

MICHAŁ STRZELBICKI

SWOBODA ŚWIADCZENIA USŁUG W UNII EUROPEJSKIEJ

W literaturze wskazuje się, iż swoboda świadczenia usług należy, obok swobody przepływu towarów, swobody przepływu pracowników, swobody przedsiębiorczości, swobody przepływu kapitału i swobody przepływu płatności do podstawowych wolności konstytuujących Wspólny Rynek w Unii Europejskiej¹. Zgodnie z art. 2 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską², stworzenie Wspólnego Rynku służyć ma między innymi popieraniu harmonijnego, zrównoważonego i stałego rozwoju działań gospodarczych, podwyższeniu poziomu i jakości życia, a także zapewnieniu spójności gospodarczej między państwami członkowskimi. Konsekwencją przyjętych w TWE założeń jest podstawowa myśl, według której każdy obywatel państwa członkowskiego „powinien mieć możliwość podjęcia i wykonywania działalności zawodowej na terytorium innego państwa członkowskiego na tych samych warunkach, jak obywatele tego państwa”³. W sprawie Gebhard Europejski Trybunał Sprawiedliwości orzekł: „Sytuacja prawna obywatela Wspólnoty, który przenosi się do innego państwa członkowskiego, by tam wykonywać działalność zawodową, podlega przepisom Traktatu o swobodzie przepływu pracowników albo przepisom o swobodzie zakładania przedsiębiorstw albo przepisom o swobodzie świadczenia usług, zawsze alternatywnie, a nigdy łącznie”⁴. Podjęcie działalności zawodowej w innym państwie może sprowadzać się zasadniczo do podjęcia pracy albo prowadzenia działalności gospodarczej. Poszukiwanie i podejmowanie zatrudnienia należy do zakresu swobody przepływu pracowników, regulowanej w art. 39-42 TWE. Działalność gospodarcza, rozumiana jako samodzielna, wykonywana na własny rachunek i własne ekonomiczne ryzyko może być, przez obywateli i spółki pochodzące z jednego z państw członkowskich WE w innych państwach należących do Wspólnoty, wykonywana w ramach swobody przedsiębiorczości albo swobody świadczenia usług. W niniejszym artykule pragnę skoncentrować się na drugiej z tych swobód. Przedstawię ją przez pryzmat zakresu podmiotowego – określającego kategorie podmiotów mogących z niej korzystać, za-

¹ W.-H. Roth w: *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, red. M. A. Dausies, C. H. Beck, Warszawa 1999, s. 411.

² Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską, w tłumaczeniu dostępnym na stronie internetowej <http://www.ukie.gov.pl>; dalej TWE.

³ G. Druesne, *Prawo materialne i polityki Wspólnot i Unii Europejskiej*, Wydawnictwo Naukowe SCHOLAR, Warszawa 1996, s. 94.

⁴ C – 55/94 R. Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano; W. Czapliński, *Prawo Wspólnot Europejskich. Orzecznictwo*, Wydawnictwo Naukowe SCHOLAR, Warszawa 2001, s. 648, tłum. Michał Strzelbicki.

kresu przedmiotowego – wskazującego na krąg uprawnień zawierających się w swobodzie, i wreszcie treści (zasad), w oparciu o które należy traktować osobę objętą zakresem podmiotowym wykonującą czynności należące do obszaru przedmiotowego swobody świadczenia usług. Ponieważ, jak zostanie jeszcze wskazane, zarówno swoboda świadczenia usług, jak i swoboda przedsiębiorczości mogą w praktyce odnosić się do takiej samej merytorycznie działalności zawodowej, a kwalifikacja prawna do jednej ze swobód, ze względu na różny zakres treściowy obu wolności, rodzą doniosłe skutki prawne, wskażę kryteria stosowane przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości przy ocenie stanów faktycznych. Omówię też regulacje dotyczące świadczenia usług zawarte w Układzie Europejskim⁵, co pozwoli na prezentację skutków przystąpienia Polski do Unii Europejskiej w zakresie możliwości transgranicznego świadczenia usług przez polskie spółki i obywateli.

I. SWOBODA ŚWIADCZENIA USŁUG

Przepis art. 49 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską stanowi:

„1. W ramach poniższych postanowień ograniczenia w swobodnym świadczeniu usług wewnątrz Wspólnoty są zakazane w odniesieniu do obywateli Państw członkowskich mających swe przedsiębiorstwo w Państwie Wspólnoty innym niż Państwo odbiorcy świadczenia.

2. Rada, stanowiąc większością kwalifikowaną na wniosek Komisji, może rozszerzyć korzyści wynikające z postanowień niniejszego rozdziału na obywateli państwa trzeciego świadczących usługi i mających swe przedsiębiorstwa wewnątrz Wspólnoty”.

W art. 50 TWE czytamy:

1. Usługami w rozumieniu niniejszego Traktatu są świadczenia wykonywane zwykle za wynagrodzeniem w zakresie, w jakim nie są objęte postanowieniami o swobodnym przepływie towarów, kapitału i osób.

2. Usługi obejmują zwłaszcza:

- a) działalność o charakterze przemysłowym,
- b) działalność o charakterze handlowym,
- c) działalność rzemieślniczą,
- d) wykonywanie wolnych zawodów.

3. Z zastrzeżeniem postanowień rozdziału dotyczącego prawa przedsiębiorczości, świadczący usługę może, w celu spełnienia świadczenia, wykonywać przejściowo działalność w państwie świadczenia na tych samych warunkach, jakie państwo to nakłada na własnych obywateli”.

II. ZAKRES PODMIOTOWY SWOBODY ŚWIADCZENIA USŁUG

Podmiotowy zakres swobody świadczenia usług w pierwszej kolejności obejmuje obywateli państw członkowskich. Kwestie obywatelstwa regu-

⁵ Ilekrót mowa jest o Układzie Europejskim, chodzi o Układ ustanawiający stowarzyszenie między Rzeczpospolitą Polską, z jednej strony, a Wspólnotami Europejskimi i ich Państwami Członkowskimi, z drugiej strony, sporządzony w Brukseli 16 grudnia 1991 r.; Dz. U. 1994, Nr 11 poz. 38.

lowane są przez prawo wewnętrzne państw. Wprowadzone przez Traktat z Maastricht obywatelstwo Unii Europejskiej (nazywane niekiedy obywatelstwem Wspólnot) jest niczym innym jak obywatelstwem jednego z państw członkowskich⁶. Zgodnie z treścią art. 49.2 TWE, swobodą mogą być również objęci obywatele państw trzecich, o ile Rada na wniosek Komisji większością kwalifikowaną tak postanowi. W przedstawionym powyżej przekładzie art. 49 TWE (zaczepniętym z internetowego serwisu Urzędu Komitetu Integracji Europejskiej) wymaga się, by obywatele państw członkowskich „mieli swe przedsiębiorstwo w państwie Wspólnoty”. Takie tłumaczenie sugerować może warunek prowadzenia tam działalności gospodarczej. Tymczasem angielska wersja Traktatu Rzymskiego zawiera sformułowanie „who are established”. Oznacza ono nie tyle obywateli prowadzących stricte działalność gospodarczą, ile raczej osoby osiedlone, posiadające ośrodek życiowy w danym państwie. Warunkiem korzystania ze swobody świadczenia usług nie jest więc prowadzenie sensu stricto działalności gospodarczej, a raczej fakt zamieszkiwania lub stałego pobytu w jednym z państw członkowskich. Osoba, by skorzystać ze swobody świadczenia usług, nie musi wcześniej prowadzić żadnej działalności zawodowej⁷. Wymóg obywatelstwa nie dotyczy osoby, na rzecz której usługa jest świadczona; wystarczy, by osoba ta miała miejsce stałego pobytu lub siedzibę na terytorium Wspólnoty. Zgodnie z dyrektywą Rady nr 73/148/EWG z 21 maja 1973 r. w sprawie zniesienia ograniczeń w zakresie poruszania się i pobytu obywateli państw członkowskich wewnątrz Wspólnoty, jeśli chodzi o zakładanie przedsiębiorstw i świadczenie usług⁸, uprawnienia wypływające ze swobody dotyczą nie tylko osoby świadczącej lub zamierzającej świadczyć usługi, ale też jej współmałżonka i dzieci poniżej 21 roku życia, bez względu na ich obywatelstwo. Rozciągają się także na wstępnych i zstępnych (ale innych niż dzieci poniżej 21 roku życia) i ich współmałżonków, o ile pozostają oni na utrzymaniu podmiotu korzystającego ze swobody przyznanej Traktatem Rzymskim⁹.

Przepisy art. 49 i 50 TWE znajdują zastosowanie, przez odesłanie z art. 55 TWE do art. 48 TWE, również wobec spółek. Przepis ten definiuje spółki jako „spółki prawa cywilnego lub handlowego, także spółdzielnie, oraz inne osoby prawne prawa publicznego lub prywatnego, z wyjątkiem spółek, które nie zmierzają do osiągnięcia zysku”. Należy zauważyć, iż cel osiągania zysku stanowi istotną przesłankę powołania się na uprawnienia z art. 49 i 50 TWE. Wyklucza to z zakresu zastosowania przedmiotowej swobody w szczególności organizacje charytatywne. W. H. Roth pisze: „...wbrew myłacemu sformułowaniu [„i inne osoby prawne” – M.S.] zakresem art. 48 TWE objęte są również spółki nie posiadające osobowości prawnej. Swoboda prowadzenia działalności gospodarczej obejmuje zgodnie z art. 48 TWE także osoby prawne podlegające prawu publicznemu. Zalicza się do nich nie

⁶ J. Tyranowski *Prawo europejskie*, Wydawnictwo Proprium, Poznań 1999, s. 141.

⁷ N. Półtorak *Świadczenie usług a zakładanie przedsiębiorstw według prawa Wspólnot Europejskich*, „Państwo i Prawo” 1999, nr 2, s. 59.

⁸ Dz. Urz. EWG L 172/14

⁹ C. Banasiński, *Swoboda świadczenia usług w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości*, „Przegląd Sądowy” 1999, nr 5, s. 13-14.

tylko przedsiębiorstwa publiczne, które są zorganizowane jako spółki prawa prywatnego, lecz także korporacje, zakłady prawa publicznego, gminy, kraje związkowe i samo państwo, o ile prowadzą one działalność gospodarczą¹⁰. Pogląd wyrażony w ostatnim zdaniu cytatu jest w doktrynie przedmiotem krytyki. Zauważa się bowiem, że w stosunku do gmin, krajów związkowych czy państwa „nie sposób uznać, że [...] zostały założone w celach zarobkowych w takim znaczeniu jak przedsiębiorstwa. We wszystkich tych sytuacjach mamy do czynienia z funkcją służby publicznej”¹¹.

Spółka, w rozumieniu przedstawionym powyżej, aby mogła powołać się na swobodę świadczenia usług, spełniać winna dwa formalne warunki¹². Pierwszym z nich jest wymóg utworzenia zgodnie z przepisami prawa jednego z państw członkowskich. Warunek ten zapewnia zachowanie prawnego powiązania spółki ze Wspólnotą. Ponadto TWE wskazuje na konieczność posiadania przez spółkę w państwie członkowskim statutowej siedziby, zarządu lub głównego przedsiębiorstwa. Funkcją tego przepisu jest z kolei zagwarantowanie przynależności spółki do Wspólnoty. Prawo wspólnotowe nie przyjmuje więc dla określenia przynależności państwowej spółki kryterium siedziby rzeczywistej, czyli miejsca faktycznej działalności. Na art. 49 i 50 TWE powołać się może spółka, o ile spełnia bardziej liberalne kryterium inkorporacji¹³. Pod pojęciem głównego przedsiębiorstwa rozumieć należy „punkt ciężkości” działalności gospodarczej, natomiast główny organ zarządzający oznacza miejsce, w którym podejmowane są istotne decyzje w zakresie zarządzania organizacją.¹⁴ Reasumując, spółka korzysta z traktatowej swobody świadczenia usług, o ile założona została zgodnie z prawem któregośkolwiek państwa członkowskiego oraz spełnia przynajmniej jedną z trzech następujących przesłanek: posiada w państwie członkowskim statutową siedzibę, zarząd lub główne przedsiębiorstwo. Z tego też względu ETS orzekł, iż państwo członkowskie, które traktuje przedsiębiorstwo inaczej niż podmioty krajowe z tego tylko względu, że ma ono statutową siedzibę w innym państwie, uchybia swoim zobowiązaniom traktatowym¹⁵. Ze swobody korzystają też spółki z państw trzecich, jeżeli posiadają we Wspólnocie oddziały lub przedsiębiorstwa zależne (filie)¹⁶.

W praktyce korzystanie przez spółki ze swobody świadczenia usług związane jest najczęściej z działalnością pracowników spółki. Nasuwa się wątpliwość, czy pracownicy przedsiębiorstwa udający się do innego państwa członkowskiego w celu wykonania usługi, podlegają swobodzie usług, czy też swobodzie przepływu pracowników. Sytuację taką ETS zinterpretował jako należącą do zakresu swobody z art. 49 TWE, stwierdzając w sprawie *Rush Portuguesa*: „Art. 49 i 50 TWE [...] muszą być interpretowane w ten

¹⁰ W.-H. Roth w: M. A. Dausès, op. cit., s. 429.

¹¹ K. Sobczak, *Europejskie prawo gospodarcze w działalności przedsiębiorstw*, Wydawnictwo Difin, Warszawa 2002, s. 109; podobnie A. Wróbel, *Zakres podmiotowy i przedmiotowy prawa do zakładania przedsiębiorstw w świetle art. 52-58 Traktatu Rzymskiego. Zagadnienia podstawowe*, „Rejent” 1994, nr 10, s. 62-63.

¹² TWE, art. 48, zd. 1.

¹³ G. Druèsne, op. cit., s. 148.

¹⁴ W.-H. Roth w: M. A. Dausès, op. cit., s. 430-431.

¹⁵ ETS C – 79/85; D. Lasok, *Zarys prawa Unii Europejskiej. Część druga: Prawo gospodarcze*, Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa „Dom Organizatora”, Toruń 1998, s. 128.

¹⁶ W.-H. Roth w: M. A. Dausès, op. cit., s. 452.

sposób, że przedsiębiorstwo portugalskie świadczące usługi budowlane [...] w innym państwie członkowskim, może przenosić się wraz z pracownikami sprowadzonymi z Portugalii na czas prowadzenia robót. W takim przypadku władze państwa, na którego terytorium prace mają być prowadzone, nie mogą nałożyć na świadczącego usługi warunku rekrutacji siły roboczej na miejscu albo obowiązku uzyskania pozwolenia na pracę dla pracowników portugalskich¹⁷.

Termin „swoboda świadczenia usług” kładzie nacisk na czynny aspekt stosunku usługowego. Istotą usługi jest jednakże jej dwustronny charakter; z jednej strony występuje wykonawca, którego świadczenie jest „treścią” usługi, z drugiej zaś podmiot, który świadczenie odbiera i na którego interes świadczenie to jest skierowane. Zarówno w literaturze, jak i w orzecznictwie ETS niekwestionowaną jest teza, iż traktatowa swoboda świadczenia usług rozciąga się również na drugą stronę stosunku usługowego¹⁸. W tym aspekcie mamy do czynienia z tzw. bierną swobodą świadczenia usług, którą inaczej nazwać można swobodą dostępu do usług. W celu scharakteryzowania biernej swobody usług najczęściej wskazuje się na orzeczenie Trybunału w sprawie *Luisi & Carbone*. Dwaj obywatele włoscy wyjeżdżali do Francji w celu zapłaty za usługę. Ponieważ posiadali przy sobie większą ilość gotówki, niż prawo włoskie zezwalało własnym obywatelom wywieźć, nałożono na nich karę pieniężną. ETS sformułował następującą tezę: „Swoboda świadczenia usług oznacza swobodę odbiorców usług do korzystania z tych usług na terytorium innego państwa członkowskiego, bez jakichkolwiek ograniczeń, również w zakresie sposobów płatności. [...] Materialny transfer banknotów nie może być traktowany jako przepływ kapitału, jeżeli związany jest z obowiązkiem płatniczym wynikającym z transakcji w sferze wymiany towarów lub usług¹⁹. W przedmiotowej sprawie Trybunał stwierdził także, iż jako odbiorcy usług winni być traktowani w szczególności turyści, osoby korzystające z opieki lekarskiej lub przebywające w podróży służbowej. Ze względu na dwustronny charakter stosunku usługowego, uważam, iż dla określenia swobody wynikającej z art. 49 i 50 TWE trafniejszą nazwą byłaby „swoboda przepływu usług” lub „swoboda usług”. Warunkiem korzystania z biernej swobody usług jest obywatelstwo lub – w przypadku spółek – przynależność do jednego z państw członkowskich²⁰. Jeśli więc ze swobody usług korzysta usługodawca, wówczas istotne jest jego obywatelstwo i jego miejsce zamieszkania lub siedziby oraz miejsce zamieszkania lub siedziby usługobiorcy, nie jest natomiast istotne obywatelstwo usługobiorcy. Jeżeli jednak to usługobiorca chce się powołać na przepisy art. 49 i 50 TWE, musi on nie tylko posiadać miejsce stałego pobytu w jednym z państw Wspólnoty, ale także legitymować się obywatelstwem Wspólnoty.

Przedstawione zagadnienia nie wyczerpują problematyki podmiotowego zakresu swobody świadczenia usług. Dla omawianej swobody istotne jest

¹⁷ C – 113/89 *Rush Portuguesa Lda v. Krajowy Urząd do spraw Imigracji*; W. Czapliński, op. cit., s. 634.

¹⁸ C. Banasiński, op. cit., s. 12-13.

¹⁹ C – 286/82 i 26/83 *G. Luisi i G. Carbone v. Ministerstwo Skarbu*; W. Czapliński, op. cit., s. 704-705.

²⁰ W.-H. Roth w: M. A. Dauses, op. cit., s. 452-453.

również to, na terytorium którego państwa w momencie świadczenia usługi znajdują się strony stosunku usługowego. Chodzi o terytorialno-podmiotowy zakres zastosowania. Z przepisu art. 49.1 TWE wprost wynika, iż swoboda świadczenia usług obejmuje sytuację, kiedy usługodawca i usługobiorca mają miejsce stałego pobytu w różnych państwach członkowskich. Krag stanów faktycznych objętych zakresem swobody usług jest jednak znacznie szerszy. ETS orzekł: „...jakkolwiek art. 49 TWE wyraźnie dotyczy tylko sytuacji osoby świadczącej usługi, prowadzącej działalność w państwie członkowskim innym niż to, w którym działa usługobiorca, celem tego przepisu jest jednak likwidacja ograniczeń swobody świadczenia usług przez osoby nie mające siedziby w państwie, w którym usługi są świadczone. Przepisy Traktatu o swobodzie świadczenia usług nie mają zastosowania jedynie wtedy, gdy wszystkie elementy usługi odnoszą się do jednego państwa członkowskiego”²¹. Ze względu na tezę zawartą w ostatnim zdaniu cytatu, swoboda świadczenia usług obejmuje sytuacje w których:

- usługodawca udaje się do państwa usługobiorcy i tam wykonuje usługę, np. wspomniane już portugalskie przedsiębiorstwo budowlane wysyła pracowników do Francji w celu wzniesienia budynku, albo
- usługobiorca udaje się do państwa usługodawcy, by odebrać usługę lub dokonać zapłaty, np. obywatel Belgii wyjeżdża do Amsterdamu i korzysta z usług tamtejszej prostytutki, albo
- usługodawca i usługobiorca mają miejsce zamieszkania (siedziby) w tym samym państwie członkowskim i udają się do innego państwa Wspólnoty, gdzie świadczona jest usługa np. niemieccy turyści wyjeżdżają do Francji wraz z niemieckim przewodnikiem, albo
- usługodawca i usługobiorca pozostają we własnych państwach, granicę „przekracza” tylko sama usługa, np. nadawanie audycji radiowych i programów telewizyjnych z terytorium jednego państwa członkowskiego na obszar innego.

III. ZAKRES PRZEDMIOTOWY SWOBODY ŚWIADCZENIA USŁUG

Przepis art. 50 TWE zawiera legalną definicję pojęcia usługi. Zgodnie z nią usługa jest świadczeniem wykonywanym za wynagrodzeniem, w zakresie, jaki nie jest regulowany przez przepisy dotyczące swobodnego przepływu osób (przepływu pracowników i swobody przedsiębiorczości), towarów i kapitału. W oparciu o tę regulację ETS, kwalifikując konkretny stan faktyczny, bada w pierwszej kolejności, czy sytuacja wypełnia przesłanki swobodnego przepływu osób, towarów lub kapitału; w braku jednej z takich kwalifikacji, analizuje sprawę pod kątem możliwości zastosowania przepisów o swobodzie przepływu usług. Jednocześnie jednak w sytuacjach wątpliwych Trybunał skłania się do dokonywania kwalifikacji z art. 49 i 50 TWE²².

Istotną cechą usługi, wynikającą bezpośrednio z regulacji traktatowej, jest odpłatność. Wedle stanowiska ETS, odpłatność nadaje usłudze charak-

²¹ ETS C – 154/89 *Komisja v. Francja*; W. Czapliński, op. cit., s. 659.

²² N. Półtorak, op. cit., s. 60.

ter gospodarczy. Brak po stronie usługodawcy nastawienia na osiągnięcie korzyści majątkowej pozbawia dane świadczenie charakteru usługi w rozumieniu Traktatu. W szczególności, nie jest świadczeniem usług z art. 50 TWE działalność grajka ulicznego, którego przychody są dobrowolnymi datkami przechodniów²³. Podobnie, usługi edukacyjne świadczone przez uczelnie publiczne są usługami w rozumieniu Traktatu tylko wówczas, gdy świadczone są odpłatnie, a nie finansowane ze środków publicznych. W innym przypadku ETS orzekł, iż świadczeniem usług nie była działalność studentów irlandzkich informujących o możliwości przerywania ciąży poza Irlandią, kwalifikację taką mają natomiast legalnie przeprowadzane odpłatne zabiegi aborcji. Zgodnie z ogólną tezą ETS: „Nie jest usługą w rozumieniu art. 50 TWE rozpowszechnianie informacji o działalności gospodarczej, jeżeli nie odbywa się to na zlecenie podmiotu prowadzącego taką działalność, lecz jedynie jako forma korzystania z wolności opinii”²⁴.

Działalność, będąca według Traktatu usługą, nie musi być tak określana w krajowym porządku prawnym. „Portugalski przedsiębiorca budowlany, budujący most w Niemczech, jest usługodawcą w rozumieniu art. 50 ust. 1 TWE, o ile nie posiada stałej siedziby w RFN. To, że w świetle niemieckiego kodeksu cywilnego zawarł on ze swoim kontrahentem umowę o dzieło, a nie o świadczenie usług, nie ma żadnego znaczenia”²⁵.

Ze względu na przepis art. 51.1 TWE, swoboda świadczenia usług nie dotyczy działalności w dziedzinie wszystkich rodzajów transportu, należy natomiast do niej działalność z transportem pomocniczo związana, np. działalność biur podróży²⁶.

W art. 50.2 TWE znajdujemy przykładowe wyliczenie rodzajów działalności o charakterze usługowym, obejmujące działalność przemysłową, handlową, rzemieślniczą lub w zakresie wolnych zawodów. Katalog ten traktować należy wyłącznie jako przykładowe wyliczenie, a nie jako kryterium kwalifikacji danej działalności jako usługowej. Przedmiotowo taka sama działalność zawodowa, polegająca na przykład na wykonywaniu wolnego zawodu adwokata, stanowić może zarówno świadczenie usług, jak i zakładanie przedsiębiorstw. Problem kwalifikacji prawnej ze względu na obie swobody przybliży w dalszej części artykułu.

Wskazane uprawnienie do świadczenia albo dostępu do usługi określić można jako rdzeń swobody usług; poza nim swoboda obejmuje szereg uprawnień akcesoryjnych. Pierwszą ich grupę tworzą prawa do dokonywania czynności służących przygotowaniu procesu wykonywania usług, takie jak reklama, badanie rynku, zorganizowanie materiałów, nabywanie nieruchomości²⁷. Swoboda świadczenia usług obejmuje również uprawnienia wchodzące w skład swobody przepływu osób, czyli prawo do wjazdu i prawo do pobytu na obszarze państwa przyjmującego. W tym przypadku jednak prawo pobytu ograniczone jest czasowo zasadniczo do okresu wykonywania usługi.

²³ Tak ETS C – 16/98; C. Banasiński, op. cit., s. 15.

²⁴ C – 159/90 *Society for the Protection of Unborn Children v. S. Grogan i inni*; W. Czapliński, op. cit., s. 627.

²⁵ M. Ahlt, *Prawo europejskie*, C. H. Beck, Warszawa 2002, s. 190.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Szerzej W.-H. Roth w: M. A. Dausen, op. cit., s. 451.

Zgodnie z orzecznictwem ETS, przepisy art. 49 i 50 TWE są bezpośrednio skuteczne. Oznacza to, że jednostka może powołać się na wynikające ze swobody świadczenia usług uprawnienia bez względu na to, czy organy Wspólnoty wydały stosowne dyrektywy na podstawie art. 52 TWE.²⁸

IV. TREŚĆ SWOBODY ŚWIADCZENIA USŁUG

Treść swobody świadczenia usług określa art. 50.3 TWE. Przepis ten wskazuje, że osoba korzystająca z omawianej swobody może działać w państwie przyjmującym na takich samych warunkach, jak jego obywatele. Oznacza to, iż wedle literalnego brzmienia Traktatu, standardem ochrony, na jaki powołać się może podmiot działający w oparciu o swobodę usług, jest traktowanie narodowe. Z zasady traktowania narodowego wynika – z jednej strony – możliwość wykonywania takich samych uprawnień, jakie w zakresie prowadzenia działalności usługowej mają podmioty z państwa goszczącego, z drugiej jednak – traktowanie narodowe obliuguje też do spełnienia wszelkich warunków, jakie prawo państwa przyjmującego stawia własnym podmiotom.

Zasada traktowania narodowego jest charakterystyczna dla innej swobody wspólnotowej, a mianowicie swobody przedsiębiorczości (art. 43-48 TWE). W stosunku do osób podejmujących działalność na podstawie art. 43 TWE jej stosowanie ma pełne uzasadnienie. Skoro bowiem osoba fizyczna lub spółka trwale integruje się z rynkiem państwa goszczącego, usprawiedliwione jest nie tylko przyznanie jej takich samych praw, ale i stawianie tych samych wymogów, co do warunków podejmowania i prowadzenia działalności, co podmiotom rodzimym. Działalność objęta swobodą świadczenia usług ma jednak inną naturę – jest przejściowa, okazjonalna, sporadyczna. Stąd też żądanie, by osoba tylko czasowo wykonująca usługę uczyniła zadość wszelkim wymogom stawianym wobec osób działających na stałe, nie wydaje się zasadne. Stanowisko to jest szeroko reprezentowane, zarówno w orzecznictwie ETS, jak i doktrynie prawa wspólnotowego. Europejski Trybunał Sprawiedliwości głosi: „państwo członkowskie nie może uzależnić świadczenia usług na jego terytorium od przestrzegania wszystkich warunków wymaganych dla przedsiębiorczości; gdyby tak było, postanowienia dotyczące swobody świadczenia usług byłyby pozbawione wszelkich praktycznych skutków”²⁹. W konsekwencji uzasadnione jest odstępstwo od literalnego brzmienia art. 50.3 TWE jako wprowadzającego zasadę traktowania narodowego na rzecz szerszej jego interpretacji, wedle której swoboda świadczenia usług pozwala podmiotowi z niej korzystającemu uchylić się od obowiązku spełnienia takich wymogów stawianych przez prawo państwa goszczącego, jakim uczynił już zadość w państwie swego pochodzenia. W literaturze zauważa się, iż „celem przepisów o swobodzie świadczenia usług jest to, aby usługodawca spełniający wszelkie wymogi wynikające z prawa

²⁸ M. Ahlt, op. cit., s. 193-194.

²⁹ C – 154/89; W. Czapliński, op. cit., s. 660.

państwa, w którym prowadzi przedsiębiorstwo, mógł również bez przeszkód świadczyć usługi na rzecz podmiotów pochodzących z innego państwa członkowskiego³⁰. W.-H. Roth argumentuje, iż idea Wspólnego Rynku urzeczywistniona zostanie tylko wtedy, gdy zapewni się świadczącym usługi zgodnie z art. 49 i 50 TWE możliwość wykonywania działalności, w oparciu o standardy kraju swego pochodzenia, na obszarze całej Wspólnoty³¹. W podobnym duchu utrzymane są dyrektywy regulujące możliwość wykonywania odpowiednich zawodów, m.in. dyrektywa 85/384³² dotycząca architektów lub dyrektywa 77/249³³ odnosząca się do adwokatów. Według postanowień w niej zawartych, adwokat pochodzący z jednego z państw członkowskich może wykonywać działalność zawodową w każdym innym państwie Wspólnoty w formie świadczenia usług bez spełniania w państwie przyjmującym takich warunków, jak przynależność do korporacji zawodowej czy uznanie kwalifikacji. Warunki te musiałby jednak spełnić, gdyby zamierzał prowadzić działalność zawodową trwale w formie zakładania przedsiębiorstw³⁴. Liberalizacja w tym względzie nastąpiła dopiero w 2000 r., po wejściu w życie dyrektywy 98/5³⁵.

Swoboda świadczenia usług obejmuje zakaz dyskryminacji (tak jawnej, jak ukrytej) usługodawcy lub usługobiorcy ze względu na państwo pochodzenia. Wyjątkiem od zakazu dyskryminacji – podobnie zresztą, jak w przypadku swobody przedsiębiorczości – jest art. 46.1 TWE stanowiący o wykonywaniu władzy publicznej. Mając na względzie uwagi przedstawione w poprzednim akapicie, stwierdzić trzeba, że chociaż wykładnia językowa art. 50.3 TWE wskazuje na zasadę traktowania narodowego, przedstawione powyżej względy funkcjonalne skłaniają ku szerszej jego interpretacji: jako ogólnego zakazu stosowania ograniczeń³⁶. Swoboda świadczenia usług chroni więc osobę nie tylko przed środkami dyskryminacyjnymi (różnicującymi sytuację podmiotów ze względu na ich państwową przynależność), ale także przed pewnymi ograniczeniami o charakterze niedyskryminacyjnym, czyli takimi, które stosowane są także wobec obywateli państwa przyjmującego. Zakaz dotyczy środków podejmowanych przez państwo goszczące i jego organy, a także przez prywatne organizacje gospodarcze i zawodowe, o ile regulują w sposób zbiorowy zasady świadczenia usług.³⁷ Ograniczenia niedyskryminacyjne są dopuszczalne jedynie wówczas, gdy spełniają kumulatywnie poniższe przesłanki³⁸:

- służą interesowi ogólnemu – interesem tym nie mogą być wyłącznie cele gospodarcze, których skutkiem jest ochrona przedsiębiorstw krajowych; ETS uznał dotychczas za interes ogółu m.in.: ochronę konsumentów, za-

³⁰ M. Ahlt, op. cit., s. 197.

³¹ W.-H. Roth w: M. A. Dausies, op. cit., s. 453-454.

³² Dz. Urz. EWG L 223/15.

³³ 77/249/EWG; Dz. Urz. 1977, L 78/17.

³⁴ N. Póltorak, op. cit., s. 53.

³⁵ Szerzej Ł. Bohdan, *Usługi prawnicze w Unii Europejskiej*, Zakamycze, Kraków 2000, s. 102 i nast. tak wyraźnie W.-H. Roth w: M. A. Dausies op. cit., s. 453.

³⁷ M. Ahlt, op. cit., s. 200.

³⁸ ETS formułował je wielokrotnie, np. C – 205/84 *Komisia v. RFN*, teza 4.; W. Czapliński, op. cit., s. 605; C – 76/90 *M. Sager v. Dennemeyer & Co. Ltd.*, teza 2.; ibidem, s. 694.

pewnienie odpowiedniego wysokiego standardu w zakresie wolnych zawodów (choćby medycznych), ochronę kultury³⁹ oraz pluralizmu w mediach, ochronę własności przemysłowej czy spójność regulacji podatkowych⁴⁰,

- zachowują zasadę proporcjonalności – regulacja krajowa musi być dla ochrony interesu ogólnego niezbędna, jej zakres powinien natomiast w najmniejszym możliwym dla zapewnienia efektywności stopniu ograniczać swobodę świadczenia usług; innymi słowy regulacja nie może być nadmierna,
- interes ogólny chroniony przez państwo przyjmujące nie może być już chroniony w państwie pochodzenia usługodawcy – państwo przyjmujące winno uwzględnić kontrolę lub nadzór sprawowany nad usługodawcą w państwie jego przynależności⁴¹.

Ostatnia z wymienionych przesłanek jest charakterystyczna dla omawianej swobody i odróżnia ją od swobody przedsiębiorczości. Podmiot działający w przyjmującym państwie członkowskim w oparciu o swobodny przepływ usług jest bowiem zwolniony z obowiązku spełniania tych wymogów stawianych przez prawo tego państwa, którym uczynił zadość już w państwie swego pochodzenia. W szczególności chodzi tu o uzyskanie formalnego potwierdzenia posiadanych kwalifikacji zawodowych oraz członkostwo w samorządzie zawodowym.

V. OGRANICZENIA SWOBODY ŚWIADCZENIA USŁUG

Swoboda świadczenia usług nie ma charakteru absolutnego. Prawo wspólnotowe przewiduje dwie grupy jej ograniczeń. Odnoszą się one także do innych swobód przewidzianych TWE. Mowa tu o wykonywaniu władzy publicznej (art. 45 TWE) oraz o względach bezpieczeństwa, porządku i zdrowia publicznego (art. 46 TWE).

Ograniczenie ze względu na wykonywanie władzy publicznej sprowadza się do wyłączenia pewnego rodzaju działalności z przedmiotowego zakresu swobody przepływu usług. Ponieważ przepis ten stanowi wyjątek od zakazu dyskryminacji, ETS uznał, iż należy interpretować go zawężająco, w sposób nie wykraczający poza cel tej regulacji, jakim jest „zapobieżenie sytuacjom, w których obywatel Unii, korzystający z prawa prowadzenia działalności gospodarczej pod własną firmą, mógłby przy tej okazji występować na terytorium innego Państwa Członkowskiego w charakterze osoby wyposażonej we władczę, wynikające z prawa kraju, którego jest obywatelem, uprawnienia w stosunku do obywateli państwa przyjmującego”⁴².

Z praktycznego punktu widzenia najistotniejsze jest rozstrzygnięcie, czy wykonywanie władzy publicznej odnosi się do wszelkiej działalności w obrę-

³⁹ Tutaj interesująca sytuacja przewodników turystycznych – np. wycieczka z Niemiec zwiedzająca Francję może być prowadzona przez niemieckiego przewodnika, ale z wyjątkiem muzeów i pomników historycznych, zwiedzanie których może odbywać się jedynie z przewodnikiem zawodowym mającym uprawnienia wedle prawa krajowego (tutaj: francuskiego); ETS C- 154/89; W. Czapliński, op. cit., s. 660.

⁴⁰ W.-H. Roth w: M. A. Dausies, op. cit., s. 454.

⁴¹ M. Ahlt, op. cit., s. 197.

⁴² A. Wróbel, op. cit., s. 68.

bie danego zawodu, czy do poszczególnych czynności w jego skład wchodzących. Dylemat ten ETS rozstrzygnął już w sprawie *Reyners*, stwierdzając, że art. 45 TWE przewiduje wyłączenie traktatowych swobód „ograniczone do tych czynności, które same w sobie stanowią bezpośredni udział w wykonywaniu władzy publicznej”⁴³. Jeżeli więc niektóre czynności stanowią wykonywanie władzy publicznej, to należy sprawdzić, czy można je oddzielić od innych wchodzących w zakres działalności w określonym zawodzie. Jeśli jest to możliwe, to art. 45 TWE dotyczy tylko tych pierwszych⁴⁴. Orzekając w sprawie *Reyners* dotyczącej zawodu adwokata, Trybunał zdecydował, że w zakresie udzielania porad prawnych, konsultacji lub reprezentacji klientów przed sądami zawód adwokata nie należy do wykonywania władzy publicznej, nawet jeśli oznacza bliski związek z wymiarem sprawiedliwości i objęty jest tzw. przymusem adwokackim⁴⁵. Adwokat wykonuje natomiast władzę publiczną, jeżeli – jak jest to możliwe we Francji, Belgii czy w Luksemburgu – w wyjątkowych sytuacjach uzupełnia skład sędziowski⁴⁶. Podobnie, co do zasady, wykonywaniem władzy publicznej nie jest zawód lekarza, niemniej jednak niektóre czynności, jak na przykład wystawianie świadectw zgonu, wchodzą w zakres art. 45 TWE. Istnieją jednakże też takie zawody, które w całości wiążą się z wykonywaniem władzy publicznej: zawód komornika, notariusza, lub – na podstawie stosownej dyrektywy – leśnika, strażnika łowieckiego lub rybackiego⁴⁷.

Uznanie danej czynności za wykonywanie władzy publicznej uzasadnia zastosowanie, wobec osoby ją wykonującej, ograniczających środków krajowych. Osoba ta nie może przeciw tymże środkom poszukiwać ochrony w traktatowej swobodzie przedsiębiorczości lub swobodzie świadczenia usług (odpowiednio też w regulacjach Układu Europejskiego). Nie narusza ją wobec tego zasady traktowania narodowego przepisy krajowe, zabraniające lekarzowi z innego państwa członkowskiego wystawiania świadectw zgonu lub rezerwujące możliwość wykonywania zawodu notariusza dla własnych obywateli.

Względy bezpieczeństwa, porządku i zdrowia publicznego uzasadniają stosowanie przez państwa członkowskie środków ograniczających traktatowe swobody (odpowiednio też prawa wynikające z Układu Europejskiego). Nie chodzi tu więc, jak to było w przypadku wykonywania władzy publicznej, o wyłączenie określonej działalności z przedmiotowego zakresu swobód, ale o szczególne usprawiedliwienie ingerencji państw członkowskich w treść swobód. Przepis art. 46.1 to w TWE jedyny przypadek, w którym możliwe jest, w zakresie działalności objętej swobodą przedsiębiorczości albo świadczenia usług, odstępstwo od zasady narodowego traktowania, a w konsekwencji – dyskryminacyjne traktowanie osób z innych państw członkowskich z tychże swobód korzystających. Środki podejmowane w tym trybie polegać mogą jedynie na: odmowie prawa wjazdu, odmowie wydania pozwo-

⁴³ G. Druesne, op. cit., s. 157.

⁴⁴ M. Ahlt, op. cit., s. 184.

⁴⁵ D. Lasok, *Zarys... Część II*, op. cit., s. 115.

⁴⁶ G. Druesne, op. cit., s. 158.

⁴⁷ Ibidem.

lenia na pobyt, odmowie przedłużenia pozwolenia na pobyt albo na deportacji. Ich dyskryminacyjny charakter wynika z zasad prawa międzynarodowego, które zabraniają państwu ich stosowania wobec własnych obywateli. Żadne państwo nie może bowiem odmówić prawa pobytu własnemu obywatelowi ani deportować go ze swego terytorium⁴⁸.

Względy porządku, bezpieczeństwa i zdrowia publicznego są pojęciami prawa wspólnotowego, a jako wyjątki od fundamentalnych zasad traktowania narodowego i swobody przepływu osób, powinny być wąsko interpretowane⁴⁹.

Zdefiniowanie pojęcia zdrowia publicznego nie jest trudne, ponieważ jedynie choroby wskazane w załączniku do dyrektywy 64/221⁵⁰ mogą uzasadniać odmowę wjazdu lub przyznania prawa pobytu⁵¹. Enumeratywne wyliczenie obejmuje dwie grupy chorób: choroby mogące zagrozić zdrowiu publicznemu (np. gruźlica, syfilis) oraz choroby i dolegliwości mogące zagrozić porządkowi lub bezpieczeństwu publicznemu, takie jak toksykomania lub niektóre psychozy⁵². Stosowanie odmowy wjazdu lub pobytu możliwe jest tylko wobec osoby, której nie wydano wcześniej pozwolenia na pobyt. Jeśli choroba lub dolegliwość ujawniła się po wydaniu osobie pierwszego pozwolenia na pobyt, nie można jej deportować ani odmówić przedłużenia pozwolenia, ponieważ podlega ona leczeniu w państwie przyjmującym⁵³.

Bezpieczeństwo i porządek publiczny traktowane są w literaturze i orzecznictwie ETS jako synonimy⁵⁴. Chociaż są to pojęcia prawa wspólnotowego, Trybunał uznał, że „szczególne okoliczności usprawiedliwiające odwołanie się do koncepcji porządku publicznego mogą różnić się w poszczególnych państwach i w różnych okresach i stąd konieczne jest pozostawienie kompetentnym władzom krajowym marginesu swobody w granicach zakreślonych przez traktat”⁵⁵. Margines swobody dla państw członkowskich jest pojęciem dość nieostrym, dlatego ważną wskazówką przy wykładni jego zasięgu jest teza, że realizacja zastrzeżenia porządku publicznego „zakłada istnienie, poza zakłóceniem porządku społecznego, którym jest każde naruszenie prawa, rzeczywistej i wystarczająco poważnej groźby dotyczącej fundamentalnego interesu społeczeństwa”⁵⁶. Stąd też ETS głosi: „prawo obywatela któregośkolwiek z państw członkowskich do wjazdu na terytorium innego państwa członkowskiego, przebywania tam i poruszania się nie może być ograniczane, chyba że jego obecność lub postępowanie stwarza rzeczywiste i wystarczająco poważne zagrożenie dla porządku publicznego”⁵⁷. Państwa, stosując środki w oparciu o art. 46.1 TWE,

⁴⁸ F. Emmert, *Prawo europejskie*, PWN, Warszawa-Wrocław 1999, s. 329.

⁴⁹ W.-H. Roth w: M. A. Dausies, op. cit., s. 436.

⁵⁰ Dyrektywa 64/221 z 25 lutego 1964 r. w sprawie harmonizacji środków specjalnych w stosunku do cudzoziemców odnośnie do wjazdu i pobytu, usprawiedliwionych ze względu na porządek publiczny, bezpieczeństwo publiczne i zdrowie publiczne; Dz. Urz. L 56/850.

⁵¹ Ochrona zdrowia publicznego nie może natomiast w żadnym przypadku być podstawą odmowy przedłużenia prawa pobytu lub deportacji.

⁵² D. J. Dąbek, *Wolność przedsiębiorczości w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, w: *Studia prawno-europejskie*, t. III, red. M. Seweryński, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 1998, s. 171.

⁵³ G. Druesne, op. cit., s. 160.

⁵⁴ D. J. Dąbek, op. cit., s. 171; G. Druesne, op. cit., s. 160.

⁵⁵ C – 41/74 *Yvonne van Duyn v. Home Office*; W. Czapliński, op. cit., s. 544.

⁵⁶ ETS C – 30/77; D. J. Dąbek, op. cit., s. 172.

⁵⁷ C – 36/75 *Roland Rutili v. Ministerstwo Spraw Wewnętrznych*; W. Czapliński, op. cit., s. 546.

powinny nadto przestrzegać pewnych warunków wprowadzonych przez dyrektywę 64/221 i konkretyzowanych w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości. Formalny charakter mają wymogi: przedstawienia zainteresowanemu pisemnego uzasadnienia podjętego środka, chyba że sprzeciwiają się temu względy bezpieczeństwa narodowego oraz konieczność przeprowadzenia, w pewnych przypadkach, procedury konsultacyjnej⁵⁸. Dyrektywa 64/221 uzależnia możliwość podjęcia środków uzasadnionych względami porządku lub bezpieczeństwa publicznego również od zaistnienia przesłanek materialnych. Dyrektywa wymaga osobistego zachowania osoby, której podejmowane środki dotyczą. W tej kwestii Trybunał orzekł: „rzeczywiste członkostwo, którego wyrazem jest uczestnictwo w działaniach grupy lub organizacji, a także identyfikowanie się z celami i zasadami ugrupowania, może być uznane za dobrowolne działanie zainteresowanego, a tym samym stanowić część jego osobistego zachowania”⁵⁹.

Ważną kwestią jest rozstrzygnięcie, czy na podstawie art. 46.1 TWE mogą być stosowane środki wobec cudzoziemców dopuszczających się zachowań, które, podejmowane analogicznie przez obywateli państwa przyjmującego, nie spotykają się z reakcją ze strony jego organów. Początkowo ETS zdawał się stać na stanowisku, że jest to możliwe. W sprawie *van Duyn* orzekł, że zasadna była odmowa wjazdu do Wielkiej Brytanii obywatelce Holandii, która należała do kościoła scjentologicznego, chociaż władze brytyjskie nie podejmowały identycznych środków wobec własnych obywateli. Trybunał nie wziął jednak wtedy pod uwagę, że środka w postaci odmowy wjazdu wobec własnego obywatela państwo w żadnej sytuacji zastosować nie może⁶⁰. Dlatego międzynarodowe w tej mierze jest późniejsze orzeczenie w sprawie *Adoui*, w którym Trybunał postanowił, że ograniczenia oparte o art. 46.1 TWE nie mogą być stosowane, jeśli państwo „nie przyjmuje w odniesieniu do takiego samego zachowania swoich własnych obywateli środków represyjnych lub innych rzeczywistych i efektywnych środków, aby przeciwdziałać takiemu zachowaniu”⁶¹. Sprawa *Adoui* dotyczyła obywaterek Francji, które pracowały w Belgii jako kelnerki, jednocześnie trudniąc się prostytutką. ETS stwierdził, że skoro władze belgijskie nie reagują, gdy w ten sposób postępują Belgijki, nie mogą też stosować represyjnych środków wobec cudzoziemek.

VI. SWOBODA ZAKŁADANIA PRZEDSIĘBIORSTW A SWOBODA ŚWIADCZENIA USŁUG

Europejski Trybunał Sprawiedliwości wielokrotnie stał przed koniecznością kwalifikacji działalności danej osoby do jednej z dwóch traktatowych swobód: swobody przedsiębiorczości albo swobody usług. Kwalifikacja prawna konkretnego stanu faktycznego utrudniona jest głównie z tego

⁵⁸ D. J. Dąbek, op. cit., s. 172.

⁵⁹ C – 41/74; G. Druesne, op. cit., s. 165.

⁶⁰ Ibidem, s. 16.

⁶¹ C – 115 i 116/81 *Rezgiua Adoui v. Belgia i miasto Liege oraz Dominique Cornuaille v. Belgia*; W. Czapliński, op. cit., s. 551.

względu, że taka sama merytoryczna działalność, wykonywana samodzielnie na własny rachunek i własne ryzyko, mieścić się może równie dobrze w obrębie swobody zakładania przedsiębiorstw jak swobody świadczenia usług. Obie swobody różnią się jednak istotnie co do treści. Różnica ta zarysowuje się ostro odnośnie do warunków wykonywania działalności zawodowej. Swoboda przedsiębiorczości przewiduje zasadę traktowania narodowego, z czego wynika obowiązek podporządkowania się osoby prowadzącej działalność przepisom prawa krajowego w takim stopniu, w jakim dotyczą one podmiotów krajowych. Odmienne jest w przypadku swobody świadczenia usług, tutaj bowiem, z zasady, osoba działa w oparciu o warunki wymagane przez prawo państwa, z którego pochodzi. Praktyczne znaczenie tego rozróżnienia zachodzi wtedy, gdy regulacje prawne państwa goszczącego i państwa pochodzenia, w zakresie warunków podejmowania i wykonywania działalności, nie są tożsame. Najczęściej dla osoby wykonującej działalność gospodarczą korzystniejsze jest uznanie tej działalności za świadczenie usług w rozumieniu art. 49 i 50 TWE. Osoba taka w szerszym stopniu korzysta wówczas z zakazu ograniczania, co w szczególności pozwala jej uchylić się od dokonywania takich formalności, jak uzyskanie potwierdzenia posiadanych kwalifikacji lub członkostwa w samorządzie zawodowym w państwie przyjmującym. Z drugiej strony, reżim swobody przedsiębiorczości zapewnia organom państwa przyjmującego większą kontrolę nad cudzoziemcem. W większości przypadków więc, co jest w pełni zrozumiałe, organy państwa przyjmującego dążyły do uznania danej działalności za zakładanie przedsiębiorstw, osoba wykonująca tę działalność argumentowała natomiast za zastosowaniem przepisów o swobodzie usług.

Z orzecznictwa ETS wynika, iż jedynym kryterium możliwym do zastosowania przy ocenie stanu faktycznego jest trwałość lub czasowość działalności. Nawet ta przesłanka okazuje się jednakże niedoskonała, co prowadzi do konieczności indywidualnego traktowania każdego przypadku. Problem kwalifikacji stanów faktycznych chciałbym przybliżyć prezentując wybrane orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości.

W sprawie *van Binsbergen*⁶² ETS orzekł, iż w przypadku osoby, która prowadzi działalność o charakterze usługowym całkowicie lub w znacznej mierze w jednym państwie członkowskim, należy stosować przepisy o zakładaniu przedsiębiorstw. Jest to uzasadnione szczególnie w sytuacji, gdy osoba ta celowo zakłada główne przedsiębiorstwo w innym państwie i świadczy swe usługi „z zagranicy”, by uwolnić się od regulacji prawnych w państwie przyjmującym⁶³. Prawo wspólnotowe nie może być stosowane wyłącznie w celu obejścia prawa państwa członkowskiego. Oczywiście, zastosowanie przepisów o swobodzie świadczenia usług prowadzi do uchylenia stosowania przepisów prawnych państwa przyjmującego, ale jest to uzasadnione celem, jaki stanowi rozwój Wspólnego Rynku. Regulacje wspólnotowe nie powinny być jednak nadużywane poprzez powoływanie się na nie wyłącznie po to, by uchylić się od skutków prawodawstwa krajowego.

⁶² ETS C – 33/74 *van Binsbergen*; Ł. Bohdan, op. cit., s. 152-157.

⁶³ A. Wróbel, op. cit., s. 67.

W innym orzeczeniu czytamy: „Z brzmienia art. 50 TWE jasno wynika, iż działalność na zasadzie stałej, lub w każdym przypadku, bez przewidywanego ograniczenia czasu jej trwania, nie jest objęta przepisami prawa Wspólnoty dotyczącymi usług”⁶⁴. Nie ma wątpliwości, że gdy obywatel państwa członkowskiego ustanawia swój ośrodek życiowy w innym państwie członkowskim i tam wykonuje działalność zawodową, to przepisy o swobodzie usług nie mają zastosowania. Problem jednak leży w tym, iż w spornych przypadkach trudne jest do ustalenia, czy rzeczywiście nastąpiło przeniesienie ośrodka życiowego (zainteresowany często dowodzi, że nie nastąpiło), oraz jaki jest zamiar osoby prowadzącej działalność co do jej trwałości lub czasowości.

Rozpatrując kwestię stosowania omawianych swobód do osób prawnych, Trybunał przedstawił następującą tezę: „Przedsiębiorstwo ubezpieczeniowe innego państwa członkowskiego, które utrzymuje stałą obecność w państwie członkowskim, na terytorium którego świadczy usługi, jest objęte przepisami TWE dotyczącymi przedsiębiorczości, nawet wtedy, gdy obecność ta nie przybrała formy agencji lub filii, lecz jedynie biura prowadzonego przez własny personel przedsiębiorstwa albo przez osobę, która jest wprawdzie niezależna, ale posiada uprawnienie do stałego działania w charakterze agenta danego przedsiębiorstwa. Przedsiębiorstwo takie nie może w związku ze swą działalnością w innym państwie członkowskim powoływać się na przepisy Traktatu dotyczące swobody przepływu usług”⁶⁵.

Prezentowane zagadnienie ETS najpełniej przeanalizował w orzeczeniu w sprawie Gebhard. Niemiecki adwokat R. Gebhard pracował w kancelarii w Stuttgarcie, jednocześnie współpracując z kancelarią w Mediolanie. W 1989 r. przeniósł się wraz z rodziną do Włoch, w Mediolanie otworzył własną kancelarię, gdzie świadczył usługi prawnicze, głównie klientom niemieckojęzycznym. Wkrótce potem lokalna rada adwokacka wszczęła przeciwko Gebhardowi postępowanie dyscyplinarne, zakończone zawieszeniem prawa wykonywania działalności na okres 6 miesięcy, z powodu bezprawnego posługiwania się włoskim tytułem *avvocato* oraz naruszenia, poprzez założenie kancelarii, włoskiej ustawy regulującej warunki prowadzenia działalności prawniczej. Niemiecki adwokat stał na stanowisku, że kroki podjęte przez radę adwokacką były bezpodstawne. Własną działalność Gebhard określił jako mieszczącą się w zakresie swobody usług, wykonywaną więc w oparciu o dyrektywę 77/249, a nie wedle ustawowej regulacji państwa przyjmującego (tutaj: Włoch). Rzecznik generalny P. Leger zwrócił uwagę, iż skoro warunki zakładania przedsiębiorstw są ostrzejsze niż warunki swobodnego świadczenia usług, należy eliminować sytuację, w których osoba omija przepisy o przedsiębiorczości pod pozorem świadczenia usług. Zdaniem rzecznika, rozróżnienie między swobodami dokonywać się może w oparciu o dwie grupy kryteriów: czasowe (przejściowy lub trwały charakter) oraz przestrzenne (nakierowanie na rynek, w którym się działa – w przypadku swobody przedsiębiorczości, orientacja na rynek zewnętrzny

⁶⁴ C – 196/87 *Udo Steymann v. Staatssecretaris van Justie*; N. Póltorak, op. cit., s. 62.

⁶⁵ C – 205/84 *Komisja v. RFN*; W. Czapliński, op. cit., s. 605.

– przy świadczeniu usług według art. 49 i 50 TWE). Rzecznik, ze względu na fakt otwarcia kancelarii, skłonił się do uznania działalności Gebharda za założenie przedsiębiorstwa⁶⁶.

W orzeczeniu Trybunał przywołał zasadę, wedle której „obywatel państwa członkowskiego, który w stały i ciągły sposób prowadzi w jednym państwie członkowskim działalność zawodową, w ramach której kontaktuje się ze swego miejsca pracy m.in. z obywatelami tego państwa, podlega przepisom rozdziału o swobodzie przedsiębiorczości, a nie rozdziału o świadczeniu usług”⁶⁷. ETS przypisuje znaczenie kryteriom czasowym, co znajduje rozwinięcie w tezie: „Prześciowy charakter świadczenia usług należy oceniać uwzględniając jego okres, częstotliwość, regularne powtarzanie i ciągłość”⁶⁸. Wskazane cztery kryteria mają instrumentalny charakter wobec ogólnej przesłanki czasowości. Mogą być one stosowane do wielu przypadków faktycznych, co nie oznacza, że nie pojawi się w przyszłości sytuacja, w której i one okażą się zawodne⁶⁹. Czasowy charakter działalności „nie wyklucza posiadania przez usługodawcę w rozumieniu Traktatu infrastruktury w państwie odbiorcy usług w postaci biura, miejsca praktyki lub kancelarii, koniecznych do świadczenia usług”⁷⁰. Wynika z tego, że stworzenie podstaw materialnych dla wykonywania działalności zawodowej nie przesądza jeszcze o zastosowaniu art. 43 TWE. Działalność adwokata Gebharda ocenić należy jako korzystanie ze swobody przedsiębiorczości ze względu na jej ciągłość i regularność, a nie, jak postulował rzecznik Leger, z uwagi na otwarcie w Mediolanie kancelarii. W konsekwencji, adwokatowi nie udało się uniknąć konieczności uczynienia zadość warunkom wykonywania zawodu wymaganym przez prawo włoskie.

Przedstawione powyżej orzecznictwo z pewnością nie wyczerpuje całości zagadnienia. Myślę jednak, że w dostateczny sposób ukazuje linię orzecznictwa Trybunału, zarysowuje stosowane kryteria oraz uświadamia konieczność indywidualnego traktowania każdego przypadku, również z tego względu, iż taka a nie inna kwalifikacja pociąga za sobą doniosłe skutki prawne.

VII. ŚWIADCZENIE USŁUG NA PODSTAWIE UKŁADU EUROPEJSKIEGO

Układ Europejski w art. 55 zawiera następującą regulację:

„1. Zgodnie z postanowieniami niniejszego rozdziału, Strony zobowiązują się podjąć niezbędne kroki w celu umożliwienia stopniowego świadczenia usług przez obywateli Polski lub Wspólnoty lub ich przedsiębiorstwa utworzone na terytorium innej Strony niż ta, dla obywatela której przeznaczone są usługi, z uwzględnieniem stanu rozwoju sektora usług Stron Układu.

2. Jednocześnie z procesem liberalizacji określonym w punkcie 1 oraz zgodnie z postanowieniami artykułu 58 punkt 1, Strony zezwolą na czasowo-

⁶⁶ Ibidem, s. 647.

⁶⁷ C – 55/94; ibidem, s. 646.

⁶⁸ Ibidem.

⁶⁹ Ł. Bohdan, op. cit., s. 51.

⁷⁰ C – 55/94; W. Czaplinski, op. cit., s. 646.

wy przepływ osób fizycznych świadczących usługi lub osób, które zatrudnione są przez firmę usługową jako personel kluczowy określony w artykule 52 punkt 2 (...).

3. Rada Stowarzyszenia podejmie niezbędne środki w celu stopniowej realizacji postanowień punktu 1 niniejszego artykułu”.

Punktem wyjścia dla analizy powyższego przepisu, jednocześnie uzasadniającym jej bardzo ograniczony zakres, jest spostrzeżenie, iż ma on charakter jedynie programowy⁷¹. W żadnej mierze nie jest możliwe, analogiczne do art. 44.3 Układu, stanowiącego o zakładaniu przedsiębiorstw, przyznanie temu przepisowi waloru bezpośredniej skuteczności (*vide* szeroko komentowana w kraju sprawa *Głoszczuk*⁷²). Nie zawiera on bowiem skierowanego do państw członkowskich jasnego i precyzyjnego zobowiązania, które nie jest uzależnione od wydania innego aktu prawnego; przeciwnie, przepis w punkcie 3 wyraźnie mówi o środkach podejmowanych przez Radę Stowarzyszenia. Wobec tego, art. 55 Układu nie spełnia kryteriów wymaganych przez ETS do uznania za bezpośrednio skuteczny, a w konsekwencji nie przyznaje obywatelom i przedsiębiorstwom polskim uprawnień, na które mogliby oni powołać się wprost przed organami państw członkowskich. Uprawnienia takie mogłyby zostać przyznane decyzją Rady Stowarzyszenia, o ile decyzja taka byłaby bezpośrednio skuteczna.⁷³ Ponieważ Rada Stowarzyszenia decyzji takich nie podjęła, wykonywanie prawa do świadczenia usług przez podmioty polskie na obszarze państw członkowskich WE nie jest obecnie możliwe⁷⁴.

Uregulowanie transgranicznego świadczenia usług sprawiało znacznie większe trudności niż zakładania przedsiębiorstw już podczas negocjacji Układu Europejskiego.⁷⁵ Decydował o tym charakter świadczenia usług jako działalności powodującej dużą mobilność obywateli, znacznie większą niż ta, na którą mogła się zgodzić ówczesna Dwunastka. Możliwość czasowego wykonywania działalności w państwie przyjmującym w oparciu o przepisy państwa pochodzenia wymaga z pewnością głębszej integracji państw, a dokładniej większego „zaufania” organów państwa przyjmującego do osoby usługodawcy. Myślę, że tym można tłumaczyć nieprzyznanie w Układzie obywatelom RP prawa do świadczenia usług. Możliwość transgranicznego świadczenia usług polscy przedsiębiorcy uzyskają dopiero wskutek przystąpienia Polski do Unii Europejskiej.

Przepis art. 57 Układu, poprzez odesłanie do art. 53, stwierdza, iż swoboda świadczenia usług nie dotyczy wykonywania działalności związanej z wypełnianiem w państwie przyjmującym funkcji publicznych, oraz że nie stoi na przeszkodzie stosowaniu ograniczeń podyktowanych względami porządku, bezpieczeństwa i zdrowia publicznego. Skoro jednak swoboda

⁷¹ D. Lasok, op. cit., s. 219-220.

⁷² Por. m. in. M. Szwarc, *Swoboda prowadzenia działalności na własny rachunek na podstawie Układu Europejskiego*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2001, nr 3; T. Konciewicz, *Jak Głoszczuk przeszedł do historii*, „Prawo i Życie” 2001, nr 6; M. Lewandowski, *Zatóż firmę, ale nie przyjeżdżaj*, „Rzeczpospolita” 2001, nr 31.

⁷³ Por. ETS C – 192/89; W. Czapliński, op. cit., s. 326.

⁷⁴ D. Bogucka, *Jak założyć firmę w Unii*, „Gazeta Prawna” 2002, nr 95.

⁷⁵ *Unia Europejska. Integracja Polski z Unią Europejską*, red. E. Kawecka-Wyrzykowska, E. Synowiec, Instytut Koniunktur i Cen Handlu Zagranicznego, Warszawa 1997, s. 423.

świadczenia usług wyrażona w Układzie pozostaje zasadą programową, wskazany przepis nie ma praktycznego zastosowania.

Szczególną regulację przewiduje Układ odnośnie do świadczenia usług w międzynarodowym transporcie morskim. Polskę i państwa członkowskie obowiązuje tu zasada nieograniczonego dostępu do rynku i przewozów na zasadach handlowych.⁷⁶ Zasada ta nie ogranicza jednakże praw i zobowiązań wynikających z Kodeksu Postępowania Konferencji Linii Morskich, którego stronami są RP oraz niektóre państwa Piętnastki. Strony postanowiły, że po wejściu w życie Układu zniosą jednostronne przepisy i przeszkody administracyjne oraz techniczne, które mogłyby skutkować ograniczeniem lub dyskryminacją w swobodnym świadczeniu usług w międzynarodowym transporcie morskim⁷⁷.

VIII. SKUTKI PRZYSTĄPIENIA POLSKI DO UNII EUROPEJSKIEJ

Przystąpienie Polski do Unii Europejskiej znacznie rozszerzy możliwości legalnego wykonywania działalności zawodowej przez obywateli polskich w państwach Wspólnoty. Dotyczy to nie tylko państw dotychczasowej Piętnastki, ale aż 24 państw europejskich. Otwiera to dla naszego kraju szansę rozwijania współpracy zarówno z krajami Europy Zachodniej, jak i z państwami naszego regionu. Rozszerzona Unia Europejska stanie się wielkim, a zarazem różnorodnym rynkiem, dającym tak potencjalnym, jak i działającym już przedsiębiorcom, rozmaite szanse w bardzo wielu sektorach gospodarki.

Rozszerzenie możliwości wykonywania działalności zawodowej w innym państwie członkowskim nie będzie tylko programową zapowiedzią. Polscy obywatele i spółki uzyskają, z dniem akcesji RP do Wspólnoty, szereg praw podmiotowych wynikających z TWE. Prawa te, jako bezpośrednio skuteczne, będą mogły być wykonywane wprost w państwach Wspólnoty. Nad efektywnym ich stosowaniem czuwać będzie Europejski Trybunał Sprawiedliwości. Rozległe orzecznictwo Trybunału dotyczące pierwszeństwa i bezpośredniej skuteczności prawa wspólnotowego oraz swobód przedsiębiorczości i usług, które znajdzie zastosowanie również wobec podmiotów z Polski, jest najlepszą gwarancją, że przysługujące polskim przedsiębiorcom prawa będą efektywnie stosowane.

Największym przełomem, w porównaniu ze stanem obecnym, będzie objęcie polskich obywateli i spółek swobodą przepływu usług. Obszar ten, obecnie właściwie niewykorzystywany, otworzy polskim przedsiębiorcom dostęp do zagranicznych rynków. Daleko posunięta w prawie wspólnotowym liberalizacja świadczenia oraz dostępu do usług sprzyja zwróceniu się przedsiębiorców w stronę klientów z innych państw Unii. Jest to szczególnie ważne w okresie niewielkiego wzrostu gospodarczego w Polsce. Niski popyt wewnętrzny skłania ku poszukiwaniu nabywców poza granicami Pol-

⁷⁶ Art. 56.1 Układu Europejskiego.

⁷⁷ Art. 56.2 Układu Europejskiego.

ski, a swoboda transgranicznego świadczenia usług proces ten znacznie ułatwi. Polscy usługodawcy, ze względu na ciągle jeszcze niższe koszty działalności gospodarczej w kraju, będą konkurencyjni wobec usługodawców z Niemiec czy Francji. Swoboda świadczenia usług pozwoli polskiemu przedsiębiorcy wykonać usługę w państwie klienta bez konieczności uzyskiwania szczególnych pozwoleń czy potwierdzenia posiadanych kwalifikacji. Na okres świadczenia usługi udzielone mu zostanie pozwolenie na czasowy pobyt w państwie przyjmującym, co więcej, na takich samych warunkach, jak obywatele tegoż państwa, będzie mógł on zorganizować niezbędną infrastrukturę np. wynająć czasowo lokal. Ponadto uważam, iż analogicznie do prezentowanego przeze mnie wcześniej orzeczenia ETS w sprawie *Rush Portuguesa*, polscy pracownicy wysłani przez polskiego usługodawcę do innego państwa członkowskiego w celu wykonania usługi będą, podobnie jak on, objęci swobodą świadczenia usług, a nie swobodą przepływu pracowników. Stąd też, moim zdaniem, wprowadzenie przez goszczące państwo członkowskie, zgodnie z Traktatem Akcesyjnym⁷⁸, okresu przejściowego na swobodny przepływ polskich pracowników, nie obejmie takiej sytuacji, a w konsekwencji nie będzie przeszkodą w wolnym przepływie usług. Kolejną możliwością będzie świadczenie usług poprzez wyjazd usługodawcy wraz z usługobiorcą do innego państwa członkowskiego. W szczególności dotyczy to przewodników turystycznych. Ustaną prawne przeszkody, by prowadzili oni polskie wycieczki po krajach Wspólnoty, z wyjątkiem jedynie muzeów i miejsc uznawanych za pomniki historyczne⁷⁹. Trzecią możliwością będzie transgraniczne przesłanie usługi, choćby poprzez sieć informatyczną lub w postaci transmisji radiowej lub telewizyjnej. Polskie spółki i obywatele objęci zostaną również swobodą dostępu do usług, oraz szeregiem, związanych z nią, praw akcesoryjnych, z prawem wjazdu i pobytu w państwie usługodawcy na czele.

Korzystanie przez podmioty polskie ze swobody świadczenia usług ograniczone zostało w Traktacie Akcesyjnym postanowieniem o okresie przejściowym. Zgodnie z załącznikiem XII, częścią 2, punktem 13, okres przejściowy zastosować mogą jedynie Niemcy lub Austria i to tak długo, jak długo stosować będą okres przejściowy na swobodny przepływ polskich pracowników. Omawiany środek polega na uchyleniu stosowania art. 49 TWE w stosunku do pracowników oddelegowanych przez polskie przedsiębiorstwo korzystające ze swobody świadczenia usług. Wynika z tego, że okres przejściowy nie dotyczy sytuacji, gdy usługi w państwie przyjmującym świadczy sam przedsiębiorca działający w Polsce w ramach samozatrudnienia lub osoba, która w Polsce nie prowadzi żadnej działalności zawodowej. Okres przejściowy stosowany być może jedynie wobec oddelegowanych polskich pracowników, o ile wykonują w Niemczech usługi budowlane lub z zakresu sprzątania przemysłowego, a w Austrii także z zakresu ogrodnictwa, cięcia, rzeźbienia i wykańczania kamienia, ręcznego wyrobu elementów z metalu,

⁷⁸ Traktat Akcesyjny pomiędzy Państwami Członkowskimi Unii Europejskiej a Rzeczpospolitą Polską podpisany w Atenach 16 kwietnia 2003 r., dostępny na stronie <http://www.ukie.gov.pl>; Załącznik XII, część 2, pkt 2, s. 3749.

⁷⁹ Por. przypis 39.

działalności ochroniarskiej oraz pielęgnowania domu. Środek ten musi być dodatkowo uzasadniony poważnymi zakłóceniami lub groźbą ich wystąpienia na rynku pracy Niemiec lub Austrii. W przypadku skorzystania przez Niemcy lub Austrię z okresu przejściowego, Polska może w odpowiednim zakresie postąpić analogicznie. Istnienie omawianej regulacji jest kolejnym argumentem przemawiającym na korzyść tezy, iż polscy pracownicy, oddelegowani przez polski podmiot korzystający ze swobody usług, również korzystają z tejsze swobody. Gdyby bowiem było inaczej, to znaczy gdyby osoby te podlegały regulacji o swobodnym przepływie pracowników, przepis ten, jako wprowadzający środek równoległy do okresu przejściowego na swobodny przepływ polskiej siły roboczej, byłby całkowicie zbędny. Jeśli jednak Traktat Akcesyjny przewiduje odrębne okresy przejściowe dla osób poszukujących lub podejmujących zatrudnienie w innym państwie członkowskim oraz dla osób oddelegowanych do innego państwa członkowskiego, by tam wykonały usługę, stwierdzić należy, iż z punktu widzenia prawa wspólnotowego sytuacja prawna każdej z wymienionych kategorii osób kształtowana jest przez odrębne przepisy. Argumentem ostatecznie – moim zdaniem – rozstrzygającym poruszaną kwestię jest treść punktu 13 części 2 załącznika XII Traktatu Akcesyjnego, który, wprowadzając okres przejściowy na przepływ oddelegowanych polskich pracowników, mówi o odstąpieniu od stosowania wobec nich art. 49 TWE (swoboda przepływu usług), a nie art. 39 TWE (swobodny przepływ pracowników). Skoro tak, to oczywiście jest, iż w stosunku do pracowników oddelegowanych do wykonania usługi stosuje się, co do zasady, swobodę usług. Traktat Akcesyjny stwierdza ponadto wyraźnie, iż prawo tych osób do podjęcia pracy w państwie goszczącym podlega „środkom krajowym w stosunku do świadczenia usług przez przedsiębiorstwa mające siedzibę w Polsce”⁸⁰.

FREEDOM OF RENDERING SERVICES IN THE EUROPEAN UNION

S u m m a r y

Freedom to render services, freedom of movement of goods and employees, freedom of business activity, free flow of capital and payments are the key freedoms constituting the framework of the European Union. This paper presents the freedom of rendering services viewed from the standpoint of scope of entities (categories of entities that can enjoy this freedom), subject of the freedom (range of rights enshrined in this freedom) and rules on the basis of which an entity that falls within the scope of entities enjoying this freedom and conducting activities that are categorized under the subject scope of the freedom to render services should be treated. The paper also presents the essence of the freedom to render services, ways and means of its restriction and examines the freedom to establish business entities. The author also examines the regulations concerning rendering of services that are included in the European Treaty, focusing on the consequences of Poland's accession to the European Union in terms of cross-border rendering of services by Polish citizens and businesses.

⁸⁰ Traktat Akcesyjny, załącznik XII, część 2, pkt 13, s. 3755 *in fine*.