu na przynależność, i nawet nie można im przypisywać intencji zapewnienia przewagi rynkowi krajowemu. Dla uruchomienia kontroli unijnej wystarczy, że są w stanie w szczególności wykluczyć, utrudnić lub uczynić mniej atrakcyjnym transgraniczne świadczenie usług, ale także korzystanie z innych fundamentalnych swobód bez obiektywnego uzasadnienia. Jest to w pełni zbieżne z brzmieniem orzeczenia w sprawie Gebhard, koncentrującego się głównie na przedsiębiorczości i usługach, które uznaje się za swoiste podsumowanie orzecznictwa w zakresie każdej działalności zawodowej w innym państwie członkowskim. Analogicznie wykluczony zostaje każdy środek krajowy, nawet niedyskryminujący, który skutkuje jakimkolwiek utrudnieniem przepływu kapitału wykonywanego zgodnie z Traktatem i może na przykład zniechęcać do inwestowania lub korzystania z kredytów w innych państwach członkowskich<sup>169</sup>.

Orzeczenie w sprawie Gebhard jest tym cenniejsze, że nie ogranicza się do konstatacji konieczności wykroczenia poza dyskryminację, lecz określa ogólne kryteria kontroli wszelkich środków krajowych, które noszą powyższe znamiona i mogą być nazywane niezasadnymi barierami, gdy do ich przestrzegania zmusza się podmioty unijne, co również wielokrotnie potem wykorzystywano. Stanowi to więc punkt wyjścia do

<sup>167</sup> L. Woods, *Free Movement...*, s. 196–197, analiza *Säger* (C-76/90). Zob. też E. Skrzydło-Tefelska, komentarz do art. 56..., s. 952–953.

<sup>168</sup> A.G. Toth, *The Oxford Encyclopedia...*, s. 336.

<sup>169</sup> Zob. *ibidem*, s. 362, oraz wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 23 lutego 1995 r. w sprawach połączonych C-358/93 oraz C-416/93. Postępowania karne przeciwko *Aldo Bordessa, Vicente Mari Mellado i Concepción Barbero Maestre*, Zb. Orz. 1995 I-00361 wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 6 czerwca 2000 r. w sprawie C-35/98 *Staatssecretaris van Financiën v. B.G.M. Verkooijen*, Zb. Orz. 2000 I-04071; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 26 września 2000 r. w sprawie C-478/98 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Belgii*, Zb. Orz. 2000 I-07587; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 4 czerwca 2002 r. w sprawie C-367/98 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Portugalska*, Zb. Orz. 2002 I-04731.

poszukiwania instrumentów ochrony, a więc bardziej uniwersalnej formuły zdolnej do objęcia wszelkich zagrożeń dla funkcjonowania rynku wewnętrznego, o ile oczywiście lekarstwem nie ma być rozszerzająca się harmonizacja. Formuła ta będzie analizowana w kolejnym punkcie<sup>170</sup>.

Natomiast w tym miejscu należy odnieść się jeszcze do specyfiki swobody przepływu towarów, która początkowo wydawała się najbardziej postępową, promując ogólny zakaz ograniczeń wtedy, gdy w ramach innych swobód dominowała jeszcze perspektywa badania różnicowania ze względu na przynależność. Dało się to zauważyć już w słynnym orzeczeniu znanym z formuły Dassonville, w którym nie ma bezpośredniego odwołania do dyskryminującego charakteru środka krajowego. Koncentrowała się ona na kontroli negatywnego wpływu tego środka na obrót wewnątrzspółnotowy i do stwierdzenia naruszenia obecnego art. 34 zbędne było wykazywanie różnicowania ze względu na pochodzenie<sup>171</sup>. Także w orzeczeniu w sprawie Gilli and Anders<sup>172</sup> Trybunał nie pozostawił wątpliwości, że nawet te reguły krajowe, które są stosowane bez różnicowania towarów krajowych i importowanych, nie mogą być uznane automatycznie za dopuszczalne i muszą podlegać kwestionowaniu właśnie dlatego, że mogą zagrażać realizacji swobody<sup>173</sup>.

Jak wiadomo jednak, ze względu na nadużywanie formuły Dassonville, została ona „poskromiona” w orzeczeniu w sprawie Keck, które było zarazem traktowane jako odbiegające od dorobku innych swobód i niejako restytuujące wyłączny standard niedyskryminacji w tej szczególnej „odpodmiotowionej” dziedzinie. Należało nawet stawić czoła poglądom, że formuła Keck nie była odstępstwem, lecz potwierdzeniem zmiany ogólnego trendu i powrotu do „źródeł”, a więc standardu niedyskryminacji, co powinno towarzyszyć ewolucji wszystkich swobód po chwilowych aberracjach. Miało to wynikać z przyjętego w tym orzeczeniu podziału regulacji państwa przyjmującego, wpływających na korzystnie z tej swobody – na wymogi wobec towaru, które są zakazane, o ile nie zostaną usprawiedliwione, oraz regulacje tzw. warunków sprzedaży na jego teryto-

---

<sup>170</sup> Zob. też wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 30 kwietnia 1986 r. w sprawie 96/85 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Francuska*, Zb. Orz. 1986 01475; i analizę A.G. Toth, *The Oxford Encyclopedia...*, s. 285–287.

<sup>171</sup> Por. J. Maliszewska-Nienartowicz, *Zasada proporcjonalności...*, s. 220.

<sup>172</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (druga izba) z dnia 26 czerwca 1980 r. w sprawie 788/79. Postępowanie karne przeciwko *Herbert Gilli i Paul Andres*, Zb. Orz. 1980 02071.

<sup>173</sup> Zob. W.-H. Roth, *Export of Goods and Services within the Single Market: Reflections on the Scope of Articles 29 and 49 EC*, [w:] *European Union Law for Twenty-First Century. Rethinking the New Legal Order*, vol. 2. *Internal Market and Free Movement Community Policies*, eds T. Tridimas, P. Nebbia, Oxford 2004, s. 35.

rium, w których zakresie utrzymuje ono znaczną autonomię, jeżeli tylko wymogi te nie rodzą skutków dyskryminujących<sup>174</sup>.

Pierwsza powyższa kategoria właśnie dlatego miała podlegać automatycznej kontroli, ponieważ implikując *dual burden*, rodziła z założenia taki skutek, jeżeli przyjmie się szerokie rozumienie dyskryminacji. Natomiast druga pozbawiona została tego rodzaju domniemania i uznano, że egzekwowanie miejscowych warunków sprzedaży, nawet jeżeli może to ograniczać obrót, nie jest traktowane jako naruszające obecny art. 34 TFUE, a więc wpływające negatywnie – pośrednio lub bezpośrednio, rzeczywiście bądź potencjalnie – pod warunkiem że dotyka towarów krajowych i obcych na danym rynku w taki sam sposób, zarówno co do faktu, jak i prawa. Jeżeli więc zakłada się, że warunki sprzedaży nie są kwestionowane, o ile wyraźnie nie stwierdzi się ich dyskryminacji, a wymogi wobec towaru z założenia dyskryminują, to tym samym można próbować dowodzić swoistego renesansu standardu równouprawnienia przynajmniej na gruncie przepływu towarów.

Orzeczenie to wywołało jednak ogromną falę analiz i komentarzy w literaturze, także bardzo krytycznych, nawet jeżeli trzeba zgodzić się z założeniem, że trudno ingerować w wybory krajowe dotyczące godzin otwarcia sklepów czy zakazu handlu w niedzielę, co było często analizowane w orzecznictwie. Wskazywano jednak słusznie, że nie jest to podział przejrzysty czy jednoznaczny, tym bardziej że mowa była o pewnych warunkach sprzedaży (*certain selling arrangements*), i w praktyce bywa trudny do przeprowadzenia, jak dowodzi chociażby problem kwalifikacji działalności promocyjnej<sup>175</sup>. Warto natomiast podkreślić, iż nadal nie znajduje powszechnej akceptacji teza o ponownym usankcjonowaniu wyłączności standardu zakazu dyskryminacji, gdyż np. zdaniem rzecznika generalnego Jacobsa, wyrażonym w późniejszym w stosunku do Kecka, ale także dotyczącym przepływu towarów, orzeczeniu Leclerc-Siplec<sup>176</sup> byłoby to sprzeczne z celami Traktatu<sup>177</sup>.

Przede wszystkim jednak nie wytrzymuje to próby już ze względu na rzeczywisty charakter *dual burden*, który zgodnie z wcześniejszymi rozważaniami sam nie może być jednoznacznie wiązany tylko z dyskryminacją. Równocześnie przynajmniej niektóre warunki sprzedaży nie różnią się aż tak znacznie co do skutków od wymogów

<sup>174</sup> Analiza formuły Kecka zob. A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo...*, s. 868 i nast.

<sup>175</sup> A. Arnall, *The European Union...*, s. 431

<sup>176</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (szósta izba) z dnia 9 lutego 1995 r. w sprawie C-412/93 *Société d'importation Edouard Leclerc-Siplec v. TF1 Publicité SA i M6 Publicité SA*, Zb. Orz. 1995 I-00179.

<sup>177</sup> M.P. Maduro, *Harmony and Dissonance...*, s. 56, pokazuje sporo przykładów dowodzących, że Trybunał kwalifikował środki niedyskryminujące jako naruszające obecny art. 34.

wobec towarów, aby traktować je odmiennie i jeszcze jedną z tych kategorii pozbawiać domniemania zakazanego różnicowania ze względu na przynależność. Jest to dostrzegalne tam, gdzie na przykład oczekuje się dostosowania do obowiązujących w państwie przyjmującym reguł w zakresie technik sprzedaży i marketingu, pomimo przestrzegania tych narzucanych w państwie pochodzenia<sup>178</sup>. Co istotniejsze, jak słusznie wskazał przywołany rzecznik generalny, przeszkody w handlu między państwami członkowskimi nie przestają być groźne tylko dlatego, że identyczne ograniczenia dotyczą towarów krajowych. Ujmując inaczej – również warunki sprzedaży mogą bardzo negatywnie wpłynąć na swobodę przepływu, przed czym niezbędna jest ochrona i staranna kontrola unijna, niezależnie od znamion dyskryminacji. Wydaje się, że tą właśnie drogą Trybunał podążał w późniejszych orzeczeniach, dokonując swoistego przemodelowania formuły Kecka czy też rozwiania wątpliwości co do jej charakteru oraz przyjmując w tym przypadku podejście zbliżone do pozostałych swobód, a więc realizując tym samym postulat konwergencji<sup>179</sup>.

Do jednego z najbardziej znanych przykładów w tym zakresie zalicza się orzeczenie *Gourmet International Products*<sup>180</sup> dotyczące szwedzkiego zakazu reklamy alkoholu niemalże we wszystkich mediach docierających do konsumentów. Miejscowe władze traktowały to jako klasyczną regulację warunków sprzedaży, która stosowana bez rozróżnienia wobec towarów krajowych i obcych nie może być kwalifikowana jako zakazane ograniczenie przepływu towarów. Poddanie kontroli Trybunału nastąpiło właśnie ze względu na ten skutek pozbawiający producentów i importerów możliwości skierowania przekazu reklamowego do konsumentów. Utrudniało to znacznie, jeżeli nie zamykało, dostęp do rynku nowych produktów, w tym oczywiście w dużej części unijnych, które szczególnie przed akcesją Szwecji do UE nie były tam obecne. Należy zważyć zwłaszcza na rolę, jaką w przypadku alkoholu odgrywają utrwalone nawyki miejscowych kupujących i ich przywiązanie do określonych marek, wymagające szczególnego wysiłku promocyjnego, który został właściwie sparaliżowany przez krajową regulację. Z pewnością też można rozważać, iż dotkliwość tego rozwiązania była o wiele większa w wypadku alkoholi zagranicznych, z którymi konsumenci są mniej obeznani, co zapewnia przewagę konkurencyjną tym znajdującym się w obrocie. Wydaje się jednak, że jego kwalifikowanie jako dyskryminacji ze względu na

---

<sup>178</sup> G. Davies, *Nationality Discrimination...*, s. 67.

<sup>179</sup> Por. *ibidem*, s. 69. Ale zob. też J. Snell, *And Then There...*, s. 51, który wydaje się nadal traktować Kecka i przepływ towarów jako szczególny, gdyż tylko w wypadku tej swobody wyklucza wykraczanie poza dyskryminację.

<sup>180</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (szósta izba) z dnia 8 marca 2001 r. w sprawie C-405/98 *Konsumentombudsmannen (KO) v. Gourmet International Products AB (GIP)*, Zb. Orz. 2001 I-01795.

przynależność oznaczałoby powrót do nadmiernie szerokiego ujmowania jej zakresu, którego z omówionych już przyczyn należałoby unikać<sup>181</sup>.

---

<sup>181</sup> Zwykle w tym kontekście przywołuje się jeszcze wcześniejsze orzeczenie w sprawie De Agostini (wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 9 lipca 1997 r. w sprawach połączonych C-34/95, C-35/95 oraz C-36/95 *Konsumentombudsmannen (KO) v. De Agostini (Svenska) Förlag AB (C-34/95) i TV-Shop i Sverige AB (C-35/95 i C-36/95)*, Zb. Orz. 1997 I-03843), w której ta przeszkoda w dostępie była jeszcze bardziej ewidentna.



## ROZDZIAŁ III

### ZAKAZ NAKŁADANIA BARIER

Ponieważ zgodnie z dotychczasowymi rozważaniami swobody rynku wewnętrznego nie są wyłącznie oparte na standardzie zakazu dyskryminacji, w tym miejscu należy rozważyć instrument ochrony wykorzystywany w zderzeniu z różnorodnymi środkami krajowymi zagrażającymi ich realizacji, nawet takimi jak sankcje karne<sup>182</sup>. Chodzi więc o konkretyzację treści zakazu dalej idącego i bardziej uniwersalnego – określanego jako zakaz nakładania czy też stosowania barier, który jednak co do metody kontroli działa na zasadzie zbliżonej do tradycyjnego zakazu dyskryminacji, a może być wykorzystywany w ramach gwarancji rynku wewnętrznego, służąc weryfikacji środków krajowych. Jest to tym bardziej uzasadnione, że wydaje się, iż mimo różnego okresu dochodzenia do jego stosowania w każdej ze swobód, na obecnym etapie rozwoju systemu i dzięki konwergencji ma on w miarę spójny charakter, przybierając już postać jednej, wspólnej formuły zastępującej dotychczasowe zbyt ograniczone. Rodzi się jednak problem nie tylko jego rozumienia ale i nadużywania, który wymaga rozważenia.

#### 1. ROZWÓJ ROZUMIENIA W ORZECZNICTWIE

Formuła uniwersalnego zakazu, oparta na *efet utile*, odwołuje się do tzw. *obstacles approach*, dążącego do eliminacji wszelkich barier w swobodnym przepływie, które zagrażają lub zniechęcają do korzystania ze swobód czy też stawiają w mniej korzystnym położeniu już nie ze względu na przynależność państwową, tylko właśnie zamiar aktywności transgranicznej. Badanie środków krajowych odeszło więc od weryfikacji, czy nie różnicują one ze względu na przynależność na rzecz systemowego podejścia, czy w ogóle nie ograniczają realizacji swobód jako takiej. Formuła ta ma charakter rozwojowy i przy wykorzystaniu szczególnego modelu wykładni, pozwala poddawać kontroli i kwestionować bardzo różnorodne środki krajowe ze względu na ich często dosyć potencjalny i odległy co do przedmiotu związek ze swobodami<sup>183</sup>.

<sup>182</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 29 lutego 1996 r. w sprawie C-193/94. Postępowania karne przeciwko *Sofia Skanavi i Konstantin Chryssanthakopoulos*, Zb. Orz. 1996 I-00929.

<sup>183</sup> H. Toner, *Non-Discriminatory...*, s. 281; M. Condinanzi, A. Lang, B. Nascimbene, *Citizenship of the Union...*, s. 129. Por. R.C. White, *Workers, Establishment...*, s. 191. Zob. też Á. Castro Oliveira, *Workers and other persons: Step-by-step from movement to citizenship*, „Common Market Law Review”, 39, 2002, nr 1, s. 87.

W tym kontekście zwykle przywołuje się jako niemalże źródłowe dwa orzeczenia prezentujące zbliżony sposób widzenia w dwóch reprezentacyjnych swobodach – nie tylko osobowych, a więc przepływu towarów i przepływu usług, tj. przywoływane już *Cassis* oraz *Van Binsbergen*<sup>184</sup>. Można założyć, że opierając się na założeniu niezdolności zakazu dyskryminacji do doprowadzenia do otwarcia rynków narodowych, orzeczenia te stanowiły punkt wyjścia do poszukiwania owego instrumentu umożliwiającego podważanie środków krajowych, które choć stosowane bez różnicowania ze względu na przynależność, były nie mniej niebezpieczne dla integracji na rynku wewnętrznym. Określane mianem przeszkód czy też barier w swobodnym przepływie zaczęły być traktowane jako naruszające gwarancje traktatowe, do których zwalczania musieli zostać uprawnieni uczestnicy obrotu, z równoczesnym wskazaniem jednak granic ingerencji wspólnotowej w autonomię regulacji państwowych. Należy więc tu jeszcze raz przywołać także takie orzeczenia jak *Gebhard* i *Bosman*, w których Trybunał nie pozostawił wątpliwości, że nie wystarczy, aby środek krajowy nie był dyskryminujący, gdyż w każdym przypadku może wymagać usprawiedliwienia koniecznością realizacji interesu ogólnego, jeżeli wpływa negatywnie na realizację swobód<sup>185</sup>.

Orzeczenie *Van Binsbergen* było szczególnie cenne, gdyż w jego stanie faktycznym brakowało nawet *dual burden*, którą jak już wskazano próbuje się kojarzyć z dyskryminacją. Tu natomiast kwestionowany środek krajowy z pewnością ograniczał, ale w żaden sposób nie naruszał zasady równości uzewnętrznionej w art. 18 TFUE. Rozstrzygnięcie to dotyczyło ewidentnej bariery zniechęcającej do korzystania ze swobód i uniemożliwiającej transgraniczne wykonywanie zawodu czy też represjonującej gorszym traktowaniem w porównaniu z tymi, którzy się od tego powstrzymali, ale właśnie bez gorszego traktowania ze względu na przynależność państwową. Chodziło bowiem o holenderskiego adwokata, który w trakcie procesu przed holenderskim sądem stracił możliwość reprezentowania swojego klienta tylko dlatego, że przeprowadził się do Belgii, a prawo krajowe wymagało rezydencji na macierzystym terytorium. Uznano natomiast, że tego rodzaju wymóg pozbawiłby obecny art. 56 TFUE całej jego skuteczności, godząc w samą istotę swobody świadczenia usług, której celem jest zniesienie wszelkich ograniczeń w tym zakresie, jakie mogłyby dotknąć podmioty ustanowione w państwie innym niż odbiorca.

Przykładem środka podobnego, pozbawionego skutku podwójnego obciążenia, pochodzącego jednak od innego państwa, było orzeczenie w sprawie *CaixaBank Fran-*

<sup>184</sup> *Johannes Henricus Maria van Binsbergen v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid* (33/74).

<sup>185</sup> R.C. White, *Workers, Establishment...*, s. 194–199. Co do barier w zakresie swobody świadczenia usług zob. też L. Woods, *Free Movement...*, s. 194–197.

cja<sup>186</sup>. Dotyczyło ono w szczególności zakazu oprocentowania depozytów a vista przez banki we Francji, co zakwalifikowano jako przeszkodę w swobodzie przedsiębiorczości, gdy dotyka podmioty unijne, nawet jeżeli nie wyłącza dostępu do rynku krajowego. Z pewnością bowiem uniemożliwiałoby to nowym bankom zastosowanie środków bardzo ułatwiających pozyskanie klientów i zdobycie odpowiedniej pozycji na rynku bardzo konkurencyjnym oraz trudnym ze względu na ich przyzwyczajenia i niechęć do zmiany. Natomiast w orzeczeniu *Komisja v. Dania (C-464/02)*<sup>187</sup> Trybunał zakwestionował duńskie przepisy zakazujące miejscowym rezydentom korzystania z samochodów służbowych zarejestrowanych poza Danią celem zapobiegania unikania wysokich podatków od nabycia samochodu. O ile generalnie mogło wydawać się to zasadne, rozdziło bardzo negatywne skutki w przypadku pracodawcy z innego państwa członkowskiego, który zamierzał zatrudnić taką osobę, powierzając jej pojazd do wykonywania obowiązków zawodowych. Mimo braku znamion dyskryminacji godziło to w swobodę przepływu pracowników, zniechęcając pracodawcę – wynikającymi z tego wyższymi kosztami lub możliwością zaoferowania niższego wynagrodzenia – do zatrudnienia Duńczyków, nawet gdyby zamieszkując nadal w Danii, mieli wykonywać pracę poza terytorium tego kraju.

W tym miejscu niewątpliwie godzi się przywołać jeszcze wspomniane już orzeczenie w sprawie *Säger*, dotyczące uznawanego za klasyczne ograniczenia zaliczanego do barier. Jego przedmiotem było zastrzeżenie w przepisach niemieckich dla rzeczników patentowych lub adwokatów prawa wspomaganie uprawnionych z patentów w zakresie kontroli terminów opłat patentowych i ich ewentualnego uiszczenia. Nie wymagała ona niewątpliwie szczególnych kwalifikacji i dlatego w prawie innych państw członkowskich brak było takiego zastrzeżenia. Pozwalało to świadczyć usługi w tym zakresie, np. w Wielkiej Brytanii, także innym podmiotom, których dostęp do rynku niemieckiego wydawał się jednak zamknięty na powyższej podstawie, przy czym przepis ten wprowadzał ograniczenie powszechnie obowiązujące – także podmioty niemieckie, a więc właśnie bez znamion różnicowania ze względu na przynależność. Istnienie takiej niedyskryminującej bariery stanowiło dla Trybunału asumpt do założenia, że prawo wspólnotowe wymusza nie tylko eliminację środków dyskryminujących usługodawców ze względu na pochodzenie państwowe, ale także usunięcie wszelkich innych ograniczeń. Ich zakwestionowanie nie wymaga wykazania gorszego traktowania w porównaniu z krajowymi usługodawcami, o ile tylko dany środek jest w stanie uniemożliwić lub w jakikolwiek sposób utrudnić wykonywanie usług, które ktoś już świadczy zgodnie

---

<sup>186</sup> *CaixaBank France v. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie (C-442/02)*.

<sup>187</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (pierwsza izba) z dnia 15 września 2005 r. w sprawie *C-464/02 Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Danii*, Zb. Orz. 2005 I-07929.

z prawem państwa pochodzenia i następnie chciałby rozszerzyć zakres terytorialny tego świadczenia<sup>188</sup>.

Warto zarazem zauważyć, że taki szeroko ujęty zakaz ograniczeń w dostępie do innego rynku krajowego skuteczniej może „zarządzać” problemem różnic w systemach prawnych państw członkowskich, wspierając nie tylko eliminację przeszkód, które są bezzasadne już ze względu na spełnienie wymogów państwa pochodzenia, zapewniających ochronę określonego dobra w stopniu zbliżonym do państwa przyjmującego. Wydaje się, że zdolność kwestionowania wszystkiego, co utrudnia swobody, może rozciągać się także na domaganie się przez państwo przyjmujące wykazania równoważności owych wymogów jako niemalże formalnego warunku dopuszczenia do jego obrotu krajowego, jeżeli wzajemne uznanie niekoniecznie bywa absolutne, lecz raczej ograniczone do tych przypadków, gdy państwo pochodzenia gwarantuje analogiczny poziom ochrony tego dobra. Natomiast w świetle swoistego domniemania ogólnej niedopuszczalności środków krajowych godzących w przepływ to pierwsze państwo nie powinno raczej odmawiać dostępu unijnym czynnikom produkcji tylko dlatego, że poziom ów jest niższy lub ochrona nie istnieje, o ile nie stwarzają one realnego zagrożenia. Jest to więc odwrócenie założenia, na rzecz nakazu dowiedzenia niezbędności każdego wymogu państwa przyjmującego, nawet jeżeli system państwa pochodzenia jest zupełnie inny i równoważności takiej nie zapewnia. Stanowiłoby to dodatkowe uzasadnienie dla stosowania zasady proporcjonalności w tym kontekście, o czym mowa była w części drugiej niniejszej rozprawy<sup>189</sup>.

Niewątpliwie, zwłaszcza tam gdzie wiązało się to ze statusem osób, wpływ na to nowe, bardziej uniwersalne spojrzenie miało obywatelstwo UE, które przyczyniało się do kształtowania generalnego, przenikającego wszystkie swobody ogólnego prawa ekonomicznego o charakterze wolnościowym, a nie tylko równościowym, przysługującego ich beneficjentom, nie podważającego oczywiście uprawnień szczególnych wynikających z każdej z nich. Jako gwarancja natury konstytucyjnej wymusza zupełnie inną optykę niż niedyskryminacja i pozwala domagać się eliminacji wszelkich barier oraz przyznania wszelkich możliwych uprawnień już nie ze względu na to, że nie dotyczą one lub przysługują „miejscowym”, lecz także dlatego, aby prawo to udało się realizować skutecznie. Jest to więc swoiste prawo podmiotowe do swobodnego przepływu jako takiego czy też „mobilności” w całej Unii o najszerszym możliwym zakresie i niemalże wolnego od ograniczeń, które umożliwia dochodzenie roszczeń daleko wykraczających

---

<sup>188</sup> Zob. też komentarz L. Woods, *Free Movement...*, s. 212–213.

<sup>189</sup> Por. R.C. White, *Workers, Establishment...*, s. 192.

poza równouprawnienie, zwłaszcza w zakresie działalności zawodowej w dowolnym charakterze, inwestowania kapitału czy obrotu towarowego<sup>190</sup>.

W konsekwencji zamiast badania różnicowania ze względu na przynależność formuła ta koncentruje się na ustaleniu ewentualnie negatywnego oddziaływania na ustanowienie i funkcjonowanie rynku wewnętrznego i realizację jego swobód – co do faktycznych skutków i w ujęciu funkcjonalnym. W takim kontekście też pojawia się możliwość żądania nieskrępowanego dostępu do całego rynku unijnego i jego wszystkich części niejako bez względu na regulacje miejscowe, o ile nie ma szczególnie ważnych przesłanek do jego poskromienia. Wymaga to więc szczególnej ochrony oraz jeszcze bardziej osłabia możliwość utrzymywania jakichkolwiek ograniczeń czy też przeszkód, a więc musi mieć daleko idący efekt liberalizacyjny. Pozwala to zarazem zrozumieć kwalifikację znaną z orzeczenia w sprawie *Bosman*, która za zakazane bariery uznaje regulacje krajowe uniemożliwiające lub zniechęcające do korzystania ze swobód<sup>191</sup>.

W związku z tym należy szczególnie „docenić” także ową konstrukcję zakazu zniechęcania, która przewijała się w różnych miejscach niniejszej rozprawy, gdyż generalnie pozwala ona napiętnować bardzo różnorodne niedyskryminujące środki krajowe nawet o oddziaływaniu czysto potencjalnym. Zalicza się do niej chociażby omawiane już promowanie sprzedaży produktów krajowych, co uznano za niedopuszczalne, mimo że mające wynikać stąd zniechęcanie do zakupów towarów obcych przyniosło skutek

<sup>190</sup> Zob. D. Doukas, *Untying the market...*, s. 191; S. Weatherill, *After Keck: Some Thoughts on How to Clarify the Clarification*, „Common Market Law Review”, 33, 1996, nr 5, s. 887, 896, też wskazywał na to, że nie wystarczy, aby środek krajowy stosował się „equally in law and in the fact to all goods or services”. Por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 27 stycznia 2000 r. w sprawie C-190/98 *Volker Graf v. Filzmoser Maschinenbau GmbH*, Zb. Orz. 2000 I-00493; *Société d'importation Edouard Leclerc-Siplec v. TF1 Publicité SA i M6 Publicité SA* (C-412/93) i *Alpine Investments BV v. Minister van Financiën* (C-384/93); A. Somek, *Solidarity decomposed: being and time in European citizenship*, „European Law Review”, 32, 2007, s. 793.

<sup>191</sup> Zob. *Union royale belge des sociétés de football association ASBL v. Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA v. Jean-Marc Bosman i inni*, oraz *Union des associations européennes de football (UEFA) v. Jean-Marc Bosman* (C-415/93); por. J. Shaw, J. Hunt, Ch. Wallace, *Economic and social...*, s. 153, s. 302; też M. Condiñanzi, A. Lang, B. Nascimbene, *Citizenship of the Union...*, s. 176; oraz wyrok Trybunału Sprawiedliwości (piąta izba) z dnia 15 stycznia 2002 r. w sprawie C-439/99 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Włoska*, Zb. Orz. 2002 I-00305; wyrok Trybunału Sprawiedliwości (piąta izba) z dnia 21 marca 2002 r. w sprawie C-298/99 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Włoska*, Zb. Orz. 2002 I-03129 – przykłady ograniczeń zagrażających tym, że realizacja swobody będzie trudniejsza. Zob. jeszcze wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 17 czerwca 1997 r. w sprawie C-70/95 *Sodemare SA, Anni Azzurri Holding SpA i Anni Azzurri Rezzato Srl v. Regione Lombardia*, Zb. Orz. 1997 I-03395. G. Davies, *Nationality Discrimination...*, s. 70–78, traktuje *Bosmana* jako swoisty „wypadek przy pracy”, nie chcąc zgodzić się z tak daleko idącym odejściem od zakazu dyskryminacji.

odwrotny do zamierzonego, gdyż popyt na te pierwsze wcale nie wzrastał<sup>192</sup>. Do najbardziej znanych należy natomiast linia orzecznicza dotycząca tzw. złotych akcji, w której napiętnowano szczególne przywileje skarbu państwa w wielu krajach członkowskich w różnych spółkach krajowych, jak we wspomnianym już Volkswagenie, m.in. ze względu na to, iż miało to odstręczać inwestorów unijnych od korzystania w tym zakresie ze swobody przepływu kapitału<sup>193</sup>.

Natomiast środki pochodzące z kraju macierzystego, które uderzają we własnych przynależnych, są godne uwypuklenia ze względu na powszechność ich napiętnowania w orzecznictwie, co było już zresztą omawiane w kontekście wymogu elementu transgranicznego. Jako takie stanowią zarazem najbardziej ewidentne ujawnienie niezależności konstrukcji barier od zakazu dyskryminacji, zwłaszcza w przypadku swobód osobowych. Działania państwa przyjmującego, utrudniające dostęp do swojego rynku, niejako „na siłę” próbowano wtłoczyć w jej schemat ze względu na owo pochodzenie z zewnątrz, powodujące utrudnienia w aktywności ekonomicznej. Tak zdarzyło się chociażby w sprawie Gourmet, której stan prawny trudno obecnie traktować inaczej niż zakazana bariera oderwana od kwalifikacji jako różnicowanie ze względu na przynależność. Jeżeli natomiast w tej samej kategorii pojawiają się wspomniane powyżej rozwiązania pozbawione *dual burden*, a zwłaszcza środki państwa pochodzenia adresowane wobec własnych obywateli, a nie dyskryminujące obcych, samoistność wspomnianej konstrukcji nie może już budzić wątpliwości.

Taka jest też wymowa orzeczenia w sprawie Van Birsbergen oraz przywoływanego wcześniej Kraus piętnujących zniechęcanie do realizacji swobody przedsiębiorczości oraz świadczenia usług. Warto również przypomnieć sprawę Koblera, gdzie wyraźnie pozbawiano nauczycieli akademickich dodatku stażowego, jeżeli wykazywali się pracą za granicą czy Kranemann<sup>194</sup> dotyczącą niemieckich zasad zwrotu aplikantom kosztów praktyki zagranicznej – na poziomie nie wyższym niż w przypadku praktyki krajowej. Trybunał uznał to za niedopuszczalne właśnie dlatego, że zniechęcało do wyjazdów, nawet jeżeli stanowiło to osobisty wybór prawnika, który chciał zdobyć doświadczenie w innej kulturze prawnej<sup>195</sup>.

<sup>192</sup> *Komisja Wspólnot Europejskich v. Irlandia* (249/81).

<sup>193</sup> A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo...*, s. 954 i nast.

<sup>194</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (pierwsza izba) z dnia 17 marca 2005 r. w sprawie C-109/04 *Karl Robert Kranemann v. Land Nordrhein-Westfalen*, Zb. Orz. 2005 I-02421.

<sup>195</sup> L. Mitrus, komentarz do art. 45, [w:] *Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej...*, t. 1, s. 790 i nast., podaje wiele przykładów orzeczeń dotyczących środków niedyskryminujących, które zniechęcały do korzystania ze swobód.

Relacja z własnym państwem każe pochylić się zarazem nad zagadnieniem tzw. ograniczeń eksportowych i w tym kontekście warto przypomnieć odmienność traktatowej regulacji swobody przepływu towarów w stosunku do pozostałych swobód. Gwarantują one oczywiście zakaz ograniczeń, ale bez wyraźnego uwypuklenia jego obowiązywania także w wywozie, podczas gdy zakazowi ograniczeń ilościowych w tym zakresie poświęcono cały osobny artykuł 35 TFUE, stanowiący odpowiednik regulacji dotyczących przywozu z art. 34. Jednak dorobek orzecznicy okazuje się tu dużo skromniejszy, co wynika chociażby z mniejszej skali wyzwań, gdyż państwa UE raczej chronią narodowe rynki przed napływem obcych towarów, a ewentualne ograniczenia eksportowe koncentrują się na tych strategicznych, deficytowych, dobrach kultury oraz ochronie wysokiej reputacji marki krajowej na świecie. Przepis ten jest jednak wystarczający do zwalczania różnorodnych barier w wywozie, szczególnie administracyjnych, takich jak zezwolenia, licencje czy kontrole, oraz wszelkich środków, które powodują gorsze traktowanie eksportu niż sprzedaży wewnątrz krajowej, a więc różnicują miejscowe towary lub sprzedawców ze względu na ich przeznaczenie – na rynek lokalny lub unijny, na niekorzyść tych ostatnich. Uważa się, że na jednolitym rynku sprzedaż do innej jego części położonej za granicą kraju macierzystego nie powinna podlegać żadnym innym wymogom niż obowiązujące w obrocie w ramach jednego państwa, który nie powinien być uprzywilejowany.

Warto jednak zauważyć, że w zakresie eksportu towarów ochrona przestaje jedynie na tych środkach, których szczególnym celem bądź skutkiem jest ograniczanie wywozu oraz owa odmienność traktowania kierunku dystrybucji. Nie sięga więc tak daleko jak przewidziano w formule Dassonville i Cassis de Dijon, które pozwalają kwestionować powszechnie obowiązujące ograniczenia, o ile tylko występuje element transgraniczny. Państwa członkowskie nie zostały bowiem pozbawione kompetencji do autonomicznej regulacji ogólnych wymogów produkcji i sprzedaży towarów wytwarzanych na własnym terytorium, o ile oczywiście w danej dziedzinie nie doszło do harmonizacji na poziomie unijnym, a muszą powstrzymywać się z ich egzekwowaniem tylko wobec towarów unijnych. Jeżeli więc wprowadzają nawet bardzo restryktywne reguły, które uderzają m.in. w możliwość sprzedaży za granicą, ale są egzekwowane bez wskazanego różnicowania, nie uznaje się ich raczej za sprzeczne z art. 35 TFUE<sup>196</sup>.

Tym istotniejsze znaczenie przypisywać należy wspomnianemu rozwojowi swobód, zwłaszcza w dziedzinie usług, których mobilność pozwala na eksport bardzo przypominający wywóz towarów, chociaż oczywiście zdeterminowany odmiennością niematerialnego charakteru. Nie został on przewidziany w Traktacie, ale stał się dorobkiem

---

<sup>196</sup> A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo...*, s. 791–794.

orzecznictwem, czego chyba najsłynniejszym przejawem stało się rozstrzygnięcie w sprawie Alpine Investment dotyczące właśnie ograniczeń nakładanych przez kraj macierzysty na przedsiębiorcę starającego się oferować swoje usługi odbiorcom w innych państwach członkowskich. W tej swobodzie zakaz ograniczeń okazuje się szerszy niż w przypadku towarów i nie koncentruje się jedynie na gorszym traktowaniu wywozu, stając się właściwie lustrzanym odbiciem ochrony przysługującej w przywozie. Obie sfery aktywności nie są bowiem różnicowane, a gwarancje swobodnego świadczenia usług mają być analogiczne w przypadku utrudnień nakładanych przez państwo przyjmujące oraz pochodzenia. Kontroli i konieczności ewentualnego usprawiedliwienia podlega każdy środek krajowy, oczywiście także niedyskryminujący, jeżeli może wywołać negatywny wpływ na świadczenie – niemalże pośrednio lub bezpośrednio, rzeczywistość bądź potencjalnie. Sięga to tak daleko jak w omawianej już sprawie Carpenter, w której wydalenie małżonki przez władze kraju macierzystego miało utrudniać to świadczenie w innych państwach członkowskich, gdzie związek pomiędzy „ograniczeniem” kraju macierzystego a korzystaniem z transgranicznej swobody uznać należy za szczególnie incydentalny, a gwarancje samej swobody za niemalże wolne od wszelkich utrudnień i reglamentacji<sup>197</sup>.

Zresztą z tej perspektywy można też oceniać stan faktyczny w sprawie Gourmet, gdyż powszechnie obowiązujące i niedyskryminujące krajowe ograniczenia reklamy alkoholu mają istotny negatywny wpływ także na możliwości eksportu usług, a więc oferowania przestrzeni reklamowej reklamodawcom z innych państw członkowskich. Nawet jeżeli uderzało to w swobodę świadczenia przewidzianą w art. 56 TFUE niejako jedynie „przy okazji”, okazało się wystarczające do zakwestionowania ograniczeń eksportowych, co może przypominać bardzo twórcze poszerzenie zakresu tej gwarancji w relacjach z innym państwem członkowskim w omawianym już orzeczeniu w sprawie Cowan. Natomiast normy krajowe oceniane w orzeczeniu ARD można nawet porównywać do wymogów wobec sprzedaży znanych z orzeczenia Keck, gdyż ograniczały one ilości reklam, jaka może przerywać film nadawany w telewizji, co ma niebagatelne znaczenie w przypadku przekazu transgranicznego<sup>198</sup>. Można by nawet uznać, iż potwierdza to niemożność automatycznego przenoszenia klasyfikacji wprowadzonej w tej formule na inne swobody, niezależnie od tego, w jakim stopniu jest ona jeszcze aktualna w ramach samego przepływu towarów. Równocześnie nie pozostawia to wątpliwości, jak

<sup>197</sup> W.-H. Roth, *Export of Goods...*, s. 35–46, omawia różnice między swobodą przepływu towarów i usług w tym zakresie.

<sup>198</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 5 października 2000 r. w sprawie C-376/98 *Republika Federalna Niemiec v. Parlament Europejski i Rada Unii Europejskiej*, Zb. Orz. 2000 I-08419.



szeroko może być przeprowadzana kontrola środków krajowych z zastosowaniem zakazu stosowania barier.

Wydaje się, że również pozostałe swobody osobowe należałoby traktować równie szeroko i w tym kontekście za bardzo cenne uznaje się orzeczenie w sprawie Bosmana, gdyż stanowiące jego przedmiot ograniczenie transferów piłkarskich nie koncentrowało się na transgranicznym przepływie piłkarzy i nie utrudniało go w sposób szczególny. Nie można było bowiem stwierdzić gorszego traktowania tylko dlatego, że transfer nie odbywał się w ramach jednego państwa, gdyż nawet w takim przypadku zmiana klubu limitowana była analogicznie. Jest to więc najbardziej powszechnie obowiązująca regulacja limitująca ogólnie pojętą wolność wyboru handlu i zawodu, a jednak pomimo braku jakichkolwiek znamion różnicowania okazała się niedopuszczalną barierą. Cokolwiek analogiczny wydaje się zakwestionowany w omawianej już sprawie Klopp zakaz posiadania drugiej kancelarii przez adwokata. Zamiarem tych zakwestionowanych przepisów nie było pozbawienie tej możliwości właśnie celem ograniczenia aktywności transgranicznej. Z pewnością ustanowienie kancelarii za granicą byłoby dla palestry łatwiejsze do zaakceptowania jako niezwiązane z miejscowym „rynkiem” świadczenia pomocy prawnej. Jest to więc ponownie środek ogólnie ograniczający możliwość wykonywania zawodu, który w żaden sposób nie różnicuje nie tylko „swoich” i „obcych”, ale nawet obrotu wewnątrz krajowego oraz wewnątrz wspólnotowego.

Na zakończenie tego punktu warto jeszcze rozważyć, czy oba omówione dotąd zakazy należy traktować jako odrębne filary zapewniające skuteczność systemu swobód czy też uznać, że zakaz stosowania barier jest po prostu bardziej uniwersalny i tym samym obejmuje swoim zakresem każdy ich rodzaj, łącznie z ewentualnymi barierami dyskryminującymi. To drugie rozwiązanie wydaje się zasadne wtedy, gdy chodzi o zbiorcze przedstawienie instrumentów ochrony i formułowanie swoistego testu kontroli, w którym najpierw bada się środek krajowy, czy nie różnicuje ze względu na przynależność, a następnie dodatkowo weryfikuje się jego ogólny ograniczający wymiar. Istnieją jednak poważne argumenty, aby ów wyglądający na *stricte* historyczny podział nadal respektować, i to nie tylko z powodów czysto utylitarnych, a więc ograniczonego katalogu przesłanek pozwalających usprawiedliwić środki dyskryminujące. W ujęciu systemowym oba zakazy mają bowiem zupełnie inne umocowanie koncepcyjne i w szczególności nie należy dezawuować roli zasady równości jako ogólnej zasady prawa oraz gwaranta obywatelstwa UE, nawet jeżeli w praktyce jest ona stosowana w prawie rynku wewnętrznego w szczególny sposób<sup>199</sup>.

---

<sup>199</sup> Te relacje rozważa R.C. White, *Workers, Establishment...*, s. 205–207.

Równe traktowanie rządzi się swoistymi regułami, które nie mogą być bezpośrednio przełożone na zakaz barier, zwłaszcza że nie wymuszają zmian na poziomie wyborów natury politycznej, jakich dokonują władze krajowe, lecz jedynie zapewniają podmiotom unijnym analogiczny do krajowych status. Nie ma zresztą powodu, aby podważać znaczenie art. 18 TFUE i rezygnować z jego stosowania, zwłaszcza że w praktyce stanowi on dogodną podstawę nie tylko kwestionowania różnych środków, lecz także domagania się przyznania pozytywnych uprawnień, o ile tylko przysługują miejscowym. Natomiast podstawowym celem zakazu barier okazuje się poskramianie ogólnych kompetencji regulacyjnych państw członkowskich, łącznie z nawet daleko idącym korygowaniem owych wyborów, jeżeli godzą w rynek wewnętrzny. Dlatego też ma on skrajnie negujący charakter, oparty na eliminacji niewłaściwych rozwiązań krajowych, a nie kreowaniu pozytywnego statusu prawnego podmiotów zainteresowanych<sup>200</sup>.

## 2. ZAKRES BARIER I JEGO ZAGROŻENIA

Biorąc pod uwagę przedstawiony rozwój dorobku orzeczniczego, kluczowego znaczenia nabiera dokładniejsze zdefiniowanie pojęcia ograniczeń objętych zakazem stosowania barier, wykraczające poza ogólne brzmienie traktatowe, oraz konkretyzacja warunków, na jakich tzw. środek krajowy okazuje się niedopuszczalny. W praktyce okazało się to jednak bardzo trudnym wyzwaniem, nawet jeżeli nadanie takiej kwalifikacji nie jest równoznaczne z wykluczeniem stosowania środka ze względu na rozbudowaną kategorię dopuszczalnych wyjątków i ograniczeń oraz znaczenie zasady proporcjonalności w ich stosowaniu, co będzie jeszcze poruszone w tym punkcie. Dochodzi jeszcze oczywiście perspektywa ewentualnej harmonizacji na poziomie unijnym, w ramach której tego rodzaju reglamentacja może okazać się zasadna, ale to już nie mieści się w zakresie mechanizmu swobód jako takiego<sup>201</sup>.

Zgodnie z podstawowymi założeniami celem zakazu barier powinna być natomiast ochrona przed tym, co godzi w swobodny przepływ i ustanowienie rynku wewnętrznego, a więc dla wykazania ewentualnej bezprawności środka wymagane musi być wykazanie negatywnego wpływu na obrót transgraniczny na rynku wewnętrznym. Z pewnością będzie to miało miejsce w przywoływanym już przypadku gorszego traktowania nie ze względu na przynależność, lecz właśnie korzystanie ze swobód, a więc kiedy dany środek krajowy nie dotyka tych, którzy poprzestają na aktywności czysto wewnątrz krajowej, bez elementu transgranicznego. Generalnie natomiast kwalifikacja

---

<sup>200</sup> Zob. L. Woods, *Free Movement...*, s. 214.

<sup>201</sup> J. Snell, *And Then There...*, s. 50.

ta stanowi poważne wyzwanie już na poziomie metody, gdyż możliwe są różne modele analizy, począwszy od propozycji, aby nie pozostawiać jej każdorazowo sądowym rozstrzygnięciom *ad casum*, tylko dokonać odgórnej kategoryzacji ułatwiającej stosowanie prawa w tym zakresie. Nawet jeżeli jednak może ona wydawać się interesująca, to biorąc pod uwagę praktyczne trudności, jakie przynosiło stosowanie formuły Kecka, opartej na takim właśnie założeniu, trudno byłoby ją zrealizować, zważywszy zwłaszcza na kreatywność władz krajowych w wynajdywaniu kolejnych środków godzących w rynek wewnętrzny.

Co do samego modelu, wydaje się zarazem, że przyjęcie perspektywy funkcjonalnej i efektywnościowej powoduje, że w ocenie środka dominować powinna analiza ekonomiczna wpływu na funkcjonowanie rynku, co spotyka się jednak z zarzutami mało prawniczego podejścia oraz zbyt małej przewidywalności z perspektywy formalnoprawnej. Są one oczywiście nie do uniknięcia w kontekście specyfiki procesu integracji, tak jak kwestionowanie skutku deregulacyjnego, stanowiącego naturalne następstwo możliwości podważania różnych regulacji krajowych. Pojawia się również propozycja widzenia odbiegającego od powyższej skali makro, a więc przez pryzmat indywidualnych praw podmiotowych i wolności jednostki, tj. wpływu ewentualnych restrykcji na jej skonkretyzowaną sytuację prawną oraz relacje z władzą publiczną i innymi uczestnikami obrotu. Jednakże w kontekście integracji unijnej obie te perspektywy nie muszą być traktowane jako przeciwstawne, gdyż doskonale się uzupełniają, zwiększając tylko skuteczność kontroli środków krajowych<sup>202</sup>.

Równocześnie, powód, dla którego sprawa okazuje się szczególnie złożona, kryje się w częstej przynależności powyższych środków krajowych do zakresu, który państwo ma prawo uważać za podlegający jego wyłącznym kompetencjom – albo ze względu na element autonomicznych wyborów polityki gospodarczej, albo nawet np. karanie za posiadanie narkotyków, co było przedmiotem orzeczenia w sprawie Calfa. Wymaga to szczególnej ostrożności w przesądzaniu o możliwości unijnej ingerencji w takim obszarze jako zagrażającej państwowi, ale z drugiej strony także o ewentualnej milczącej akceptacji środków zagrażających integracji wyłącznie z powodu takiego formalnego przyporządkowania. Z tych dwóch przeciwstawnych zagrożeń z większą troską system unijny wydaje się traktować jednak interes ponadnarodowy. Stąd cechą szczególną tego systemu jest poddawanie starannej kontroli środków o jak najszerszym zakresie i doszukiwanie się jakichkolwiek związków ze swobodami czy też wpływu na ich realizację, aby w następstwie kwalifikować je właśnie jako bariery. Dlatego trudno nie zauważać, iż pomimo, że związki te okazują się częstokroć nader odległe, to jednak wystarczające

---

<sup>202</sup> Różne podejścia analizuje właśnie G. Davies, *Nationality Discrimination...*, s. 53–56.

dla podporządkowania owej kontroli, co stanowi także funkcję bardzo otwartego podejścia wykładni orzeczniczej do zakresu swobód.

Warto przypomnieć, że w omawianym już orzeczeniu Cowan w zakresie swobody świadczenia usług Trybunał „umieścił” brytyjskiego turystę w Paryżu jako unijnego usługobiorcę, mimo iż znajdował się w tak odległej od tego zakresu sytuacji, jak bycie ofiarą rabunku w trakcie zwiedzania miasta. Następnie okazało się, iż środkiem krajowym, który ma wystarczający dla uzyskania ochrony wspólnotowej wpływ na korzystanie z tej swobody, stała się odmowa przyznania świadczenia ze specjalnego funduszu przysługującego francuskim ofiarom przestępstw, mimo iż ówczesnie nie było to zupełnie regulowane przez prawo UE. W sprawie Bickel, na podobnej zasadzie, wpływ ten stwierdzono w odmowie posługiwania się w postępowaniu karnym swoim językiem przez niemieckojęzycznego kierowcę, którego zatrzymano za nielegalne posiadanie broni we Włoszech. Natomiast w sprawie Carpenter był to nakaz opuszczenia przez obywatelkę państwa trzeciego terytorium Wielkiej Brytanii tylko dlatego, że może on uniemożliwić jej unijnemu małżonkowi realizację swobody świadczenia usług w innych państwach członkowskich ze względu na konieczność opieki na dziećmi, które ona pozostawi<sup>203</sup>.

Zresztą najlepszym przykładem bardzo szerokiego widzenia zakresu zakazanych ograniczeń jest już dorobek orzeczniczy określający wykładnię pojęcia środków o skutkach równoważnych do ograniczeń ilościowych przewidzianego w obecnym art. 34 TFUE. Jak wiadomo, punktem wyjścia była formuła Dassonville przyjmująca, iż zakazem tym objęty został każdy szeroko pojęty środek krajowy, jeżeli tylko może negatywnie wpłynąć na handel wewnątrzspółnotowy pośrednio lub bezpośrednio, rzeczywiście bądź potencjalnie. Nawet jeżeli następnie była ona doprecyzowywana, a nawet zawężana, daje to wyobrażenie, jak pojemny musi być ten zakres, co odbywa się właśnie dzięki znajdowaniu nawet bardzo odległych związków pomiędzy przedmiotem i podmiotem regulacji swobód w świetle Traktatu, a analizowanymi stanami faktycznymi. W konsekwencji pojęcie niedopuszczalnych barier stało się niezwykle pojemne, ale dzięki temu możliwa jest skuteczna ochrona dorobku rynku wewnętrznego zarówno w interesie ogólnego rozwoju procesu integracji, jak i praw konkretnych beneficjentów swobód<sup>204</sup>.

Nie ulega wątpliwości, że tak daleko idący zakaz barier odgrywa istotną rolę w realizacji swobód i budowie rynku wewnętrznego, przyczyniając się zarazem do zapewnienia skutecznej ochrony praw podmiotowych. Jednakże z drugiej strony stanowi to poważne wyzwanie dla krajowych systemów regulacyjnych, skutkujące daleko idącą

<sup>203</sup> Por. A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 160–165.

<sup>204</sup> Zob. też N. Emiliou, *The Principle of Proportionality...*, s. 229.

ingerencją w ich funkcjonowanie, a nawet polityczne wybory dokonywane przez poszczególne społeczeństwa, co musi rodzić poważne konsekwencje, a nawet stanowić zagrożenie z perspektywy państw członkowskich. Również w tym kontekście więc dostrzegalne są problemy, które ujawniły się jako konsekwencje omawianej w części drugiej niniejszej rozprawy zasady wzajemnej uznawalności, a wydaje się, iż tak szerokie ujęcie powyższego zakazu znacznie je jeszcze potęguje. Nie należy zresztą zapominać, że skutek usankcjonowania horyzontalnego skutku bezpośredniego i możliwości ingerencji swobód w stosunki prywatnoprawne szerokie widzenie barier może mieć też poważne reperkusje dla podmiotów niepaństwowych, przeciwko którym na te gwarancje powołują się ich beneficjenci, istotnie ograniczając nawet ich sytuację prawną<sup>205</sup>.

Należy to wyraźnie uwypuklić, iż najważniejszym zagrożeniem w tym kontekście jest znaczne ograniczenie kompetencji władczych państw wynikające z potencjału kwalifikowania tak wielu lokalnych wymogów jako barier w swobodnym przepływie. Konstrukcja ta urasta niemalże do ogólnego zakazu ograniczeń służącego pełnej weryfikacji wszelkich działań władz krajowych – w skrajnym przypadku nawet w oderwaniu od celu integracyjnego, właściwie jedynie dlatego, że są niedogodne. Jednak – jak zauważają niektórzy autorzy – nie powinna być to funkcja swobód, lecz praw podstawowych<sup>206</sup>.

Może ona przede wszystkim prowadzić do wspomnianej już w części drugiej swoistej deregulacji, a więc liberalizacji obrotu wywołanej skutecznym kwestionowaniem różnorodnych przejawów reglamentacji wolności gospodarczej, zwłaszcza że unijnej kontroli zaczęło podlegać szerokie spektrum środków krajowych, o ile tylko mają szeroko pojęty wpływ na swobody<sup>207</sup>.

Łączy się także z omawianym już problemem podziału władzy, gdy państwo przyjmujące nie może stosować swoich utrwalonych wymogów np. wobec towarów czy usług. W zamian musi bowiem akceptować obce czynniki produkcji w postaci zgodnej z prawem państwa pochodzenia, które jeszcze poważniej staje się odpowiedzialne za unormowanie rynku – już nie tylko w ramach swojego terytorium – i przejmuje w pewnym zakresie kompetencje regulacyjne wobec obrotu w pozostałych krajach. Zakaz barier wzmacnia więc konkurencję regulacyjną między państwami częstokroć na niekorzyść tych, które utrzymują wysokie standardy ochrony uzasadnione poszanowaniem pew-

---

<sup>205</sup> Por. H. Spamann, *Choice of Law in a Federal System and an Internal Market*, Jean Monet Working Paper 8/01, s. 28–30.

<sup>206</sup> *Principles of European Constitutional Law*, eds A. Bogdany, J. Bast, Oxford 2006, s. 544.

<sup>207</sup> Tak widzi skutek np. wyroku Gebhard (C-55/94) M. Szwarc-Kuczer, komentarz do art. 49..., s. 866; M. Condinanzi, A. Lang, B. Nascimbene, *Citizenship of the Union...*, s. 172.

nych istotnych dóbr, co zamiast sprzyjać integracji skutkować może nawet zagrożeniem dla funkcjonowania rynku jako takiego<sup>208</sup>.

Dlatego do powyższej kolizji kompetencji dodać należy jeszcze konflikt pomiędzy wartościami rynkowymi reprezentowanymi przez swobody a innymi – np. społecznymi czy kulturowymi, które w zderzeniu z tak skutecznym mechanizmem liberalizacyjnym muszą niejednokrotnie ustąpić. Unia Europejska jest już dziś tak rozwiniętym systemem politycznym i regulacyjnym, że nie da się sprowadzić jej wyłącznie do tego wymiaru, tak samo jak instytucji obywatelstwa UE. Dlatego pojawiają się opinie, że o ile traktowanie wolnego handlu i leseferyzmu jako priorytetowych mogło wydawać się zasadne u zarania procesu integracji, o tyle obecnie powinno być intensywnie wyważane z innymi wartościami i dobrami, zresztą nie tylko tymi, które przewidziano w samym Traktacie, a więc wysokim poziomem ochrony konsumenta, środowiska naturalnego czy zdrowia<sup>209</sup>.

Należy więc ponownie wskazać także w tym kontekście, że musi to rodzić pytania, jak dalece sięgać może taka ingerencja unijna w celu zapewnienia realizacji rynku wewnętrznego, ale także w jakim stopniu o systemie społeczno-gospodarczym i wyborze wartości decydować mają sądy, którym prawo unijne zapewniło bardzo skuteczne instrumenty kontroli i eliminacji różnorodnych rozwiązań krajowych. Jak się słusznie zauważa, jest to w równym stopniu problem legitymacji, jak i kwalifikacji do dokonywania takich ocen, zwłaszcza jeżeli to sędziemu, najczęściej samodzielnie przychodzi rozstrzygać o potencjalnym i pośrednim wpływie jakiegoś środka krajowego na rynek wewnętrzny, ewentualnie znajdować nader odległe asocjacje pomiędzy nim a swobodami<sup>210</sup>.

Powstaje więc wyzwanie wyznaczenia granic – w szczególności pomiędzy założoną liberalizacją przepływu między państwami członkowskimi a promocją ogólnej wolności ekonomicznej jako takiej, eliminującej wszelkie ograniczenia, która nie jest przecież celem swobód<sup>211</sup>. Samo powyższe sprecyzowanie rozumienia barier jako tych ograniczeń, które wpływają negatywnie na swobody, nie okazało się bowiem wystarczające, szczególnie w celu zapewnienia właściwej równowagi pomiędzy integracją a suwerennością, judykaturą a prawodawcą czy też sądownictwem a procesem politycz-

<sup>208</sup> M. Condinanzi, A. Lang, B. Nascimbene, *Citizenship of the Union...*, s. 178.

<sup>209</sup> L. Woods, *Free Movement...*, s. 7–8. Por. też G. Davies, *Nationality Discrimination...*, s. 53.

<sup>210</sup> H. Spamann, *Choice of Law...*, s. 27.

<sup>211</sup> W tym kontekście warto przywołać komentarz Rzecznika Generalnego Tesauro w sprawie *Ruth Hünermund i inni v. Landesapothekerkammer Baden-Württemberg* (C-292/92), który stawiał właśnie pytanie, czy obecny art. 34 ma za zadanie ogólnie liberalizować obrót wewnątrzspółnotowy, czy też bardziej ogólnie zachęcać do nieskrępowanej działalności.

nym<sup>212</sup>. Z pewnością bez przedstawionego powyżej dorobku, zapewniającego funkcjonalną skuteczność norm swobód, proces integracji nie zdołałby się rozwinąć. O ile jednak należało zapobiegać często bardzo wymyślnym sposobom jego kontestacji przez władze krajowe – ze szkodą dla całej Unii oraz dla poszczególnych beneficjentów – o tyle nie powinno to prowadzić do podważenia znacznych części narodowych systemów regulacyjnych oraz apriorycznego kwestionowania ich modeli społeczno-gospodarczych, co trudno wykluczyć w przypadku nieskrepowanego wykorzystywania zakazu stosowania barier<sup>213</sup>.

Jest to tym bardziej uzasadnione, że jak dowodzi doświadczenie funkcjonowania bardzo pojemnych formuł czy konstrukcji pozwalających kwestionować szeroko rozumiane środki krajowe, mogą być one nadużywane przez uczestników obrotu do walki już nie tylko o dobry rynek wewnętrzny, lecz właśnie w celu kwestionowania wszelkich wymogów uznawanych za niewygodne. Jak już wcześniej wskazywano, jednym z podstawowych założeń słynnego orzeczenia w sprawie Keck było przeciwdziałanie tego rodzaju nadużyciom, które zaczęły ujawniać się w postępowaniu przed sądami krajowymi dzięki wykorzystywaniu wcześniejszej formuły Dassonville, dającej stronom szerokie możliwości. Doświadczenie to może wyznaczać kierunek poszukiwań jakiegoś *modus operandi* w tym zakresie, co wymaga jeszcze analizy.

Należy natomiast przypomnieć, iż punktem wyjścia w tym kontekście musi być właściwe wykorzystanie dostępnych rozwiązań, przede wszystkim z intensywnym egzekwowaniem omawianej już ochrony interesu ogólnego, która jak wiadomo może stanowić odpowiednią przeciwwagę dla zbyt daleko idącego zastosowania gwarancji swobód. W tym świetle nie ulega wątpliwości, że niejednokrotnie wprowadzenie określonych warunków działalności czy też ograniczeń, które stanowią nawet istotne utrudnienie w realizacji swobód, jest niezbędne i uzasadnione takimi względami, jak: porządek, bezpieczeństwo i zdrowie publiczne, utrzymanie równowagi finansowej systemu zabezpieczenia społecznego, ochrona konsumentów, usługobiorców i pracowników, uczciwość w transakcjach handlowych, pewność obrotu i zwalczanie nadużyć, stabilność finanso-

<sup>212</sup> W.-H. Roth, *Export of Goods...*, s. 34.

<sup>213</sup> H. Toner, *Non-Discriminatory...*, s. 281; zob. M. Condrinzi, A. Lang, B. Nascimbene, *Citizenship of the Union...*, s. 177–178, tu orzecznictwo z ostatniej dekady na dowód, że nawet swoboda świadczenia usług nie powinna być wykorzystywana do kwestionowania wszelkich środków krajowych tylko dlatego, że skutkują dodatkowymi kosztami świadczenia usług. Por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości (pierwsza izba) z dnia 8 września 2005 r. w sprawach połączonych C-544/03 oraz C-545/03 *Mobistar SA v. Commune de Fléron (C-544/03) i Belgacom Mobile SA v. Commune de Schaerbeek (C-545/03)*, Zb. Orz. 2005 I-07723; wyrok Trybunału Sprawiedliwości (trzecia izba) z dnia 17 lutego 2005 r. w sprawie C-134/03 *Viacom Outdoor Srl v. Giotto Immobilier SARL*, Zb. Orz. 2005 I-01167.

wa, ochrona środowiska naturalnego, własności intelektualnej, narodowego dziedzictwa historycznego i artystycznego czy realizacja celów polityki społecznej i kulturalnej<sup>214</sup>.

Ten bogaty katalog wymogów imperatywnych warto w tym miejscu przypominać właśnie jako swoistą odpowiedź na bardzo szerokie rozumienie pojęcia barier, zwłaszcza że przesłanki tego rodzaju, które mają źródło w orzecznictwie, a nie w Traktacie mogą być stosowane wyłącznie w odniesieniu do środków niedyskryminujących, a więc są niejako „skrojone” na potrzeby kontroli barier. Zwłaszcza że w orzeczeniu w sprawie *Cassis de Dijon*, której jest ich pierwotnym źródłem, było to logiczne dopełnienie zasady wzajemnej uznawalności, którą można także rozumieć jako dostarczającą uzasadnienia dla zwalczania także tych środków krajowych, które nie różnicują ze względu na przynależność państwową. Trudno jednak nie zauważyć, że lista wymogów koniecznych nie odbiega szczególnie od przesłanek uwzględnianych w przypadku dyskryminacji pośredniej.

Posługiwanie się omawianą kategorią powoduje natomiast, że nawet jeżeli oceniany środek krajowy okazuje się wpływać negatywnie na swobodny przepływ na rynku wewnętrznym, to jednak zostanie zaakceptowany i utrzymany właśnie w imię konieczności poszanowania innych istotnych dóbr i wartości. Potwierdza to ich wieloraką funkcję, gdyż nie powinny być widziane jedynie jako ograniczenie, które uniemożliwia pełną realizację gwarancji traktatowych. Należy przypomnieć, że odgrywają niewątpliwie bardzo istotną rolę w mechanizmie korygowania funkcjonowania swobód, który służy zapewnieniu wykorzystywania tych gwarancji w celu, dla jakiego zostały ustanowione, ale równocześnie ochrony autonomii krajowej rozumianej ogólnie jako sama możliwość regulacji i wyboru określonego modelu ustrojowego, a w szczególności przed nadużyciem zakazu stosowania barier. Należy jednak stawić czoła wyzwaniom nadużyć po obu stronach, a więc zarówno konstrukcji barier w celu deregulacji, jak i przesłanek ochrony interesu ogólnego w intencjach protekcyjnych, z czego słyną państwa członkowskie.

Wydaje się, że dobrą odpowiedzią na nie jest tzw. test Gebhrada, pochodzący z dorobku niezwykle ważnego orzeczenia dotyczącego przede wszystkim zastosowania gwarancji przedsiębiorczości i świadczenia usług, w którym jednak Trybunał zaproponował ogólniejszą formułę obejmującą wszystkie swobody. Jest on godzien przywołania w tym miejscu, gdyż jak już wspomniano, w tym orzeczeniu Trybunał potwierdził oczywiście, iż kontroli unijnej podlegają także przeszkody krajowe o charakterze niedyskryminującym, jeżeli mogą utrudniać lub zniechęcać do korzystania z nich, dopuszczając

<sup>214</sup> Są to przesłanki wzięte głównie z art. 4 Dyrektywy Usługowej, która posługuje się w tym kontekście terminem „nadrzędny interes publiczny”.



równocześnie ich akceptację w przypadku uzasadnienia nadrzędnymi względami interesu ogólnego. Co istotne, nie ma ona natomiast charakteru bezwarunkowego, gdyż zgodnie z brzmieniem samego orzeczenia środki zastosowane w tym celu muszą rzeczywiście prowadzić do jego realizacji oraz nie mogą wykraczać poza to, co konieczne do jego osiągnięcia<sup>215</sup>.

Dlatego także w kontekście ochrony przed barierami oraz przeciwstawianej jej ochrony przed ich nadużyciami należy podkreślić rolę zasady proporcjonalności – tym ważniejszą, im szerzej zakreśla się zastosowanie tego zakazu<sup>216</sup>. W praktyce okazuje się zresztą, że często Trybunał zalicza do nich oceniane środki krajowe, uznając negatywny wpływ na swobody, ale zarazem godzi się na ich dopuszczalność ze względu na powołanie przesłanek ochrony interesu ogólnego i dochowanie warunków tej zasady, która staje się tym samym najważniejszym ich weryfikatorem<sup>217</sup>. Natomiast charakterystyczny dla niej mechanizm wyważania widzieć należy w tym miejscu właśnie przez pryzmat dążenia do pogodzenia wspomnianych powyżej dwóch przeciwstawnych interesów. Egzekwując bardzo surowy test dopuszczalności danego środka krajowego, zapewnia niewątpliwie realizację celów integracji, co oczywiście powoduje bardzo często, że działanie państw okazuje się niedopuszczalne jako całkowicie bezzasadne lub nadmierne i zbyt daleko idące. Jednakże z drugiej strony im bardziej swobody umożliwiają ingerencję w autonomię krajową, kwestionowanie wyborów politycznych państw członkowskich, pozbawianie ich władzy oraz powodują efekt deregulacyjny, w tym większym stopniu wymaga to miarkowania. Potwierdza to tylko, że proporcjonalność nie musi więc być widziana wyłącznie jako instrument ochrony przed nadmiernym ograniczaniem swobód, lecz właśnie w sposób bardziej zniuansowany, charakterystyczny dla owego wyważania. Nie oznacza to natomiast poskramiania krytykowanej jako nadmiernej roli sędziów, gdyż to w ich rękach leży wykorzystanie tego instrumentu.

### 3. GRANICE ZASTOSOWANIA I ICH NIEJEDNOZNACZNOŚĆ

Zważywszy, jak daleko sięgać mogą skutki egzekwowania omawianego zakazu stosowania barier oraz jak pojemny i daleko idący okazuje się jego zakres, nie ulega wątpliwości, iż niezależnie od przedstawionych powyżej rozwiązań, pozwalających na ochronę autonomii krajowej, ich pojęcie wymaga dalszego doprecyzowania. Już powyższe rozważania mogą dowodzić, że nie każda forma regulacji czy też reglamentacji na

---

<sup>215</sup> R.C. White, *Workers, Establishment...*, s. 202–204. Test Gebharda por. A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo...*, s. 421–427.

<sup>216</sup> P. Craig, *EU Administrative Law*, Oxford 2007, s. 705.

<sup>217</sup> A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 16.

rynku może być automatycznie traktowana jako naruszenie postanowień traktatowych, nawet jeżeli zakłada się, że przyjęta formuła ma rodzić daleko idące skutki liberalizacyjne. Ale nadal wymaga to wyraźnego podkreślenia, że nie każdy środek krajowy mieszczący się w przedstawianym rozumieniu, nawet jeżeli wpływa na swobodny przepływ, powinien w ogóle być uznawany za taką niedopuszczalną barierę i tym samym poddawany jakiegokolwiek kontroli wymagającej ewentualnie przeciwstawienia nadrzędnych względów ochrony interesu ogólnego. Ponadto możliwość zbyt szerokiego stosowania traktatowych gwarancji swobód może mieć efekt odwrotny do zamierzonego, dając władzom krajowym pretekst do kontestacji całej konstrukcji ze względu na jej nieadekwatność oraz nadmierną ingerencję unijną.

### A. Poszukiwanie właściwej formuły

Pomimo pewnych oporów nie można więc unikać wypracowania dodatkowych kryteriów kwalifikacji owych barier, zważywszy chociażby, jak szeroko potraktowano w orzeczeniu Carpenter związek między pobytem żony a świadczeniem usług transgranicznych przez męża, czy konstrukcje zniechęcania do przepływu jako takiego w sprawach „złoty akcji”. Niektórzy nie bez racji komentują tę ostatnią linię orzeczniczą jako zagrażającą stosowaniem gwarancji swobodnego przepływu kapitału bez żadnych niemalże ograniczeń celem kwestionowania każdej właściwej regulacji krajowej w tym zakresie, gdyż niemalże zawsze uda się wykazać taki skutek szeroko rozumianego potencjalnego ograniczenia, niekoniecznie nawet o wymiarze transgranicznym. Również orzeczenie w sprawie Säger wydawało się sugerować, że zakazane są generalnie wszelkie ograniczenia ówczesnego art. 49 TWE, mogące w jakikolwiek sposób utrudnić świadczenie usług, bez żadnych dodatkowych kryteriów zawężających<sup>218</sup>.

W konsekwencji wydaje się, że z tym większą starannością trzeba odróżniać dwa rodzaje ograniczeń wolności gospodarczej jako takiej. Z jednej strony są to te ograniczenia, których ów wpływ na obrót na rynku wewnętrznym ma taki charakter, że zagraża integracji rynku wewnętrznego, natomiast z drugiej istnieje chyba większa grupa pozostałych, mogących nawet utrudniać realizację swobód, ale raczej dlatego, że utrudniają ogólną aktywność ekonomiczną lub czynią to w sposób, który nie powoduje rzeczywistego zagrożenia dla przepływu w tym rozumieniu. Zakaz stosowania barier powinien być limitowany do naprawde niezbędnych przypadków, aby uniknąć zbyt daleko idącej

---

<sup>218</sup> Zob. S. Peers, *Free Movement of Capital: Learning Lessons or Slipping Milk*, [w:] *The Law of the Single Market. Unpacking the Premises*, red. C. Barnard, J. Scott, Oxford 2002; E. Spaventa, *Free Movement of Persons in the European Union, Barriers to Movement in their Constitutional Context*, The Hague 2007 s. 91; D. Chalmers, Ch. Hadjiemmanuil, G. Monti, A. Tomkins, *European Union...*, s. 776.

deregulacji oraz zalewu sądów nawet bardzo absurdalnymi zarzutami, czego symbolem jest formuła Dassonville. Należy przypomnieć, że na jej podstawie próbowano zwalczać zakaz sprzedaży ze stratą czy tzw. handlu w niedzielę, który ma nie tylko głębokie umocowanie w tradycji wielu państw, lecz także stanowi owoc wyborów natury społecznej, a nawet religijnej. Zdaniem skarżących miało to bowiem negatywnie wpływać na handel wewnątrzspółnotowy, gdyż takie ograniczenie sprzedaży dotyczyło oczywiście także towarów z innych państw członkowskich. Właśnie takie przypadki legły u podstaw rozwijającego się przekonania, że gwarancje swobód nie mogą być postrzegane jako uniwersalny mechanizm kontroli legalności wszelkich środków krajowych i dlatego niezbędne stało znalezienie odpowiedniej formuły, która umożliwi dokonanie powyższego rozróżnienia<sup>219</sup>.

Tak też należy odczytywać formułę Kecka, która niezależnie od innych rozważanych już w niniejszej rozprawie aspektów jest uznawana za swoisty symbol przeciwdziałania nadużyciom swobód i wyznaczenia granicy dla zakazu ograniczeń, jaki można wywodzić z ogólnych postanowień traktatowych. Trybunał stwierdził tam, iż w przeciwieństwie do wcześniejszego orzecznictwa, stosowanie wobec towarów z innych państw członkowskich przepisów ograniczających lub wykluczających pewne formy sprzedaży nie może być uznane za zakazany środek krajowy w powyższym rozumieniu, o ile nie zachodzą dodatkowe okoliczności. W takim kontekście również analizować należy przywoływany już słynny podział na wymogi wobec towarów i warunki sprzedaży, o którym mowa była w ramach rozważań nad samym rozdziałem władzy między państwami, co ma oczywiście wpływ na zakres omawianego zakazu. Należy także przypomnieć, że jest on traktowany jako kontrowersyjny już na gruncie swobody przepływu towarów i nie w pełni utrzymał się w toku rozwoju orzecznictwa, rodząc dodatkowo poważne wątpliwości co do możliwości przenoszenia na konstrukcje innych swobód<sup>220</sup>.

Nie udało się bowiem zaadaptować tego podziału do przepływu pracowników, kiedy próbowano chociażby wyodrębnić warunki wejścia na rynek pracy oraz jej wykonywania albo w inny sposób odzwierciedlać etapy „wytwarzania” czynnika produkcji i jego późniejszego funkcjonowania w obrocie, co nie spotykało się z akceptacją zawsze kwitowane dodatkowo ogólną konstatacją, iż osoby nie są produktami<sup>221</sup>. Mogło się ewentualnie wydawać, że uda się to w przypadku swobody przepływu usług, gdy odry-

---

<sup>219</sup> S. Weatherill, *The Common Market...*, s. 52; W.-H. Roth, *Export of Goods...*, s. 47.

<sup>220</sup> Należy przypomnieć: S. Weatherill, *After Keck...*, s. 887, 896, nie tylko krytykował tam podział z Kecka jako niepraktyczny, ale postulował redefinicję uwzględniającą specyfikę rynku wewnętrznego oraz wprowadzenie jednolitego podejścia znajdującego zastosowanie we wszystkich swobodach.

<sup>221</sup> A. Arnall, *The European Union...*, s. 456.

wa się je od pierwiastka osobowego, posługując się analogią do produktów, które w tym przypadku różnią się tylko tym, że są niematerialne. W tym duchu pojawiło się nawet wyodrębnianie reguł określonych jako funkcjonalne, które miały dotyczyć charakteru i zawartości samej usługi, oraz instytucjonalne, a więc zbliżone do warunków sprzedaży – odnoszące się do wymogów, jakie musi spełnić świadczący usługi, regulujące wykonywanie działalności zawodowej w ogólności, lub w szczególności sam marketing oraz metody docierania do odbiorców. To również nie zostało przyjęte, tak jak inne podziały, np. na regulacje dotyczące samego podjęcia działalności w państwie przyjmującym oraz te dotyczące już wykonywania, chociaż akurat te mogły się wydawać godne uwagi w kontekście poniższych rozważań<sup>222</sup>.

Próby tego rodzaju mają oczywiście głębsze uzasadnienie i są chętnie podejmowane przez państwa członkowskie w postępowaniu przed Trybunałem, gdyż mają usankcjonować jak najszerszą ich autonomię regulacyjną i wyłączenie całej gamy środków krajowych, które w drodze formalistycznego rozróżnienia udałoby się przyporządkować do kategorii takiej, jak warunki sprzedaży. O ile takie koniunkturalne przedsięwzięcia nie mogą zasługiwać na ochronę, niewątpliwie orzeczenie Keck potwierdza, że nie wszystkie ograniczenia wpływające na korzystanie z nich mogą być kwalifikowane automatycznie jako naruszające te gwarancje traktatowe. Nie zawsze też takie środki krajowe wchodzą w zakres zakazu wynikającego z obecnego art. 34 TFUE oraz innych postanowień, znajdując się poza granicą barier. Wymaga to jednak znalezienia bardziej odpowiedniego, ugruntowanego oraz uniwersalnego kryterium rozgraniczenia barier zakazanych i „zwykłych”, dopuszczalnych ograniczeń, a nie ulega wątpliwości, że formuła Kecka może stanowić konceptualnie właściwy punkt wyjścia<sup>223</sup>.

Warto bowiem zauważyć, iż w punkcie 17 tego orzeczenia, następującym po punktach 15 i 16, gdzie wprowadzono wspomniany pierwotny podział, szczególnie traktując warunki sprzedaży, znalazło się wyjaśnienie, dlaczego nie mieszczą się one w zakresie zakazanych przez Traktat środków krajowych. To, co je miało wyróżniać, sankcjonując zgodność z jego postanowieniami, to brak przesłanki uniemożliwienia towarom unijnym

<sup>222</sup> D. Doukas, *Untying the market...*, s. 194–196, analizuje różne propozycje w tym zakresie; J.L. Da Cruz Vilaca, *Applying Keck and Mithurand in the Field of Services*, [w:] *Services and Free Movement in EU Law*, eds M. Andenas, W.-H. Roth, Oxford 2003, s. 26, 40, też analizuje ewentualność wykorzystania tego dorobku w zakresie usług; także L. Woods, *Free Movement...*, s. 215; D. Chalmers, Ch. Hadjiemmanuil, G. Monti, A. Tomkins, *European Union...*, s. 706–707, to ten ostatni podział i podobnie co do niego – J.H.H. Weiler, *Mutual Recognition...*, s. 36.

<sup>223</sup> Zob. L. Woods, *Free Movement...*, s. 90, s. 214–215; autor jest zdania, że formuła Kecka nie może być traktowana jako ostateczna; D. Edward, N.N. Shuibhne, *Continuity and Change...*, s. 256.

dostępu do rynku krajowego albo alternatywnie ograniczenia go w stopniu większym, niż ma to miejsce w odniesieniu do produktów krajowych. Szczególnie interesujący jest ten pierwszy człon – sankcjonujący swoiste kryterium dostępu do rynku, którego zamknięcie skutkuje kwalifikacją środka jako niedopuszczalny w tym kontekście. Przesłanka ograniczenia w stopniu większym niż wobec miejscowych mogłaby ewentualnie kojarzyć się z dyskryminacją, o ile nie uwzględni się doświadczeń wynikających z omawianego orzeczenia w sprawie *Gourmet*, które na tym już się nie koncentrowało, oceniając restrykcje w zakresie reklamy zagrażające uzyskaniu właściwej pozycji rynkowej przez pojawiające się dopiero na rynku napoje alkoholowe. Nawet jeżeli w tej kategorii mogły dominować towary unijne, a nie krajowe, całościowe potraktowanie problemu nie musi skutkować objęciem taką klasyfikacją, o ile zgodnie z wcześniejszymi rozważaniami nie będzie się nadmiernie rozszerzać rozumienia pojęcia dyskryminacji.

Stąd w wydanych wkrótce po *Kecku* orzeczeniach w sprawie *Leclerc-Siplec* oraz *Alpine Investments* rzecznik generalny Jacobs domagał się przyjęcia jednolitego, funkcjonalnego kryterium pozwalającego ustalić, czy doszło do ograniczenia obrotu transgranicznego, czyniąc to w ramach zarówno przepływu towarów, jak i usług. Miał on pozwalać stwierdzić negatywne oddziaływanie danego środka krajowego na swobody w imię założenia, że podmioty angażujące się w aktywność ekonomiczną powinny mieć nieskrępowany dostęp do całego rynku ówczesnej Wspólnoty, o ile nie zachodzą istotne przesłanki uzasadniające jego zamknięcie. Dlatego założono powiązanie tego kryterium z kwalifikacją takich środków jako mogących istotnie utrudnić dostęp towarów z innych państw członkowskich lub zdolność usługodawcy do dotarcia ze swoją usługą transgraniczną. Początkowo, zwłaszcza w orzeczeniu *Leclerc-Siplec*, nie było jednak pewne, czy Trybunał podąży tą drogą. Natomiast w literaturze znalazło to odzwierciedlenie w postulatcie, aby kontroli unijnej nie poddawać wszystkich środków, lecz jedynie te, które skutkują takim bezpośrednim i poważnym utrudnieniem dostępu do danego rynku krajowego – już zbiorczo towarów i usług<sup>224</sup>.

W ten sposób powstała propozycja testu dostępu do rynku, który to test może się cechować nie tylko jednolitością w ramach wszystkich swobód, lecz także charakterem bardziej zaawansowanym niż dotychczasowe, chociaż zdaniem niektórych miał on być tak uniwersalny, aby zastąpić nawet test dyskryminacji<sup>225</sup>. W konsekwencji wydaje się już utrwalony pogląd, że dorobek orzecznicy po *Kecku* dowodzi nie tylko stopniowego odchodzenia od owego pierwotnego podziału, uznanego za zbyt formalistyczny i sztucz-

<sup>224</sup> Por. S. Weatherill, *After Keck...*, s. 887–896.

<sup>225</sup> C. Barnard, *Fitting the remaining pieces into the goods and persons jigsaw?*, „European Law Review”, 26, 2001, nr 1, s. 52–53; D. Doukas, *Untying the market...*, s. 179–180 i 191 – zob. tam zwłaszcza analizę rozwoju poglądów doktryny.

ny, ale także zastępowania go odpowiedniejszym kryterium kwalifikacji zakazanych barier, często określanym po prostu *market access*, czyli owego dostępu do rynku<sup>226</sup>. W tym kontekście rodzi się pewna wątpliwość terminologiczna, nawiązująca do podziału swobód na osobowe i pozaosobowe. Ma ona sugerować, że pojęcie dostępu do rynku może nie pasować do jednostek ludzkich i wymaga pewnego sprecyzowania. Wydaje się jednak, że nawet jeżeli wątpliwość ta nie jest całkowicie bezpodstawna, ze względów praktycznych lepiej jest zachować jednolity charakter kryterium także na poziomie terminologicznym<sup>227</sup>.

## B. Kryterium dostępu do rynku

Kryterium to uznaje się za zapewniające rozsądną równowagę pomiędzy potrzebą zwalczania wszelkich środków krajowych zagrażających integracji rynku wewnętrznego, łącznie z niedyskryminującymi, a koniecznością zapobiegania nadużyciom i wywoływaniu zbędnego efektu deregulacyjnego, choć to akurat wymaga jeszcze komentarza. W przeciwieństwie też do takich kategorii, jak np. warunki sprzedaży, które trudno odnosić do innych czynników produkcji, a zwłaszcza jednostek, ma on charakter uniwersalny, obejmując wszystkie swobody. Z drugiej strony to, że nawet te warunki sprzedaży towarów powinny podlegać starannej kontroli, zgodnie z formułą Kecka, mimo iż nie różnicują ze względu na przynależność państwową, łatwo uzasadnić skutkami, jakie mogą wywołać niektóre z nich, możliwe do wyodrębnienia dzięki kryterium dostępu. Dotyczy to chociażby rygorystycznego wyznaczania lokalizacji miejsc sprzedaży, które mogą skutkować przeszkodami w handlu niespecjalnie odbiegającymi od całkowitego zakazu importu<sup>228</sup>.

<sup>226</sup> T. Horsley, Case C-110/05, *Commission v. Italy*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 10 February 2009; Case C-142/05, *Åklagaren v. Percy Mickelsson and Joakim Roos*, Judgment of the Court (Second Chamber) of 4 June 2009; Case C-265/06, *Commission v. Portugal*, Judgment of the Court (Third Chamber) of 10 April 2008, [2008] ECR I-2245, [komentarz], „Common Market Law Review”, 46, 2009, nr 6, s. 2012–2018. Przykład odejścia od formuły Kecka zob. D. Doukas, *Untying the market...*, s. 178. Zob. też *Principles of European Constitutional...*, s. 570.

<sup>227</sup> R.C. White, *Workers, Establishment...*, s. 205.

<sup>228</sup> Rozwój orzecznictwa zmierzającego do *market access* przedstawia A. Arnull, *The European Union...*, s. 435 i nast. Autor zaczyna od orzeczenia *Société d'importation Edouard Leclerc-Siplec v. TF1 Publicité SA i M6 Publicité SA* oraz przywołuje przykłady skrajnych przeszkód; wyzwania związane z próbami przenoszenia podziału formuły Keck zob. L. Woods, *Free Movement...*, s. 216 i nast., zważywszy zwłaszcza na naturalne różnice między towarami a usługami; o konfuzji, jaką rodziło autonomiczne ujęcie z Kecka, przeczące konwergencji czy też idei wspólnego ujmowania swobód, piszą D. Edward, N.N. Shuibhne, *Continuity and Change...*, s. 255. O konieczności wychodzenia poza podział z Kecka pisze także L.W. Gormley, *The Definition of Measures Having Equivalent Effect*, [w:] *Continuity and Change in EU Law*, eds A. Arnull, P. Eeckhout, T. Tridimas, Oxford 2008, s. 201. Zob. J. Shaw, J. Hunt, Ch. Wallace, *Economic and social...*, s. 153.

Należy bowiem pamiętać, że wbrew częstemu przekonaniu w samym orzeczeniu Keck warunków sprzedaży nie wyłączono całkowicie spod kontroli, uznając, że z mocy prawa unijnego są zawsze dopuszczalne, a jedynie opatrzone domniemaniem legalności dlatego, że założono, iż owego dostępu nie powinny blokować. Natomiast sytuacja oceniana w orzeczeniu Gourmet dowiodła, że każdy środek krajowy, bez względu na to, czy należy do tej kategorii, będzie uznany za zakazaną barierę, jeżeli tylko nosi takie znamiona. Stąd to właśnie orzeczenie może być widziane jako przełamujące ten pierwotny podział oraz w ogóle różnice pomiędzy swobodami, stając się nawet swoistym prekursorem zastępowania, a nie uzupełniania formuły Kecka nową formułą, która ma być zresztą bliższa pierwotnej idei Dassonville czy też ewentualnie ją restytuować. Nie wydaje się to sprzecznością, nawet jeżeli w tym pierwszym orzeczeniu zostało to niejako zapowiedziane, gdyż dopiero potem nabrało charakteru samoistnego. Należy jednak zdawać sobie sprawę, że o ile już te poprzednie kategorie mogły rodzić problemy interpretacyjne i wydawać się mało „prawnicze”, o tyle stwierdzenie zamknięcia lub ograniczenia dostępu do rynku wymaga już podejścia skrajnie funkcjonalnego i przesiąkniętego rozumieniem ekonomicznym, co potwierdza próba poradzenia sobie ze złożonością stanu faktycznego w sprawie Gourmet. Ustalenie bowiem, że skutek taki wywołać może pozbawienie przedsiębiorców określonego sposobu reklamy, nie było możliwe bez uświadomienia sobie specyfiki funkcjonowania całej gospodarki oraz konkretnego analizowanego jej sektora, łącznie z wzorami zachowań wszystkich uczestników obrotu<sup>229</sup>.

Z tej perspektywy dużo bardziej intuicyjnie można było podejść do przywoływanego już orzeczenia w sprawie Alpine Investments, które jest cenne ze względu na przeciwstawienie się próbom odnoszenia podziału z formuły Kecka do swobody świadczenia usług. W tym duchu władze krajowe starały się wykazywać, iż nie jest w ogóle objęty zakresem stosowania obecnego art. 56 TFUE nałożony na usługodawców mających siedzibę w danym państwie członkowskim zakaz nawiązywania nieuzgodnionych kontaktów telefonicznych z potencjalnymi klientami zamieszkującymi w innym pań-

<sup>229</sup> G. Straetmans, Case C-405/98, *Konsumentombudsmannen (KO) v. Gourmet International Products AB (GIP)*, Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 8 March 2001, [komentarz], „Common Market Law Review”, 39, 2002, nr 6, s. 1415–1417; A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 167, przedstawia poglądy wskazujące, że kryterium dostępu do rynku ma charakter odrębny i jest przeciwstawieniem się formule Kecka, ale autorka sama z tym się nie zgadza, uznając to za uproszczenie. Odmiennie też interpretuje Gourmeta, przekonana, że jest to wykorzystanie tej formuły, a nie zastępowanie. Jednakże odnosi to ogólnie nie do wszystkich swobód, lecz wyłącznie towarów. Jako próby pogodzenia Keck z Market Access por. P. Oliver, W.-H. Roth, *The Internal Market and the Four Freedoms*, „Common Market Law Review”, 41, 2004, nr 2, s. 414; S.A. de Vries, *Tensions within the Internal Market. The Functioning of the Internal Market and the Development of Horizontal and Flanking Policies*, Groningen 2006, s. 44. Na problem, jaki rodzi interpretacja kryterium dostępu w praktyce, wskazuje, D. Doukas, *Untying the market...*, s. 200–204.

stwie, w celu zaproponowania im usług. Rzeczywiście nie dyskryminował on bowiem ze względu na przynależność, a dotyczył wyłącznie sposobu, w jaki oferowane są usługi, przypominając zdaniem tych władz przepisy regulujące warunki sprzedaży. Jak już wskazywano, Trybunał nie uznał takiej analogii i stwierdził, że może to stanowić ograniczenie swobody świadczenia usług, gdyż ważniejsze, a nawet kluczowe w jego ocenie było właśnie zbadanie wpływu tego zakazu na dostęp do innych rynków krajowych. Nietypowo jego źródłem było państwo siedziby, ale rozciągał się on nie tylko na stosunki z miejscowymi usługobiorcami, lecz nawet przyjeżdżającymi na terytorium tego państwa w celu skorzystania z usług. Dotykał również negatywnie ofert skierowanych do usługobiorców za granicą. Warunkowało to zdaniem Trybunału bezpośrednio dostęp do rynku usług w innych państwach członkowskich i tym samym utrudniało ich swobodny przepływ, stanowiąc zakazaną barierę<sup>230</sup>.

Natomiast, jak już wspomniano, w orzeczeniu w sprawie Bosmana oceniane zasady miały zastosowanie wobec transferów pomiędzy klubami w ramach tego samego państwa oraz transferów transgranicznych. Jednakże nawet taka okoliczność nie przeszkadzała w kolejnym uznaniu, że warunkują one bezpośrednio dostęp zawodników do rynku pracy w innych państwach członkowskich i mogą w ten sposób utrudniać swobodny przepływ pracowników. Ponownie odnoszenie się do kwalifikacji z formuły Keca nie spotkało się z aprobatą, co jest kolejnym potwierdzeniem niemożności jej wykorzystania w pozostałych swobodach, gdyż rzeczywiście trudno porównywać to zarówno z wymogami wobec towarów, a tym bardziej z warunkami sprzedaży. Jest tak nawet, jeżeli atrakcyjny wydawał się podział, w którym odpowiednikiem tych ostatnich miały być zasady wykonywania zawodu w danym państwie – w przeciwieństwie do reguł determinujących ich rozpoczynanie, gdyż od strony faktycznej jest to nieporównywalne z tamtą formułą. Okazało się, że samoistne kryterium dostępu, bez powyższej propozycji, może lepiej spełnić swoją funkcję. Trybunał nie miał więc wątpliwości, że reguły transferowe stanowią co do zasady barierę w realizacji swobody mieszczącą się w zakresie zakazu obecnego artykułu 45 TFUE, o ile nie zostanie wykazane, że są uzasadnione nadrzędnymi względami interesu ogólnego – oczywiście w sposób odpowiadający wymogom unijnym, których symbolem jest test Gebharda<sup>231</sup>.

Przykładem posługiwania się kryterium dostępu jako kluczowym może być też kolejne znane orzeczenie w sprawie DocMorris<sup>232</sup> dotyczące niemieckiego zakaz sprze-

<sup>230</sup> Por. G. Davies, *Nationality Discrimination...*, s. 82.

<sup>231</sup> Por. J. Snell, *And Then There...*, s. 52; A. Arnull, *The European Union...* s. 456 i nast.

<sup>232</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 11 grudnia 2003 r. w sprawie C-322/01 *DeutscherApothekerverband eV v. 0800 DocMorris NV i Jacques Waterval*, Zb. Orz. 2003 I-14887.



daży drogą wysyłkową leków, których sprzedaż została zastrzeżona wyłącznie dla tamtejszych aptek. Został on uznany za środek o skutku równoważnym w rozumieniu obecnego art. 34 TFUE właśnie dlatego, że miał wpływ na dostęp do rynku krajowego farmaceutów z innych państw członkowskich, co oczywiście nie oznaczało, że nie może zostać w części usprawiedliwiony. Nie ulegało wątpliwości, że także apteki niemieckie zostały pozbawione istotnego sposobu dotarcia do konsumentów, przy czym dla nich był on dodatkowy lub alternatywny ze względu na możliwość sprzedaży produktów leczniczych w swoich siedzibach. Natomiast dla dostawców zagranicznych Internet stanowi kluczowy instrument dostępu do rynku, a więc zakaz dostęp ten znacznie ogranicza, jeżeli nie uniemożliwia, gdyż w inny sposób niemieccy klienci nie są właściwie w stanie u nich się zaopatrzyć. Wydaje się więc, że można uznać to za klasyczną barierę w swobodnym przepływie, która mieści się w zakresie traktatowego zakazu i co do zasady nie może zostać utrzymana, o ile nie udałoby się wykazać istnienia przesłanki ochrony interesu ogólnego<sup>233</sup>.

Jeszcze bardziej interesujące wydaje się orzeczenie w sprawie *Douwe Egberts*<sup>234</sup>, w którym gwarancje swobód zostały powołane nie tylko na tle sporu między dwoma podmiotami prywatnymi, jak zdarzyło się już w *DocMorris*, lecz także w sytuacji czysto wewnętrznej – pomiędzy dwoma przedsiębiorstwami belgijskimi w Belgii oferującymi lokalne produkty. Trybunał rozstrzygał go nie dlatego, że środek krajowy mógłby być dyskryminujący, lecz ze względu na to, iż może stanowić ograniczenie swobodnego przepływu towarów. W tym orzeczeniu – zgodnie z modelem omawianym już w kontekście wymogu elementu transgranicznego – oceniane ono było abstrakcyjnie, ale na tej podstawie sąd krajowy mógł stwierdzić, że producent krajowy nie powinien doznawać gorszego traktowania niż unijny, który znalazłby się w analogicznej sytuacji i mógł powołać na gwarancje unijne. Co do meritum chodziło o miejscowy zakaz sugerowania na opakowaniu odchudzających właściwości sprzedawanej kawy, zwłaszcza z powołaniem się na naukowe uzasadnienie w tym zakresie, niezależnie od tego, czy producent był w stanie to wykazać. Było to więc powszechnie obowiązujące ograniczenie, które zda-

---

<sup>233</sup> Por. D. Doukas, *Untying the market...*, s. 185; H. Toner, *Non-Discriminatory...*, s. 279. Można podać przykłady z orzecznictwa środków kwalifikowanych jako utrudnienie dostępu. Oczywiście wszystkie nie mogą być starannie analizowane ze względu na ramy tej pracy – np. zniechęcanie do przywozu towarów z innego państwa: wyrok Trybunału Sprawiedliwości (pierwsza izba) z dnia 5 czerwca 2008 r. w sprawie C-170/07 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Rzeczpospolita Polska* Zb. Orz. 2008 I-00087; wyrok Trybunału Sprawiedliwości (czwarta izba) z dnia 7 czerwca 2007 r. w sprawie C-254/05 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Belgii*, Zb. Orz. 2007 I-04269.

<sup>234</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (druga izba) z dnia 15 lipca 2004 r. w sprawie C-239/02 *Douwe Egberts NV v. Westrom Pharma NV i Christophe Souranis, veikiantis įmonės Établissements FICS vardu, ir Douwe Egberts NV v. FICS-World BVBA*, Zb. Orz. 2004 I-07007.

nieniem Trybunału nosiło jednak zarazem znamiona czystego limitowania dostępu do rynku krajowego towarów unijnych, jeżeli dotyczyło pochodzących z państw dopuszczających taką formę promowania.

Warto zauważyć, że barierą szczególnie napiętnowaną w powyższym orzeczeniu była konieczność zrezygnowania z określonej strategii reklamowej, którą sprzedawca uważał za skuteczną, co nie mieści się z pewnością w zakresie wymogów wobec towaru w rozumieniu formuły Kecka. Można to próbować potraktować nawet jako przejaw swoiście ujętego podwójnego obciążenia, pozbawionego oczywiście znamion dyskryminacji. Stanowi to jednak przede wszystkim zakazaną barierę blokującą w ten sposób dostęp do innego rynku, gdyż słusznie wskazuje się, że z perspektywy przedsiębiorcy nie ma większego znaczenia, czy generowane przez nią dodatkowe koszty z tym związane wynikają z konieczności modyfikacji samego produktu czy kampanii marketingowej i ich adaptacji do miejscowych wymogów. Przygotowanie takiej strategii jest bardzo finansowo obciążające i w naturalny sposób międzynarodowy producent jest zainteresowany oparciem się na dorobku, który sprawdził się dobrze na innych rynkach, zwłaszcza że wszelkie jego zmiany niekoniecznie muszą gwarantować analogiczny sukces. Tym samym także utrwalony już *dual burden* może znaleźć odpowiednie zastosowanie jako przesłanka oceny istnienia bariery w dostępie, co nie oznacza oczywiście ostatecznego porzucenia dorobku formuły Kecka i przywrócenia możliwości łatwego kwestionowania wszelkich „warunków sprzedaży” w imię powyższych założeń. Niezbędna jest bowiem staranna analiza każdej sytuacji, wymagająca uwzględnienia nawet skali powyższego dostosowania, która musi być na tyle znaczna, aby dowodzić rzeczywistego godzenia w dostęp, jak stało się w kolejnych przytoczonych orzeczeniach, w których akurat trudno było mieć wątpliwości co do jego ograniczenia i spełnienia znamion zakazu<sup>235</sup>.

Chyba najbardziej ewidentnym przypadkiem blokowania dostępu do rynku krajowego ze względu na konieczność poniesienia dodatkowych kosztów w ramach działań reklamowych są orzeczenia w sprawie Bacardii France oraz Komisja v. Francja<sup>236</sup>. Oba dotyczyły tego samego problemu – francuskiego zakazu nadawania w telewizji reklam alkoholu dostępnego w sprzedaży we Francji, który miał bardzo negatywny wpływ na emisję zagranicznych wydarzeń sportowych, gdzie tablice reklamujące go są widoczne na boisku. Z pewnością nie ma technicznych przeszkód, aby je zasłonić na potrzeby widzów francuskich, ale stanowi to niewątpliwie bardzo istotną przeszkodę, której kosz-

<sup>235</sup> G. Davies, *Nationality Discrimination...*, s. 67.

<sup>236</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (wielka izba) z dnia 13 lipca 2004 r. w sprawie C-429/02 *Bacardi France SAS, uprzednio Bacardi-Martini SAS v. Télévision française 1 SA (TF1), Groupe Jean-Claude Darmon SA i Giro Sport SARL*, Zb. Orz. 2004 I-06613; oraz wyrok Trybunału Sprawiedliwości (wielka izba) z dnia 13 lipca 2004 r. w sprawie C-262/02 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Francuska*, Zb. Orz. 2004 I-06569.

ty znacznie utrudniają swobodne świadczenie usług na tym terytorium. Jeżeli jest to dodatkowo transmisja do wielu krajów, a nie jedynie przeznaczona dla tych odbiorców, uciążliwość wymogu jest niemalże nie do przewyciężenia, często zupełnie wykluczając tę swobodę – specyficznie wobec różnych usługodawców, a więc oferujących reklamy, nadających przekaz oraz organizatorów imprez.

W tym też świetle widzieć należy omawianą już sprawę CaixaBank, mającą za przedmiot oceny „czystą” strategię marketingową, która nie została poddana ocenie przez pryzmat warunków sprzedaży z formuły Kecka. Pomimo takiego charakteru została zakwalifikowana jako bariera w dostępie, co potwierdza dosyć funkcjonalny sposób widzenia tego kryterium. Warto przypomnieć, że chodziło o francuski zakaz oprocentowania rachunków depozytowych a vista, który Trybunał uznał za poważną przeszkodę dla banków unijnych w wykonywaniu ich działalności za pośrednictwem filii. Utrudniał bowiem pozyskiwanie kapitału, pozbawiając możliwości bardziej efektywnego konkutowania poprzez takie oprocentowanie z instytucjami kredytowymi działającymi tradycyjnie na tym rynku krajowym, które były wyposażone w rozległą sieć placówek pozwalających go gromadzić.

Odwołując się w szczególności do orzeczenia w sprawie Gebharda celem otwartego ujęcia zakazanych barier – jako wszelkich działań, które uniemożliwiają, utrudniają lub ograniczają atrakcyjność korzystania ze swobody przedsiębiorczości – Trybunał nie miał wątpliwości, iż zakaz ten nosi ich znamiona. Co istotne, zostało to powiązane z szerokim ujęciem środków, które wpływają na dostęp do rynku i tym samym mogą zostać uznane za bezprawne – w tym przypadku konkutowanie poprzez stawki oprocentowania tych rachunków zostało ocenione jako najskuteczniejsza metoda osiągnięcia tego celu. Na tej podstawie Trybunał uznał, iż dostęp ten stał się trudniejszy z powodu obowiązywania tego zakazu, co wystarczyło do jego zakwestionowania i wydaje się godne podkreślenia ze względu na potwierdzenie obejmowania zakresem zakazu nie tylko środków, które go całkowicie zamykają. Warto podkreślić zarazem, że w takich rozstrzygnięciach swoiste stopniowanie trudności – większych dla obcych niż „miejscowych” nie oznacza przyjęcia perspektywy badania dyskryminacji, która nie jest już kluczowym kryterium kontroli, o ile nie byłaby definiowana skrajnie szeroko, lecz implikuje zbadanie samego wpływu na dostęp.

Powyższe przypadki pozwalają także postrzeć kryterium bariery w dostępie nie tyle dosłownie, lecz także przez pryzmat ograniczeń w konkurencji na rynku, a więc jako podstawy napiętnowania rozwiązań krajowych powodujących gorszą pozycję np. unijnych towarów ze względu na brak możliwości konkutowania z „miejscowymi” –

towarami, usługami, licencjami czy przygotowaniem zawodowym<sup>237</sup>. Może to wynikać chociażby z egzekwowania zakazu stosowania określonych strategii marketingowych albo utraty przewagi wynikającej np. z niższych kosztów produkcji w państwie pochodzenia, co wpisuje się we wskazywany już postulat analizy ekonomicznej omawianego kryterium. Na przykład z orzeczenia C-141/07 Komisja v. Niemcy wynika, iż nawet w zakresie swobody przepływu towarów dominującą przesłanką powinien być nie tyle wpływ krajowych wymogów państwa przyjmującego na dostęp samych towarów unijnych, lecz na możliwość ich sprzedaży przez podmioty gospodarcze z innych państw członkowskich<sup>238</sup>.

Taki swoisty zakaz barier w konkurencji wzmacnia natomiast argumentację wskazującą, iż swobodny dostęp do rynku krajowego powinien zostać zapewniony nie tylko czynnikom produkcji charakteryzującym się tzw. ekwiwalencją, a więc analogicznym poziomem ochrony czy bezpieczeństwa. Trudno znaleźć bowiem powód, dla którego nie mogłyby konkurować i nie zostały dopuszczone także inne, które nie odpowiadają miejscowym standardom, co z kolei oznacza znaczne poszerzenie zakresu oddziaływania zasady wzajemnej uznawalności. Pojawia się oczywiście zarzut, iż taka konkurencja nie jest uczciwa, jeżeli np. towar pochodzi z państwa członkowskiego o dużo niższych wymaganiach, ale należy założyć, że jeśli nie ma dowodów rzeczywistego zagrożenia dla pewnych istotnych dóbr chronionych, egzekwowanie tych standardów godziłoby w samą istotę integracji rynku wewnętrznego. Zagrożenie to zminimalizował zresztą rozwój harmonizacji oraz katalog dopuszczalnych wyjątków, chociaż nie można wykluczyć eliminacji konkurencji ze względu na zwycięstwo jednego standardu – unijnego lub najniższego krajowego, który przeważa nad pozostałymi<sup>239</sup>.

Okazuje się, że szerokie i funkcjonalne ujęcie kryterium dostępu idzie tak daleko, aby do jego zakazanych utrudnień zaliczać nawet takie powszechnie obowiązujące przepisy krajowe, które nie regulują nawet bezpośrednio zasad produkcji i wymogów technicznych, sposobu sprzedaży czy marketingu towaru czy usługi<sup>240</sup>. Dotyka to już norm

<sup>237</sup> Taką propozycję doprecyzowania wykładni pojęcia przedstawia T. Horsley, Case C-110/05, *Commission...*, s. 2008–2018; kwestia ograniczenia konkurencyjności importu<sup>7</sup> oraz zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości (druga izba) z dnia 30 kwietnia 2009 r. w sprawie C-531/07 *Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft v. LIBRO Handelsgesellschaft mbH.*, Zb. Orz. 2009 I-03717.

<sup>238</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (czwarta izba) z dnia 11 września 2008 r. w sprawie C-141/07 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Federalna Niemiec*, Zb. Orz. 2008 I-06935.

<sup>239</sup> G. Davies, *Nationality Discrimination...*, s. 107–109.

<sup>240</sup> G. Straetmans, Case C-405/98, *Konsumentombudsmannen...*, s. 1418, wskazuje na ogólny problem nadużywania kryterium dostępu.

krajowych określających jedynie zasady używania produktu przez konsumentów, nawet jeżeli w jednakowym stopniu obowiązują towary krajowe i obce. Przywołanie drugiej strony umowy sprzedaży okazuje się zarazem o tyle istotne, że w takich przypadkach dostęp nie jest już oceniany jedynie z perspektywy podmiotu aktywnie realizującego swobodę, a więc producenta lub handlowca. Okazuje się, że nie mniej ważny jest właśnie odbiorca taki jak konsument, którego pozbawienie dostępu do towaru czy usługi pochodzącej z innych państw członkowskich lub zapewnienie go na gorszych warunkach jest wystarczającą przesłanką do stwierdzenia naruszenia gwarancji swobód. Potwierdza to zresztą aktualność wielu starszych orzeczeń dotyczących zarówno regulacji odnoszących się do używania czy korzystania z towarów i usług, jak i ochrony beneficjentów zwłaszcza usług, o których była już mowa w niniejszej rozprawie. Jednak w dekadach poprzedzających omawianą w tym punkcie linię orzeczniczą nie musiały one odwoływać się do samego kryterium dostępu, ale też niejednokrotnie wywoływały spory kontrowersji<sup>241</sup>.

Wydaje się, że najbardziej reprezentatywnym przykładem obecnego orzecznictwa w tym zakresie, opartego już bezpośrednio na tym kryterium, jest sprawa Komisja v. Włochy C-110/05<sup>242</sup>, dotycząca włoskich przepisów zabraniających ciągnięcia przyczep przez skutery, ale nie regulujących ich nabywania, a zwłaszcza sprowadzania z zagranicy czy nawet samego posiadania. Mimo to Trybunał uznał je za środek naruszający obecny art. 34 TFUE jako bariera w dostępie do rynku krajowego dla tego rodzaju przyczep, które specjalnie do motocykli konstruowano i sprzedawano w innych państwach członkowskich. Choć ostatecznie okazał się on usprawiedliwiony, to w omawianym kontekście istotniejsza jest sama ta kwalifikacja, dla której wystarczyło, że ów zakaz używania miał zdaniem Trybunału znaczny wpływ na zachowanie konsumentów i uniemożliwiał zaistnienie na danym rynku popytu na takie przyczepy. Warto zauważyć, jak sformułowany został w tym orzeczeniu katalog środków naruszających obecny art. 34 TFUE – Trybunał zaliczył do nich nie tylko te, które mają na celu mniej korzystne traktowanie. W równym stopniu objęło to przeszkody w swobodnym przepływie wynikające ze stosowania wobec towarów unijnych legalnych w państwie pochodzenia wymogów państwa przyjmującego, nawet jeżeli są stosowane bez rozróżnienia do wszystkich, oraz wreszcie każdy inny środek stanowiący przeszkodę w dostępie do rynku jednego z państw członkowskich towarów pochodzących z innych państw członkowskich. Tym samym środki dyskryminujące oraz bariery w dostępie zostały tu potraktowane jako

---

<sup>241</sup> Analiza orzecznictwa tego rodzaju w: D. Miąsik, komentarz do art. 34..., s. 595.

<sup>242</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (wielka izba) z dnia 10 lutego 2009 r. w sprawie C-110/05 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Włoska*, Zb. Orz. 2009 I-00519.

dwie różne kategorie podlegające odrębnym kwalifikacjom, co potwierdza konieczność ich osobnego traktowania.

### C. Ewentualność kryteriów uzupełniających

Intuicyjnie szczególnie to ostatnie rozstrzygnięcie może wydawać się w pełni przekonujące w imię spójności funkcjonowania rynku wewnętrznego, ale trudno nie zauważyć, iż zaliczenie takiego środka krajowego do przeszkód w dostępie do rynku może budzić kontrowersje, gdyż jego związek ze swobodami trudno nie oceniać jako dalece pośredni. Takiej kwalifikacji bowiem ponownie może zacząć podlegać bardzo wiele różnych rozwiązań i trudno nie zauważać owego dalece deregulującego charakteru takiego podejścia, co ponownie zmusza do zadawania pytań o definicję istoty kryterium dostępu, skoro zaczyna się ono coraz bardziej rozrastać. Prowokuje to powrót do tradycyjnego dylematu każącego rozstrzygać, czemu służyć mają swobody, czy „tylko” realizacji swobód na rynku wewnętrznym, czy generalnej liberalizacji wymiany eliminującej niemalże wszelkie ograniczenia chociażby ze względu na to, że w innych państwach członkowskich panują konkurencyjne warunki rynkowe, co znowu może zagrażać nadużyciami<sup>243</sup>.

Stanowi to podatny grunt dla nawoływań restytucji formuły Kecka, której zaletą miała być większa przewidywalność i wyłączenie spod kontroli unijnej całej kategorii środków krajowych, które w świetle tego kryterium łatwo jest kwestionować. Jeżeli więc skutkuje ono nadmierną interpretacją pozwalającą wykazywać ograniczanie dostępu przez niemalże każdą formę regulacji czy reglamentacji, grożąc zniweczeniem całego dotychczasowego wysiłku wyznaczenia granic, nie można wykluczyć konieczności poszukiwania dodatkowych przesłanek doprecyzowujących. Dotyczy to zwłaszcza tych środków krajowych, które są oceniane jako nie zamykające dostępu całkowicie, gdzie naruszenie swobód wydaje się zwykle ewidentne, lecz jedynie go ograniczające. Warto zauważyć, że w tym kontekście powracają propozycje kolejnej formuły, które składane były jednak już, ale jako alternatywa dla samego kryterium dostępu, mając służyć generalnemu wyróżnianiu barier zakazanych. Ponieważ jednak kryterium to stało się w miarę powszechnie uznane za kluczowe, jeżeli w ogóle miałyby być wdrożone, to właśnie jako swoisty kolejny stopień konkretyzacji już po wyodrębnieniu spośród ogółu ograniczeń tych, które wpływają na dostęp do rynku. Można natomiast zgłaszać wątpliwości,

<sup>243</sup> Wiele interesujących przykładów z orzecznictwa wskazujących rozumienie kryterium dostępu w zakresie przepływu towarów podaje D. Miąsik, komentarz do art. 34..., s. 585; o tym, że kryterium dostępu do rynku wykracza poza zdwojone obciążenie, zob. D. Chalmers, Ch. Hadjiemmanuil, G. Monti, A. Tomkins, *European Union...*, s. 774

czy konstruowanie tej kolejnej formuły doprecyzowującej jest rzeczywiście niezbędne, skoro na tym poziomie kwalifikacji z jednej strony trudno stworzyć już w miarę uniwersalne, a zarazem łatwe w stosowaniu przesłanki, a jednocześnie wystarczające może być posługiwanie się potocznie rozumianą klauzulą rozsądku. Nawet podstawowy test Gebharda pozwala przecież selekcionować środki krajowe, jedynie niektóre uznając za niedopuszczalne<sup>244</sup>.

Często w tym kontekście pojawiają się jednak godne uwagi propozycje wyodrębniania środków, które oddziałują bezpośrednio, tj. w sposób odczuwalny, a przede wszystkim w istotnym wymiarze czy też intensywnie, skutkując ograniczeniem dostępu traktowanym jako poważne. Szczególnym tego przeciwieństwem mogłyby być środki zbyt odległe i niepewne czy też wątpliwe, przypadkowe i hipotetyczne co do wpływu na swobody<sup>245</sup>. W praktyce może to jednak dostarczać problemów kwalifikacyjnych, gdyż oznacza odwoływanie się już nawet nie do w miarę obiektywnej analizy ekonomicznej, lecz kategorii bardzo ocennych. Nie należy jednak mylić ich chociażby ze znaną z unijnego prawa konkurencji klauzulą *de minimis*, która ma przede wszystkim ilościowy charakter, podczas gdy ocena ograniczenia dostępu powinna być z założenia jakościowa. Trudno przecież posługiwać się w tym kontekście np. wartością dziennego importu czy poziomem udziału w rynku, gdyż zastosowanie norm swobód nie może być uzależniane od przekraczania jakichś progów czy też np. dotykania większej kategorii przedsiębiorców lub całego terytorium państwa przyjmującego, co potwierdziło chociażby orzeczenie w sprawie D. Bluhme, dotyczące szczególnego gatunku pszczół występującego tylko na jednej małej duńskiej wyspie<sup>246</sup>.

Stąd nawet ograniczenia o niewielkiej skali ilościowej, ale o charakterze realnym i poważnym stopniu dolegliwości będą mieścić się w tym zakresie. Jednakże z drugiej strony, jeżeli pojawiają się zarzuty dotyczące opłat czy podatków, które mają negatywnie wpływać na wykonywanie swobód, zniechęcając np. do korzystania z usług transgranicznych, to wtedy ich niewielki w porównaniu z wartością świadczenia poziom

---

<sup>244</sup> Por. G. Davies, *Nationality Discrimination...*, s. 95 i nast.; H. Toner, *Non-Discriminatory...*, s. 283–288.

<sup>245</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (druga izba) z dnia 7 marca 1990 r. w sprawie C-69/88 *H. Krantz GmbH & Co. v. Ontvanger der Directe Belastingen i Staat der Nederlanden*, Zb. Orz. 1990 I-00583; postępowanie karne przeciwko *Matteo Peralta* (C-379/92); wyrok Trybunału Sprawiedliwości (piąta izba) z dnia 18 czerwca 1998 r. w sprawie C-266/96 *Corsica Ferries France SA v. Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Coop. arl, Gruppo Ormeggiatori del Golfo di La Spezia Coop. arl i Ministero dei Trasporti e della Navigazione*, Zb. Orz. 1998 I-03949.

<sup>246</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (piąta izba) z dnia 3 grudnia 1998 r. w sprawie C-67/97. Postępowanie karne przeciwko *Ditlev Bluhme*, Zb. Orz. 1998 I-08033.

może wskazywać na niezdolność do negatywnego wpływu na swobody czy rzeczywiste utrudnianie dostępu<sup>247</sup>.

Natomiast do najbardziej znanych przypadków dosyć hipotetycznego związku pomiędzy korzystaniem ze swobody a sytuacją strony wynikającą z egzekwowania prawa krajowego należy sprawa pewnego Austriaka pozbawionego wolności ze względu na popełnione zabójstwo, który próbował wykazywać, że tym samym nie może przemieszczać się do innych państw członkowskich<sup>248</sup>. Wielu autorów przywołuje także bardzo charakterystyczne orzeczenie w sprawie Graf<sup>249</sup> na tle przepisów gwarantujących prawo do odprawy w przypadku rozwiązania przez pracodawcę stosunku pracy z pracownikiem legitymującym się co najmniej trzyletnim stażem. Przeszkoda dla swobodnego przepływu miała wynikać z przywiązania pracownika do jednego pracodawcy i utrudnienia rozwiązania stosunku pracy z inicjatywy zatrudnionego, gdyby jego celem było podjęcie pracy za granicą, gdyż wtedy odprawa się nie należała. Jednakże zdaniem Trybunału sugerowany tu związek trudno było uznać za rzeczywisty, zwłaszcza że ani prawo do odprawy, ani powody zwolnienia się pracownika z jego woli nie dotyczyły żadnego aspektu transgranicznego<sup>250</sup>.

Dodatkowo pewną zaporą przed nadużyciami mogłaby być kategoria nadużycia czy też obejścia prawa. Jednakże w systemie unijnym brakuje pełnej zgody co do ich rozumienia, a nawet w ogóle uznania za obowiązującą w tych ramach już na poziomie terminologii, co ma swoje uzasadnienie w bardzo poważnych różnicach podejścia do tej kategorii w poszczególnych kulturach prawnych państw członkowskich<sup>251</sup>. Ponadto nie zawsze łatwo jest odróżnić jej występowanie od korzystania z tego, co można określić jako sama istota uprawnienia, zwłaszcza że bywa ona wykorzystywana do podważenia skuteczności gwarancji traktatowych, a ponadto okazuje się, że orzecznictwo w zakresie swobód nie jest zbyt przychylne wykorzystywaniu tej kategorii w omawianym kontekście<sup>252</sup>.

<sup>247</sup> *Viacom Outdoor Srl v. Giotto Immobilier SARL* (C-134/03); *Mobistar SA v. Commune de Fléron* (C-544/03) i *Belgacom Mobile SA v. Commune de Schaerbeek* (C-545/03); D. Edward, N.N. Shuibhne, *Continuity and Change...*, s. 256–257; L.W. Gormley, *The Definition of Measures...*, s. 202; D. Miąsik, komentarz do art. 34..., s. 594; T. Horsley, *Case C-110/05, Commission...*, s. 2013.

<sup>248</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (piąta izba) z dnia 29 maja 1997 r. w sprawie *C-299/95 Friedrich Kremzow v. Republik Österreich*, Zb. Orz. 1997 I-02629.

<sup>249</sup> *Volker Graf v. Filzmoser Maschinenbau GmbH* (C-190/98).

<sup>250</sup> D. Doukas, *Untying the market...*, s. 206.

<sup>251</sup> K. Engsig Sorensen, *Abuse of rights in Community Law: A principle of substance or merely rhetoric?*, „Common Market Law Review”, 43, 2006, nr 2, s. 430; R. de la Feria, *Prohibition of abuse of (Community) law: The creation of a new general principle of EC law through tax*, „Common Market Law Review”, 45, 2008, nr 2, s. 395–396.

<sup>252</sup> B. Kunoy, *A Union of national citizens: the origins of the Court's Lack of avant-gardisme in the Chen Case*, „Common Market Law Review”, 43, 2006, nr 1, s. 185.



W słynnym orzeczeniu w sprawie Centros przedmiotem postępowania była odmowa rejestracji w Danii oddziału spółki założonej zgodnie z prawem Wielkiej Brytanii i mającej tam siedzibę. Oddział miał umożliwić prowadzenie działalności w Danii bez konieczności zakładania tam samodzielnej spółki, co pozwoliłoby wspólnikom, będącym zresztą obywatelami duńskimi, obejść miejscowe wymogi dotyczące wysokiego kapitału zakładowego, którego nie narzucano w Wielkiej Brytanii. Dlatego też spółka nie podjęła tam żadnej działalności, co zdaniem władz duńskich pozbawiało ochrony.

Orzeczenie to jest interesujące właśnie dlatego, że Trybunał dokonał w nim analizy swojego dorobku i w szczególności potwierdził, że korzystanie ze swobody oraz wynikających z niej uprawnień nie może być kwalifikowane jako nadużycie. Potwierdził co prawda, iż z zasady państwo członkowskie ma prawo do podejmowania środków zapobiegających próbom wykorzystywania uprawnień traktatowych do dokonania nadużycia polegającego na uchylaniu się od stosowania miejscowego prawa oraz że nie należy powoływać się na nie w sposób stanowiący nadużycie lub oszustwo. Jednakże wskazał, że zadaniem sądów jest staranna analiza każdego przypadku w oparciu o obiektywne przesłanki oraz z uwzględnieniem celów norm wspólnotowych. Jeżeli więc oceniane działanie wpisuje się w ich realizację, to motywy czy intencje, którymi kierował się zainteresowany, stają się jakby drugorzędne. W przypadku Centros postanowienia dotyczące swobody przedsiębiorczości miały na celu umożliwienie uczynienia tego, co stanowiło przedmiot oceny Trybunału – założenia spółki, a później oddziału. Samo w sobie więc nie mogło być to uznane za nadużycie tej swobody, która powinna służyć właśnie wyszukiwaniu liberalniejszego systemu regulacyjnego. Natomiast sam fakt nieprowadzenia działalności w państwie siedziby nie mógł być w tym zakresie wystarczający, chociaż generalnie wymaga się kryterium rzeczywistego działania<sup>253</sup>.

Z pewnością natomiast możliwe jest zapobieganie pozornemu wywozowi towarów do innego państwa członkowskiego<sup>254</sup> lub zakładania za granicą formalnego przedsiębiorstwa, aby skorzystać z gwarancji swobody świadczenia usług w relacji z krajem macierzystym. Warto pamiętać, że to w omawianym już orzeczeniu w sprawie Van Binsbergen, dotyczącym adwokata, który w trakcie procesu zmienił rezydencję, przenosząc się do innego państwa członkowskiego, Trybunał dopuścił możliwość zwalczania nadużyć. Potwierdził w szczególności, że państwa członkowskie nie mogą zostać pozba-

---

<sup>253</sup> V. Edwards, P. Farmer, *The Concept of Abuse in the Freedom of Establishment of Companies: a Case of Double Standards*, [w:] *Continuity and Change in EU Law*, eds A. Arnulf, P. Eeckhout, T. Tridimas, Oxford 2008, s. 209–223, zob. komentarz oraz analizę orzecznictwa w zakresie nadużycia.

<sup>254</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 10 stycznia 1985 r. w sprawie 229/83 *Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc i inni v. SARL „Au blé vert” i inni*, Zb. Orz. 1985 00001.

wione prawa zapobiegania wykorzystywaniu przez podmiot wspólnotowy statusu przedsiębiorcy z innego państwa członkowskiego celem wykazania świadczenia usług transgranicznych i tym samym unikania w państwie przyjmującym przestrzegania zasad wykonywania zawodu, jeżeli tam w dominującej części nakierowana jest jego aktywność. W historii orzecznictwa taka próba ucieczki przed narodowym regulatorem w wyniku przeniesienia za granicę lub nawet założenia tam przedsiębiorstwa była niejednokrotnie napiętnowana, jak np. w sprawach nadawców telewizyjnych starających się uniknąć podporządkowywania się regulacjom państwa odbioru<sup>255</sup>.

Wydaje się więc, że można przyjąć istnienie specyficznej linii rozgraniczającej, wyznaczającej, że nie każde obejście prawa musi być traktowane jako zakazane nadużycie, które wymaga zwalczania. Być może daje się to uzasadnić między innymi koniecznością wymuszania na państwach członkowskich podejmowania działań harmonizacyjnych, co powodowałoby, że znaczne różnice pomiędzy systemami krajowymi wykorzystywanymi przez podmioty prywatne by zniknęły. W literaturze dostrzega się bowiem ogólniejszy trend w tym względzie. O ile w innych dziedzinach unijnego prawa materialnego, jak np. rolnictwo czy podatki, kategoria nadużycia bywa chętnie wykorzystywana, o tyle w obszarze swobód rynku wewnętrznego traktuje się ją bardzo wąsko, przymykając niemalże oko na przypadki wątpliwe, często bez głębszego uzasadnienia. Tym samym jednak wydaje się przeważać właśnie jak najszersze stosowanie swobód, nawet za taką cenę, a więc precyzowanie kryterium dostępu do rynku musi odbywać się z wykorzystaniem innych przesłanek<sup>256</sup>.

Z jednej więc strony w orzeczeniu w sprawie Ninni-Orasche<sup>257</sup> negatywnie oceniono sytuację Włoszki zamężnej z Austriakiem, która podjęła proste zatrudnienie dopiero po dwóch latach od przyjazdu do Austrii, ale tylko na czas określony (kilku miesięcy), po którym nie szukała pracy. Nabyty status pracownika wspólnotowego miał być bowiem wykorzystany w związku z rozpoczętymi studiami celem uzyskania wsparcia finansowego.

<sup>255</sup> Zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 16 grudnia 1992 r. w sprawie C-211/91 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Belgii*, Zb. Orz. 1992 I-06757; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 3 lutego 1993 r. w sprawie C-148/91 *Vereniging Veronica Omroep Organisatie v. Commissariaat voor de Media*, Zb. Orz. 1993 I-00487; wyrok Trybunału Sprawiedliwości (piąta izba) z dnia 5 października 1994 r. w sprawie C-23/93 *TV10 SA v. Commissariaat voor de Media*, Zb. Orz. 1994 I-04795; M. Condinanzi, A. Lang, B. Nascimbene, *Citizenship of the Union...*, s. 131–132.

<sup>256</sup> R. de la Feria, *Prohibition of abuse...*, s. 407–433.

<sup>257</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (szósta izba) z dnia 6 listopada 2003 r. w sprawie C-413/01 *Franca Ninni-Orasche v. Bundesminister für Wissenschaft, Verkehr und Kunst*, Zb. Orz. 2003 I-13187.

Ale z drugiej omawiana już sprawa Zhu i Chen bardzo zbliżona wymową do rozstrzygnięcia *Cetros*, nie powinna pozostawiać złudzeń, że nadużycie prawa nie będzie skutecznym instrumentem poskramiania zakazu barier przed nadmiernie szeroką interpretacją. Dotyczyła ona przecież obywatelki chińskiej, która przyjechała do Wielkiej Brytanii w ciąży i w trakcie pobytu zamieszkała w będącej częścią tego państwa Irlandii Północnej, aby następnie urodzić tam dziecko. Mogło ono dzięki temu ubiegać się o obywatelstwo samej Irlandii, której przepisy gwarantowały je każdemu urodzonemu na całej wyspie, jeżeli tylko nie nabywa się obywatelstwa innego państwa, co z kolei zapewniało prawo pobytu we wszystkich państwach unijnych – także matce. Zostało to zakwalifikowane jako korzystanie z gwarancji traktatowych, mimo że prowadziło do bardzo kontrowersyjnego rezultatu w następstwie istnienia luki w prawie irlandzkim.

Można by więc uznać, że nawet w świetle definicji nadużycia sformułowanych przez sam Trybunał w innych dziedzinach powinno mieścić się to w tym zakresie, skoro sama zainteresowana przyznała, że celem pobytu w Wielkiej Brytanii było stworzenie sytuacji, w której dziecko stanie się beneficjentem gwarancji traktatowych, a której trudno nie uznać za cokolwiek sztuczną. Uwzględniając bowiem ogólny dorobek orzecznictwa, można wskazać tutaj występowanie przesłanek typowych dla takiej kwalifikacji. Z jednej strony pojawiło się formalne przestrzeganie warunków przewidzianych w normach unijnych, lecz bez możliwości osiągnięcia celu, dla którego został ustanowiony, a z drugiej był zamiar uzyskania korzyści, jakie z nich wynikają przez tworzenie w tym celu sztucznych warunków<sup>258</sup>.

Co ważne, o ile w tym pierwszym orzeczeniu zatrudnienie się wyłącznie w celu uzyskania świadczeń nie zasługiwało na ochronę, o tyle w drugim Trybunał przyjął bardzo korzystne rozstrzygnięcie dla strony. Z pewnością jednak argumentem dodatkowym było przekonanie o prawie każdego państwa do samodzielnego określania zasad nadawania obywatelstwa i niemożności kwestionowania tego przez pozostałe, co traktowane jest w Unii z wyjątkową wrażliwością. Stąd niedopuszczalne okazało się ograniczanie skutków tego aktu, np. poprzez nakładanie dodatkowych warunków dla uznania obywatelstwa w celu skorzystania ze swobód nawet w tak specyficznej sytuacji. W takim ujęciu można ewentualnie uznać, że obywatelstwo ze względu na swój fundamentalny status determinuje odmienne spojrzenie niż w ramach klasycznych swobód, ale przywołane wcześniej orzeczenie w sprawie *Cowan* musi podważać takie założenie.

---

<sup>258</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 14 grudnia 2000 r. w sprawie C-110/99 *Emsland-Stärke GmbH v. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, Zb. Orz. 2000 I-11569 to orzeczenie, które nie dotyczy co prawda swobód, ale jest uważane za przełomowe ze względu na potraktowanie nadużycia prawa, które zostało tu zdefiniowane.

Trudno natomiast nie wyciągnąć stąd ogólniejszego wniosku, iż na obecnym etapie rozwoju praw rynku wewnętrznego nie uda się skonstruować kolejnej uniwersalnej formuły precyzującej zakaz stosowania barier. Potwierdza to natomiast, iż model ochrony prawnej przyjęty w zakresie swobód wykazuje się daleko idącą skutecznością nawet za cenę poważnej ingerencji w autonomię regulacyjną państw członkowskich, a nawet ich wizję ustroju społeczno-gospodarczego.

## ZAKOŃCZENIE

Niniejsza rozprawa potwierdza słuszność założenia zbiorczego traktowania swobód rynku wewnętrznego z wykorzystaniem ich ogólnej teorii, sankcjonującej wyjątkową naturę i funkcje, nawet jeżeli nie można pomijać naturalnych różnic, jakie muszą istnieć między nimi. Jej integralnym elementem jest wspólna konstrukcja prawna swobód oparta na jednolitych wzorcach i leżących u ich podłoża koncepcjach, jak również skutkach obowiązywania. Stanowi to pokłosie konwergencji, a więc zbliżania i nakładania się swobód oraz wykorzystywania dorobku orzeczniczego wypracowanego w ramach jednej z nich na gruncie pozostałych. Dostrzec można zarazem częste minimalizowanie znaczenia ich odrębności i traktowanie jako drugorzędного wyboru, w ramach której ze swobód realizuje się konkretną aktywność, szczególnie w przypadku działań osób na rynku wewnętrznym.

Pomimo upływu dekad nadal dla rozumienia swobód warto odwoływać się do tak pierwotnych doktryn, jak neofunkcjonalizm oraz ordoliberalizm, zważywszy na realizowany przez nie model integracji oraz znaczenie wolności gospodarczej – nie tylko zresztą dla tych, które wiążą się bezpośrednio z działalnością gospodarczą. Pierwiastek liberalny zachowuje tu swoją niewątpliwą żywotność wraz z przekonaniem o ekonomicznych podstawach organizacji zbiorowości w duchu jednak pewnego uporządkowania oraz wpisania w szerszy kontekst społeczny, co odzwierciedla się już w traktatowych wyjątkach i ograniczeniach służących ochronie wartości pozarynkowych. Nawet jeżeli początkowo swobody wydawałyby się odległe od idei społecznej gospodarki rynkowej, to obecnie nie można kwestionować socjalnego wymiaru ich funkcjonowania.

Ustanawia to właściwe ramy tzw. fundamentalnego charakteru swobód, których od początku nie traktowano jedynie jako środka zapewniania nieskrępowanego przepływu czynników produkcji, lecz normy integracyjne, a nawet determinanty ustrojowe. Usankcjonowano więc ich konstytucjonalizację, podkreślając szczególną rangę i funkcje, a za wzorem innych norm tego rodzaju należy wskazać na ich podwójny charakter: zasady konstytucyjnej i prawa jednostki. Implikują one złożony charakter obowiązków władzy publicznej oraz pełnią kluczową rolę instrumentów ochrony prawnej i kontroli środków krajowych. Zwłaszcza w tym kontekście można mówić o tzw. mechanizmie swobód kojarzonym ze szczególnym modelem stosowania i wykładni, której nadano autonomicznego charakteru, zdominowanego podejściem celowościowym, pozwalając na przekraczanie granic treści przepisu, traktowanego właściwie jako pewien potencjał. Co ważne, nawet jeżeli tego nie zakładano, swobody jako normy samoistne okazały się trwałym, a nawet podstawowym elementem modelu rynku wewnętrznego i nie zostały wyparte przez integrację pozytywną.

Istotne znaczenie odegrała tu możliwość egzekwowania norm swobód przez instytucje ponadnarodowe w duchu idei rządów prawa cokolwiek niezależnie od partykularyzmów państwowych i zgodnie z logiką neofunkcjonalną, prowadząc do wykuwania niezależnych powiązań międzynarodowych. Stąd zwłaszcza wiodąca rola Trybunału w wypracowywaniu i stosowaniu powyższego mechanizmu oraz ogólnym rozwoju systemu swobód, co stanowi jednak poważne wyzwanie nie tylko dla państw, ale innych niż sądowiczych władz. Ową samoistną integrację zawdzięczać należy również podmiotom prywatnym, którym umożliwiono domaganie się realizacji swobód we własnym interesie i tym samym chociażby domaganie się rezygnacji z ograniczeń w obrocie transgranicznym. Razem przyczyniło się to do efektu *spillover*, powodując, najczęściej oddolnie, coraz skuteczniejsze oddziaływanie swobód, na coraz szerszy zakres przedmiotowy i podmiotowy oraz zwiększanie przysługujących na ich podstawie uprawnień, których katalog i zakres ciągle się rozwija.

W ujęciu formalnym swobody kojarzyć należy ze złożonymi sytuacjami prawnymi, jakie wyrażają prawa podmiotowe, przede wszystkim o charakterze publicznym, zważywszy, w jakim stopniu odnoszą się one do relacji jednostki z państwem, narzucając mu określony standard działania i umożliwiając skuteczne dochodzenie roszczeń. Wynikające stąd uprawnienia są kwalifikowane jako odnoszące się co najmniej do dwóch normatywnie wyróżnionych rodzajów zachowań przypisywanych jednemu podmiotowi uprawnionemu i zrelatywizowanych do dwóch różnych reguł postępowania. Jednakże kreowany w ten sposób ciąg praw i obowiązków stanowi tylko jeden z poziomów struktury normatywnej swobód, co pozwala na jej poziomie wyższym wyodrębnić dobra i wartości, którym one służą. Mówi się też o dopuszczalności poszukiwania swoistej głębszej treści swobód w duchu ponadpozytywnym, odwołującej się głównie do aksjologii praw człowieka oraz aksjologii integracyjnej.

Podejście funkcjonalne wymaga wskazania między innymi roli swobód w podziale władzy w Unii, szczególnie w wymiarze horyzontalnym, który okazuje się tu realizowany dużo intensywniej niż często krytykowany wertykalny, czyniący organizację jej beneficjentem kosztem poziomu krajowego. Należy to także kojarzyć z daleko idącą ingerencją w funkcjonowanie systemów krajowych oraz ograniczaniem władzy państw, jednak w sposób samoistny, niezależnie od procesów politycznych w Unii oraz traktatowych linii podziału kompetencji. Pierwotnym tego źródłem był nakaz otwartości systemów krajowych na przepływ obcych czynników produkcji, a zarazem istotne odmienności ich regulacji prawnych w tym zakresie, co wymagało szczególnego podejścia czy też „zarządzania” różnicami, zwłaszcza celem uniknięcia tzw. podwójnego obciążania. Dzięki wspomnianej żywotności mechanizmu swobód, udało się w jego ramach wypra-

cować formułę zapewniającą podleganie konkretnych aspektów funkcjonowania tych czynników w konkretnym stanie faktycznym, jednemu reżimowi prawnemu.

Ze względów politycznych oraz braku elastyczności i nadmiernych skojarzeń z regułami kolizyjnymi formuła ta nie przyjęła postaci tzw. reguły kraju pochodzenia, chociaż warto ją traktować jako pewien symbol rynku wewnętrznego. Jest to natomiast wzajemna uznawalność zakładająca, że państwo przyjmujące nie powinno zakazywać obrotu na swoim terytorium tym, co zostało legalnie wprowadzone w innym państwie UE, nawet jeżeli ich stosowne wymogi różnią się, dopuszczając to ze wszystkimi konsekwencjami we własnym systemie. Nie ma to jednak charakteru automatycznego i pozwala temu pierwszemu państwu na zachowanie kompetencji regulacyjnych i wpływu na obrót na swoim terytorium w imię ochrony interesu ogólnego uosabianej przez dopuszczalne wyjątki. Ponieważ wybór jednego systemu czy też zestawu norm nie zostaje ostatecznie dokonany, zachowuje się aktywne współistnienie różnych reżimów na rynku wewnętrznym i uwzględnianie wynikających z nich rygorów, generując dynamiczne transfery kompetencji i wiążąc się z permanentną konkurencją regulacyjną. Konkurencja ta jednak nie zawsze prowadzi do zwycięstwa najlepszych rozwiązań i bywa kojarzona z tzw. „wyścigiem do dna”, a więc także deregulacją. Dlatego powyższe wyjątki należy widzieć przez pryzmat korygowania owych procesów i ochrony wartości pozarynkowych, zwłaszcza gdy brakuje równoważności regulacji obu państw, której egzekwowanie bywa kwestionowane jako niewspółmierne ograniczenie.

Sam zakres oraz charakter takich środków stanowił przedmiot dorobku Trybunału, symbolizowanego przez formułę *Cassis de Dijon*, uznawaną nie do końca właściwie za prekursora tzw. wymogów koniecznych, rekompensujących dosyć skromną i taksatywną listę przesłanek ochrony oferowanych wyraźnie przez Traktat. Ich katalog ma postać otwartą i może być cały czas uzupełniany orzecznictwem, pozwalając na elastyczne reagowanie na pojawiające się zagrożenia, zwłaszcza że Trybunał raczej nie kwestionuje propozycji kolejnych przesłanek, kontrolując głównie sposób ich stosowania. Natomiast nadal nie rozstrzygnięto ostatecznie dopuszczalności ich wykorzystywania do usprawiedliwienia dyskryminujących środków krajowych. Jeżeli jednak nadmierne poszerzanie zawartości tego katalogu uznano by za zagrożenie dla nieskrępowanego przepływu na rynku wewnętrznym, to należy pamiętać, że stanowią one właściwą przeciwwagę dla jego negatywnych skutków, a ponadto zapobiegają całkowitej eliminacji mechanizmu swobód, stanowiącej następstwo harmonizacji, o ile nie przyjmie ona postaci minimalnej.

W tym kontekście ujawnia się także kluczowe znaczenie zasady proporcjonalności w systemie swobód. W podstawowym ujęciu może być ona rozumiana jako instrument kontroli środków krajowych ograniczających lub utrudniających korzystanie ze

swobód, a więc odgrywa istotną rolę w systemie ochrony prawnej, zapobiegając ich nadużywaniu. Natomiast tzw. proporcjonalność właściwa jest nieodłącznie związana z procesem wyważania, który pozwala na optymalizację swobód, a także w miarę neutralne pogodzenie często skonfliktowanych wartości integracyjnych i pozarynkowych. Oznacza to szukanie odpowiedniej równowagi, zgodnie z założeniem najlepszej proporcji korzyści i kosztów po obu stronach szali, co można próbować przenosić także na poziom podziału władzy i wyboru właściwego regulatora. Szczególnie interesująco działa ona w przypadku delikatnych relacji swobód z prawami podstawowymi, zwłaszcza że można wyodrębnić zarówno przypadki ich wzajemnego wspierania się, jak i przeciwstawiania, gdy poszanowanie tych praw dostarcza podstaw do ograniczenia przepływów na rynku wewnętrznym.

Analiza swobód z perspektywy jednostki wiąże się już nie tylko z poszanowaniem jej autonomii i wolności w systemie unijnym, lecz także przypisywaniem w nim roli wyjątkowej, której od orzeczenia w sprawie *Van Gend & Loos* stały się one kluczowym gwarantem. Stąd też można wywodzić pojęcie obywatelstwa rynkowego, które również dzięki swobodom uległo pozytywnej erozji, szczególnie dzięki rozwojowi uprawnień socjalnych oraz stopniowemu odchodzeniu od traktowania osób wyłącznie jako czynników produkcji. Okazało się ono niezbędnym etapem na drodze do uniwersalnego obywatelstwa Unii Europejskiej, którego wprowadzenie traktować należy jako ukoronowanie tego długiego procesu, a nie owoc jednej przełomowej decyzji politycznej, co znajduje potwierdzenie w ograniczonym i akcesoryjnym charakterze tej instytucji. Zważywszy zwłaszcza na brak legitymacji naturalnej w kontekście państwowym, na czele z *demos*, który idee integracyjne zrekompensować mogą jedynie częściowo, jak i skromny katalog wyraźnych praw obywatelskich, trudno nie traktować swobód jako kluczowych gwarancji także w tym rozumieniu i wypełniających obywatelstwo UE realną treścią. Oczywiście z drugiej strony także ono wpływa na swobody, a zwłaszcza metodę ich wykładni oraz częstokroć odczytanie na nowo – w sposób jeszcze bardziej uniwersalistyczny, prointegracyjny i skonstytucjonalizowany, co można uznać za przejaw swoistego sprzężenia zwrotnego.

Zapewnianie przez mechanizm swobód skutecznej ochrony prawnej jest zasługą obfitego czerpania z utrwalonego dorobku ogólnych unijnych gwarancji skuteczności, takich jak skutek bezpośredni czy automatyczna niestosowalność. Natomiast to, na co warto zwrócić baczną uwagę, jako charakterystyczne w omawianym zakresie, dotyczy bardzo szerokiego rozumienia pojęcia poddanych kontroli środków krajowych, które nie ogranicza się do aktów normatywnych i obejmuje także zaniechania oraz środki perswazyjne czy nieobligatoryjne. Warto pamiętać także o wywodzonym z formuły *Dassonville* dążeniu do eliminacji wszystkiego, co tylko pośrednio i potencjalnie mogłoby utrud-



niać korzystanie ze swobód, ewentualnie do tego jedynie zniechęcać. Ochrona ta została zarazem rozciągnięta na relacje z innymi podmiotami prywatnymi, co kojarzy się często z horyzontalnym skutkiem bezpośrednim, nawet jeżeli jest to tylko pewien element zagadnienia, który może wydawać się zbytnio proceduralny.

Szczególnym problemem w tym względzie stało się jednak utrzymanie założenia, iż ochrona swobód nie działa powszechnie, jej zakres bowiem bywa ograniczony w niektórych sytuacjach. Symbolem tego jest oczywiście wymóg elementu transgranicznego, który wydaje się jednak coraz słabiej bronić ze względu na gwarancje obywatelstwa UE, ale jak wynika z aktualnego orzecznictwa Trybunału, to właśnie w sprawach czysto obywatelskich łatwiej udaje się go kwestionować. Nadal natomiast trudno o kontrolę państw z zastosowaniem gwarancji swobód rynku wewnętrznego w sytuacjach, w których wszystkie prawnie relewantne elementy mają charakter wewnątrz krajowy, mieszcząc się niejako w obrębie jednego państwa i porządku prawnego, tak jak trudno kwestionować odwrotną dyskryminację. Nie oznacza to jednak, że nie działa ona zupełnie w relacjach z krajem macierzystym, gdyż pojęcie elementu transgranicznego traktowane jest elastycznie, a zarazem Trybunał jest gotowy do kontroli chociażby środków stanowiących potencjalne zagrożenie dla swobód. Także sądy krajowe z pomocą jego orzeczeń mogą ochronę poszerzać w oparciu o konstytucyjne równouprawnienie własnych obywateli z uprzywilejowanymi unijnymi.

Jednym z większych wyzwań koncepcyjnych w całym systemie swobód stało się rozstrzygnięcie funkcji zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność państwową przewidzianego w art. 18 TFUE, co wynikało już ze sporów na tle jego rozumienia oraz ustalenia zakresu. Obecnie nie może ulegać wątpliwości, iż w prawie unijnym musi ono zachowywać autonomię chociażby w stosunku do bardzo rozbudowanego dorobku teoretycznego w zakresie zasady równości wobec prawa, a nawet praktyki stosowania zakazu dyskryminacji ze względu na płeć. Nawet jeżeli mogło to grozić instrumentalnym traktowaniem, było nie do uniknięcia, o ile miało gwarantować skuteczność stosowania samego artykułu 18 przez sądy w konkretnych sporach, a zarazem zapewniać rozwój norm swobód jako podstaw rynku wewnętrznego. Ujawniło się to już w odniesieniu do stosowania zakazu dyskryminacji pośredniej, gdzie niezależnie od skomplikowanych konstrukcji służących formułowaniu porównywanych grup, w analizowanym zakresie dominuje podejście pragmatyczne, choć uproszczone, które koncentruje się na ustaleniu samego rzeczywistego rezultatu stosowania tzw. kryterium neutralnego wobec podmiotów i przedmiotów z innych państw członkowskich.

Przed wszystkim jednak zakazu dyskryminacji nie należy traktować zbyt szeroko, mimo iż wydaje się to sprzyjać skuteczności ochrony swobód, gdyż może prowadzić do wniosku o jego samowystarczalności w tym zakresie, czyniąc zbędnym poszukiwa-

nie ogólniejszych zakazów o bardziej uniwersalnym zastosowaniu. Doświadczenie podpowiada, że zawsze znajdują się takie środki, które trudno posądzić o zamiar różnicowania ze względu na przynależność państwową, mimo że równocześnie, zwłaszcza z perspektywy ekonomicznej efektywności, stanowią ewidentne ograniczenie swobodnego przepływu na rynku wewnętrznym. Okazuje się, że zapewnienie takiej efektywności trudno osiągnąć w oparciu o czysto prawną zasadę równości, czego najprostszym przykładem są utrudnienia wprowadzane przez kraj macierzysty wobec własnych obywateli, kiedy próbują podejmować aktywność transgraniczną. Temu służyło wypracowanie w orzecznictwie zakazu stosowania barier w swobodnym przepływie, co jednak musiało sprostać zagrożeniu nadużywania w celach deregulacyjnych, a więc kwestionowania ograniczeń wolności gospodarczej jako takiej, a nie samych utrudnień godzących szczególnie w rynek wewnętrzny. Podjęto więc próbę sprecyzowania owego zakazu i jego koncentracji na barierach w dostępie do rynku krajowego, czego, jak się wydaje, nie należy jednak traktować jako ostatecznego rozwiązania, nawet jeżeli jest chętnie przywoływane w literaturze.

Ewolucję powyższą można zresztą rozumieć jako proces ciągłego wyważania pomiędzy dwoma zagrożeniami. Dlatego każdy kolejny sposób poskromienia takich ograniczeń, ewentualnie ich nadużyć, spotyka się wkrótce z ripostą w postaci kolejnego zwiększenia, a następnie limitowania wolności gospodarczej na rynku wewnętrznym. Proces ten należy zarazem traktować jako ogólny symbol rozwoju systemu swobód w różnych aspektach jego funkcjonowania.

## BIBLIOGRAFIA

- Ackermann T., Case C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH v. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, [komentarz], „Common Market Law Review” 42, 2005, nr 4.
- Ackermann T., Case C-148/02, *Carlos Garcia Avello v. État Belge*, [komentarz], „Common Market Law Review”, 44, 2007, nr 1.
- Alemanno A., *Fundamental common market freedoms v. fundamental individual rights in the EU: what role for the ECJ after Omega?*, EUFocus, Iss. 165, 2005, May 13.
- Alexy R., *W obronie niepozytywistycznej koncepcji prawa*, „Państwo i Prawo”, 1993, z. 11–12.
- Amstrong K.A., *Mutual Recognition*, [w:] *The Law of the Single European Market. Unpacking the Premises*, eds C. Barnard, J. Scott, Oxford 2002.
- Anagnostopoulou D., Case C-373/97, *Dionysios Diamantis v. Greek State*, Judgment of the Full Court of 23 March 2000, [2000] ECR I-1705, [komentarz], „Common Market Law Review”, 38, 2001, nr 3.
- Appleton A.E., Graf B.U., *Freedom of Speech and Assembly Yersus Trade and Transit Rights: Roadblocks to EU and MERCOSUR Integration*, „Legal Issues of Economic Integration”, 34 (3), 2007.
- Arnulf A., *The European Union and its Court of Justice*, Oxford 2006<sup>2</sup>.
- Avbelj M., *European Court of Justice and the Question of Value Choices: Fundamental human rights as an exception to the freedom of movement of goods*, Jean Monet Working Papers 06/04.
- Azoulai L., *The Court of Justice and the social market economy: The emergence of an ideal and the conditions for its realization*, „Common Market Law Review”, 45, 2008, nr 5.
- Baber N.W., *Citizenship, Nationalism and the European Union*, [w:] *Law, Politics, and Morality: European Perspectives I*, eds J. Ferrer Beltrán, M. Iglesias Vila, Berlin 2003.
- Bamforth N., *Prohibited Grounds of Discrimination under EU Law and the European Convention on Human Rights: Problems of Contrast and Overlap*, „The Cambridge Yearbook of European Legal Studies”, 9, 2006–2007.
- Barnard C., Case C-209/03, *R (on the application of Danny Bidar) v. London Borough of Ealing, Secretary of State for Education and Skills*, [komentarz], „Common Market Law Review”, 42, 2005, nr 5.

- Barnard C., *Fitting the remaining pieces into the goods and persons jigsaw?*, „European Law Review”, 26, 2001, nr 1.
- Barnard C., *The Substantive Law of the EU*, Oxford 2007; Oxford 2010<sup>3</sup>.
- Barnard C., Deakin S., *Market Access and Regulatory Competition*, [w:] *The Law of the Single European Market*, eds C. Barnard, J. Scott, Oxford 2002.
- Bator A., *Instrumentalizacja jako aspekt prawa*, [w:] *Zmiany społeczne a zmiany w prawie. Aksjologia, konstytucja, integracja europejska*, red. L. Leszczyński, Lublin 1999.
- Baudenbacher C., *The Definition of the Precautionary Principle in European Law: A Product of Judicial Dialogue*, [w:] *European Integration Through Interaction of Legal Regimes*, eds C. Baudenbacher, H. Bull, Oslo 2007.
- Bermann G.A., *Proportionality and Subsidiarity*, [w:] *The Law of the Single European Market*, eds C. Barnard, J. Scott, Oxford 2002.
- Bernard N., *Flexibility in the European Single Market*, [w:] *The Law of the Single European Market*, eds C. Barnard, J. Scott, Oxford 2002.
- Besselink L.F.M., *Entrapped by the maximum standard” on fundamental rights, pluralism and subsidiarity in the European Union*, „Common Market Law Review”, 35, 1998, nr 3.
- Besson S., Utzinger A., *European citizenship across borders*, [w:] *Challenging Boundaries*, eds A. Epiney, M. Haag, A. Heinemann, Baden-Baden 2007.
- Besson S., Utzinger A., *Introduction: Future Challenges of European Citizenship – Facing a Wide-Open Pandora’s Box*, „European Law Journal”, 13, 2007, nr 5.
- Betlem G., Case C-28/95, *Leur-Bloem v. Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen*, Amsterdam 2, [1997] ECR I-416, [komentarz], „Common Market Law Review”, 36, 1999, nr 1.
- Biernat S., *Podejmowanie i prowadzenie działalności gospodarczej – wolność gospodarcza de lege lata i de lege ferenda*, „Przegląd Prawa Handlowego”, 1994, nr 9.
- Biernat S., Wasilewski A., *Wolność gospodarcza w Europie*, Kraków 2000.
- Biondi A., *Free Trade, a Mountain Road and the Right to Protest: European Economic Freedoms and Fundamental Individual Rights*, „European Human Rights Law Review”, 2004, nr 1.

- Biondi A., *Recurring Cycles in the Internal Market: Some Reflections on the Free Movement of Services*, [w:] *Continuity and Change in EU Law*, eds A. Arnall, P. Eeckhout, T. Tridimas, Oxford 2008.
- Bix B.H., *Natural law: The modern tradition*, [w:] *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, eds J. Coleman, S. Shapiro, Oxford 2002.
- Blanquet M., Case C-274/99P, *Connolly v. Commission*, Judgment of the Court of 6 March 2001, [2001] ECR I-1611, [komentarz], „Common Market Law Review”, 39, 2002, nr 6.
- Błachut M., *Pojęcie prawa podmiotowego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Problemy bezpieczeństwa prawnego z perspektywy teorii i filozofii prawa*, red. J. Jabłońska-Bonca, J. Guść, „Gdańskie Studia Prawnicze” IX, 2002.
- Błachut M., *Pojęcie prawa podmiotowego we współczesnej liberalnej filozofii prawa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”, 2002, z. 1.
- Bodnar A., *Obywatelstwo wielopoziomowe. Status jednostki w europejskiej przestrzeni konstytucyjnej*, Warszawa 2008.
- Bogaert S. van den, *Horizontality: The Court Attacks*, [w:] *The Law of the Single European Market*, eds C. Barnard, J. Scott, Oxford 2002.
- Borgmann-Prebil Y., *The Rule of Reason in European Citizenship*, „European Law Journal”, 14, 2008, nr 3.
- Brown Ch., Case C-112/00, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v. Austria*, [komentarz], „Common Market Law Review”, 40, 2003, nr 6.
- Bull H., *Market Freedoms: Challenges to Social Security and Welfare Policy*, [w:] *The European Economic Area Enlarged*, eds P.Ch. Muller-Graff, E. Selvig, Berlin 2006.
- Bulterman M., Case C-274/96, *Criminal proceedings against Horst Otto Bickel and Ulrich Franz*, Judgment of the Court of 24 November 1998, Full Cour, [komentarz], „Common Market Law Review”, 36, 1999, nr 6.
- Bulterman M.K., Kranenborg H.R., *What if rules on free movement and human rights collide? About laser games and human dignity: the Omega case*, „European Law Review”, 31, 2006, nr 1.
- Burca G. de, *Unpacking the Concept of Discrimination in EC and International Trade Law*, [w:] *The Law of the Single European Market*, eds C. Barnard, J. Scott, Oxford 2002.

- Burges M., *Federalism and federation*, [w:] *European Union Politics*, ed. M. Cini, Oxford 2007.
- Campbell T.D., *Nauki prawne*, [w:] *Przewodnik po współczesnej filozofii politycznej*, red. R.E. Goodin, Ph. Pettit, Warszawa 1998.
- Caporaso J.A., Keeler J.T.S., *The European Union and Regional Integration Theory*, [w:] *The State of the European Union*, vol. 3. *Building a European Polity*, eds C. Rhodes, S. Mazey, Essex 1995.
- Carlier J.Y., Case C-200/02, *Kunqian Catherine Zhu, Man Lavette Chen v. Secretary of State for the Home Department*, [komentarz], „Common Market Law Review”, 42, 2005, nr 4.
- Castro Oliveira Á., *Workers and other persons: Step-by-step from movement to citizenship*, „Common Market Law Review”, 39, 2002, nr 1.
- Cazala J., *Food safety and the precautionary principle: The legitimate moderation of community courts*, „European Law Journal”, 10, 2004, nr 5.
- Cecco F. de, *Room to move? Minimum harmonization and fundamental rights*, „Common Market Law Review”, 43, 2006, nr 1.
- Chaciński J., *Prawa podmiotowe a ochrona dóbr osobistych*, Lublin 2004.
- Chalmers D., Hadjiemmanuil Ch., Monti G., Tomkins A., *European Union Law*, Cambridge 2006.
- Chari R.S., Kritzinger S., *Understanding EU Policy Making*, London 2006.
- Cherednychenko O., *EU Fundamental Rights, EC Fundamental Freedoms and Private Law*, „European Review of Private Law”, 14, 2006, nr 1.
- Christiansen T., Follesdal A., Piattoni S., *Informal Governance in the European Union: an introduction*, [w:] *Informal Governance in the European Union*, eds T. Christiansen, S. Piattoni, Cheltenham 2003.
- Ciapała J., *Konstytucyjna regulacja praw podmiotowych. Podstawowe konsekwencje dla ustawodawcy*, [w:] *Prawa podmiotowe. Pojmowanie w naukach prawnych*, red. J. Ciapała, K. Flaga-Gieruszczyńska, Szczecin 2006.
- Cieślicka-Tomaszewska I., *Prawa studentów do niedyskryminacyjnego traktowania (art. 12 TWE)*, „Europejski Przegląd Sądowy”, 2007, nr 7.
- Cieśliński A., *Wartości Unii Europejskiej jako wartości konstytucyjne*, „Przegląd Prawa i Administracji”, 2012, nr 91.

- Cieśliński A., *Wspólnotowe prawo gospodarcze*, t. 1. *Swobody rynku wewnętrznego*, Warszawa 2009<sup>2</sup>.
- Cini M., *Intergovernmentalism*, [w:] *European Union Politics*, ed. M. Cini, Oxford 2007.
- Condinanze M., Lang A., Nascimbene B., *Citizenship of the Union and Free Movement of Persons*, Leiden 2008.
- Conlan P., *Citizenship of the Union: the Fundamental Status of Those Enjoying Free Movement*, „ERA-Forum”, 2006, nr 3.
- Connolly M., *Discrimination Law*, London 2006.
- Coppel J., O’Neill A., *The European Court of Justice: taking rights seriously?*, „Common Market Law Review”, 29, 1992, nr 4.
- Craig P., *EU Administrative Law*, Oxford 2007.
- Craig P., *The Evolution of the Single Market*, [w:] *The Law of the Single European Market*, eds C. Barnard, J. Scott, Oxford 2002.
- Cruz J.B., *Free movement and private autonomy*, „European Law Review”, 24, 1999, nr 6.
- Curtin D., Case C-159/90, *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd v. Grogan*, Judgment of 4 October 1991, [komentarz], „Common Market Law Review”, 29, 1992, nr 3.
- Da Cruz Vilaca J.L., *Applying Keck and Mithuard in the Field of Services*, [w:] *Services and Free Movement in EU Law*, eds M. Andenas, W.-H. Roth, Oxford 2003.
- Daniele L., *Non-Discriminatory Restrictions to the Free Movement of Persons*, „European Law Review”, 22, 1997, nr 3.
- Davies G., *Abstractness and concreteness in the preliminary reference procedure: implications for the division of powers and effective market regulation*, [w:] *Regulating the Internal Market*, ed. N.N. Shuibhne, Cheltenham 2006.
- Davies G., „*Any Place I Hang My Hat?*” or: *Residence is the New Nationality*, „European Law Journal”, 11, 2005, nr 1.
- Davies G., *Nationality Discrimination in the European Internal Market*, The Hague 2003.
- Davies G., *Subsidiarity: the wrong idea, in the wrong place, at the wrong time*, „Common Market Law Review”, 43, 2006, nr 1.

- Davis R.W., *Citizenship of the Union... rights for all?*, „European Law Review”, 27, 2002, nr 2.
- Dąbrowska P., Gromnicka E., Gruszczyński Ł., Nowak B., Pudło A., *Swobodny przepływ towarów*, cz. 1, [w:] *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, red. J. Barcz, Warszawa 2011.
- Deakin S., *Legal diversity and regulatory competition: Which model for Europe*, „European Law Journal”, 12, 2006, nr 4.
- De Witte B., *Non-market values in the internal market legislation*, [w:] *Regulating the Internal Market*, ed. N.N. Shuibhne, Cheltenham 2006.
- Doczekalska A., *Interpretacja wielojęzycznego prawa Unii Europejskiej*, „Europejski Przegląd Sądowy”, 2006, nr 5.
- Doppelhammer M., *Expulsion: a test case for European Union citizenship*, „European Law Review”, 24, 1999, nr 6.
- Dougan M., *“And some fell on stony ground...” A review of Giandomenico Majone’s Dilemmas of European Integration*, „European Law Review”, 31, 2006, nr 6.
- Dougan M., *The constitutional dimension to the case law on Union citizenship*, „European Law Review”, 31, 2006, nr 5.
- Dougan M., *Cross-border educational mobility and the exportation of student financial assistance*, „European Law Review”, 33, 2008, nr 5.
- Dougan M., *Minimum harmonization and the Internal Market*, „Common Market Law Review”, 37, 2000, nr 4.
- Douglas-Scott S., *A tale of two courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European human rights acquis*, „Common Market Law Review”, 43, 2006, nr 3.
- Doukas D., *Untying the market Access Knot: Advertising Restrictions and the Free Movement of Goods and Services*, „Cambridge Yearbook of European Legal Studies”, 9, 2006–2007.
- Drobysz M., *Zasady ogólne prawa wspólnotowego związane z funkcjonowaniem jednolitego rynku*, [w:] *Europeizacja prawa krajowego. Wpływ integracji europejskiej na klasyczne dziedziny prawa krajowego*, red. C. Mik, Toruń 2000.
- Drywood E., *Giving with one hand, taking with the other: fundamental rights, children and the family reunifications decision*, „European Law Review”, 32, 2007, nr 3.
- Dworkin G., *Autonomia*, [w:] *Przewodnik po współczesnej filozofii politycznej*, red. R.E. Goodin, Ph. Pettit, Warszawa 1998.



- Dworkin G., *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge 1988.
- Dybowski M., *Ronolda Dworkina koncepcja zasad prawa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”, 2001, z. 3.
- Editorial Comments: Two-speed European Citizenship? Can the Lisbon Treaty help close the gap?*, „Common Market Law Review”, 45, 2008, nr 5.
- Edward D., Shuibhne N.N., *Continuity and Change in the Law Relating to Services*, [w:] *Continuity and Change in EU Law*, eds A. Arnall, P. Eeckhout, T. Tridimas, Oxford 2008.
- Edwards V., Farmer P., *The Concept of Abuse in the Freedom of Establishment of Companies: a Case of Double Standards*, [w:] *Continuity and Change in EU Law*, eds A. Arnall, P. Eeckhout, T. Tridimas, Oxford 2008.
- Egan M.P., *Constructing a European Market. Standard, Regulation, and Governance*, Oxford 2001.
- Egan M.P., *The Single Market*, [w:] *European Union Politics*, ed. M. Cini, Oxford 2007.
- Eisenhut D., *The special security exemption of Article 296 EC: Time for a new notion of “essential security interests”?*, „European Law Review”, 33, 2008, nr 4.
- Ellis E., *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford 2005.
- Elsmore M.J., Starup P., *Union Citizenship – Background, Jurisprudence, and Perspective: The Past, Present, and Future of Law and Policy*, „Yearbook of European Law”, 26, 2007.
- Emiliou N., *The Principle of Proportionality in European Law*, The Hague 1996.
- Engsig Sorensen K., *Abuse of rights in Community Law: A principle of substance or merely rhetoric?*, „Common Market Law Review”, 43, 2006, nr 2.
- Epiney A., *The Scope of Article 12 EC: Some Remarks on the Influence of European Citizenship*, „European Law Journal”, 13, 2007, nr 5.
- European Citizenship. An Institutional Challenge*, ed. M. la Torre, The Hague 1998.
- European Fundamental Rights and Freedoms*, ed. D. Ehlers, Berlin 2007.
- European Integration and International Co-ordination*, eds A. von Bogdandy, P. Mavroidis, Y. Meny, The Hague 2002.
- European Integration Through Interaction of Legal Regimes*, eds C. Baudenbacher, H. Bull, Oslo 2007.

- The European Union Charter of Fundamental Rights*, eds S. Peers, A. Ward, Oxford 2004.
- European Union Law for the Twenty-First Century*, ed. T. Tridimas, Oxford 2004.
- European Union Politics*, ed. M. Cini, Oxford 2007.
- Europejskie prawo gospodarcze w działalności przedsiębiorstw*, red. K. Sobczak, Warszawa 2002.
- Evans A., *Union citizenship and the constitutionalization of equality in EU law*, [w:] *European Citizenship. An Institutional Challenge*, ed. M. la Torre, The Hague 1998.
- Everson M., *The Legacy of the Market Citizen*, [w:] *New Legal Dynamics of the European Union*, eds J. Shaw, G. More, Oxford 1995.
- Facenna G., *Eugen Schmidberger Internationale Transporte Planzuge v Austria: Freedom of Expression and Assembly v. Free Movement of Goods*, „European Human Rights Law Review”, 2004, nr 1.
- Feria R. de la, *Prohibition of abuse of (Community) law: The creation of a new general principle of EC law through tax*, „Common Market Law Review”, 45, 2008, nr 2.
- Fernandez Martin J.M., *Free Movement of Workers and Social Security*, „European Law Review”, 21, 1996.
- Fiedorow D., *Wykładnia celowościowa prawa wspólnotowego w orzecznictwie sądów wspólnotowych*, [w:] *Wykładnia prawa Unii Europejskiej*, red. C. Mik, Toruń 2008.
- Finnis J., *Natural law: The classical tradition*, [w:] *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, eds J. Coleman, S. Shapiro, Oxford 2002.
- Fisher T.C., *European “Citizenship”: In its Own Right and in Comparison with the United States*, „The Cambridge Yearbook of European Legal Studies”, 5, 2002–2003.
- Foster N., *From Persons to Citizens and Beyond: The Evolution of Personal Free Movement in the European Union*, „Annual of German & European Law”, 2/3, 2004/2005, ed. R.A. Miller, P.C. Zumbansen.
- Frąckowiak-Adamska A., *Obowiązek poszanowania prawa wspólnotowego w dziedzinach należących do kompetencji wyłącznych praw członkowskich*, „Europejski Przegląd Sądowy”, 2005, nr 3.

- Frąckowiak-Adamska A., *O istocie praw wynikających z obywatelstwa Unii*, „Europejski Przegląd Sądowy”, 2012, nr 10.
- Frąckowiak-Adamska A., *Zasada proporcjonalności jako gwarancja swobód rynku wewnętrznego Wspólnoty Europejskiej*, Warszawa 2009.
- Fryźlewicz M., *Dyskryminacja zwrotna w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich*, [w:] *Studia z prawa międzynarodowego i prawa Unii Europejskiej*, red. C. Mik, Toruń 2005.
- Fryźlewicz M., *Znaczenie komparatystyki językowej w wykładni sądów luksemburskich*, [w:] *Wykładnia prawa Unii Europejskiej*, red. C. Mik, Toruń 2008.
- Function and Future of European Law*, eds V. Heiskanen, K. Kulovesi, Helsinki 1999.
- Furuseth E., *Can Procedural Rules Create Obstacles to Fundamental Freedoms in European Law?*, „Intertax”, 35, 2007, nr 4.
- Gawrysiak-Zabłocka A., *Prawo przedsiębiorczości i prawo spółek*, cz. 3, [w:] *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, red. J. Barcz, Warszawa 2011.
- Georgiadis N.A., *Derogation Clauses: The Protection of National Interests in EC Law*, Athens 2006.
- Gerven W. van, *The Effect of Proportionality on the Actions of Member States of the European Community: National Viewpoints from Continental Europe*, [w:] *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, ed. E. Ellis, Oxford 1999.
- Gizbert-Studnicki T., *Wykładnia celowościowa*, „Studia Prawnicze”, 1985, z. 3–4.
- Golynger O., *Ubiquitous Citizens of Europe: The Paradigm of Partial Migration*, Antwerpen–Oxford 2006.
- Gormley L.W., *The definition of measures having equivalent effect*, [w:] *Continuity and Change in EU Law*, eds A. Arnall, P. Eeckhout, T. Tridimas, Oxford 2008.
- Gormley L.W., *The Genesis of the Rule of Reason in the Free Movement of Goods*, [w:] *Rule of Reason. Rethinking another Classic of European Legal Doctrine*, ed. A. Schrauwen, Groningen 2005.
- Gormley L.W., *The internal market: history and evolution*, [w:] *Regulating the Internal Market*, ed. N.N. Shuibhne, Cheltenham 2006.
- Greenawalt K., *Constitutional and Statutory Interpretation*, Oxford 2002.
- Griffin P., *European Commercial Law: An Introduction*, Dublin 2002.

- Gromski W., *Autonomia prawa i aksjologiczne uwarunkowania aktów jego instrumentalizacji*, [w:] *Problemy bezpieczeństwa prawnego z perspektywy teorii i filozofii prawa*, red. J. Jabłońska-Bonca, J. Guść, „Gdańskie Studia Prawnicze” IX, 2002.
- Gronden J.W. van de, *Rule of Reason and Convergence in Internal Market and Competition Law*, [w:] *Rule of Reason. Rethinking another Classic of European Legal Doctrine*, ed. A. Schrauwen, Groningen 2005.
- Gronowska B., *Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela*, [w:] *Prawo konstytucyjne*, red. Z. Witkowski, Toruń 2002.
- Groot G.R. de, *The relationship between the nationality legislation of the member states and the European Union and European Citizenship*, [w:] *European Citizenship. An Institutional Challenge*, ed. M. la Torre, The Hague 1998.
- Guild E., *Citizenship and fundamental Rights*, [w:] *The Future of Free Movement of Persons in the EU*, ed. J.Y. Carlier, E. Guild, Bruxelles 2006.
- Guild E., *EU Citizenship and Migration Law*, The Hague 2005.
- Guild E., *The Single Market, movements of persons and borders*, [w:] *The Law of the Single European Market*, eds C. Barnard, J. Scott, Oxford 2002.
- Gydal C., *The Principle of Proportionality*, Stockholm 2006.
- Hailbronner K., *Union Citizenship and Social Rights*, [w:] *The Future of Free Movement of Persons in the EU*, ed. J.Y. Carlier, E. Guild, Bruxelles 2006.
- Hansen J.L., *Full Circle: Is there a Difference between the Freedom of Establishment and the Freedom to Provide Services?*, [w:] *Services and Free Movement in EU Law*, eds M. Andenas, W.-H. Roth, Oxford 2003.
- Harmonization in the EEC*, ed. C.C. Twitchett, London 1981.
- Hart H.L.A., *Eseje z filozofii prawa*, wstęp i tłum. J. Woleński, Warszawa 2001.
- Helios J., *Pojmowanie wykładni prawa europejskiego w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości*, Wrocław 2002.
- Hilson Ch., *Discrimination in community free movement law*, „European Law Review”, 24, 1999, nr 5.
- Hilson Ch., *Legitimacy and rights in the EU: questions of identity*, „Journal of European Public Policy”, 14, 2004, nr 4.

- Hilson Ch., *The unpatriotism of the economic constitution? Rights to free movement and their impact on national and European identity*, „European Law Journal”, 14, 2008, nr 2.
- Hilson Ch., Downes T., *Making sense of rights: Community rights in E.C. Law*, „European Law Review”, 24, 1999, nr 2.
- Hofmann R., *German citizenship law and European citizenship: towards a special kind of dual nationality*, [w:] *European Citizenship. An Institutional Challenge*, ed. M. la Torre, The Hague 1998.
- Hofstotter B., *A cascade of rights, or who shall care for Little Catherine? Some reflections on the Chen case*, „European Law Review”, 30, 2005.
- Horsley T., Case C-110/05, *Commission v. Italy*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 10 February 2009; Case C-142/05, *Åklagaren v. Percy Mickelsson and Joakim Roos*, Judgment of the Court (Second Chamber) of 4 June 2009; Case C-265/06, *Commission v. Portugal*, Judgment of the Court (Third Chamber) of 10 April 2008, [2008] ECR I-2245, [komentarz], „Common Market Law Review”, 46, 2009, nr 6.
- Iliopoulou A., Toner H., Case C-184/99, *Rudy Grzelczyk v. Centre Public d'Aide Sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, Judgment of the Full Court of 20 September 2001, [2001] ECR I-6193, [komentarz], „Common Market Law Review” 39, 2002, nr 3.
- Informal Governance in the European Union*, eds T. Christiansen, S. Piattoni, Cheltenham 2003.
- Jackowski M., *Ochrona praw nabytych w polskim systemie konstytucyjnym*, Warszawa 2008.
- Jacobs F.G., *Citizenship of the European Union – A legal analysis*, „European Law Journal”, 13, 2007, nr 5.
- Jacobs F.G., *Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law*, [w:] *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, ed. E. Ellis, Oxford 1999.
- Jakimowicz W., *Publiczne prawa podmiotowe*, Kraków 2002.
- Jalas J., *The principle of proportionality In the law of the European Community*, „The Finnish Yearbook of International Law”, 3, 1992.
- Jans J.H., *Minimum Harmonisation and the Role of the Principle of Proportionality*, [w:] *Umweltrecht und Umweltwissenschaft*, eds M. Führ, P. Wahl, P. von Wilmowsky, Berlin 2007.

- Jans J.H., *Proportionality Revisited*, „Legal Issues of Economic Integration”, 27 (3), 2000.
- Jarass H.D., *A Unified Approach to the Fundamental Freedoms*, [w:] *Services and Free Movement in EU Law*, eds M. Andenas, W.-H. Roth, Oxford 2003.
- Jarosz-Żukowska S., *Konstytucyjna zasada ochrony własności*, Kraków 2003.
- Jarvis M.A., Case C-325/00, *Commission v. Germany*, Judgment of the Court of Justice of 5 November 2002, Full Court, [komentarz], „Common Market Law Review”, 40, 2003, nr 3.
- Jarvis M.A., Cases C-24/00, *Commission v. France*, C-95/01 *Greenham and Abel* and C-270/02 *Commission v. Italy*, judgments of the Court of Justice of 5 February 2004, Sixth and Third Chambers, [komentarz], „Common Market Law Review”, 41, 2004, nr 5.
- Jensen C.S., *Neo-functionalism*, [w:] *European Union Politics*, ed. M. Cini, Oxford 2007.
- Jeżewski M., *Między wykładnią a tworzeniem prawa przez Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich*, [w:] *Wykładnia prawa Unii Europejskiej*, red. C. Mik, Toruń 2008.
- Joerges Ch., “Good governance” in the European internal market – two competing legal conceptualisations of European Integration and their Synthesis, [w:] *European Integration and International Co-ordination*, eds A. von Bogdandy, P. Mavroidis, Y. Meny, The Hague 2002.
- Justyńska I., *Status praw socjalnych*, [w:] *Wykładnia prawa i inne problemy filozofii prawa*, red. L. Morawski, Toruń 2005.
- Kaczor J., *Prawa podmiotowe w europejskim porządku prawnym. Uwagi na tle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, [w:] *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Teoria prawa europejskiego*, red. J. Kaczor, Wrocław 2005.
- Kaczor J., *Zasada autonomii woli w świetle filozofii liberalnej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”, 2001, z. 1–2.
- Kadelbach S., *Union Citizenship*, [w:] *Principles of European Constitutional Law*, eds A. von Bogdandy, J. Bast, Oxford 2006.
- Kalisz A., *Reguły interpretacyjne stosowane przez ETS*, „Europejski Przegląd Sądowy”, 2007, nr 2.
- Kelly G.M., *Public policy and general interest exceptions in the jurisprudence of the European Court of Justice*, „European Review of Private Law”, 4, 1996, nr 1.

- Kingreen T., *Fundamental Freedoms*, [w:] *Principles of European Constitutional Law*, ed. A. Bogdany, J. Bast, Oxford 2006.
- Kjellgren A., *On the border of abuse – The jurisprudence of the European Court of Justice on circumvention, fraud and other misuses of community law*, „European Business Law Review”, 11, 2000.
- Kjellgren A., *On the Border of Abuse: the Jurisprudence of the European Court of Justice on Circumvention, Fraud and Abuses of Community Law*, [w:] *Services and Free Movement in EU Law*, eds M. Andenas, W.-H. Roth, Oxford 2003.
- Kledzik P., *Obrona praw podmiotowych jako podstawa udziału organizacji pozarządowej w administracyjnym postępowaniu jurysdykcyjnym i sądowno-administracyjnym*, [w:] *Prawa podmiotowe. Pojmowanie w naukach prawnych*, red. J. Ciapała, K. Flaga-Gieruszczyńska, Szczecin 2006.
- Knade-Plaskacz A., *Pytania prejudycjalne do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawach czysto wewnętrznych*, „Europejski Przegląd Sądowy”, 2006, nr 1.
- Knook A., *Guns and Tobacco. The Effect of Interstate Trade Case Law on the Vertical Division of Powers*, „Maastricht Journal of European and Comparative Law”, 11, 2004, nr 4.
- Kończak J., *Swobody cząstkowe a swoboda działalności gospodarczej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”, 2008, z. 2.
- Koopmans T., *The Theory of Interpretation and the Court of Justice*, [w:] *Judicial Review in European Union Law*, ed. D. O’Keeffe, The Hague 2000.
- Kopiczko O., *Zasada państwa pochodzenia a system prawa stosowany do obcych usługodawców*, „Prawo i Podatki w Unii Europejskiej”, 2005, nr 4.
- Kosikowski C., *Publiczne prawo gospodarcze Polski i Unii Europejskiej*, Warszawa 2005.
- Kosiński E., *Aspekt prawny wolności gospodarczej*, „Kwartalnik Prawa Publicznego”, 2003, nr 4.
- Kostakopoulou D., *European Union Citizenship: Writing the Future*, „European Law Journal”, 13, 2007, nr 5.
- Kostakopoulou D., *Ideas, Norms and European Citizenship: Explaining Institutional Change*, „The Modern Law Review”, 68 (2), 2005.
- Kostoris F., Schioppa P., *Mutual Recognition, Unemployment and the Welfare State*, [w:] *The Principle of Mutual Recognition in the European Integration Process*, eds F. Kostoris, P. Schioppa, Basingstoke 2005.

- Kożuch M., *Swoboda świadczenia usług w Unii Europejskiej*, cz. 4, [w:] *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, red. J. Barcz, Warszawa 2011.
- Krzemińska J., *Free Speech Meets Free Movement – How Fundamental really is “Fundamental”?*, ZERP (Zentrum für Europäische Rechtspolitik) Diskussionspapier, 3/2005.
- Księga Pamiątkowa Profesora Tadeusza Jasudowicza*, red. J. Białocerkiewicz, M. Balcerzak, Toruń 2004.
- Kumm M., *Constitutionalising Subsidiarity in Integrated Markets: The Case of Tobacco Regulation in the European Union*, „European Law Journal”, 12, 2006, nr 4.
- Kunkiel-Kryńska A., *Granice swobody implementacyjnej – komentarz do wyroku C-183/00*, „Europejski Przegląd Sądowy”, 2008, nr 10.
- Kunoy B., *A Union of national citizens: the origins of the Court’s Lack of avant-gardisme in the Chen Case*, „Common Market Law Review”, 43, 2006, nr 1.
- Kurcz B., *Dyrektywy Wspólnoty Europejskiej i ich implementacja do prawa krajowego*, Kraków 2004.
- Lane R., *The internal market and the individual*, [w:] *Regulating the Internal Market*, ed. N.N. Shuibhne, Cheltenham 2006.
- Lang W., *Prawa podmiotowe i prawa człowieka*, [w:] *Księga Pamiątkowa Profesora Tadeusza Jasudowicza*, red. J. Białocerkiewicz, M. Balcerzak, Toruń 2004.
- Lang W., *Zarys analitycznej teorii uprawnienia*, „Studia Prawnicze”, 1985, z. 3–4.
- The Law of the Single European Market*, eds C. Barnard, J. Scott, Oxford 2002.
- Lazer D., *Global and domestic Governance: Modes of interdependence in regulatory policymaking*, „European Law Journal”, 12, 2006, nr 4.
- Leader S., *Proportionality and the Justification of Discrimination*, [w:] *Discrimination Law: Concepts, Limitations and Justifications*, eds J. Dine, B. Watt, London 1996.
- Leleux P., *The Role of the European Court of Justice in Protecting Individual Rights in the Context of the Free Movement of Persons and Services*, [w:] *Courts and Free Markets*, eds T. Sandalou, E. Stein, Oxford 1982.
- Lenaerts K., *Fundamental rights in the European Union*, „European Law Review”, 25, 2000, nr 6.



- Lenaerts K., *Union citizenship and the principle of non-discrimination on grounds of nationality*, [w:] *Festschrift til Claus Gulmann – Liber Amicorum*, København 2006.
- Lenaerts K., Nuffel P. van, *Constitutional Law of the European Union*, London 1999.
- Lippolis V., *European citizenship: what it is and what it could be*, [w:] *European Citizenship. An Institutional Challenge*, ed. M. la Torre, The Hague 1998.
- Lokrantz Bernitz H., *Citizenship Law – No Longer Exclusive National Competence Towards Individual European Union Membership Based on Domicile?*, „Swedish Studies in European Law”, 1, 2006.
- Lomnicka E., *The Home Country Control Principle in the Financial Services Directives and the Case Law*, [w:] *Services and Free Movement in EU Law*, eds M. Andenas, W.-H. Roth, Oxford 2003.
- Łabieniec P., *Josepha Raza i Johna Finnisa poglądy na temat istoty praw podmiotowych (rights)*, [w:] *Zmiany społeczne a zmiany w prawie. Aksjologia, konstytucja, integracja europejska*, red. L. Leszczyński, Lublin 1999.
- Łazowski A., *Ochrona jednostek w prawie wspólnot europejskich*, Kraków 2002.
- Łętowska E., *Dialog i metody. Interpretacja w multicentrycznym systemie prawa*, cz. I, „Europejski Przegląd Sądowy”, 2008, nr 11.
- Łętowska E., *Dialog i metody. Interpretacja w multicentrycznym systemie prawa*, cz. II, „Europejski Przegląd Sądowy”, 2008, nr 12.
- Maas W., *Creating European Rights*, Plymouth 2007.
- Maas W., *The genesis of European Rights*, „Journal of Common Market Studies”, 43, 2005, nr 5.
- Maciołek M., *O publicznym prawie podmiotowym*, „Samorząd Terytorialny”, 1992, nr 1–2.
- Maduro M.P., *Harmony and dissonance in free movement*, „The Cambridge Yearbook of European Legal Studies”, 4, 2001.
- Maduro M.P., *Harmony and dissonance in free movement*, [w:] *Services and Free Movement in EU Law*, ed. M. Andenas, W.-H. Roth, Oxford 2003.
- Maduro M.P., *So close and yet so far: the paradoxes of mutual recognition*, „Journal of European Public Policy”, 14, 2007, nr 5.
- Maduro M.P., *We, the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford 1998.

- Majone G., *Legitimacy and effectiveness: a response to Professor Michael Dougan's review article on Dilemmas of European Integration*, „European Law Review”, 32, 2007, nr 1.
- Maliszewska-Nienartowicz J., *Orzecznictwo ETS dotyczące ograniczeń swobody przepływu osób i usług ze względu na porządek, bezpieczeństwo oraz zdrowie publiczne*, „Prawo i Podatki Unii Europejskiej w praktyce”, 2008, nr 10.
- Maliszewska-Nienartowicz J., *Zasada proporcjonalności w prawie Wspólnot Europejskich*, Toruń 2007.
- Mar Stefansson S., *Permitted Restrictions of the Four Freedoms under EC-EEA Law*, „Europarattslig Tidskrift”, 2005, nr 682.
- Marias E., *European citizenship in action: from Maastricht to the intergovernmental conference*, [w:] *European Citizenship. An Institutional Challenge*, ed. M. la Torre, The Hague 1998.
- Marin R.R., *Equal citizenship and the difference that residence makes*, [w:] *European Citizenship. An Institutional Challenge*, ed. M. la Torre, The Hague 1998.
- Marmor A., *Exclusive legal positivism*, [w:] *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, eds J. Coleman, S. Shapiro, Oxford 2002.
- Marszałek A., *Z historii europejskiej idei integracji międzynarodowej*, Łódź 1996.
- Martinsen D.S., *Who has the Right to Intra-European Social Security? From Market Citizens to European Citizens and Beyond*, „Annual of German & European Law”, 2/3, 2004/2005, ed. R.A. Miller, P.C. Zumbansen.
- Masło K., *Wykładnia autonomiczna w prawie Unii Europejskiej*, [w:] *Wykładnia prawa Unii Europejskiej*, red. C. Mik, Toruń 2008.
- Mather J.D., *The Court of Justice and the Union Citizen*, „European Law Journal”, 11, 2005, nr 6.
- Mattera A., *The principle of mutual recognition and respect for national, regional and local identities and traditions*, [w:] *The Principle of Mutual Recognition in the European Integration Process*, eds F. Kostoris, P. Schioppa, Basingstoke 2005.
- Mavromati D., *The Law of Payment Services in the EU*, The Hague 2008.
- Mayer-Schonberger V., Somek A., *Introduction: Governing Regulatory Interaction: the Normative Question*, „European Law Journal”, 12, 2006, nr 4.
- McGee A., Weatherill S., *The Evolution of the Single Market – Harmonisation or Liberalisation*, „Modern Law Review”, 53, 1990, nr 5.

- Menz G., *Varieties of Capitalism and Europeisation. National Response Strategies to the Single European Market*, Oxford 2005.
- Miąsik D., *Sprawa wspólnotowa przed sądem krajowym*, „Europejski Przegląd Sądowy”, 2008, nr 9.
- Mik C., *Karta Ochrony Praw Podstawowych: wyznaczniki standardów ochronnych*, [w:] *Ochrona praw podstawowych w Unii Europejskiej*, red. J. Barcz, Warszawa 2008.
- Mik C., Czapliński W., *Traktat o Unii Europejskiej. Komentarz*, Warszawa 2005.
- Mora M.N., *European citizens: Rights and identities*, [w:] *Law, Politics, and Morality: European Perspectives I*, eds J. Ferrer Beltrán, M. Iglesias Vila, Berlin 2003.
- Morin J., *Balancing Fundamental Rights and Common Market Freedoms in Union Law: Schimberger and Omega in the Light of the European Constitution*, „European Law Journal”, 12, 2006, nr 1.
- Mortelmans K., *The Common Market, the internal market and the single market, what's in a market?*, „Common Market Law Review”, 35, 1998, nr 1
- Mortelmans K., *The relationship between the Treaty rules and Community measures for the establishment and functioning of the internal market – towards a concordance rule*, „Common Market Law Review” 39, 2002, nr 6.
- Mortelmans K., *Towards convergence in the application of the rules on free movement and on competition?*, „Common Market Law Review”, 38, 2001, nr 3.
- Muller-Graff P.Ch., *The four freedoms: Major development in the jurisprudence of the ECJ*, [w:] *The European Economic Area Enlarged*, eds P.Ch. Muller-Graff, E. Selvig, Berlin 2006.
- Murawska A., *Konflikt interesów indywidualnego i ogólnego w prawie praw człowieka*, [w:] *Wykładnia prawa i inne problemy filozofii prawa*, red. L. Morawski, Toruń 2005.
- Nicolaïdis K., *Globalization with Human Faces: Managed Mutual Recognition and the Free Movement of Professionals*, [w:] *The Principle of Mutual Recognition in the European Integration Process*, eds F. Kostoris, P. Schioppa, Basingstoke 2005.
- Nicolaïdis K., Schmidt S.K., *Mutual recognition “on trial”: The long road to services liberalization*, „Journal of European Public Policy”, 14, 2007, nr 5.
- O’Brien Ch., Case C-212/05, *Gertraud Hartmann v. Freistaat Bayern*; Case C-213/05, *Wendy Geven v. Land Nordrhein-Westfalen*; Case C-287/05, *D.P.W. Hendrix*

- v. *Raad van Bestuur van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen*, [komentarz], „Common Market Law Review”, 45, 2008, nr 2.
- O’Brien Ch., *Real links, abstract rights and false alarms: the relationship between the ECJ’s “real link” case law and national solidarity*, „European Law Review”, 33, 2008, nr 5.
- Ochrona praw jednostki*, red. Z. Brodecki, Warszawa 2004.
- Ochrona praw podstawowych w Unii Europejskiej*, red. J. Barcz, Warszawa 2008.
- Odudu O., Case C-369/04, *Hutchison 3G UK Ltd and Others v. Commissioners of Customs and Excise*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 26 June 2007, [2007] ECR-I 5247 and C-284/04, *T-Mobile Austria GmbH and Others v. Republik Österreich*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 26 June 2007, [2007] ECR-I 5189, [komentarz], „Common Market Law Review”, 45, 2008, nr 4.
- O’Keeffe D., Bavasso A.F., *Four freedoms, one market and national competence: In search of a dividing line*, „Judicial Review in European Union Law”, 2000.
- O’Keeffe D., Bavasso A.F., *Fundamental Rights and the European Citizen*, [w:] *European Citizenship. An Institutional Challenge*, ed. M. la Torre, The Hague 1998.
- O’Leary S., *The Principle of Equal Treatment on Grounds of Nationality in Article 6EC. A lucrative source of rights for Member State nationals*, [w:] *The Principle of Equal Treatment in EC Law*, eds A. Dashwood, S. O’Leary, London 1997.
- O’Leary S., *Putting Flesh on the Bones of European Union Citizenship*, „European Law Review”, 24, 1999, nr 1.
- O’Leary S., Fernandez-Martin J.M., *Judicially Created Exceptions to the Free Provision of Services*, [w:] *Services and Free Movement in EU Law*, eds M. Andenas, W.-H. Roth, Oxford 2003.
- Oliver P., Jarvis M., *Free Movement of Goods in the European Community*, London 2003<sup>4</sup>.
- Oliver P., Roth W.-H., *The internal market and the four freedoms*, „Common Market Law Review”, 41, 2004, nr 2.
- Oosterom-Staples H., Case C-138/02, *Brian Francis Collins v. Secretary of State for Work and Pensions*, [komentarz], „Common Market Law Review”, 42, 2005, nr 1.
- Opalek K., Wróblewski J., *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1969.

- The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, eds J. Coleman, S. Shapiro, Oxford 2002.
- Pawłowicz K., *Prawo człowieka do swobodnej działalności gospodarczej*, [w:] *Prawa człowieka w społeczeństwie obywatelskim*, red. A. Rzepliński, Warszawa 1993.
- Peers S., *EU Immigration and Asylum Law: Internal Market Model or Human Rights Model?*, [w:] *European Union Law for the Twenty-First Century*, ed. T. Tridimas, Oxford 2004.
- Peers S., *Free Movement of Capital: Learning Lessons of Slipping of Spilt Milk*, [w:] *The Law of the Single European Market*, eds C. Barnard, J. Scott, Oxford 2002.
- Pelkmans J., *Mutual Recognition in Goods and services: An Economic Perspective*, [w:] *The Principle of Mutual Recognition in the European Integration Process*, eds F. Kostoris, P. Schioppa, Basingstoke 2005.
- Pelkmans J., *Mutual recognition in goods. On promises and disillusion*, „Journal of European Public Policy”, 14, 2007, nr 5.
- Piechowiak M., *Pojęcie praw człowieka*, [w:] *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, red. L. Wiśniewski, Warszawa 1997.
- Piszko R., *Pojęcie prawa podmiotowego*, [w:] *Prawa podmiotowe. Pojmowanie w naukach prawnych*, red. J. Ciapała, K. Flaga-Gieruszczyńska, Szczecin 2006.
- Planavova-Latanowicz J., *Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich i ochrona praw podstawowych*, Warszawa 2000.
- Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, red. L. Wiśniewski, Warszawa 1997
- Policastro P., *A new Garment for an Old Question: “A Clash between Man’s Rights and Citizens” Rights in the Enlarged Europe*, [w:] *Nordic and Other European Constitutional Traditions*, ed. J. Nergelis, Leiden–Boston 2006.
- Policy-Making in the European Union*, eds H. Wallace, W. Wallace, M.A. Pollack, Oxford 2005.
- Pollack M.A., *Theorizing EU Policy-Making*, [w:] *Policy-Making in the European Union*, eds H. Wallace, W. Wallace, M.A. Pollack, Oxford 2005.
- Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, red. B. Banaszak, A. Preisner, Warszawa 2002.
- Prawa podmiotowe. Pojmowanie w naukach prawnych*, red. J. Ciapała, K. Flaga-Gieruszczyńska, Szczecin 2006.

- Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, red. J. Barcz, Warszawa 2011.
- Prawo konstytucyjne*, red. P. Sarnecki, Warszawa 2008.
- Prawo konstytucyjne*, red. Z. Witkowski, Toruń 2002.
- Prechal S., *Directives in EC Law*, Oxford 2005.
- The Principle of Mutual Recognition in the European Integration Process*, eds F. Kostoris, P. Schioppa, Basingstoke 2005.
- The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, ed. E. Ellis, Oxford 1999.
- Principles of European Constitutional Law*, ed. A. Bogdany, J. Bast, Oxford 2006.
- Problemy bezpieczeństwa prawnego z perspektywy teorii i filozofii prawa*, red. J. Jabłońska-Bonca, J. Guść, „Gdańskie Studia Prawnicze” IX, 2002.
- Property and Human Rights*, ed. H. Vandenberghe, Brugge 2006.
- Pszczółkowski T.G., *Spoleczno-polityczna i gospodarcza doktryna neoliberalizmu w RFN. Ordoliberalizm*, Warszawa 1990.
- Przewodnik po współczesnej filozofii politycznej*, red. R.E. Goodin, Ph. Pettit, Warszawa 1998.
- Quaglia L., Neuvonen M., Miyakoshi M., Cini M., *Europeisation*, [w:] *European Union Politics*, ed. M. Cini, Oxford 2007.
- Radeideh M., *Fair Trading In EC Law. Information and Consumer Choice in the Internal Market*, Groningen 2005.
- Redelbach A., Wronkowska S., Ziemiński Z., *Zarys teorii państwa i prawa*, Warszawa 1992.
- Regulating the Internal Market*, ed. N.N. Shuibhne, Cheltenham 2006.
- Reich N., *The Constitutional Relevance of Citizenship and Free Movement in an Enlarged Union*, „European Law Review”, 11, 2005, nr 6.
- Reich N., Harbacevica S., *Citizenship and Family on Trial: A fairly optimistic overview of recent Court practice with regard to free movement of persons*, „Common Market Law Review”, 40, 2003, nr 3.
- Ritter C., *Purely internal situations, reverse discrimination, Guimont, Dzodzi and article 234*, „European Law Review”, 31, 2006, nr 5.
- Ronkes Agerbeek F., *Freedom of expression and free movement In the Brenner corridor: the Schimberger case*, „European Law Review”, 29, 2004, nr 2.

- Rott P., *Minimum harmonization for the completion of the Internal Market? The example of consumer sales law*, „Common Market Law Review”, 40, 2003, nr 5.
- Rosamond B., *New Theories of European Integration*, [w:] *European Union Politics*, ed. M. Cini, Oxford 2007.
- Rossi L.S., Curzon S.J., *What “Rule of Reason” for the EU internal Market?*, „Studi sull’integrazione europea”, 2008, nr 2.
- Rostek K., Davies G., *The impact of Union citizenship on national citizenship policies*, European Integration online Papers (EIoP), 10, 2006, nr 5, <http://eiop.or.at/eiop/texte/2006-005a.htm>.
- Roth W.-H., *The European Court of Justice’s Case Law on Freedom to Provide Services: Is Keck Relevant?*, [w:] *Services and Free Movement in EU Law*, eds M. Andenas, W.-H. Roth, Oxford 2003.
- Roth W.-H., *Export of Goods and Services within the Single Market: Reflections on the Scope of Articles 29 and 49 EC*, [w:] *European Union Law for Twenty-First Century. Rethinking the New Legal Order*, vol. 2. *Internal Market and Free Movement Community Policies*, eds T. Tridimas, P. Nebbia, Oxford 2004.
- Rule of Reason. Rethinking another Classic of European Legal Doctrine*, ed. A. Schrauwen, Groningen 2005.
- Sadurski W., *Neutralność moralna prawa. (Przyczynek do teorii państwa liberalnego)*, „Państwo i Prawo”, 1990, nr 7.
- Sadurski W., *Teoria sprawiedliwości – podstawowe zagadnienia*, Warszawa 1988.
- Sarkowicz R., *Pozioma interpretacja tekstu prawnego*, Kraków 2005.
- Sarkowicz R., Stelmach J., *Teoria prawa*, Kraków 1996.
- Scheuing D.H., *Freedom of Movement as a Union Citizen’s Right*, „Annual Of German & European Law”, 2/3, 2004/2005, ed. R.A. Miller, P.C. Zumbansen.
- Schmidt S.K., *Mutual recognition as a new mode of governance*, „Journal of European Public Policy”, 14, 2007, nr 5.
- Schrauwen A.A.M., *In Defence of Public Interest: The Rule of Reason; Genesis of a Principle of Law*, [w:] *Rule of Reason. Rethinking another Classic of European Legal Doctrine*, ed. A. Schrauwen, Groningen 2005.
- Schreiber K., *The New Approach to Technical Harmonization and Standards*, [w:] *The State of the European Community. Policies, Institutions & Debates in the Transition Years*, eds L. Hurwitz, Ch. Lequesne, Essex 1991.

- Schutter O. de, *Fundamental Rights and the Transformation of Governance in the European Union*, „The Cambridge Yearbook of European Legal Studies”, 9, 2006–2007.
- Schütze R., *On “federal” ground: The European Union as an (Inter)national Phenomenon*, „Common Market Law Review”, 46, 2009, nr 4.
- Schwartz J., *The Principle of Proportionality and the principle of impartiality in European Administrative Law*, „Rivista trimestrale di diritto pubblico”, 2003, nr 1.
- Scott J., *Mandatory or Imperative Requirements in the EU and the WTO*, [w:] *The Law of the Single European Market*, eds C. Barnard, J. Scott, Oxford 2002.
- Services and Free Movement in EU Law*, eds M. Andenas, W.-H. Roth, Oxford 2002.
- Shaw J., Hunt J., Wallace Ch., *Economic and social law of the European Union*, Basingstoke 2007.
- Shuibhne N.N., Case C-76/05 *Schwarz and Gootjes-Schwarz v. Finanzamt Bergisch Gladbach*, Judgment of the Grand Chamber of 11 September 2007, not yet reported; Case C-318/05, *Commission v. Germany*, Judgment of the Grand Chamber of 11 September 2007, not yet reported; Joined Cases C-11/06 & C-12/06 *Morgan v. Bezirksregierung Köln; Bucher v. Landrat des Kreises Düren*, Judgment of the Grand Chamber of 23 October 2007, not yet reported, [komentarz], „Common Market Law Review”, 45, 2008, nr 3.
- Shuibhne N.N., *Free movement of Persons and the wholly internal rule: time to move on?*, „Common Market Law Review”, 39, 2002, nr 4.
- Simmonds K.R., *The British Nationality Act 1981 and the definition of the term ‘national’ for Community purposes*, „Common Market Law Review”, 21, 1984, nr 4.
- Skouris V., *Fundamental rights and fundamental freedoms: The challenge of striking a delicate balance*, „European Business Law Review”, 17, 2006.
- Slot P.J., *Harmonisation*, „European Law Review”, 21, 1996.
- Smolak M., *Uzasadnianie sądowe jako argumentacja z moralności politycznej. O legitymizacji władzy sędziowskiej*, Kraków 2003.
- Snell J., *And Then There Were Two: Products and Citizens in Community Law*, [w:] *European Union Law for Twenty-First Century. Rethinking the New Legal Order*, vol. 2. *Internal Market and Free Movement Community Policies*, eds T. Tridimas, P. Nebbia, Oxford 2004.



- Snell J., *Economic Aims as Justification for Restrictions on Free Movement*, [w:] *Rule of Reason. Rethinking another Classic of European Legal Doctrine*, ed. A. Schrauwen, Groningen 2005.
- Snell J., *Goods and Services in EC Law. A Study of the Relationship Between the Freedoms*, Oxford 2002.
- Snell J., *Private Parties and the Free Movement of Goods and Services*, [w:] *Services and Free Movement in EU Law*, eds M. Andenas, W.-H. Roth, Oxford 2003.
- Snell J., *True proportionality and free movement of goods and services*, „European Business Law Review”, 2000, nr 1–2.
- Snell J., Andenas M., *Exploring the Outer Limits: Restrictions on the Free Movement of Goods and Services*, [w:] *Services and Free Movement in EU Law*, ed. M. Andenas, W.-H. Roth, Oxford 2003.
- Sobczak K., *Działalność gospodarcza. Uregulowania prawne*, Warszawa 2004.
- Somek A., *Solidarity decomposed: being and time in European citizenship*, „European Law Review”, 32, 2007.
- Spamann H., *Choice of Law In a Federal System and an Internal Market*, Jean Monet Working Paper 8/01.
- Spaventa E., Case C-254/98, *Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb v. TK-Heimdienst Sass GmbH*, Judgment of 13 January 2000, not yet reported, [komentarz], „Common Market Law Review”, 37, 2000, nr 5.
- Spaventa E., Case C-442/02, *Caixa-Bank France v. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, [komentarz], „Common Market Law Review”, 42, 2005, nr 4.
- Spaventa E., *Free movement of persons in the European Union, Barriers to Movement in their Constitutional Context*, The Hague 2007.
- Spaventa E., *From Gebhard to Carpenter: Towards a (non-)economic European Constitution*, „Common Market Law Review”, 41, 2004.
- Spaventa E., *Seeing the wood despite the trees? On the scope of Union Citizenship and its constitutional effects*, „Common Market Law Review”, 45, 2008.
- Stanley P., Case C-171/96, *Rui Alberta Pereira Roque v. His Excellency the Lieutenant Governor of Jersey*, Judgment of the Full Court of 16 July 1998, [1998] ECR I-4607, [komentarz], „Common Market Law Review”, 36, 1999, nr 5.
- Stanley P., Case C-349/03, *Commission v. United Kingdom*, [komentarz], „Common Market Law Review”, 44, 2007, nr 1.

- The State of the European Union*, vol. 3. *Building a European Polity*, eds C. Rhodes, S. Mazey, Essex 1995.
- Stone Sweet A., *The European Court and Integration*, [w:] *idem*, *The Judicial Construction of Europe*, Oxford 2004.
- Stone Sweet A., *The Judicial Construction of Europe*, Oxford 2004.
- Straetmans G., Case C-405/98, *Konsumentombudsmannen (KO) v. Gourmet International Products AB (GIP)*, Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 8 March 2001, [komentarz], „Common Market Law Review”, 39, 2002, nr 6.
- Strzyczkowski K., *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2007.
- Stuyck J., Case C-71/02, *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH v. Troostwijk GmbH*, [komentarz], „Common Market Law Review”, 41, 2004, nr 6.
- Sweeney J.A., *A “Margin of Appreciation” in the Internal Market: Lessons from the European Court of Human Rights*, „Legal Issues of Economic Integration”, 34 (1), 2007.
- Swobodny przepływ pracowników wewnątrz Unii Europejskiej*, cz. 2, red. Z. Hajn, [w:] *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, red. J. Barcz, Warszawa 2011.
- Szpunar M., *Promocja towarów w prawie wspólnotowym*, Kraków 2002.
- Szpunar M., *Wpływ zasad swobodnego przepływu towarów i świadczenia usług na normy kolizyjne państw członkowskich*, [w:] *Europeizacja prawa krajowego. Wpływ integracji europejskiej na klasyczne dziedziny prawa krajowego*, red. C. Mik, Toruń 2000.
- Szydło M., *Swoboda działalności gospodarczej*, Warszawa 2005.
- Szydło M., *Swobody rynku wewnętrznego a reguły konkurencji. Między konwergencją a dywergencją*, Toruń 2006.
- Szydło M., *Usprawiedliwienie naruszenia podstawowych swobód w oparciu o wyjątki traktatowe i doktrynę nadrzędnych wymogów interesu publicznego oraz w oparciu o art. 86 ust. 2 TWE*, „Kwartalnik Prawa Publicznego”, 2007, nr 3.
- Szyszczak E., *The Regulation of the State in Competitive Markets in the EU*, Oxford 2007.
- Timmermans C.W.A., *Rule of Reason, Rethinking another Classic of EC Legal Doctrine*, [w:] *Rule of Reason. Rethinking another Classic of European Legal Doctrine*, ed. A. Schrauwen, Groningen 2005.

- Tison M., *Unravelling the General Good Exception: The Case of Financial Services*, [w:] *Services and Free Movement in EU Law*, eds M. Andenas, W.-H. Roth, Oxford 2003.
- Tomuschat Ch., Case C-85/96, *María Martínez Sala v. Freistaat Bayern*, Judgment of 12 May 1998, Full Court. [1998] ECR I-2691, [komentarz], „Common Market Law Review”, 37, 2000, nr 2.
- Toner H., Case C-192/99, *R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Kaur*, Judgment of the Full Court of 20 February 2001, [2001] ECR I-1237, [komentarz], „Common Market Law Review”, 39, 2002, nr 4.
- Toner H., *Judicial Interpretation of European Union Citizenship – Transformation or Consolidation*, „Maastricht Journal of European and Comparative Law”, 2000, nr 7.
- Toner H., *Non-Discriminatory Obstacles to the Exercise of Treaty Rights – Articles 39, 43, 49 and 18 EC*, „Yearbook of European Law”, 23, 2004.
- Toth A.G., *The Oxford Encyclopedia of European Community Law*, vol. 2. *The Law of the Internal Market*, Oxford 2006.
- Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, red. A. Wróbel; t. 1. Art. 1–89, red. D. Miąsik, N. Półtorak, t. 2. Art. 90–222, red. K. Kowalik-Bańczyk, M. Szwarz-Kuczer, Warszawa 2012.
- Triantafyllou D., Case C-367/96, *Alexandros Kefalas v. Greek State*, judgment of the Full Court of 12 May 1998, [1998] ECR I-2843, [komentarz], „Common Market Law Review”, 36, 1999, nr 1.
- Tridimas T., *The Application of the Principle of Equality to Community Measures*, [w:] *The Principle of Equal Treatment in EC Law*, eds A. Dashwood, S. O’Leary, London 1997.
- Tridimas T., *Proportionality in Community Law: Searching for the Appropriate Standard of Scrutiny*, [w:] *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, ed. E. Ellis, Oxford 1999.
- Tridimas T., *The Rule of Reason and its Relation to Proportionality and Subsidiarity*, [w:] *Rule of Reason. Rethinking another Classic of European Legal Doctrine*, ed. A. Schrauwen, Groningen 2005.
- Trybus M., *At the Borderline between Community and Member States’ Competence: The Triple-Exceptional Character of Article 297*, [w:] *European Union Law for Twenty-First Century. Rethinking the New Legal Order*, vol. 2. *Internal Market and Free Movement Community Policies*, eds T. Tridimas, P. Nebbia, Oxford 2004.

- Trybus M., *On the application of the EC Treaty to armaments*, „European Law Review”, 25, 2000, nr 6.
- Tryfonidou A., *In Search of the Aim of the EC Free Movement of Persons Provisions: Has the Court of Justice Missed the Point?*, „Common Market Law Review”, 46, 2009, nr 5.
- Tryfonidou A., *Jia or “Carpenter II”: The edge of reason*, „European Law Review”, 32, 2007.
- Tuleja P., *Normatywna treść praw jednostki w ustawach konstytucyjnych RP*, Warszawa 1997.
- Tuleja P., *Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności*, Kraków 2003.
- Ueda J., *Is the Principle of Proportionality the European Approach?: A Review and Analysis of Trade and Environment Cases before the European Court of Justice*, „European Business Law Review”, 14, 2003, nr 5.
- Urban J., *Delegowanie pracowników w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego”, VIII, 2010.
- Vignes D., *The harmonization of National legislation and the EEC*, „European Law Review”, 15, 1990.
- Vries S.A. de, *Tensions within the Internal Market. The Functioning of the Internal Market and the Development of Horizontal and Flanking Policies*, Groningen 2006.
- Waldron J., *Prawa*, [w:] *Przewodnik po współczesnej filozofii politycznej*, red. R.E. Goodin, Ph. Pettit, Warszawa 1998.
- Weatheril S., *Case 186/87, Cowan v. Le Tresor Public*. Preliminary reference under Art. 177 EEC by the *Commission d'indemnisation des victimes des infraction du Tribunal de Grande Instance de Paris*, on the interpretation of Art. 7 EEC. Decision of the European Court of Justice of 2 February 1989, [komentarz], „Common Market Law Review”, 26, 1989, nr 3.
- Weatherill S., *Case law*, [komentarz do *Bosman*], „Common Market Law Review”, 33, 1996, nr 5.
- Weatherill S., *The Common Market – mission accomplished?*, [w:] *Function and Future of European Law*, eds V. Heiskanen, K. Kulovesi, Helsinki 1999.
- Weatherill S., *The internal market*, [w:] *The European Union Charter of Fundamental Rights*, eds S. Peers, A. Ward, Oxford 2004.

- Weatherill S., *Pre-emption, Harmonization and the Distribution of Competence to Regulate the Internal Market*, [w:] *The Law of the Single European Market*, eds C. Barnard, J. Scott, Oxford 2002.
- Weatherill S., *Supply of and demand for internal market regulation: strategies, preference and interpretation*, [w:] *Regulating the Internal Market*, ed. N.N. Shuibhne, Cheltenham 2006.
- Weatherill S., *Why harmonise?*, [w:] *European Union Law for Twenty-First Century. Rethinking the New Legal Order*, vol. 2. *Internal Market and Free Movement Community Policies*, eds T. Tridimas, P. Nebbia, Oxford 2004.
- Weber D.M., *Joined Cases C-64/96 and C-65/96, Land Nordrhein-Westfalen v. Kari Uecker/Vera Jacquet*, Judgment of 5 June 1997, [1997] ECR I-3171, [komentarz], „Common Market Law Review”, 35, 1998, nr 6.
- Weiler J., *Introduction. European Citizenship – identity and differentity*, [w:] *European Citizenship. An Institutional Challenge*, ed. M. la Torre, The Hague 1998.
- Weiler J.H.H., *Mutual Recognition, Functional Equivalence and Harmonization in the Evolution of the European Common Market and the WTO*, [w:] *The principle of Mutual Recognition in the European Integration Process*, eds F. Kostoris, P. Schioppa, Basingstoke 2005.
- Weiler J.H.H., Lockhart N.J.S., *“Taking rights seriously” seriously: The European Court and its fundamental rights jurisprudence – part I*, „Common Market Law Review”, 32, 1995, nr 1.
- Weiss F., Wooldridge F., *Free Movement of Persons within the European Community*, The Hague 2007.
- White R.C., *Workers, Establishment, and Services in the European Union*, Oxford 2004.
- Wiers J., *The Rule of Reason in International Economic Law; Does the EC-WTO Parallel Make Sense?*, [w:] *Rule of Reason. Rethinking another Classic of European Legal Doctrine*, ed. A. Schrauwen, Groningen 2005.
- Wilsher D., *Does Keck discrimination make any sense? An assessment of the non-discrimination principle within the European Single Market*, „European Law Review”, 33, 2008, nr 3.
- Wiśniewski L., *Prawo a wolność człowieka – pojęcie i konstrukcja prawa*, [w:] *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, red. L. Wiśniewski, Warszawa 1997.
- Wolność gospodarcza*, red. Z. Brodecki, Warszawa 2003.

- Woods L., *Free Movement of Goods and Services within the European Community*, Aldershot 2004.
- Wojtyczek K., *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999.
- Wójtowicz K., *Sądy konstytucyjne wobec prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2012.
- Wronkowska S., *Analiza pojęcia prawa podmiotowego*, Poznań 1973.
- Wronkowska S., *Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa*, Poznań 2002<sup>2</sup>.
- Wronkowska S., Ziemiński Z., *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001.
- Wróblewski J., *Rozumienie prawa i jego wykładnia*, Wrocław 1990.
- Wyatt D., *Freedom of movement – An economic and political right*, [w:] *Harmonization in the EEC*, ed. C.C. Twitchett, London 1981.
- Wykładnia prawa i inne problemy filozofii prawa*, red. L. Morawski, Toruń 2005.
- Wykładnia prawa Unii Europejskiej*, red. C. Mik, Toruń 2008.
- Young A.R., *The Single Market, A New Approach to Policy*, [w:] *Policy-Making in the European Union*, eds H. Wallace, W. Wallace, M.A. Pollack, Oxford 2005.
- Zajadło J., *Filozoficzne problemy ochrony praw jednostki*, [w:] *Ochrona praw jednostki*, red. Z. Brodecki, Warszawa 2004.
- Zawidzka A., *Rynek wewnętrzny Wspólnoty Europejskiej a interes publiczny*, Warszawa 2002.
- Zdyb M., *Wspólnotowe i polskie publiczne prawo gospodarcze*, Warszawa 2008.
- Zeno-Zencovich V., Vardi N., *European Union law as a legal system in a comparative perspective*, „European Business Law Review”, 19, 2008.
- Zmiany społeczne a zmiany w prawie. Aksjologia, konstytucja, integracja europejska*, red. L. Leszczyński, Lublin 1999.

## **Orzeczenia ETS/TSUE**

- Wyrok z dnia 16 grudnia 1960 r. w sprawie 6/60 *Jean-E. Humblet v. państwo belgijskie*, Zb. Orz. 1960 01125.
- Wyrok z dnia 19 grudnia 1961 r. w sprawie 7/61 *Europejska Wspólnota Gospodarcza v. Republika Włoska*, Zb. Orz. 1961 635.

Wyrok z dnia 5 lutego 1963 r. w sprawie 26/62 *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v. Nederlandse administratie der belastingen*, Zb. Orz. 1963 00003.

Wyrok z dnia 15 lipca 1964 r. w sprawie 6/64 *Flaminio Costa v. E.N.E.L.*, Zb. Orz. 1964 01141.

Wyrok z dnia 12 listopada 1969 r. w sprawie 29/69 *Erich Stauder v. Ville d'Ulm – Sozialamt*, Zb. Orz. 1969 00419.

Wyrok z dnia 6 października 1970 r. w sprawie 9/70 *Franz Grad v. Finanzamt Traunstein*, Zb. Orz. 1970 00825.

Wyrok z dnia 31 marca 1971 r. w sprawie 22/70 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Rada Wspólnot Europejskich*, Zb. Orz. 1971 00263.

Wyrok z dnia 12 lutego 1974 r. w sprawie 152/73 *Giovanni Maria Sotgiu v. Deutsche Bundespost*, Zb. Orz. 1974 00153.

Wyrok z dnia 4 kwietnia 1974 r. w sprawie 167/73 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Francuska*, Zb. Orz. 1974 00359.

Wyrok z dnia 21 czerwca 1974 r. w sprawie 2/74 *Jean Reyners v. państwo belgijskie*, Zb. Orz. 1974 00631.

Wyrok z dnia 11 lipca 1974 r. w sprawie 8/74 *Procureur du Roi v. Benoît i Gustave Dassonville*, Zb. Orz. 1974 837.

Wyrok z dnia 3 grudnia 1974 r. w sprawie 33/74 *Johannes Henricus Maria van Binsbergen v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, Zb. Orz. 1974 01299.

Wyrok z dnia 4 grudnia 1974 r. w sprawie 41/74 *Yvonne van Duyn v. Home Office*, Zb. Orz. 1974 01337.

Wyrok z dnia 12 grudnia 1974 r. w sprawie 36/74 *B.N.O. Walrave, L.J.N. Koch v. Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie i Federación Española Ciclismo*, Zb. Orz. 1974 01405.

Wyrok z dnia 30 września 1975 r. w sprawie 32/75 *Anita Cristini v. Société nationale des chemins de fer français*, Zb. Orz. 1975 01085.

Wyrok z dnia 28 października 1975 r. w sprawie 36/75 *Roland Rutili v. Ministre de l'intérieur*, Zb. Orz. 1975 01219.

Wyrok z dnia 8 kwietnia 1976 r. w sprawie 43/75 *Gabrielle Defrenne v. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, Zb. Orz. 1976 00455.

- Wyrok z dnia 8 kwietnia 1976 r. w sprawie 48/75 *Jean Noël Royer*, Zb. Orz. 1976 00497.
- Wyrok z dnia 7 lipca 1976 r. w sprawie 118/75 *Lynne Watson i Alessandro Belmann*, Zb. Orz. 1976 01185.
- Wyrok z dnia 9 czerwca 1977 r. w sprawie 90/76 *S.r.l. Ufficio Henry van Ameyde v. S.r.l. Ufficio centrale italiano di assistenza assicurativa automobilisti in circolazione internazionale (UCI)*, Zb. Orz. 1977 01091.
- Wyrok z dnia 27 października 1977 r. w sprawie 30/77 *Régina v. Pierre Bouchereau*, Zb. Orz. 1977 01999.
- Wyrok z dnia 9 marca 1978 r. w sprawie 106/77 *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal SpA*, Zb. Orz. 1978 00629.
- Wyrok z dnia 28 listopada 1978 r. w sprawie 16/78. Postępowanie karne przeciwko *Michel Choquet*, Zb. Orz. 1978 02293.
- Wyrok z dnia 29 listopada 1978 r. w sprawie 83/78 *Pigs Marketing Board v. Raymond Redmond*, Zb. Orz. 1978 02347.
- Wyrok z dnia 18 stycznia 1979 r. w sprawach połączonych 110 oraz 111/78 *Ministère public i „Chambre syndicale des agents artistiques et impresarii de Belgique” ASBL v. Willy van Wesemael oraz inni*, Zb. Orz. 1979 35.
- Wyrok z dnia 7 lutego 1979 r. w sprawie 115/78 *J. Knoors v. Staatssecretaris van Economische Zaken*, Zb. Orz. 1979 00399.
- Wyrok z dnia 7 lutego 1979 r. w sprawie 136/78. Postępowanie karne przeciwko *Vincent Auer*, Zb. Orz. 1979 00437.
- Wyrok z dnia 20 lutego 1979 r. w sprawie 120/78 *Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, Zb. Orz. 1979 00649
- Wyrok z dnia 28 marca 1979 r. w sprawie 175/78 *The Queen v. Vera Ann Saunders*, Zb. Orz. 1979 01129.
- Wyrok z dnia 31 maja 1979 r. w sprawie 207/78. Postępowanie karne przeciwko *Gilbert Even i Office national des pensions pour travailleurs salariés (ONPTS)*, Zb. Orz. 1979 02019.
- Wyrok z dnia 8 listopada 1979 r. w sprawie 251/78 *Firma DenkaVit Futtermittel GmbH v. Minister für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten des Landes Nordrhein-Westfalen*, Zb. Orz. 1979 03369.
- Wyrok z dnia 27 lutego 1980 r. w sprawie 171/78 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Danii*, Zb. Orz. 1980 00447.



Wyrok z dnia 26 czerwca 1980 r. w sprawie 788/79. Postępowanie karne przeciwko **Herbert Gilli i Paul Andres**, Zb. Orz. 1980 02071.

Wyrok z dnia 16 grudnia 1980 r. w sprawie C-27/80. Postępowanie karne przeciwko **Anton Adriaan Fietje**, Zb. Orz. 1980 03839.

Wyrok z dnia 14 stycznia 1981 r. w sprawie 140/79 **Chemial Farmaceutici SpA v. DAF SpA.**, Zb. Orz. 1981 00001.

Wyrok z dnia 22 stycznia 1981 r. w sprawie 58/80 **Dansk Supermarked A/S v. A/S Imerco**, Zb. Orz. 1981 00181.

Wyrok z dnia 5 lutego 1981 r. w sprawie 53/80 **Officier van Justitie v. Koninklijke Kaasfabriek Eyssen**, Zb. Orz. 1981 00409.

Wyrok z dnia 17 czerwca 1981 r. w sprawie 113/80 **Komisja Wspólnot Europejskich v. Irlandia**, Zb. Orz. 1981 01625.

Wyrok z dnia 17 grudnia 1981 r. w sprawie 279/80. Postępowanie karne przeciwko **Alfred John Webb**, Zb. Orz. 1981 03305.

Wyrok z dnia 5 maja 1982 r. w sprawie 15/81 **Gaston Schul Douane Expeditieur BV v. Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen te Roosendaal**, Zb. Orz. 1982 01409.

Wyrok z dnia 18 maja 1982 r. w sprawach 115 i 116/81 **Rezguia Adoui v. państwo belgijskie i ville de Liège i Dominique Cornuaille v. państwo belgijskie**, Zb. Orz. 1982 01665.

Wyrok z dnia 18 maja 1982 r. w sprawie 155/79 **AM & S Europe Limited v. Commission of the European Communities**, Zb. Orz. 1982 01575.

Wyrok z dnia z dnia 6 października 1982 r. w sprawie 283/81, **Srl CILFIT i Lanificio di Gavardo SpA v. Ministero della sanità**, Zb. Orz. 1982 03415.

Wyrok z dnia 27 października 1982 r. w sprawach połączonych 35 oraz 36/82 **Elestina Esselina Christina Morson v. Staat der Nederlanden; Sewradjie Jhanjan v. Staat der Nederlanden**, Zb. Orz. 1982 03723.

Wyrok z dnia 10 listopada 1982 r. w sprawie 261/81 **Walter Rau Lebensmittelwerke v. De Smedt PVBA**, Zb. Orz. 1982 03961.

Wyrok z dnia 24 listopada 1982 r. w sprawie 249/81 **Komisja Wspólnot Europejskich v. Irlandia**, Zb. Orz. 1982 04005.

Wyrok z dnia 8 lutego 1983 r. w sprawie 124/81 **Komisja Wspólnot Europejskich v. Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej**, Zb. Orz. 1983 00203.

Wyrok z dnia 13 lipca 1983 r. w sprawie 152/82 *Sandro Forcheri i Marisa Marino, małżonce Forcheri, v. państwo belgijskie i Asbl Institut supérieur de sciences humaines appliquées – École ouvrière supérieure*, Zb. Orz. 1983 02323.

Wyrok z dnia 14 lipca 1983 r. w sprawie 174/82. Postępowanie karne przeciwko *Sandoz BV*, Zb. Orz. 1983 02445.

Wyrok z dnia 31 stycznia 1984 r. w sprawie 40/82 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej*, Zb. Orz. 1984 00283.

Wyrok z dnia 7 lutego 1984 r. w sprawie 237/82 *Jongeneel Kaas BV i inni v. państwo niderlandzkie i Stichting Centraal Orgaan Zuivelcontrole*, Zb. Orz. 1984 00483.

Wyrok z dnia 10 lipca 1984 r. w sprawie 72/83 *Campus Oil Limited i inni v. ministre pour l'Industrie i l'Energie i inni*, Zb. Orz. 1984 2727.

Wyrok z dnia 12 lipca 1984 r. w sprawie 107/83 *Ordre des avocats au barreau de Paris v. Onno Klopp*, Zb. Orz. 1984 02971.

Wyrok z dnia 12 lipca 1984 r. w sprawie 237/83 *SARL Prodest v. Caisse primaire d'assurance maladie de Paris*, Zb. Orz. 1984 03153.

Wyrok z dnia 10 stycznia 1985 r. w sprawie 229/83 *Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc i inni v. SARL „Au blé vert” i inni*, Zb. Orz. 1985 00001.

Wyrok z dnia 27 marca 1985 r. w sprawie 249/83 *Vera Hoeckx v. Centre public d'aide sociale de Kalmthout*, Zb. Orz. 1985 00973.

Wyrok z dnia 25 kwietnia 1985 r. w sprawie 207/83 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej*, Zb. Orz. 1985 01201.

Wyrok z dnia 9 maja 1985 r. w sprawie 21/84 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Francuska*, Zb. Orz. 1985 01355.

Wyrok z dnia 9 maja 1985 r. w sprawie 112/84 *Michel Humblot v. Directeur des services fiscaux*, Zb. Orz. 1985 01367.

Wyrok z dnia 18 czerwca 1985 r. w sprawie 197/84 *P. Steinhauser v. Ville de Biarritz*, Zb. Orz. 1985 01819.

Wyrok z dnia 28 stycznia 1986 r. w sprawie 188/84 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Francuska*, Zb. Orz. 1986 00419.

Wyrok z dnia 28 stycznia 1986 r. w sprawie 270/83 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Francuska*, Zb. Orz. 1986 00273.

Wyrok z dnia 11 marca 1986 r. w sprawie 121/85 *Conegate Limited v. HM Customs & Excise*, Zb. Orz. 1986 01007.

Wyrok z dnia 23 kwietnia 1986 r. w sprawie 294/83 *Parti écologiste „Les Verts” v. Parlament Europejski*, Zb. Orz. 1986 01339.

Wyrok z dnia 30 kwietnia 1986 r. w sprawie 96/85 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Francuska*, Zb. Orz. 1986 01475.

Wyrok z dnia 10 lipca 1986 r. w sprawie 79/85 *D. H. M. Segers v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen*, Zb. Orz. 1986 02375.

Wyrok z dnia 23 października 1986 r. w sprawie 355/85 *M. Driancourt, commissaire de police de Thouars, remplissant les fonctions de ministère public v. Michel Cognet*, Zb. Orz. 1986 03231.

Wyrok z dnia 12 lutego 1987 r. w sprawie 221/85 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Belgii*, Zb. Orz. 1987 00719.

Wyrok z dnia 18 lutego 1987 r. w sprawie 98/86. Postępowanie karne przeciwko *Arthur Mathot*, Zb. Orz. 1987 00809.

Wyrok z dnia 12 marca 1987 r. w sprawie 178/84 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Federalna Niemiec*, Zb. Orz. 1987 1227.

Wyrok z dnia 17 czerwca 1987 r. w sprawie 154/85 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Włoska*, Zb. Orz. 1987 02717.

Wyrok z dnia 14 stycznia 1988 r. w sprawie 63/86 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Włoska*, Zb. Orz. 1988 00029.

Wyrok z dnia 7 lipca 1988 r. w sprawie 143/87 *Christopher Stanton i SA belge d'assurances „L'Étoile 1905” v. Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants (Inasti)*, Zb. Orz. 1988 03877.

Wyrok z dnia 20 września 1988 r. w sprawie 302/86 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Danii*, Zb. Orz. 1988 04607.

Wyrok z dnia 2 lutego 1989 r. w sprawie 186/87 *Ian William Cowan v. Trésor public*, Zb. Orz. 1989 00195.

Wyrok z dnia 16 maja 1989 r. w sprawie 382/87 *r. r. Buet i SARL Educational Business Services (EBS) v. Ministère public*, Zb. Orz. 1989 01235.

Wyrok z dnia 30 maja 1989 r. w sprawie 305/87 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Grecka*, Zb. Orz. 1989 01461.

Wyrok z dnia 11 lipca 1989 r. w sprawie 265/87 *Hermann Schröder HS Kraftfutter GmbH & Co. KG v. Hauptzollamt Gronau*, Zb. Orz. 1989 02237.

Wyrok z dnia 27 września 1989 r. w sprawie 9/88 *Mário Lopes da Veiga v. Staatssecretaris van Justitie*, Zb. Orz. 1989 0298.

Wyrok z dnia 23 listopada 1989 r. w sprawie C-145/88 *Torfaen Borough Council v. B & Q plc.*, Zb. Orz. 1989 03851.

Wyrok z dnia 13 grudnia 1989 r. w sprawie C-49/89 *Corsica Ferries France v. Direction générale des douanes françaises*, Zb. Orz. 1989 04441.

Wyrok z dnia 7 marca 1990 r. w sprawie C-69/88 *H. Krantz GmbH & Co. v. Ontvanger der Directe Belastingen i Staat der Nederlanden*, Zb. Orz. 1990 I-00583.

Wyrok z dnia 7 marca 1990 r. w sprawie C-362/88 *GB-INNO-BM v. Confédération du commerce luxembourgeois*, Zb. Orz. 1990 I-00667.

Wyrok z dnia 18 października 1990 r. w sprawach połączonych C-297/88 oraz C-197/89 *Massam Dzodzi v. państwo belgijskie*, Zb. Orz. 1990 I-03763.

Wyrok z dnia 5 lutego 1991 r. w sprawie C-363/89 *Danielle Roux v. Państwo belgijskie*, Zb. Orz. 1991 I-00273.

Wyrok z dnia 26 lutego 1991 r. w sprawie C-154/89 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Francuska*, Zb. Orz. 1991 I-00659.

Wyrok z dnia 26 lutego 1991 r. w sprawie C-180/89 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Włoska*, Zb. Orz. 1991 I-00709.

Wyrok z dnia 26 lutego 1991 r. w sprawie C-198/89 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Grecka*, Zb. Orz. 1991 I-00727.

Wyrok z dnia 18 czerwca 1991 r. w sprawie C-260/89 *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE i Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou v. Dimotiki Etairia Pliroforissis i Sotirios Kouvelas i Nicolaos Avdellas i inni*, Zb. Orz. 1991 I-02925.

Wyrok z dnia 25 lipca 1991 r. w sprawie C-76/90 *Manfred Säger v. Dennemeyer & Co. Ltd.*, Zb. Orz. 1991 I-04221.

Wyrok z dnia 25 lipca 1991 r. w sprawach połączonych C-1/90 oraz C-176/90 *Aragonesa de Publicidad Exterior SA i Publivia SAE v. Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña*, Zb. Orz. 1991 I-04151.

Wyrok z dnia 25 lipca 1991 r. w sprawie C-288/89 *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda i inni v. Commissariaat voor de Media*, Zb. Orz. 1991 I-04007.

Wyrok z dnia 4 października 1991 r. w sprawie C-159/90 *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd v. Stephen Grogan i inni*, Zb. Orz. 1991 I-04685.

Opinia z dnia 14 grudnia 1991 r., opinia 1/91, Zb. Orz. 1991 I-06079.

Wyrok z dnia 20 maja 1992 r. w sprawie C-106/91 *Claus Ramrath v. Ministre de la Justice, przy udziale l'Institut des réviseurs d'entreprises*, Zb. Orz. 1992 I-03351.

Wyrok z dnia 7 lipca 1992 r. w sprawie C-369/90 *Mario Vicente Micheletti i inni v. Delegación del Gobierno en Cantabria*, Zb. Orz. 1992 I-04239.

Wyrok z dnia 7 lipca 1992 r. w sprawie C-370/90 *The Queen v. Immigration Appeal Tribunal i Surinder Singh, ex parte Secretary of State for Home Department*, Zb. Orz. 1992 I-04265.

Wyrok z dnia 9 lipca 1992 r. w sprawie C-2/90 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Belgii*, Zb. Orz. 1992 I-04431.

Wyrok z dnia 17 listopada 1992 r. w sprawie C-279/89 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Zjednoczone Królestwo*, Zb. Orz. 1992 I-05785.

Wyrok z dnia 16 grudnia 1992 r. w sprawie C-206/91 *Ettien Koua Poirrez v. Caisse d'allocations familiales de la région parisienne, substituée par la Caisse d'allocations familiales de la Seine-Saint-Denis*, Zb. Orz. 1992 I-06685.

Wyrok z dnia 16 grudnia 1992 r. w sprawie C-211/91 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Belgii*, Zb. Orz. 1992 I-06757.

Wyrok z dnia 26 stycznia 1993 r. w sprawie C-112/91 *Hans Werner v. Finanzamt Aachen-Innenstadt*, Zb. Orz. 1993 I-00429.

Wyrok z dnia 3 lutego 1993 r. w sprawie C-148/91 *Vereniging Veronica Omroep Organisatie v. Commissariaat voor de Media*, Zb. Orz. 1993 I-00487.

Wyrok z dnia 31 marca 1993 r. w sprawie C-19/92 *Dieter Kraus v. Land Baden-Württemberg*, Zb. Orz. 1993 I-01663.

Wyrok z dnia 22 czerwca 1993 r. w sprawie C-11/92 *The Queen v. Secretary of State for Health, ex parte Gallaher Ltd, Imperial Tobacco Ltd i Rothmans International Tobacco (UK) Ltd.*, Zb. Orz. 1993 I-03545.

Wyrok z dnia 20 października 1993 r. w sprawie C-272/92 *Maria Chiara Spotti v. Freistaat Bayern*, Zb. Orz. 1993 I-05185.

Wyrok z dnia 24 listopada 1993 r. w sprawach połączonych C-267/91, C-268/91. Postępowanie karne przeciwko *Bernard Keck i Daniel Mithouard*, Zb. Orz. 1993 I-06097.

Wyrok z dnia 15 grudnia 1993 w sprawie C-292/92 *Ruth Hünermund i inni v. Landesapothekerkammer Baden-Württemberg*, Zb. Orz. 1993 I-06787.

Wyrok z dnia 23 lutego 1994 r. w sprawie C-419/92 *Ingetraut Scholz v. Opera Universitaria di Cagliari i Cinzia Porcedda*, Zb. Orz. 1994 I-00505.

Wyrok z dnia 24 marca 1994 r. w sprawie C-275/92 *Her Majesty's Customs and Excise v. Gerhart Schindler i Jörg Schindler*, Zb. Orz. 1994 I-01039.

Wyrok z dnia 29 czerwca 1994 r. w sprawie C-60/93 *r. L. Aldewereld v. Staatssecretaris van Financiën*, Zb. Orz. 1994 I-02991.

Wyrok z dnia 14 lipca 1994 r. w sprawie C-379/92. Postępowanie karne przeciwko *Matteo Peralta*, Zb. Orz. 1994 I-03453.

Wyrok z dnia 14 lipca 1994 r. w sprawie C-17/93. Postępowanie karne przeciwko *J.J.J. Van der Veldt*, Zb. Orz. 1994 I-03537.

Wyrok z dnia 9 sierpnia 1994 r. w sprawie C-43/93 *Raymond Vander Elst v. Office des migrations internationales*, Zb. Orz. 1994 I-03803.

Wyrok z dnia 9 sierpnia 1994 r. w sprawach połączonych C-363/93, C-407/93, C-408/93, C-409/93, C-410/93 oraz C-411/93 *René Lancry SA v. Direction générale des douanes i Société Dindar Confort, Christian Ah-Son, Paul Chevassus-Marche, Société Conforéunion i Société Dindar Autos v. Conseil régional de la Réunion i Direction régionale des douanes de la Réunion*, Zb. Orz. 1994 I-03957.

Wyrok z dnia 5 października 1994 r. w sprawie C-23/93 *TV10 SA v. Commissariaat voor de Media*, Zb. Orz. 1994 I-04795.

Opinia z dnia 15 listopada 1994 r., opinia 1/94, Zb. Orz. 1994 I-05267.

Wyrok z dnia 9 lutego 1995 r. w sprawie C-412/93 *Société d'importation Edouard Leclerc-Siplec v. TFI Publicité SA i M6 Publicité SA*, Zb. Orz. 1995 I-00179.

Wyrok z dnia 16 lutego 1995 r. w sprawach połączonych C-29/94, C-30/94, C-31/94, C-32/94, C-33/94, C-34/94 oraz C-35/94. Postępowania karne przeciwko *Jean-Louis Aubertin, Bernard Collignon, Guy Creusot, Isabelle Diblanc, Gilles Josse, Jacqueline Martin i Claudie Normand*, Zb. Orz. 1995 I-00301.

Wyrok z dnia 23 lutego 1995 r. w sprawach połączonych C-358/93 oraz C-416/93. Postępowania karne przeciwko *Aldo Bordessa, Vicente Mari Mellado i Concepción Barbero Maestre*, Zb. Orz. 1995 I-00361.

Wyrok z dnia 10 maja 1995 r. w sprawie C-384/93 *Alpine Investments BV v. Minister van Financiën*, Zb. Orz. 1995 I-01141.

Wyrok z dnia 14 listopada 1995 r. w sprawie C-484/93 *Peter Svensson i Lena Gustavsson v. Ministre du Logement et de l'Urbanisme*, Zb. Orz. 1995 I-03955.

Wyrok z dnia 30 listopada 1995 r. w sprawie C-55/94 **Reinhard Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano**, Zb. Orz. 1995 I-04165.

Wyrok z dnia 15 grudnia 1995 r. w sprawie C-415/93 **Union royale belge des sociétés de football association ASBL v. Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA v. Jean-Marc Bosman i inni, oraz Union des associations européennes de football (UEFA) v. Jean-Marc Bosman**, Zb. Orz. 1995 I-04921.

Wyrok z dnia 29 lutego 1996 r. w sprawie C-193/94. Postępowania karne przeciwko **Sofia Skanavi i Konstantin Chryssanthakopoulos**, Zb. Orz. 1996 I-00929.

Wyrok z dnia 7 marca 1996 r. w sprawie C-334/94 **Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Francuska**, Zb. Orz. 1996 I-01307.

Wyrok z dnia 30 kwietnia 1996 r. w sprawie C-194/94 **CIA Security International SA v. Signalson SA i Securitel SPRL**, Zb. Orz. 1996 I-02201.

Wyrok z dnia 30 kwietnia 1996 r. w sprawie C-214/94 **Ingrid Boukhalf v. Bundesrepublik Deutschland**, Zb. Orz. 1996 I-02253.

Wyrok z dnia 23 maja 1996 r. w sprawie C-237/94 **John O'Flynn v. Adjudication Officer**, Zb. Orz. 1996 I-02617.

Wyrok z dnia 27 czerwca 1996 r. w sprawie C-107/94 **P. H. Asscher v. Staatssecretaris van Financiën**, Zb. Orz. 1996 I-03089.

Wyrok z dnia 24 października 1996 r. w sprawie C-72/95 **Aannemersbedrijf P.K. Kraaijeveld BV i in. v. Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland**, Zb. Orz. 1996 I-05403.

Wyrok z dnia 23 stycznia 1997 r. w sprawie C-29/95 **Eckehard Pastoors i Trans-Cap GmbH v. Belgische Staat**, Zb. Orz. 1997 I-00285.

Wyrok z dnia 7 maja 1997 r. w sprawach połączonych C-321/94, C-322/94, C-323/94 oraz C-324/94. Postępowanie karne przeciwko **Jacques Pistre** (C-321/94), **Michèle Barthes** (C-322/94), **Yves Milhau** (C-323/94) i **Didier Oberti** (C-324/94), Zb. Orz. 1997 I-02343.

Wyrok z dnia 29 maja 1997 r. w sprawie C-299/95 **Friedrich Kremzow v. Republik Österreich**, Zb. Orz. 1997 I-02629.

Wyrok z dnia 17 czerwca 1997 r. w sprawie C-70/95 **Sodemare SA, Anni Azzurri Holding SpA i Anni Azzurri Rezzato Srl v. Regione Lombardia**, Zb. Orz. 1997 I-03395.

Wyrok z dnia 26 czerwca 1997 r. w sprawie C-368/95 **Vereinigste Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH v. Heinrich Bauer Verlag**, Zb. Orz. 1997 I-03689.

Wyrok z dnia 9 lipca 1997 r. w sprawach połączonych C-34/95, C-35/95 oraz C-36/95 *Konsumentombudsmannen (KO) v. De Agostini (Svenska) Förlag AB (C-34/95) i TV-Shop i Sverige AB (C-35/95 i C-36/95)*, Zb. Orz. 1997 I-03843.

Wyrok z dnia 17 lipca 1997 r. w sprawie C-28/95 *A. Leur-Bloem v. Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*, Zb. Orz. 1997 I-04161.

Wyrok z dnia 23 października 1997 r. w sprawie C-189/95. Postępowanie karne przeciwko *Harry Franzén*, Zb. Orz. 1997 I-05909.

Wyrok z dnia 9 grudnia 1997 r. w sprawie C-265/95 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Francuska*, Zb. Orz. 1997 I-06959.

Wyrok z dnia 2 kwietnia 1998 r. w sprawie C-296/95 *The Queen v. Commissioners of Customs and Excise, ex parte EMU Tabac SARL, The Man in Black Ltd, John Cunningham*, Zb. Orz. 1998 I-01605.

Wyrok z dnia 7 maja 1998 r. w sprawie C-350/96 *Clean Car Autoservice GesmbH v. Landeshauptmann von Wien*, Zb. Orz. 1998 I-02521.

Wyrok z dnia 12 maja 1998 r. w sprawie C-85/96 *María Martínez Sala v. Freistaat Bayern*, Zb. Orz. 1998 I-02691.

Wyrok z dnia 18 czerwca 1998 r. w sprawie C-266/96 *Corsica Ferries France SA v. Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Coop. arl, Gruppo Ormeggiatori del Golfo di La Spezia Coop. arl i Ministero dei Trasporti e della Navigazione*, Zb. Orz. 1998 I-03949.

Wyrok z dnia 14 lipca 1998 r. w sprawie C-389/96 *Aher-Waggon GmbH v. Bundesrepublik Deutschland*, Zb. Orz. 1998 I-04473.

Wyrok z dnia 22 października 1998 r. w sprawie C-184/96 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Francuska*, Zb. Orz. 1998 I-06197.

Wyrok z dnia 24 listopada 1998 r. w sprawie C-274/96. Postępowanie karne przeciwko *Horst Otto Bickel i Ulrich Franz*, Zb. Orz. 1998 I-07637.

Wyrok z dnia 3 grudnia 1998 r. w sprawie C-67/97. Postępowanie karne przeciwko *Ditlev Bluhme*, Zb. Orz. 1998 I-08033.

Wyrok z dnia 19 stycznia 1999 r. w sprawie C-348/96. Postępowanie karne przeciwko *Donatella Calfa*, Zb. Orz. 1999 I-00011.

Wyrok z dnia 26 stycznia 1999 r. w sprawie C-18/95 *F.C. Terhoeve v. Inspecteur van de Belastingdienst Particulieren/Ondernemingen buitenland*, Zb. Orz. 1999 I-00345.

Wyrok z dnia 9 marca 1999 r. w sprawie C-212/97 *Centros Ltd v. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, Zb. Orz. 1999 I-01459.



Wyrok z dnia 16 marca 1999 r. w sprawie C-222/97 *Manfred Trummer i Peter Mayer*, Zb. Orz. 1999 I-01661.

Wyrok z dnia 29 kwietnia 1999 r. w sprawie C-224/97 *Erich Ciola v. Land Vorarlberg*, Zb. Orz. 1999 I-02517.

Wyrok z dnia 29 kwietnia 1999 r. w sprawie C-311/97 *Royal Bank of Scotland plc v. Elliniko Dimosio (państwo greckie)*, Zb. Orz. 1999 I-02651.

Wyrok z dnia 16 września 1999 r. w sprawie C-414/97 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii*, Zb. Orz. 1999 I-05585.

Wyrok z dnia 21 września 1999 r. w sprawie C-124/97 *Markku Juhani Läärä, Cotswold Microsystems Ltd i Oy Transatlantic Software Ltd v. Kihlakunnansyöttäjä (Jyväskylä) i Suomen valtio (Etat finlandais)*, Zb. Orz. 1999 I-06067.

Wyrok z dnia 21 października 1999 r. w sprawie C- 67/98 *Questore di Verona v. Diego Zenatti*, Zb. Orz. 1999 I-07289.

Wyrok z dnia 28 października 1999 r. w sprawie C-55/98 *Skatteministeriet v. Bent Vestergaard*, Zb. Orz. 1999 I-07641.

Wyrok z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-200/98 *X AB i Y AB v. Riksskatteverket*, Zb. Orz. 1999 I-08261.

Wyrok z dnia 27 stycznia 2000 r. w sprawie C-190/98 *Volker Graf v. Filzmoser Maschinenbau GmbH*, Zb. Orz. 2000 I-00493.

Wyrok z dnia 11 kwietnia 2000 r. w sprawach połączonych C-51/96 oraz C-191/97 *Christelle Delière v. Ligue francophone de judo et disciplines associées ASBL, Ligue belge de judo ASBL, Union européenne de judo (C-51/96) i François Pacquée (C-191/97)*, Zb. Orz. 2000 I-02549.

Wyrok z dnia 13 kwietnia 2000 r. w sprawie C-251/98 *C. Baars v. Inspecteur der Belastingen Particulieren/Ondernemingen Gorinchem*, Zb. Orz. 2000 I-02787.

Wyrok z dnia 6 czerwca 2000 r. w sprawie C-35/98 *Staatssecretaris van Financiën v. B.G.M. Verkooijen*, Zb. Orz. 2000 I-04071.

Wyrok z dnia 6 czerwca 2000 r. w sprawie C-281/98, *Roman Angonese v. Cassa di Risparmio di Bolzano SpA.*, Zb. Orz. 2000 I-04139.

Wyrok z dnia 26 września 2000 r. w sprawie C-478/98 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Belgii*, Zb. Orz. 2000 I-07587.

Wyrok z dnia 3 października 2000 r. w sprawie C-9/99 *Echirolles Distribution SA v. Association du Dauphiné i in.*, Zb. Orz. 2000 I-08207.

Wyrok z dnia 3 października 2000 r. w sprawie C-58/98 *Josef Corsten*, Zb. Orz. 2000 I-07919.

Wyrok z dnia 5 października 2000 r. w sprawie C-376/98 *Republika Federalna Niemiec v. Parlament Europejski i Rada Unii Europejskiej*, Zb. Orz. 2000 I-08419.

Wyrok z dnia 5 grudnia 2000 r. w sprawie C-448/98. Postępowanie karne przeciwko *Jean-Pierre Guimont*, Zb. Orz. 2000 I-10663.

Wyrok z dnia 14 grudnia 2000 r. w sprawie C-110/99 *Emsland-Stärke GmbH v. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, Zb. Orz. 2000 I-11569.

Wyrok z dnia 20 lutego 2001 r. w sprawie C-192/99 *The Queen v. Secretary of State for the Home Department, ex parte: Manjit Kaur*, przy udziale: *Justice*, Zb. Orz. 2001 I-01237.

Wyrok z dnia 8 marca 2001 r. w sprawie C-405/98 *Konsumentombudsmannen (KO) v. Gourmet International Products AB (GIP)*, Zb. Orz. 2001 I-01795.

Wyrok z dnia 13 marca 2001 r. w sprawie C-379/98 *PreussenElektra AG v. Schhleswag AG, przy udziale Windpark Reußenköge III GmbH i Land Schleswig-Holstein*, Zb. Orz. 2001 I-02099.

Wyrok z dnia 20 września 2001 r. w sprawie C-184/99 *Rudy Grzeleczyk v. Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, Zb. Orz. 2001 I-06193.

Wyrok z dnia 29 listopada 2001 r. w sprawie C-17/00 *François De Coster v. Collège des bourgmestre et échevins de Watermael-Boitsfort*, Zb. Orz. 2001 I-09445.

Wyrok z dnia 15 stycznia 2002 r. w sprawie C-439/99 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Włoska*, Zb. Orz. 2002 I-00305

Wyrok z dnia 22 stycznia 2002 r. w sprawie C-390/99 *Canal Satélite Digital SL v. Administración General del Estado, przy udziale Distribuidora de Televisión Digital SA (DTS)*, Zb. Orz. 2002 I-00607.

Wyrok z dnia 21 marca 2002 r. w sprawie C-298/99 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Włoska*, Zb. Orz. 2002 I-03129.

Wyrok z dnia 4 czerwca 2002 r. w sprawie C-367/98 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Portugalska*, Zb. Orz. 2002 I-04731.

Wyrok z dnia 4 czerwca 2002 r. w sprawie C-503/99 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Belgii*, Zb. Orz. 2002 I-04809.

Wyrok z dnia 11 lipca 2002 r. w sprawie C-60/00 *Mary Carpenter v. Secretary of State for the Home Department*, Zb. Orz. 2002 I-06279.

Wyrok z dnia 17 września 2002 r. w sprawie C-413/99 **Baumbast i R v. Secretary of State for the Home Department**, Zb. Orz. 2002 I-07091.

Wyrok z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie C-208/00 **Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)**, Zb. Orz. 2002 I-09919.

Wyrok z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie C-325/00 **Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Federalna Niemiec**, Zb. Orz. 2002 I-09977.

Wyrok z dnia 26 listopada 2002 r. w sprawie C-100/01 **Ministre de l'Intérieur v. Aitor Oteiza Olazabal**, Zb. Orz. 2002 I-10981.

Wyrok z dnia 16 stycznia 2003 r. w sprawie C-388/01 **Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Włoska**, Zb. Orz. 2003 I-00721.

Wyrok z dnia 15 maja 2003 r. w sprawie C-300/01 **Doris Salzmann**, Zb. Orz. 2003 I-04899.

Wyrok z dnia 12 czerwca 2003 r. w sprawie C-112/00 **Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v. Republik Österreich**, Zb. Orz. 2003 I-05659.

Wyrok z dnia 11 września 2003 r. w sprawie C-6/01 **Associação Nacional de Operadores de Máquinas Recreativas (Anomar) i inni v. Estado português**, Zb. Orz. 2003 I-08621.

Wyrok z dnia 30 września 2003 r. w sprawie C-224/01 **Gerhard Köbler v. Republik Österreich**, Zb. Orz. 2003 I-10239.

Wyrok z dnia 2 października 2003 r. w sprawie C-148/02 **Carlos Garcia Avello v. państwo belgijskie**, Zb. Orz. 2003 I-11613.

Wyrok z dnia 6 listopada 2003 r. w sprawie C-413/01 **Franca Ninni-Orasche v. Bundesminister für Wissenschaft, Verkehr und Kunst**, Zb. Orz. 2003 I-13187.

Wyrok z dnia 11 grudnia 2003 r. w sprawie C-322/01 **Deutscher Apothekerverband eV v. 0800 DocMorris NV i Jacques Waterval**, Zb. Orz. 2003 I-14887.

Wyrok z dnia 23 marca 2004 r. w sprawie C-138/02, **Brian Francis Collins v. Secretary of State for Work and Pensions**, Zb. Orz. 2004 I-02703.

Wyrok z dnia 25 marca 2004 r. w sprawie C-71/02 **Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH v. Troostwijk GmbH**, Zb. Orz. 2004 I-03025.

Wyrok z dnia 17 czerwca 2004 r. w sprawie C-255/03 **Komisja v. Belgia**, Zb. Orz. niepublikowane.

Wyrok z dnia 13 lipca 2004 r. w sprawie C-262/02 **Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Francuska**, Zb. Orz. 2004 I-06569.

Wyrok z dnia 13 lipca 2004 r. w sprawie C-429/02 *Bacardi France SAS, uprzednio Bacardi-Martini SAS v. Télévision française 1 SA (TF1), Groupe Jean-Claude Darmon SA i Giro Sport SARL*, Zb. Orz. 2004 I-06613.

Wyrok z dnia 15 lipca 2004 r. w sprawie C-239/02 *Douwe Egberts NV v. Westrom Pharma NV i Christophe Souranis, veikiantis įmonės Établissements FICS vardu, ir Douwe Egberts NV v. FICS-World BVBA*, Zb. Orz. 2004 I-07007.

Wyrok z dnia 15 lipca 2004 r. w sprawie C-315/02 *Anneliese Lenz v. Finanzlandesdirektion für Tirol*, Zb. Orz. 2004 I-07063.

Wyrok z dnia 9 września 2004 r. w sprawie C-72/03 *Carbonati Apuani Srl v. Comune di Carrara*, Zb. Orz. 2004 I-08027.

Wyrok z dnia 5 października 2004 r. w sprawie C-442/02 *CaixaBank France v. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, Zb. Orz. 2004 I-08961.

Wyrok z dnia 14 października 2004 r. w sprawie C-36/02 *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH v. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, Zb. Orz. 2004 I-09609.

Wyrok z dnia 19 października 2004 r. w sprawie C-200/02 *Kunqian Catherine Zhu i Man Lavette Chen v. Secretary of State for the Home Department*, Zb. Orz. 2004 I-09925.

Wyrok z dnia 2 grudnia 2004 r. w sprawie C-41/02 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Niderlandów*, Zb. Orz. 2004 I-11375.

Wyrok z dnia 13 stycznia 2005 r. w sprawie C-38/03, *Komisja v. Belgia*, Zb. Orz. niepublikowane.

Wyrok z dnia 17 lutego 2005 r. w sprawie C-134/03 *Viacom Outdoor Srl v. Giotto Immobilier SARL*, Zb. Orz. 2005 I-01167.

Wyrok z dnia 17 marca 2005 r. w sprawie C-109/04 *Karl Robert Kranemann v. Land Nordrhein-Westfalen*, Zb. Orz. 2005 I-02421.

Wyrok z dnia 8 września 2005 r. w sprawach połączonych C-544/03 oraz C-545/03 *Mobistar SA v. Commune de Fléron (C-544/03) i Belgacom Mobile SA v. Commune de Schaerbeek (C-545/03)*, Zb. Orz. 2005 I-07723.

Wyrok z dnia 15 września 2005 r. w sprawie C-258/04 *Office national de l'emploi v. Ioannis Ioannidis*, Zb. Orz. 2005 I-08275.

Wyrok z dnia 15 września 2005 r. w sprawie C-464/02 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Danii*, Zb. Orz. 2005 I-07929.

Wyrok z dnia 24 listopada 2005 r. w sprawie C-366/04 *Georg Schwarz v. Bürgermeister der Landeshauptstadt Salzburg*, Zb. Orz. 2005 I-10139.

Wyrok z dnia 16 lutego 2006 r. w sprawie C-137/04 *Amy Rockler v. Försäkringskassan*, Zb. Orz. 2006 I-01441.

Wyrok z dnia 16 lutego 2006 r. w sprawie C-185/04 *Ulf Öberg v. Försäkringskassan, länskontoret Stockholm*, Zb. Orz. 2006 I-01453.

Wyrok z dnia 21 lutego 2006 r. w sprawie C-152/03, *Hans-Jürgen Ritter-Coulais i Monique Ritter-Coulais v. Finanzamt Germersheim*, Zb. Orz. 2006 I-01711.

Wyrok z dnia 23 lutego 2006 r. w sprawie C-441/04 *A-Punkt Schmuckhandels GmbH v. Claudia Schmidt*, Zb. Orz. 2006 I-02093.

Wyrok z dnia 7 września 2006 r. w sprawie C-470/04 *N v. Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo*, Zb. Orz. 2006 I-07409.

Wyrok z dnia 11 stycznia 2007 r. w sprawie C-208/05 *ITC Innovative Technology Center GmbH v. Bundesagentur für Arbeit*, Zb. Orz. 2007 I-00181.

Wyrok z dnia 18 stycznia 2007 r. w sprawie C-313/05 *Maciej Brzeziński v. Dyrektor Izby Celnej w Warszawie*, Zb. Orz. 2007 I-00513.

Wyrok z dnia 25 stycznia 2007 r. w sprawie C-370/05. Postępowanie karne przeciwko *Uwe Kay Festersen*, Zb. Orz. 2007 I-01129.

Wyrok z dnia 17 kwietnia 2007 r. w sprawie C-470/03 *A.G.M.-COS.MET Srl v. Suomen valtio i Tarmo Lehtinen*, Zb. Orz. 2007 I-02749.

Wyrok z dnia 7 czerwca 2007 r. w sprawie C-254/05 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Belgii*, Zb. Orz. 2007 I-04269.

Wyrok z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie C-212/05, *Gertraud Hartmann v. Freistaat Bayern*, Zb. Orz. 2007 I-06303.

Wyrok z dnia 11 września 2007 r. w sprawie C-76/05 *Herbert Schwarz i Marga Gootjes-Schwarz v. Finanzamt Bergisch Gladbach*, Zb. Orz. 2007 I-06849.

Wyrok z dnia 23 października 2007 r. w sprawie C-112/05 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Federalna Niemiec*, Zb. Orz. 2007 I-08995.

Wyrok z dnia 11 grudnia 2007 r. w sprawie C-438/05 *International Transport Workers' Federation i Finnish Seamen's Union v. Viking Line ABP i OÜ Viking Line Eesti*, Zb. Orz. 2007 I-10779.

Wyrok z dnia 18 grudnia 2007 r. w sprawie C-341/05 *Laval un Partneri Ltd v. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan i Svenska Elektrikerförbundet*, Zb. Orz. 2007 I-11767.

Wyrok z dnia 5 czerwca 2008 r. w sprawie C-170/07 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Rzeczpospolita Polska* Zb. Orz. 2008 I-00087.

Wyrok z dnia 11 września 2008 r. w sprawie C-141/07 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Federalna Niemiec*, Zb. Orz. 2008 I-06935.

Wyrok z dnia 10 lutego 2009 r. w sprawie C-110/05 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Włoska*, Zb. Orz. 2009 I-00519.

Wyrok z dnia 30 kwietnia 2009 r. w sprawie C-531/07 *Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft v. LIBRO Handelsgesellschaft mbH.*, Zb. Orz. 2009 I-03717.

Wyrok z dnia 20 maja 2010 r. w sprawie C-56/09 *Emiliano Zanotti v. Agenzia delle Entrate – Ufficio Roma 2*, Zb. Orz. 2010 I-04517.

Wyrok z dnia 8 marca 2011 r. w sprawie C-34/09 *Gerardo Ruiz Zambrano v. Office national de l'emploi (ONEm)*, Zb. Orz. 2011 I-01177.

Wyrok z dnia 5 maja 2011 r. w sprawie C-434/09 *Shirley McCarthy v. Secretary of State for the Home Department*, Zb. Orz. 2011 I-03375.

Wyrok z dnia 15 listopada 2011 r. w sprawie C-256/11 *Murat Dereci i inni v. Bundesministerium für Inneres*, Zb. Orz. dotychczas nieopublikowany.

## Dokumenty

Traktat o Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana), Dz.U. C 326 z 26.10.2012, str. 13-390.

Wersja skonsolidowana Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz.U. C 326 z 26.10.2012, str. 47-390.

Karta praw podstawowych Unii Europejskiej, Dz.U. C 326 z 26.10.2012, str. 391-407.

Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską podpisany w Lizbonie dnia 13 grudnia 2007 r., Dz.U. C 306 z 17.12.2007, str. 1-271.

Traktat z Amsterdamu, Dz.U. C 340 z 10.11.1997, str. 1-144.

Jednolity Akt Europejski, Dz.U. L 169 z 29.6.1987, str. 1-28.

Europejska konwencja o obywatelstwie, Strasburg, 6 listopada 1997 roku, ETS No. 166.

Dyrektywa 77/249/EWG Rady z dnia 22 marca 1977 r. mająca na celu ułatwienie skutecznego korzystania przez prawników ze swobody świadczenia usług, Dz.U. L 78 z 26.3.1977.

Dyrektywa 96/71/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 grudnia 1996 r. dotycząca delegowania pracowników w ramach świadczenia usług, Dz. Urz. UE z 1997 r. Nr L 18.

Dyrektywa 98/5/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 lutego 1998 r. mająca na celu ułatwienie stałego wykonywania zawodu prawnika w Państwie Członkowskim innym niż państwo uzyskania kwalifikacji zawodowych, Dz.U. L 77 z 14.3.1998.

Dyrektywa 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. ustanawiająca procedurę udzielania informacji w zakresie norm i przepisów technicznych, Dz. Urz. L 204 z 21.7.1998.

Dyrektywa Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy, Dz. Urz. L 303, 02/12/2000, p. 0016–0022.

Dyrektywa 2004/38/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium Państw Członkowskich, zmieniająca rozporządzenie (EWG) nr 1612/68 i uchylająca dyrektywy 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG i 93/96/EWG, Dz.U. L 158 z 30.4.2004.

Dyrektywa 2005/36/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 września 2005 r. w sprawie uznawania kwalifikacji zawodowych, Dz.U. L 255 z 30.9.2005.

Dyrektywa 2006/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 lipca 2006 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy (wersja preredagowana), Dz.U. L 204 z 26.7.2006.

Dyrektywa 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotycząca usług na rynku wewnętrznym, Dz. Urz. L 376, 27/12/2006 P. 0036–0068.

Europejska Karta Społeczna, sporządzona w Turynie dnia 18 października 1961 r., Dz.U.1999.8.67.

Wspólnotowa Karta Socjalnych Praw Podstawowych Pracowników, przyjęta w Strasburgu w dniu 9 grudnia 1989 r.

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego, DzU UE L z 30.4.2004.

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 764/2008 z dnia 9 lipca 2008 r. ustanawiające procedury dotyczące stosowania niektórych krajowych przepisów technicznych do produktów wprowadzonych legalnie do obrotu w innym państwie

członkowskim oraz uchylające decyzję nr 3052/95/WE Dz. Urz. L 218, 13/08/2008 P. 0021–0029, preambuła, pkt 1–9.

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 492/2011 z dnia 5 kwietnia 2011 r. w sprawie swobodnego przepływu pracowników wewnątrz Unii, Dz.U. L 141 z 27. 5.2011.

Rozporządzenie Rady (WE) nr 2679/98 z dnia 7 grudnia 1998 r. w sprawie funkcjonowania rynku wewnętrznego w odniesieniu do swobodnego przepływu towarów pomiędzy Państwami Członkowskimi, Dz.U. L 337 z 12.12.1998.

Rezolucja Rady z dnia 28 października 1999 r. w sprawie wzajemnego uznawania [Dz. Urz. C 141 z 19.5.2000].

Protokół (nr 1) w sprawie roli parlamentów narodowych w Unii Europejskiej [Dz. Urz. 30.3.2010, C 83/203] oraz Protokół (nr 2) w sprawie stosowania zasad pomocniczości i proporcjonalności [Dz. Urz. 30.3.2010, C 83/206] Completing The Internal Market: White Paper From The Commission To The European Council COM (85) [http://europa.eu/documents/comm/white\\_papers/pdf/com1985\\_0310\\_f\\_en.pdf](http://europa.eu/documents/comm/white_papers/pdf/com1985_0310_f_en.pdf).

Communication from the Commission to the European Parliament and the Council of 24 November 1999 – Strategy for Europe’s Internal Market [COM(1999) 624 final – not published].

Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego i Rady. Wzajemne uznawanie w kontekście kontynuacji planu działań na rzecz jednolitego rynku [COM(1999) 299 wersja ostateczna – nieopublikowany w Dz. Urz.], [http://europa.eu/legislation\\_summaries/internal\\_market/internal\\_market\\_general\\_framework/l21001b\\_pl.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/internal_market_general_framework/l21001b_pl.htm).

Commission interpretative communication on facilitating the access of products to the markets of other Member States: the practical application of mutual recognition [C/2003/3944 – Official Journal C 265 of 4.11.2003, p. 2–16].





ISBN 978-83-61370-81-9