

Tomasz Jaroszyński

## Podejmowanie i wykonywanie działalności prowadzonej na własny rachunek w świetle prawa Unii Europejskiej

Right to take up and pursue activities by self-employed persons in the light of the European Union law

The paper is focused on discussing grounds for restricting the freedom of establishment as settled by the CJEU in C-55/94, *Gebhard*. The analysis shows that the possibility of imposing restrictions on economic activity should be carefully examined at the stage of adoption of national law, as it falls to the Member State to prove that national provisions meet conditions laid down in the EU legislation and the CJEU case law.

**Keywords:** European Union law, freedom of establishment, Court of Justice of the European Union

Centralnym punktem opracowania jest omówienie przesłanek dopuszczalności ograniczenia swobody przedsiębiorczości, uporządkowanych w wyroku TS w sprawie C-55/94, *Gebhard*. Z przeprowadzonej analizy wynika, że możliwość nałożenia ograniczeń dotyczących działalności gospodarczej powinno być wnikliwie badane na etapie przyjmowania prawa krajowego, ponieważ to na państwie członkowskim spoczywa obowiązek udowodnienia, że te ograniczenia spełniają warunki określone w przepisach prawa UE oraz orzecznictwie TS.

**Słowa kluczowe:** prawo unijne, swoboda przedsiębiorczości, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej

Doktor nauk prawnych, adiunkt ■  
Politechnika Warszawska, Wydział Administracji i Nauk Społecznych, Zakład Prawa Administracyjnego i Nauki o Politykach Publicznych, WARSZAWA, POLSKA ■  
tomasz.jaroszynski@pw.edu.pl ■ <https://orcid.org/0000-0001-9654-7964>

### Wstęp

W powszechnym odbiorze porządek prawny Unii Europejskiej (UE) jest kojarzony z czterema swobodami przepływu: towarów, osób, usług i kapitału. Tymczasem w przepisach Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE<sup>1</sup>) *expressis verbis* została wymieniona również istotna swoboda przedsiębiorczości<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Ze względu na to, że treść przywoływanych regulacji traktatowych nie uległa zmianie, w niniejszym opracowaniu jednostki redakcyjne są oznaczane jednolicie według aktualnej numeracji artykułów TFUE.

<sup>2</sup> Do pomijania swobody przedsiębiorczości może przyczyniać się to, że w myśl art. 26 ust. 2 TFUE: „Rynek wewnętrzny obejmuje obszar bez granic wewnętrznych, w którym jest zapewniony swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału, zgodnie z postanowieniami Traktatów”, podczas gdy nie ma wątpliwości, że w ramach rynku

Jak wielokrotnie podkreślał Trybunał Sprawiedliwości (TS<sup>3</sup>), swoboda ta stanowi „jedną z podstawowych zasad Traktatu”<sup>4</sup>. Swoboda przedsiębiorczości, podobnie jak pozostałe swobody kształtujące funkcjonowanie rynku wewnętrznego, charakteryzuje się tym, że oprócz obejmowania działalności o charakterze transgranicznym w coraz większym stopniu wkracza także w kwestie wewnątrz krajowe, które wcześniej postrzegano jako zastrzeżone dla prawodawcy krajowego<sup>5</sup>.

Przedmiotem niniejszego opracowania jest związana prezentacja uregulowań prawa Unii Europejskiej dotyczących swobody przedsiębiorczości, ze szczególnym uwzględnieniem orzecznictwa TS, które w dużej mierze ukształtowało obecne rozumienie tej swobody oraz jej ograniczeń. Należy przy tym podkreślić, że ze względu na obszerność problematyki poniższe omówienie zostało zasadniczo zawężone do tematu podejmowania i wykonywania działalności prowadzonej na własny rachunek jako głównego elementu swobody przedsiębiorczości, w szczególności nie został rozwinięty wątek zastosowania swobody przedsiębiorczości w odniesieniu do spółek<sup>6</sup>.

Zaprezentowanie wybranej tematyki ma zwrócić uwagę na to, że znajomość zagadnień związanych ze swobodą przedsiębiorczości odgrywa ważną rolę nie tylko na etapie stosowania prawa (przez sądy, organy administracji oraz oso-

---

wewnętrznego w równym stopniu ma być zapewniona także swoboda przedsiębiorczości. Zob. C. Tietje, *Freedom of Establishment* [w:] *European Fundamental Rights and Freedoms*, red. D. Ehlers, Berlin 2007, s. 281; T. Kingreen, *Fundamental freedoms* [w:] *Principles of European Constitutional Law*, red. A. Von Bogdandy, J. Bast, Hart Publishing 2010, s. 515.

<sup>3</sup> W niniejszym opracowaniu skrót TS (także Trybunał Sprawiedliwości) stosuje się zarówno do nazwy Trybunał Sprawiedliwości w ramach Trybunału Sprawiedliwości UE, jak i Trybunał Sprawiedliwości w rozumieniu przepisów traktatowych sprzed wejścia w życie traktatu z Lizbony.

<sup>4</sup> Zob. m.in. wyroki TS z: 21 czerwca 1974 r. w sprawie 2/74, *Reyners*, pkt 42 i 43; 7 lipca 1976 r. w sprawie 118/75, *Watson i Belmann*, pkt 16; 31 marca 1993 r. w sprawie C-19/92, *Kraus*, pkt 29; 11 grudnia 2007 r. w sprawie C-438/05, *International Transport Workers' Federation*, pkt 68; 24 maja 2011 r. w sprawie C-50/08, *Komisja vs. Francja*, pkt 67.

<sup>5</sup> Więcej na temat swobód traktatowych zob. m.in. A. Cieśliński, *Konstrukcja prawna swobód rynku wewnętrznego Unii Europejskiej*, Wrocław 2013; F. Weiss, C. Kaupa, *European Union Internal Market Law*, Cambridge 2014.

<sup>6</sup> W tym obszarze zob. np. wyroki TS z: 9 marca 1999 r. w sprawie C-212/97, *Centros*; 5 listopada 2002 r. w sprawie C-208/00, *Überseering*; 30 września 2003 r. w sprawie C-167/01, *Ispire Art*; 13 grudnia 2005 r. w sprawie C-411/03, *SEVIC Systems*; 29 listopada 2011 r. w sprawie C-371/10, *National Grid Indus*; 25 października 2017 r. w sprawie C-106/16, *Polbud*. Więcej na ten temat zob. m.in. J. Napierała, *Korzystanie przez spółki ze swobody przedsiębiorczości*, „Studia Prawa Prywatnego” 2015, z. 1, s. 59; M. Szydło, *Cross-border conversion of companies under freedom of establishment: Polbud and beyond*, „Common Market Law Review” 2018, Vol. 55, No. 5. s. 1549.

by i podmioty biorące udział w obrocie gospodarczym), ale również na etapie tworzenia prawa, kiedy to krajowy prawodawca ma szansę przyjąć regulacje w kształcie minimalizującym ryzyko ich późniejszego podważenia z powodu naruszenia prawa UE.

## Treść swobody przedsiębiorczości

W odniesieniu do działalności prowadzonej na własny rachunek zastosowanie znajduje art. 49 TFUE stanowiący, że: „Ograniczenia swobody przedsiębiorczości obywateli jednego państwa członkowskiego na terytorium innego państwa członkowskiego są zakazane. Zakaz ten obejmuje również ograniczenia w tworzeniu agencji, oddziałów lub filii przez obywateli danego państwa członkowskiego, ustanowionych na terytorium innego państwa członkowskiego. [...] swoboda przedsiębiorczości obejmuje podejmowanie i wykonywanie działalności prowadzonej na własny rachunek [...] na warunkach określonych przez ustawodawstwo państwa przyjmującego dla własnych obywateli”<sup>7</sup>. Zgodnie z art. 54 TFUE ze swobody przedsiębiorczości mogą korzystać nie tylko obywatele UE, ale także spółki ustanowione zgodnie z ustawodawstwem państwa członkowskiego i mające siedzibę statutową, zarząd lub główne przedsiębiorstwo w Unii<sup>8</sup>.

Według Trybunału Sprawiedliwości swoboda przedsiębiorczości obejmuje podejmowanie i wykonywanie na terytorium każdego innego państwa członkowskiego wszelkich rodzajów działalności prowadzonej na własny rachunek, jak również zakładanie i prowadzenie przedsiębiorstw, tworzenie agencji, oddziałów i filii<sup>9</sup>. Istotą tej swobody jest zapewnienie korzystania z traktowania krajowego każdemu obywatelowi państwa członkowskiego, który osiedla się w innym państwie członkowskim, by wykonywać działalność na własny rachunek, i zakaz wszelkiej wynikającej z przepisów krajowych dyskryminacji ze względu na przynależność państwową<sup>10</sup>. Innymi słowy, państwo członkowskie nie może wprowadzić w swoim ustawodawstwie w odniesieniu do osób czyniących użytek

<sup>7</sup> Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że przepisy zakazujące ograniczeń swobody przedsiębiorczości zawarte w art. 31 Porozumienia o Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) są tożsame z przepisami zawartymi w art. 49 TFUE. Zob. wyrok TS z 19 lipca 2012 r. w sprawie C-48/11, A, pkt 21. W pewnym uproszczeniu można zatem stwierdzić, że swoboda przedsiębiorczości obejmuje także obywateli oraz spółki utworzone zgodnie z ustawodawstwem państwa trzeciego będącego stroną porozumienia EOG (Norwegia, Islandia i Liechtenstein).

<sup>8</sup> Zob. wyrok TS z 14 października 2004 r. w sprawie C-299/02, *Komisja vs. Niderlandy*, pkt 16. Więcej na ten temat zob. J. Napierała, *Korzystanie przez spółki ze swobody*, *op. cit.*, s. 59.

<sup>9</sup> Zob. wyrok TS z 5 października 2004 r. w sprawie C-442/02, *CaixaBank France*, pkt 9.

<sup>10</sup> Zob. wyrok TS z 4 września 2014 r. w sprawie C-474/12, *Schiebel Aircraft*, pkt 27.

ze swobody przedsiębiorczości innych warunków wykonywania ich działalności niż przewidziane dla jego własnych obywateli<sup>11</sup>.

Z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości wynika, że postanowienia art. 49 TFUE sprzeciwiają się również temu, by państwo członkowskie pochodzenia nakładało ograniczenia na podejmowanie działalności w innym państwie członkowskim przez jego obywateli lub spółki założone na podstawie jego przepisów<sup>12</sup>. Prawa gwarantowane na gruncie tego artykułu byłyby pozbawione treści, gdyby państwo członkowskie pochodzenia mogło zakazać przedsiębiorcom opuszczania swojego terytorium w celu podjęcia działalności w innym państwie członkowskim<sup>13</sup>.

W doktrynie wskazuje się, że swobodzie przedsiębiorczości podlega działalność, która ma charakter odpłatny, stały, samodzielny i transgraniczny<sup>14</sup>. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem TS pojęcie „przedsiębiorczości” w rozumieniu art. 49 TFUE jest pojęciem bardzo szerokim, oznaczającym możliwość uczestniczenia przez obywatela Unii w sposób trwały i nieprzerwany (ciągły) w życiu gospodarczym państwa członkowskiego innego niż jego państwo członkowskie pochodzenia i czerpania z tego tytułu korzyści, a tym samym wspieranie wzajemnego gospodarczego i społecznego przenikania wewnątrz UE na płaszczyźnie działalności wykonywanej na własny rachunek<sup>15</sup>. W świetle tego celu integracji w przyjmującym państwie członkowskim pojęcie przedsiębiorczości w rozumieniu postanowień TFUE implikuje faktyczne wykonywanie działalności gospodarczej przez stały zakład w tym państwie na czas nieokreślony<sup>16</sup>.

Odpłatne świadczenie usług należy uważać za działalność gospodarczą, o ile wykonywana działalność jest konkretna i rzeczowyista oraz nie ma charakteru

<sup>11</sup> Zob. wyroki TS z: 24 maja 2011 r. w sprawie C-50/08, *Komisja vs. Francja*, pkt 69; 1 grudnia 2011 r. w sprawie C-253/09, *Komisja vs. Węgry*, pkt 47; 26 kwietnia 2018 r. w sprawie C-233/16, *ANGED*, pkt 29.

<sup>12</sup> Zob. wyroki TS z: 6 grudnia 2007 r. w sprawie C-298/05, *Columbus Container Services*, pkt 33; 19 listopada 2009 r. w sprawie C-314/08, *Filipiak*, pkt 60.

<sup>13</sup> Zob. wyrok TS z 11 grudnia 2007 r. w sprawie C-438/05, *International Transport Workers' Federation*, pkt 69.

<sup>14</sup> M. Szwarc-Kuczer, Komentarz do art. 49 [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, t. I, red. A. Wróbel, Warszawa 2012, s. 861. Por. A. Gawrysiak-Zabłocka, *Swoboda przedsiębiorczości* [w:] *Podręcznik prawa Unii Europejskiej. Instytucje i porządek prawny. Prawo materialne*, red. A. Zawidzka-Łojek, A. Łazowski, Warszawa 2017, s. 350.

<sup>15</sup> Zob. wyroki TS z: 21 czerwca 1974 r. w sprawie 2/74, *Reyners*, pkt 21; 7 września 2006 r. w sprawie C-470/04, *N*, pkt 26; 22 grudnia 2008 r. w sprawie C-161/07, *Komisja vs. Austrii*, pkt 24; 8 września 2010 r. w sprawie C-409/06, *Winner Wetten*, pkt 46. Por. M. Szydło, *Swoboda prowadzenia działalności gospodarczej i swoboda świadczenia usług w prawie Unii Europejskiej*, Toruń 2005, s. 35.

<sup>16</sup> Zob. wyroki TS z: 12 września 2006 r. w sprawie C-196/04, *Cadbury Schweppes*, pkt 54; 12 lipca 2012 r. w sprawie C-378/10, *VALE*, pkt 34.

takiego, że prezentuje się jako czysto marginalna i dodatkowa<sup>17</sup>. Działalność odpłatna to przedsięwzięcia podejmowane w celu zarobkowym, zarówno zmierzające do osiągnięcia jak największych zysków, jak i po prostu wykonywane odpłatnie, tzn. w zamian za określone świadczenie wzajemne, chociażby świadczenie nie miało charakteru ekwiwalentnego. Natomiast podstawowe znaczenie dla ustalenia stałego charakteru działalności ma okoliczność, że osoba korzystająca ze swobody przedsiębiorczości ma zamiar na stałe zintegrować się z życiem gospodarczym państwa członkowskiego przyjmującego<sup>18</sup>. Decydującym czynnikiem, który sprawia, że dana działalność jest objęta zakresem przepisów TFUE dotyczących swobody przedsiębiorczości, jest jej gospodarczy charakter, co oznacza, że działalność ta nie może być wykonywana bez świadczenia wzajemnego. Natomiast nie jest w tym względzie konieczne, aby podmiot świadczący usługi dążył do osiągnięcia zysku<sup>19</sup>.

Charakter samodzielny działalności polega na tym, że jest ona wykonywana poza jakimkolwiek stosunkiem podporządkowania, w odniesieniu do wyboru tej działalności, warunków pracy i warunków wynagrodzenia; osoba prowadząca działalność ponosi w całości ryzyko powodzenia i otrzymuje w zamian wynagrodzenie w całości i bezpośrednio<sup>20</sup>. Utrzymywanie przez przedsiębiorstwo z siedzibą w innym państwie członkowskim stałej obecności może być objęte postanowieniami TFUE dotyczącymi swobody przedsiębiorczości, nawet jeżeli obecność ta nie przybrała formy oddziału lub filii, lecz realizowana jest przez zwykle biuro zarządzane przez osobę niezależną, która jednak jest umocowana do stałego działania na rachunek tego przedsiębiorstwa, tak jakby to czyniła agencja<sup>21</sup>.

Uprawnienia wynikające ze swobody przedsiębiorczości przysługują wówczas, gdy w danym stanie faktycznym występuje element transgraniczny, w odróżnieniu od sytuacji czysto wewnętrznych, podlegających wyłącznie prawu krajowemu<sup>22</sup>. W związku z ewolucją orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości pogląd ten należałoby wszakże zweryfikować<sup>23</sup>, ponieważ podnosząc kwestie związane z ograniczeniami omawianej swobody<sup>24</sup>, TS wydaje się odnosić je coraz szerzej do

<sup>17</sup> Zob. wyrok TS z 1 lutego 2017 r. w sprawie C-392/15, *Komisja vs. Węgry*, pkt 100.

<sup>18</sup> Zob. wyrok TS z 25 lipca 1991 r. w sprawie C-221/89, *Factortame*, pkt 20.

<sup>19</sup> Zob. wyrok TS z 23 lutego 2016 r. w sprawie C-179/14, *Komisja vs. Węgry*, pkt 154.

<sup>20</sup> Zob. wyrok TS z 20 listopada 2001 r., w sprawie C-268/99, *Jany i in.*, pkt 70.

<sup>21</sup> Zob. wyrok TS z 8 września 2010 r. w sprawie C-409/06, *Winner Wetten*, pkt 46.

<sup>22</sup> Por. wyrok TS z 20 kwietnia 1988 r. w sprawie 204/87, *Bekaert*, pkt 12.

<sup>23</sup> Por. M. Drobysz, Komentarz do art. 43 [w:] *Traktat o Unii Europejskiej. Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską z komentarzem*, red. Z. Brodecki, Warszawa 2002, s. 199.

<sup>24</sup> W szerszym kontekście relacji między swobodami rynku wewnętrznego a sytuacją, której wszystkie elementy ograniczają się do jednego państwa członkowskiego, zob. wyrok TS z 15 listopada 2016 r. w sprawie C-268/15, *Schooten*, pkt 52 i 53.

prowadzenia wszelkiej działalności gospodarczej, nie tylko w kontekście transgranicznym<sup>25</sup>. Wprawdzie Trybunał zasadniczo podtrzymuje, że postanowienia TFUE w dziedzinie swobody przedsiębiorczości nie mają zastosowania do sytuacji, której wszystkie elementy ograniczają się do jednego państwa członkowskiego<sup>26</sup>, jednocześnie uznaje on za dopuszczalne wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczące wykładni postanowień traktatu gwarantujących swobody podstawowe, w tym swobodę przedsiębiorczości, mimo że wszystkie elementy sporu ograniczają się do jednego państwa członkowskiego<sup>27</sup>; przy tym konkretne okoliczności pozwalające na ustalenie związku między przedmiotem lub okolicznościami sporu dotyczącego sytuacji o charakterze wyłącznie wewnętrznym a postanowieniami traktatu powinny wynikać z postanowienia odsyłającego<sup>28</sup>. Co więcej, TS zdecydował, że w ramach skargi o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego bada, czy kwestionowany przez Komisję przepis krajowy może ogólnie zniechęcać podmioty z innych państw członkowskich do korzystania z danej swobody podstawowej, a bez znaczenia w tym względzie pozostaje, czy wykazano występowanie elementu transgranicznego<sup>29</sup>. W piśmiennictwie wskazuje się, że w kontekście zakresu stosowania swobód traktatowych mówienie o sytuacjach „wewnętrznych”, co kojarzy się ze statycznym kryterium terytorialnym (geograficznym), nie określa precyzyjnie ich istoty, którą lepiej oddaje odwołanie się do bardziej elastycznego elementu, tzn. potencjalnego związku danej sytuacji ze swobodą traktatową<sup>30</sup>.

Należy odnotować, że artykułowi 49 TFUE przyznaje się przymiot bezpośrednio skuteczności, przez co rozumie się możliwość powołania się przez podmiot

<sup>25</sup> Zob. np. wyroki TS z: 22 stycznia 2015 r. w sprawie C-463/13, *Stanley International Betting*, pkt 53; 14 listopada 2018 r. w sprawie C-342/17, *Memoria*, pkt 23–25. Tendencja ta została już dostrzeżona wcześniej – zob. K. Kowalik-Bańczyk, *Klauzula spraw czysto wewnętrznych – kurczący się obszar niestosowania prawa wspólnotowego w państwach członkowskich Wspólnoty Europejskiej*, „Przegląd Prawa Europejskiego” 2003, nr 3, s. 34.

<sup>26</sup> Zob. wyrok TS z 15 listopada 2016 r. w sprawie C-268/15, *Schooten*, pkt 47.

<sup>27</sup> W szczególności przyjmując, że sporne uregulowanie, stosowane bez rozróżnienia do obywateli danego państwa członkowskiego oraz obywateli innych państw członkowskich, może wywoływać skutki, które nie ograniczają się do tego państwa członkowskiego. Zob. wyrok TS z 15 listopada 2016 r. w sprawie C-268/15, *Schooten*, pkt 50–53.

<sup>28</sup> Zob. wyrok TS z 19 grudnia 2019 r. w sprawie C-465/18, *AV, BU vs. Comune di Bernareggio*, pkt 34.

<sup>29</sup> Zob. wyrok TS z 27 lutego 2020 r. w sprawie C-384/18, *Komisja vs. Belgia*, pkt 74.

<sup>30</sup> Zob. S. Iglesias Sánchez, *Purely Internal Situations and the Limits of EU Law: A Consolidated Case Law or a Notion to be Abandoned?*, „European Constitutional Law Review” 2018, Vol. 14, No. 1, s. 23. Por. P. Caro de Sousa, *Catch Me If You Can? The Market Freedoms' Ever-expanding Outer Limits*, „European Journal of Legal Studies” 2011, Vol. 4, No 2, s. 170.



prywatny przed organami krajowymi stosującymi prawo na uprawnienia wynikające ze swobody przedsiębiorczości<sup>31</sup>. Wynika z tego możliwość zakwestionowania działań państwa (w tym prawodawczych) jako sprzecznych z tą swobodą zarówno przez jego obywateli, jak i obywateli innych państw członkowskich<sup>32</sup>. Ponadto jest oczywiste, że zgodnie z zasadą pierwszeństwa prawa UE przywołany przepis traktatowy ma zagwarantowane pierwszeństwo stosowania w razie kolizji z regulacją krajową bez względu na jej pozycję w wewnętrznym porządku prawnym<sup>33</sup>.

## Swoboda przedsiębiorczości a inne swobody traktatowe

Zakres swobody przedsiębiorczości w niektórych obszarach styka się z innymi swobodami, przede wszystkim świadczenia usług i przepływu pracowników. Wspólną cechą swobód przedsiębiorczości i świadczenia usług jest cel w postaci wyłączenia przeszkód w ponadgranicznym prowadzeniu działalności gospodarczej<sup>34</sup>. To powiązanie potwierdza art. 62 TFUE, który w odniesieniu do swobody świadczenia usług odsyła do postanowień traktatowych regulujących swobodę przedsiębiorczości. Ogólnie rzecz ujmując, elementem odróżniającym swobodę przedsiębiorczości od swobody przepływu usług jest charakter prowadzonej działalności. Pojęcie przedsiębiorczości pozwala obywatelowi państwa członkowskiego uczestniczyć w sposób stały i ciągły w życiu gospodarczym innego państwa członkowskiego<sup>35</sup>, natomiast usługodawca przemieszcza się do innego państwa członkowskiego z zamiarem prowadzenia działalności w sposób przejściowy. Przejściowy charakter danej działalności musi być ustalany w świetle nie tylko czasu trwania świadczenia usługi, lecz również jego regularności, okresowości lub ciągłości, przy czym nie ma znaczenia podstawa prawna prowadzenia działalności ani jej charakter<sup>36</sup>. Rozróżnienie między wskazanymi swobodami wynika też z tego, że zasadniczo państwo członkowskie przyjmujące nie może od

<sup>31</sup> Zob. M. Szwarc-Kuczer, Komentarz do art. 49, *op. cit.*, s. 855; A. Cieśliński, *Rynek wewnętrzny w ujęciu strukturalnym* [w:] *Prawo rynku wewnętrznego*, red. D. Kornobis-Romanowska, Warszawa 2020, s. 221.

<sup>32</sup> Zob. wyrok TS z 21 czerwca 1974 r. w sprawie 2/74, *Reyners*, pkt 25.

<sup>33</sup> Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem TS państwo członkowskie nie może powoływać się na przepisy w swoim wewnętrznym porządku prawnym, nawet konstytucyjnym, dla uzasadnienia nieprzestrzegania zobowiązań wynikających z prawa Unii. Zob. wyrok TS z 8 kwietnia 2014 r. w sprawie C-288/12, *Komisja vs. Węgry*, pkt 35.

<sup>34</sup> Zob. E. Grabitz, M. Hilf, *Swobody wspólnotowe w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską. Swoboda przepływu towarów, usług i przedsiębiorczości. Komentarz*, 2009, Legalis.

<sup>35</sup> Zob. wyrok TS z 12 grudnia 1996 r. w sprawie C-3/95, *Broede*, pkt 22.

<sup>36</sup> Wyrok TS z 30 listopada 1995 r. w sprawie C-55/94, *Gebhard*, pkt 25–27.

osoby prowadzącej działalność w sposób przejściowy na jego terytorium (swoboda przepływu usług) wymagać spełnienia tych wszystkich wymagań, co od osób prowadzących działalność na zasadzie stałej (swoboda przedsiębiorczości)<sup>37</sup>. Inaczej rzecz ujmując, w ramach swobody przedsiębiorczości usługodawca podlega bardziej rygorystycznym wymogom w związku z podjęciem i wykonywaniem działalności na terytorium państwa goszczącego<sup>38</sup>.

Trybunał Sprawiedliwości uznał, że jeżeli podmiot gospodarczy ma siedzibę w państwie członkowskim, w którym oferuje usługę, objęty jest zakresem stosowania swobody przedsiębiorczości, natomiast jeżeli nie ma siedziby w państwie członkowskim przeznaczenia usługi, to jest usługodawcą transgranicznym objętym swobodą świadczenia usług<sup>39</sup>. Z orzecznictwa wynika również, że w TFUE brak jest przepisu umożliwiającego ustalenie w sposób abstrakcyjny czasu trwania lub częstotliwości, po przekroczeniu których świadczenie danej usługi nie może już być uważane za świadczenie usług. Tak więc pojęcie usługi w rozumieniu TFUE może obejmować usługi o bardzo różnym charakterze, włącznie z usługami, które świadczone są przez dłuższy okres, przykładowo przez kilka lat<sup>40</sup>.

Z kolei swoboda przedsiębiorczości i swoboda przepływu pracowników są strukturalnie podobne ze względu na to, że ich istotną cechą jest swobodny przepływ osób. Elementem odróżniającym te swobody jest wykonywanie działalności w stosunku podporządkowania albo poza taką zależnością. Swobodzie przedsiębiorczości podlega działalność o charakterze samodzielnym, natomiast swobodzie przepływu pracowników – działalność w ramach zatrudnienia<sup>41</sup>. Innymi słowy, osoba korzystająca ze swobody przedsiębiorczości ponosi pełne ryzyko swojej działalności, zaś w drugim przypadku osoba wykonuje pracę pod kierunkiem i na rzecz innej osoby<sup>42</sup>.

Relację swobody przedsiębiorczości ze swobodą przepływu kapitału wyróżnia to, że w art. 49 TFUE wskazano *explicite*, że uprawnienia wynikające z tej pierwszej przysługują z zastrzeżeniem postanowień rozdziału dotyczącego kapitału. Literalna wykładnia przywołanej regulacji traktatowej mogłaby prowadzić do wniosku, że dopuszczalność ograniczeń za pomocą środków krajowych na podstawie przepisów o kapitale nie może być kwestionowane z wykorzystaniem swobody przedsiębiorczości. Jednakże w praktyce orzeczniczej TS w sytuacjach,

<sup>37</sup> M. Szwarc-Kuczer, Komentarz do art. 49, *op. cit.*, s. 859.

<sup>38</sup> E. Skrzydło-Tefelska, Komentarz do art. 56 [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, t. I, red. A. Wróbel, 2012, LEX.

<sup>39</sup> Zob. wyrok TS z 11 grudnia 2003 r. w sprawie C-215/01, *Schnitzer*, pkt 28.

<sup>40</sup> Zob. wyrok TS z 10 maja 2012 r. w sprawach połączonych od C-357/10 do C-359/10, *Duomo Gpa*, pkt 30–32.

<sup>41</sup> Zob. wyrok TS z 5 lutego 1996 r. w sprawie C-53/95, *INASTI*, pkt 8.

<sup>42</sup> M. Szwarc-Kuczer, Komentarz do art. 49, *op. cit.*, s. 858 i 861. Por. wyrok TS z 3 lipca 1986 r. w sprawie 66/85, *Lawrie-Blum*, pkt 17.



gdy środek krajowy dotyczy jednocześnie obu wskazanych swobód, dopuszcza się badanie, w jakim zakresie środek wpływa na korzystanie z tych swobód, co w pewnych okolicznościach może skutkować uznaniem, że zagadnienie przepływu kapitału ma charakter drugorzędny<sup>43</sup>.

Podjmując problematykę związków między swobodami traktatowymi, należy również wspomnieć o pojęciu konwergencji, przez którą rozumie się proces ich zbliżania się do siebie oraz minimalizowania ich samodzielności. Charakterystyczne dla tego zjawiska jest wykorzystywanie dorobku orzeczniczego TS powstałego na kanwie jednej ze swobód i wykorzystywanie go w sposób ogólniejszy, tzn. w odniesieniu do pozostałych swobód<sup>44</sup>. Z tego powodu w dalszej części niniejszego artykułu zostały przywołane także wyroki TS, które wprawdzie zapadły w kontekście innych swobód, lecz są adekwatne do swobody przedsiębiorczości, zwłaszcza w zakresie dopuszczalności wprowadzanych ograniczeń<sup>45</sup>. Jednocześnie wymaga odnotowania, że w pewnych przypadkach ważną rolę nadal odgrywa zróżnicowanie między swobodami (tzw. dywergencja), czego przejawem jest powoływanie się przy rozstrzyganiu na cele, których realizacji ma służyć dana swoboda<sup>46</sup>.

## Zakaz dyskryminacji

Swoboda przedsiębiorczości oznacza przyznanie obywatelom UE uprawnienia do podejmowania i prowadzenia działalności na własny rachunek w państwach członkowskich innych niż państwo pochodzenia na tych samych warunkach, jakie przewidują te państwa dla własnych obywateli. W tym sensie swoboda przedsiębiorczości stanowi konkretyzację zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową, sformułowanej w art. 18 ust. 1 TFUE: „W zakresie zastosowania Traktatów i bez uszczerbku dla postanowień szczególnych, które one przewidują, zakazana jest wszelka dyskryminacja ze względu na przynależ-

<sup>43</sup> A. Cieśliński, *Rynek wewnętrzny w ujęciu strukturalnym*, op. cit., s. 461.

<sup>44</sup> Zob. M. Szydło, *Swobody rynku wewnętrznego a reguły konkurencji: między konwergencją a dywergencją*, Toruń 2006, s. 102; A. Cieśliński, *Rynek wewnętrzny w ujęciu strukturalnym*, op. cit., s. 442. Por. także A. Tryfonidou, *Further steps on the road to convergence among the market freedoms*, „European Law Review” 2010, Vol. 35, No. 1, s. 36.

<sup>45</sup> Zob. np. wyroki TS z: 15 marca 2007 r. w sprawie C-54/05, *Komisja vs. Finlandii*, pkt 40; 14 grudnia 2004 r. w sprawie C-309/02, *Radlberger*, pkt 75; 26 września 2018 r. w sprawie C-137/17, *Van Gennip*, pkt 58.

<sup>46</sup> Zob. F. Weiss, C. Kaupa, *European Union Internal Market Law*, Cambridge 2014, s. 19. Por. opinia Rzecznika Generalnego C. Stix-Hackl w sprawie C-452/04, *Fidium Finanz AG*, pkt 91.

ność państwową<sup>47</sup>. Inaczej mówiąc, art. 49 TFUE jest uważany za szczególowe zastosowanie zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową<sup>48</sup>. W przypadku obu przywołanych postanowień traktatowych kluczowe jest to, aby państwo członkowskie gwarantowało obywatelom innych państw członkowskich takie same uprawnienia, jakie przynajmniej swoim obywatelom. Zgodnie z orzecznictwem TS art. 18 TFUE może być stosowany samodzielnie wyłącznie w stanach faktycznych podlegających prawu Unii, w odniesieniu do których traktat nie zawiera szczególnych postanowień o zakazie dyskryminacji. Wobec tego, że w dziedzinie prawa przedsiębiorczości zasada niedyskryminacji została wprowadzona w życie na mocy art. 49 TFUE, w tej dziedzinie nie ma potrzeby dodatkowego dokonywania wykładni art. 18 TFUE<sup>49</sup>.

Początkowo traktatowe odpowiedniki dzisiejszego art. 49 TFUE były interpretowane tylko jako zakaz dyskryminacji z uwagi na pochodzenie podmiotu korzystającego ze swobody przedsiębiorczości<sup>50</sup>, później także jako zakaz dyskryminacji pośredniej<sup>51</sup>. Dyskryminacja bezpośrednia (jawna) ma miejsce, gdy przepisy krajowe regulujące dostęp do prowadzenia działalności jako kryterium rozróżnienia wprowadzają posiadanie obywatelstwa państwa przyjmującego. Za dyskryminujące zostały uznane np. przepisy państwa członkowskiego, które wymagały do wykonywania zawodu adwokata posiadania obywatelstwa tego państwa<sup>52</sup>, a także przepisy krajowe uzależniające możliwość zarejestrowania samolotu od zamieszkiwania w danym państwie przez co najmniej rok<sup>53</sup>.

Z kolei dyskryminacja pośrednia (faktyczna, ukryta) ma miejsce, gdy przepisy krajowe przewidują takie same warunki dla obywateli własnych i obywateli innych państw członkowskich, jednak są one tak skonstruowane, że stawiają w gorszej sytuacji faktycznej tych drugich. Zabrania się wszelkich ukrytych form dyskryminacji, które poprzez stosowanie innych niż obywatelstwo kryteriów różniących powodują *de facto* ten sam skutek<sup>54</sup>. Jeśli przepis prawa krajowego nie jest obiektywnie uzasadniony i nie jest proporcjonalny do zamierzonego celu, to należy go uznać za pośrednio dyskryminujący od momentu, w którym można uznać, że ze swojej natury dotyka on większej liczby obywateli innych państw

<sup>47</sup> Zob. M. Szwarc-Kuczer, Komentarz do art. 49, *op. cit.*, s. 855 i 863–864. Por. wyrok TS z 7 marca 1996 r. w sprawie C-334/94, *Komisja vs. Francja*, pkt 13.

<sup>48</sup> Zob. A. Zawadzka-Łojek, *Ochrona interesu ogólnego na rynku wewnętrznym – dopuszczalne wyjątki i ograniczenia swobód. Model ochrony* [w:] *Prawo rynku wewnętrznego*, red. D. Kornobis-Romanowska, Warszawa 2020, s. 134.

<sup>49</sup> Zob. wyroki TS z: 5 lutego 2014 r. w sprawie C-385/12, *Hervis Sport*, pkt 25 i 26; 3 marca 2020 r. w sprawie C-323/18, *Tesco-Global Áruházak Zrt.*, pkt 55 i 56.

<sup>50</sup> Zob. wyrok TS z 21 czerwca 1974 r. w sprawie 2/74, *Reyners*, pkt 15.

<sup>51</sup> Zob. wyrok TS z 28 kwietnia 1977 r. w sprawie 71/76, *Jean Thieffry*, pkt 13.

<sup>52</sup> Zob. wyrok TS z 21 czerwca 1974 r. w sprawie 2/74, *Reyners*, pkt 18.

<sup>53</sup> Zob. wyrok TS z 8 lipca 1999 r. w sprawie C-203/98, *Komisja vs. Belgia*, pkt 13.

<sup>54</sup> Wyrok TS z 26 kwietnia 2018 r. w sprawie C-233/16, *ANGED*, pkt 30.

członkowskich niż obywatele krajowych i w konsekwencji istnieje ryzyko postawienia tych pierwszych w gorszej sytuacji<sup>55</sup>. Dyskryminacja pośrednia występuje zatem, gdy pozornie neutralny przepis, stosowany niezależnie od przynależności państwowej, stawia w niekorzystnej sytuacji przede wszystkim przedsiębiorców z innych państw członkowskich<sup>56</sup>. Przykładem dyskryminacji pośredniej są przepisy uzależniające dostęp do wykonywania działalności od posiadania zezwolenia, rejestracji w organie samorządu zawodowego lub posiadania odpowiednich kwalifikacji. Wówczas obywatel innego państwa członkowskiego ponosi podwójny ciężar spełnienia takich wymagań: we własnym państwie oraz w państwie członkowskim przyjmującym, w którym zamierza ustanowić drugie miejsce działalności<sup>57</sup>. Innym przykładem może być wprowadzenie w prawie krajowym kryterium, które jest oczywiście łatwiejsze do spełnienia przez osoby wykonujące działalność gospodarczą najczęściej na terytorium krajowym, niż przez obywateli innych państw członkowskich, którzy częściej wykonują tę działalność w innym państwie członkowskim<sup>58</sup>.

Wymaga również odnotowania, że co do zasady z punktu widzenia prawa Unii dozwolona jest dyskryminacja odwrotna, tzn. obywatele państwa członkowskiego nie mogą powoływać się na uprawnienia wynikające ze swobód traktatowych wobec własnego państwa<sup>59</sup>.

## Swoboda przedsiębiorczości *sensu largo*

Ze względu na brzmienie traktatowej regulacji dotyczącej swobody przedsiębiorczości wydawało się, że prowadzenie działalności gospodarczej opiera się wyłącznie na zakazie dyskryminacji ze względu na pochodzenie państwowe. Zakaz ten nie zapewniał możliwości uchylenia się od przestrzegania reguł działalności gospodarczej obowiązujących w państwie przyjmującym, nawet jeżeli miały one charakter skrajnie sprzeczny z zasadami wolności gospodarczej. Można więc było sądzić, że jeżeli obowiązujące w państwie przyjmującym wymogi działalności gospodarczej nie noszą znamion dyskryminacji, to nie mogą zostać zakwestionowane jako sprzeczne z prawem unijnym. Praktyczne trudności, jakie napotymano w realizacji swobody przedsiębiorczości, spowodowały wszakże pojawienie się tendencji do ich szerszej ochrony. Wraz z rozwojem orzecznictwa TS,

<sup>55</sup> Wyrok TS z 18 lipca 2007 r. w sprawie C-212/05, *Hartmann*, pkt 30.

<sup>56</sup> Zob. np. wyrok TS w sprawie C-332/05, *Celozzi*, pkt 34.

<sup>57</sup> M. Szwarc-Kuczer, Komentarz do art. 49, *op. cit.*, s. 864.

<sup>58</sup> Zob. wyrok TS z 1 czerwca 2010 r. w sprawach połączonych C-570/07 i C-571/07, *Blanco Pérez i Chao Gómez*, pkt 122.

<sup>59</sup> Zob. A. Zawidzka-Łojek, *Ochrona interesu ogólnego*, *op. cit.*, s. 138; E. Ambrosini, *Reverse Discrimination in EU Law: An Internal Market Perspective* [w:] *The Principle of Equality in EU Law*, red. L. Rossi, F. Casolari, Springer 2017, s. 255.

które doprowadziło do wyeliminowania większości środków dyskryminujących, rosnące znaczenie zaczęła odgrywać kontrola rozwiązań, które w inny sposób utrudniają, a nawet uniemożliwiają korzystanie ze swobody przedsiębiorczości. Uznano je za szkodliwe dla rozwoju rynku wewnętrznego i istotnie zakłócające realizację tej swobody, mimo że nie opierały się na gorszym traktowaniu podmiotów zagranicznych<sup>60</sup>.

Trybunał Sprawiedliwości wykroczył poza zakaz dyskryminacji, wskazując, że krajowe przesłanki dotyczące kwalifikacji, nawet jeśli są stosowane bez dyskryminacji z powodu obywatelstwa, mogą mieć skutki ograniczające obywateli innych państw członkowskich w realizacji gwarantowanego im przez TFUE prawa do przedsiębiorczości<sup>61</sup>. Dokonał on szerokiej interpretacji traktatowego przepisu o swobodzie przedsiębiorczości, przyjmując, że korelatem tej swobody jest zakaz jej ograniczania zarówno przez środki dyskryminujące, jak i niemające charakteru dyskryminującego<sup>62</sup>. Uwieńczeniem takiej interpretacji była przyjęta przez TS formuła o zakazie stosowania przez państwa członkowskie środków, które korzystanie ze swobody przedsiębiorczości mogą „utrudniać albo czynić mniej atrakcyjnym”<sup>63</sup>. Zgodnie z orzecznictwem TS wszelkie podjęte przez państwa członkowskie środki, które uniemożliwiają, utrudniają lub czynią mniej atrakcyjnymi korzystanie ze swobód traktatowych, stanowią bariery w ramach rynku wewnętrznego – nawet jeżeli są one stosowane bez rozróżnienia wobec podmiotów z państwa przyjmującego i z innych państw członkowskich<sup>64</sup>. Pojęcie ograniczenia obejmuje środki przyjmowane przez państwo członkowskie, które choć są stosowane bez rozróżnienia, mają wpływ na dostęp przedsiębiorstw z innych państw członkowskich do rynku i w ten sposób utrudniają wymianę w obrębie Unii<sup>65</sup>. Obowiązek znoszenia wszelkich ograniczeń swobody przedsiębiorczości ma zastosowanie zarówno w odniesieniu do rozpoczęcia działalności, jak też jej prowadzenia<sup>66</sup>.

<sup>60</sup> A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo gospodarcze*, t. I, *Swobody rynku wewnętrznego*, 2009, Legalis.

<sup>61</sup> Zob. wyrok TS z 7 maja 1991 r. w sprawie C-340/89, *Vlassopoulou*, pkt 15.

<sup>62</sup> Na temat relacji pojęć „ograniczenie” oraz „dyskryminacja” w odniesieniu do swobód traktatowych zob. zwłaszcza A. Tryfonidou, *The Notions of ‘Restriction’ and ‘Discrimination’ in the Context of the Free Movement of Persons Provisions: From a Relationship of Interdependence to one of (Almost Complete) Independence*, „Yearbook of European Law” 2014, Vol. 33, No 1, s. 385.

<sup>63</sup> Zob. wyrok TS z 31 marca 1993 r. w sprawie C-19/92, *Kraus*, pkt 32.

<sup>64</sup> Zob. wyroki TS z: 28 lutego 2008 r. w sprawie C-293/06, *Deutsche Shell*, pkt 28; 11 marca 2010 r. w sprawie C-384/08, *Attanasio*, pkt 43; 3 czerwca 2010 r. w sprawie C-258/08, *Ladbroke’s Betting & Gaming*, pkt 15.

<sup>65</sup> Zob. wyrok TS z 15 października 2015 r. w sprawie C-168/14, *Grupo Itevelesa*, pkt 67.

<sup>66</sup> M. Szwarc-Kuczer, *Komentarz do art. 49, op. cit.*, s. 867. Por. wyrok TS z 11 maja 1999 r. w sprawie C-255/97, *Pfeiffer*, pkt 19.

## Traktatowe ograniczenia swobody przedsiębiorczości

Szerokie rozumienie swobody przedsiębiorczości nie wyklucza istnienia jej ograniczeń, których podstawą mogą być przepisy traktatowe, akty prawa pochodnego UE<sup>67</sup> lub orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości<sup>68</sup>. W pierwszej kolejności trzeba wskazać, że w myśl art. 51 TFUE „postanowienia rozdziału [dotyczącego swobody przedsiębiorczości] nie mają zastosowania do działalności, która w jednym z państw członkowskich jest związana, choćby przejściowo, z wykonywaniem władzy publicznej”. Zdaniem TS ponieważ przywołany artykuł zawiera ogólny wyjątek od swobody przedsiębiorczości, jego zastosowanie nie może być ograniczone wyłącznie do środków stanowiących dyskryminację<sup>69</sup>. Jako odstępstwo od swobody przedsiębiorczości art. 51 TFUE powinien być interpretowany w sposób ograniczający jego zakres do tego, co jest konieczne dla ochrony interesów, które te przepisy pozwalają państwom członkowskim zachować, a odstępstwo przewidziane w tych przepisach powinno być ograniczone do działalności, która, rozpatrywana samodzielnie, jest w bezpośredni i szczególny sposób związana z wykonywaniem władzy publicznej<sup>70</sup>. W tym obszarze TS miał okazję stwierdzić, że z odstępstwa przewidzianego w art. 51 TFUE wyłączone są: 1) czynności pomocnicze lub przygotowawcze w stosunku do wykonywania władzy publicznej; 2) czynności, których wykonywanie – chociaż wymaga kontaktów, nawet regularnych i ścisłych, z organami administracyjnymi lub sądowymi, a także współdziałania, nawet obowiązkowego, w ich funkcjonowaniu – nie ma wpływu na uprawnienia do swobodnej oceny i uprawnienia decyzyjne tych

<sup>67</sup> Kwestia ograniczeń korzystania ze swobody przedsiębiorczości jest przedmiotem postanowień dyrektywy 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 12 grudnia 2006 r. dotyczącej usług na rynku wewnętrznym, Dz.Urz. UE L 376 z 27 grudnia 2006 r., s. 36 (zob. w szczególności rozdział III „Swoboda przedsiębiorczości dla usługodawców”), jednak wymagałyby one szerszego omówienia, wykraczającego poza ramy niniejszego artykułu. Z orzecznictwa w tym zakresie zob. m.in. wyroki TS z: 16 czerwca 2015 r. w sprawie C-593/13, *Rina Services*, pkt 39 i 40; 14 lipca 2016 r. w sprawach połączonych C-458/14 i C-67/15, *Promoimpresa*, pkt 59–61; 30 stycznia 2018 r. w sprawach połączonych C-360/15 i C-31/16, X, pkt 107–110; 4 lipca 2019 r. w sprawie C-377/17, *Komisja vs. Niemcy*, pkt 63 i 67. Zob. także E. Faustinelli, *Purely Internal Situations and the Freedom of Establishment within the Context of the Services Directive*, „Legal Issues of Economic Integration” 2017, Vol. 44, No 1, s. 77.

<sup>68</sup> Zob. A. Zawadzka-Łojek, *Ochrona interesu ogólnego*, *op. cit.*, s. 162.

<sup>69</sup> Zob. wyrok TS z 22 października 2009 r. w sprawie C-438/08, *Komisja vs. Portugalia*, pkt 33. Więcej na temat szczególnego charakteru tego traktatowego wyłączenia zob. M. Szydło, *Swobody rynku wewnętrznego*, *op. cit.*, s. 446.

<sup>70</sup> Zob. wyroki TS z: 30 marca 2006 r. w sprawie C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, pkt 45 i 46; 22 października 2009 r. w sprawie C-438/08, *Komisja vs. Portugalia*, pkt 36; 1 lutego 2017 r. w sprawie C-392/15, *Komisja vs. Węgry*, pkt 106 i 107.

organów; 3) czynności, które nie obejmują wykonywania uprawnień decyzyjnych, uprawnień w zakresie środków przymusu lub uprawnień do stosowania przymusu<sup>71</sup>.

Kolejne ograniczenia traktatowe wynikają z art. 52 ust. 1 TFUE, który stanowi, że „postanowienia rozdziału [dotyczącego swobody przedsiębiorczości] oraz środki podjęte na ich podstawie nie przesądzają o zastosowaniu przepisów ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych przewidujących szczególnie traktowanie cudzoziemców, uzasadnione względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego”.

Zdaniem TS pojęcie porządku publicznego zakłada w każdym wypadku istnienie – oprócz zakłócenia porządku społecznego, z jakim wiąże się każde naruszenie prawa – rzeczywistego, aktualnego i dostatecznie poważnego zagrożenia dla jednego z podstawowych interesów społeczeństwa<sup>72</sup>.

W stosunku do przesłanki bezpieczeństwa publicznego Trybunał Sprawiedliwości przypominał, że środki, które przyjmują państwa członkowskie w ramach słuszych względów interesu narodowego, nie są wyjęte z zakresu stosowania prawa unijnego z tego tylko względu, że są podejmowane w interesie bezpieczeństwa publicznego<sup>73</sup>. W ocenie TS traktatowe wyłączenia mające zastosowanie w okolicznościach zagrażających bezpieczeństwu publicznemu odnoszą się do wyjątkowych i w wyraźny sposób ograniczonych przypadków. Z postanowień tych nie można wysnuć wniosku, że traktat zawiera na stałe wpisany weń ogólny wyjątek wyłączający wszelkie środki podejmowane ze względów bezpieczeństwa publicznego z zakresu prawa unijnego, gdyż mogłoby to zagrozić wiążącemu charakterowi prawa UE i jego jednolitemu stosowaniu<sup>74</sup>.

Z orzecnictwa TS wynika, że szczególnie dwa cele mogą wchodzić w zakres odstępstwa uzasadnionego względami ochrony zdrowia publicznego: 1) zapewnienie opieki medycznej lub szpitalnej odpowiedniej jakości, zrównoważonej i dostępnej dla wszystkich, 2) zapobieganie ryzyku poważnego naruszenia równowagi finansowej systemu zabezpieczenia społecznego<sup>75</sup>. Zdaniem TS zdrowie i życie ludzi ma pierwszorzędne znaczenie pośród dóbr i interesów chronionych w TFUE, zaś do państw członkowskich należy decyzja o poziomie, na którym chcą zapewnić ochronę zdrowia publicznego oraz o sposobie osiągnięcia tego poziomu. Jako że poziom ten może być różny w poszczególnych państwach

<sup>71</sup> Zob. wyrok TS z 24 maja 2011 r. w sprawie C-50/08, *Komisja vs. Francja*, pkt 75 i 76, i przywołane tam orzecznictwo.

<sup>72</sup> Zob. wyrok TS z 26 września 2018 r. w sprawie C-137/17, *Van Gennip*, pkt 58. Zob. także M. Besters, M. Macenaite, *Securing the EU Public Order: Between an Economic and Political Europe*, „German Law Journal” 2013, Vol. 14, No 10, s. 2075.

<sup>73</sup> Zob. wyrok TS z 8 kwietnia 2008 r. w sprawie C-337/05, *Komisja vs. Włochy*, pkt 42.

<sup>74</sup> Zob. np. wyrok TS z 11 stycznia 2000 r. w sprawie C-285/98, *Kreil*, pkt 16.

<sup>75</sup> Zob. wyrok TS z 10 marca 2009 r. w sprawie C-169/07, *Hartlauer*, pkt 46–48.



członkowskich, należy przyznać im swobodę uznania w tym zakresie<sup>76</sup>. Z art. 52 ust. 1 TFUE wynika też, że ograniczenia swobody przedsiębiorczości mogą być uzasadnione celem zapewnienia pewnego i należytej jakości zaopatrzenia ludności w produkty lecznicze. Waga tego celu znajduje potwierdzenie w art. 168 ust. 1 TFUE i art. 35 Karty praw podstawowych UE, na mocy których, w szczególności przy określaniu i urzeczywistnianiu wszystkich polityk i działań UE, zapewnia się wysoki poziom ochrony zdrowia ludzkiego<sup>77</sup>.

Istotną cechą ograniczeń swobody przedsiębiorczości na podstawie art. 51 i art. 52 TFUE jest to, że regulacje wprowadzające takie ograniczenia nie muszą być stosowane w sposób niedyskryminacyjny, w przeciwieństwie do ograniczeń opartych na nadrzędnych względach interesu ogólnego, wynikających z samego orzecznictwa TS. Innymi słowy, jeśli ograniczający przepis jest dyskryminujący, może być on co do zasady uzasadniony jedynie względami, o których mowa we wskazanych przepisach traktatowych<sup>78</sup>. Jednocześnie wymaga podkreślenia, że państwo członkowskie, które wprowadza ograniczenia swobody przedsiębiorczości, powołując się na art. 51 lub art. 52 TFUE, jest zobligowane do wykazania, iż dane uregulowania są niezbędne do ochrony interesu wskazanego w tych artykułach oraz są zgodne z zasadą proporcjonalności (nie wykraczają poza to, co jest konieczne do osiągnięcia zakładanego celu)<sup>79</sup>.

Ponadto trzeba zasygnalizować, że ograniczenia swobody przedsiębiorczości mogą wynikać także z innych postanowień traktatowych, z tym że co do zasady nie mogą one automatycznie ograniczać, a tym bardziej wyłączać, tej fundamentalnej swobody. I tak, zgodnie z art. 346 ust. 1 lit. b TFUE przepisy tego traktatu nie sprzeciwiają się temu, aby państwo członkowskie podejmowało „środki, jakie uzna za konieczne w celu ochrony podstawowych interesów swojego bezpieczeństwa, a które odnoszą się do produkcji broni, amunicji lub materiałów wojennych lub handlu nimi”. TS badając, czy przywołany przepis może uzasadnić ograniczenia w swobodzie przedsiębiorczości, wskazał, że przewidziany w nim wyjątek powinien być interpretowany w sposób ścisły, tzn. państwo członkowskie powinno wykazać konieczność zastosowania tego wyjątku w celu ochrony istotnych interesów swojego bezpieczeństwa<sup>80</sup>.

<sup>76</sup> Zob. wyrok TS z 16 grudnia 2010 r. w sprawie C-89/09, *Komisja vs. Francja*, pkt 42.

<sup>77</sup> Zob. wyroki TS: z 19 maja 2009 r. w sprawie C-531/06, *Komisja vs. Włochy*, pkt 52 i z 21 czerwca 2012 r. w sprawie C-84/11, *Susisalo i in.*, pkt 37.

<sup>78</sup> Zob. wyrok TS z 28 stycznia 2016 r. w sprawie C-375/14, *Laezza*, pkt 25, 26 i 31.

<sup>79</sup> Zob. wyroki TS z: 29 marca 2007 r. w sprawie C-347/04, *Rewe Zentralfinanz*, pkt 37; 13 września 2007 r., w sprawie C-260/04, *Komisja vs. Włochy*, pkt 33; 16 lutego 2012 r. w sprawie C-72/10 i C-77/10, *Costa*, pkt 71.

<sup>80</sup> Zob. wyrok TS z 4 września 2014 r. w sprawie C-474/12, *Schiebel Aircraft*, pkt 32–34.

## Test Gebharda

Niezależnie od przywołanych wyżej postanowień traktatowych interpretacja art. 49 TFUE, jako szerokiego zakazu ograniczania swobody przedsiębiorczości, wymusiła stworzenie instrumentu pozwalającego na weryfikację tego, czy stosowane przez państwo członkowskie środki nie naruszają tej swobody. Doprowadziło to do przyjęcia koncepcji, że nie ograniczają swobody przedsiębiorczości środki, których stosowanie jest usprawiedliwione. Można powiedzieć, że chodziło o wyważenie często sprzecznych interesów między celami rynku wewnętrznego a względami ochrony dobra ogólnego, na które powołują się państwa członkowskie<sup>81</sup>. Problematyka dopuszczalności stosowania przez władze krajowe niedyskryminujących ograniczeń swobody przedsiębiorczości wymagała konkretyzacji kryteriów pozwalających oceniać zasadność ich działań w tym zakresie. W tym celu trzeba odwołać się do tzw. testu Gebharda, którego nazwa pochodzi od jednego z orzeczeń TS<sup>82</sup>.

Jak wynika z wyroku w sprawie *Gebhard*, środki krajowe, które mogłyby utrudnić lub uczynić mniej atrakcyjnym korzystanie ze swobody przedsiębiorczości, powinny spełniać kumulatywnie cztery warunki: 1) muszą być stosowane w sposób niedyskryminujący; 2) muszą być usprawiedliwione nadrzędnymi wymogami interesu ogólnego; 3) muszą być odpowiednie do zapewnienia realizacji zamierzonego celu; 4) nie mogą wykraczać poza to, co konieczne dla realizacji tego celu<sup>83</sup>.

Przywołane zestawienie przesłanek stało się stałym elementem orzeczeń TS rozstrzygających sprawy związane ze swobodą przedsiębiorczości, przy czym coraz rzadziej przywoływano sprawę *Gebhard* jako pierwotne źródło tej linii orzeczniczej<sup>84</sup>. Warto też zasygnalizować, że spełnienie powyższych warunków zostało stopniowo uznane za niezbędne przy ocenie dopuszczalności ograniczenia pozostałych swobód traktatowych regulujących funkcjonowanie rynku wewnętrznego<sup>85</sup>,

<sup>81</sup> Por. A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo gospodarcze*, *op. cit.*

<sup>82</sup> Wyrok TS z 30 listopada 1995 r. w sprawie C-55/94, *Gebhard*, pkt 39. Orzeczenie to dotyczyło niemieckiego adwokata, który przeprowadził się i podjął praktykę we Włoszech, koncentrując tam swoje życie osobiste i zawodowe, chociaż nie zaprzestał całkowicie działalności w Niemczech.

<sup>83</sup> Zob. M. Szwarc-Kuczer, *Komentarz do art. 49, op. cit.*, s. 866.

<sup>84</sup> Por. np. wyrok TS z 9 września 2010 r. w sprawie C-64/08, *Engelmann*, pkt 43. Więcej na temat roli wyroku w sprawie *Gebhard* zob. np. E. Spaventa, *From Gebhard to Carpenter: towards a (non-) economic European constitution*, „Common Market Law Review” 2004, Vol. 41, No. 3, s. 743.

<sup>85</sup> W odniesieniu do swobody przepływu: usług – zob. wyrok TS z 27 października 2005 r. w sprawie C-234/03, *Contse vs. Viresa*, pkt 25; osób – zob. wyrok TS z 19 stycznia 2006 r. w sprawie C-330/03, *Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos*, pkt 30; pracowników – zob. wyrok TS z 20 grudnia 2017 r. w sprawie C-419/16, *Sim-*

co bardzo dobrze ilustruje wspomnianą wyżej koncepcję konwergencji swobód w ramach rynku wewnętrznego<sup>86</sup>.

Poczynione wyżej ogólne uwagi dotyczące zakazu dyskryminacji są adekwatne, jeśli idzie o pierwszą przesłankę testu Gebharda, tzn. wymóg stosowania ograniczeń w sposób niedyskryminujący. Należy wszakże odnotować, iż w tym obszarze zauważa się symptomy odchodzenia przez TS od restrykcyjnego przestrzegania tego wymogu, o czym świadczą rozstrzygnięcia, w których dopuszczał on ograniczenia bez analizowania tego, czy mają one charakter dyskryminujący<sup>87</sup>.

Przejdźmy teraz do prezentacji najważniejszych ustaleń Trybunału Sprawiedliwości w odniesieniu do pozostałych warunków testu Gebharda.

### **Nadrzędne wymogi interesu ogólnego**

Zdaniem Trybunału Sprawiedliwości ograniczenie swobody przedsiębiorczości może być uzasadnione nadrzędnymi wymogami (względami) interesu ogólnego<sup>88</sup>. Katalog takich wymogów jest stale rozbudowywany w miarę uznawania, że w danych dziedzinach konieczne są określone odstępstwa od opisywanej swobody traktatowej. W tendencji tej można dostrzec wpływ interesu ogólnego na modyfikowanie zakresu korzystania z praw fundamentalnych, a tym samym zapewnienie prymatu szeroko formułowanych celów UE nad rynkiem wewnętrznym rozumianym wyłącznie w kategoriach ekonomicznych<sup>89</sup>.

Do tej pory w orzecznictwie TS za nadrzędne wymogi interesu ogólnego zostały uznane m.in.: ochrona środowiska<sup>90</sup>, ochrona konsumentów<sup>91</sup>, ochrona pracowników<sup>92</sup>, ochrona interesów wierzycieli i akcjonariuszy mniejszościowych<sup>93</sup>, ochrona odbiorców usług przed szkodą ze względu na świadczenie usług przez osoby nieposiadające koniecznych kwalifikacji zawodowych lub moral-

---

*ma Federspiel*, pkt 38; kapitału – zob. wyrok TS z 21 października 2010 r. w sprawie C-81/09, *Idryma Typou*, pkt 62.

<sup>86</sup> Zob. przypis 44.

<sup>87</sup> Zob. M. Szydło, *Cross-border conversion*, *op. cit.*, s. 1562.

<sup>88</sup> Na ten temat zob. np. M. Szydło, *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, s. 165.

<sup>89</sup> Zob. M. Dybowski, *Prawa fundamentalne w orzecznictwie ETS*, Warszawa 2007, s. 150.

<sup>90</sup> Zob. wyrok TS z 14 grudnia 2004 r. w sprawie C-309/02, *Radlberger*, pkt 75.

<sup>91</sup> Zob. wyroki TS z: 5 października 2004 r. w sprawie C-442/02, *CaixaBank France*, pkt 21; 29 listopada 2007 r. w sprawie C-393/05, *Komisja vs. Austria*, pkt 52; 7 marca 2013 r. w sprawie C-577/11, *DKV Belgium*, pkt 41.

<sup>92</sup> Zob. wyrok TS z 23 listopada 1999 r. w sprawach połączonych C-369/96 i C-376/96, *Arblade i in.*, pkt 36.

<sup>93</sup> Zob. wyrok z 5 listopada 2002 r. w sprawie C-208/00, *Überseering*, pkt 92.

nych<sup>94</sup>, zagwarantowanie usługi świadczonej w interesie ogólnym<sup>95</sup>, bezpieczeństwo w ruchu drogowym<sup>96</sup>, ochrona krajowego dziedzictwa kulturowego i historycznego<sup>97</sup>, zagospodarowanie przestrzenne<sup>98</sup>, ochrona uczciwości transakcji handlowych<sup>99</sup>, zwalczanie przestępczości związanej z grami losowymi<sup>100</sup>, przeciwdziałanie oszustwom oraz zachętom względem obywateli do nadmiernych wydatków związanych z grami<sup>101</sup>, skuteczność kontroli podatkowej<sup>102</sup>, zwalczanie oszustw podatkowych i unikania opodatkowania<sup>103</sup>, zachowanie rozdziału kompetencji podatkowych między państwami członkowskimi<sup>104</sup>.

Trzeba zaznaczyć, że rozważając dopuszczalność nadrzędnych wymogów interesu ogólnego, Trybunał Sprawiedliwości może wziąć pod uwagę istnienie w danej dziedzinie szczególnych uwarunkowań w danym państwie członkowskim. Tytułem przykładu, TS wielokrotnie podkreślał, że względy moralne, religijne lub kulturowe, jak też konsekwencje moralnie i finansowo szkodliwe dla jednostek i społeczeństwa, które wiążą się z grami i zakładami, mogą uzasadniać istnienie dyskrecjonalnych uprawnień władz krajowych wystarczających dla ustalenia, zgodnie z ich własną skalą wartości, wymogów w zakresie ochrony konsumentów i porządku społecznego<sup>105</sup>. Jednocześnie z orzecznictwa TS wynika, że ustawodawstwo krajowe jest właściwe do zapewnienia realizacji wskazanego celu, tylko jeśli jego osiągnięcie jest rzeczywistym przedmiotem troski tego ustawodawstwa w sposób spójny i systematyczny (rzeczywiście zmierza do jego osiągnięcia w taki sposób)<sup>106</sup>.

Jeżeli państwo członkowskie powołuje się na nadrzędne względy interesu ogólnego w celu uzasadnienia przepisów mogących ograniczać korzystanie ze

<sup>94</sup> Zob. wyrok TS z 30 marca 2006 r. w sprawie C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, pkt 38.

<sup>95</sup> Zob. wyrok TS z 27 lutego 2019 r. w sprawie C-563/17, *Associação Peço a Palavra*, pkt 47.

<sup>96</sup> Zob. wyrok TS z 15 marca 2007 r. w sprawie C-54/05, *Komisja vs. Finlandia*, pkt 40.

<sup>97</sup> Zob. wyrok TS z 18 grudnia 2014 r. w sprawie C-87/13, X, pkt 34.

<sup>98</sup> Zob. wyrok TS z 13 stycznia 2000 r. w sprawie C-254/98, *TKHeimdienst*, pkt 34.

<sup>99</sup> Zob. wyrok TS z 30 września 2003 r. w sprawie C-167/01, *Inspire Art*, pkt 132.

<sup>100</sup> Zob. wyrok TS z 12 września 2013 r. w sprawach połączonych C-660/11 i C-8/12, *Biasci i in.*, pkt 23.

<sup>101</sup> Zob. wyrok TS z 12 czerwca 2014 r. w sprawie C-156/13, *Digibet i Albers*, pkt 23.

<sup>102</sup> Zob. wyrok TS z 22 marca 2007 r. w sprawie C-383/05, *Talotta*, pkt 35.

<sup>103</sup> Zob. wyrok TS z 20 grudnia 2017 r. w sprawach połączonych C-504/16 i C-613/16, *Deister Holding*, pkt 96.

<sup>104</sup> Zob. wyrok TS z 29 listopada 2011 r. w sprawie C-371/10, *National Grid Indus*, pkt 45.

<sup>105</sup> Zob. wyrok TS z 8 września 2010 r. w sprawach połączonych C-316/07, od C-358/07 do C-360/07, C-409/07 i C-410/07, *Stoß i in.*, pkt 76.

<sup>106</sup> Zob. wyroki TS z: z 19 maja 2009 r. w sprawie C-531/06, *Komisja vs. Włochy*, pkt 66; 11 marca 2010 r. w sprawie C-384/08, *Attanasio Group*, pkt 51; 8 września 2016 r. w sprawie C-225/15, *Politano*, pkt 44.

swobody przedsiębiorczości, takie uzasadnienie powinno być interpretowane także w świetle ogólnych zasad prawa Unii, a w szczególności praw zagwarantowanych w Karcie praw podstawowych UE. Tym samym przepisy krajowe mogą być objęte przewidzianym uzasadnieniem, wyłącznie, jeżeli są zgodne z tymi zasadami i prawami<sup>107</sup>. W jednej ze spraw TS uznał, że w zakresie, w jakim uregulowanie krajowe stanowi ograniczenie swobody przedsiębiorczości, pociąga ono za sobą ograniczenie w korzystaniu z prawa przedsiębiorczości i wolności prowadzenia działalności gospodarczej, o których mowa odpowiednio w art. 15 ust. 2 i art. 16 Karty. W tym kontekście TS zwrócił też uwagę, iż art. 52 ust. 1 Karty dopuszcza wprowadzenie ograniczeń w wykonywaniu ustanowionych w niej praw, o ile są one przewidziane ustawą, szanują istotę tych praw i wolności oraz – przy poszanowaniu zasady proporcjonalności – są konieczne i rzeczywiście odpowiednie w stosunku do celów interesu ogólnego uznanych przez Unię lub potrzeby ochrony praw i wolności innych osób<sup>108</sup>.

Trybunał Sprawiedliwości konsekwentnie podtrzymuje, że środki podejmowane wyłącznie w imię ochrony interesów natury gospodarczej (wedle motywacji ekonomicznej) nie mogą stanowić nadrzędnych względów interesu ogólnego uzasadniających ograniczenie swobody przedsiębiorczości<sup>109</sup>. Także same względy porządku administracyjnego nie mogą uzasadniać odstąpienia przez państwo członkowskie od przepisów prawa Unii. Zasada ta znajduje zastosowanie tym bardziej, jeżeli dane odstępstwo jest równoznaczne z wyłączeniem lub ograniczeniem korzystania z jednej z podstawowych swobód prawa Unii<sup>110</sup>. Natomiast środek krajowy ograniczający swobodę przedsiębiorczości może być usprawiedliwiony, jeżeli dotyczy zwalczania czysto sztucznych struktur, których celem jest uniknięcie stosowania przepisów danego państwa członkowskiego<sup>111</sup>. W tym kontekście w orzecznictwie TS pojawia się pojęcie nadużycia swobody przedsiębiorczości, przez co rozumie się sytuacje, w których obywatele państwa członkowskiego usiłują uchylać się od stosowania prawa krajowego przez nadużywanie ułatwień stworzonych na mocy traktatu<sup>112</sup>. Jednakże nie jest nadużyciem

<sup>107</sup> Zob. wyrok TS z 20 grudnia 2017 r. w sprawie C-322/16, *Global Starnet*, pkt 44.

<sup>108</sup> Zob. wyrok TS z 8 maja 2019 r. w sprawie C-230/18, *PI*, pkt 64–66. Por. K. Horubski, *Wolność prowadzenia działalności gospodarczej w świetle art. 16 Karty praw podstawowych – wybrane problemy*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2018, nr CXIV, s. 499.

<sup>109</sup> Zob. wyroki TS z: 6 listopada 2003 r. w sprawie C-243/01, *Gambelli i in.*, pkt 61; 13 września 2007 r. w sprawie C-260/04, *Komisja vs. Włochy*, pkt 35; 11 marca 2010 r. w sprawie C-384/08, *Attanasio Group*, pkt 55.

<sup>110</sup> Zob. wyrok TS z 22 stycznia 2015 r. w sprawie C-463/13, *Stanley International Betting*, pkt 50.

<sup>111</sup> Zob. wyrok TS z 1 kwietnia 2014 r. w sprawie C-80/12, *Felixstowe Dock and Railway Company i in.*, pkt 31 i 32.

<sup>112</sup> Zob. wyrok TS z 12 września 2006 r. w sprawie C-196/04, *Cadbury Schweppes*, pkt 35. Więcej na ten temat zob. A. Zalasinski, *Nadużycie swobody przedsiębiorczości a unika-*

prawa przedsiębiorczości np. okoliczność, iż obywatel państwa członkowskiego, pragnąc utworzyć spółkę, decyduje się ją założyć w państwie członkowskim, którego przepisy są najmniej surowe, i utworzyć oddziały w innych państwach członkowskich<sup>113</sup>.

### **Odpowiedniość środków**

Kolejnym etapem testu Gebharda jest sprawdzenie, czy oceniane środki krajowe są odpowiednie do zapewnienia realizacji zamierzonego celu. Aby użyty przez państwo członkowskie środek (przepis) mógł usprawiedliwiać ograniczenie swobody przedsiębiorczości, powinien być odpowiedni (właściwy, adekwatny) względem zamierzonego celu. Taki środek nie jest odpowiedni, jeżeli okazuje się, że dla realizacji celu jest on w ogóle niepotrzebny, jak np. wymóg szczególnych kwalifikacji przy wykonywaniu działalności, która tego nie wymaga<sup>114</sup>. Z orzecznictwa TS wynika, że system uprzednich zezwoleń administracyjnych nie może uzasadniać uznaniowości władz krajowych, pozbawiającej skuteczności przepisy prawa Unii, zwłaszcza dotyczące jednej z podstawowych swobód, jak swoboda przedsiębiorczości. A zatem, aby system uprzednich zezwoleń był uzasadniony, nawet gdy stanowi odstępstwo od takiej swobody, powinien opierać się na obiektywnych, niedyskryminacyjnych i znanych wcześniej kryteriach zapewniających jego odpowiedniość, jeśli chodzi o wystarczające określenie zakresu swobodnego uznania władz krajowych<sup>115</sup>. Innym przykładem może być uznanie przez TS, że ograniczanie pokazywania tablic reklamujących napoje alkoholowe w trakcie retransmisji w telewizji wydarzeń sportowych jest środkiem odpowiednim do realizacji celu, jakim jest ograniczenie możliwości nakłaniania widzów do spożywania napojów alkoholowych, w trosce o zdrowie publiczne<sup>116</sup>.

### **Zasada proporcjonalności**

W ramach testu Gebharda należy także ocenić, czy środki krajowe nie wykraczają poza to, co jest konieczne dla realizacji zakładanego celu<sup>117</sup>. Przepisy ograniczające mogą być uzasadnione odpowiednimi względami jedynie wtedy, gdy cele te

---

*nie opodatowania. Glosa do wyroku TS z dnia 12 września 2006 r., C-196/04, „Europejski Przegląd Sądowy” 2007, nr 1, s. 41; 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” 2008, Vol. 45, No. 2, s. 395. Por. także wyrok TS z 17 grudnia 2015 r. w sprawie C-419/14, WebMindLicences Kft., pkt 52.*

<sup>113</sup> Zob. wyrok TS z 9 marca 1999 r. w sprawie C-212/97, Centros, pkt 27.

<sup>114</sup> Zob. wyrok TS z 17 października 2002 r. w sprawie C-79/01, Payroll Data Services, pkt 38.

<sup>115</sup> Zob. wyrok TS z 13 lutego 2014 r. w sprawie C-367/12, Sokoll-Seebacher, pkt 27.

<sup>116</sup> Zob. wyrok TS z 13 lipca 2004 r. w sprawie C-429/02, Bacardi France, pkt 38.

<sup>117</sup> Warto odnotować, że jest to sformułowanie analogiczne do użytego w art. 5 ust. 4 akapit pierwszy Traktatu o Unii Europejskiej, który stanowi: „Zgodnie z zasadą pro-



nie mogą zostać osiągnięte innymi, mniej restrykcyjnymi środkami<sup>118</sup>. Oceny spełnienia tej przesłanki dokonuje się biorąc pod uwagę cele, do których dążą właściwe organy danego państwa członkowskiego, oraz poziom ochrony, jaki pragną one zapewnić<sup>119</sup>. W tym kontekście trzeba pamiętać zwłaszcza o tym, że zakres środków będących w dyspozycji państwa członkowskiego zależy od danej dziedziny. Zilustrowaniem tego może być utrwalone w orzecznictwie TS stwierdzenie, iż przy dokonywaniu oceny poszanowania zasady proporcjonalności w dziedzinie zdrowia publicznego należy uwzględnić okoliczność, że państwo członkowskie może decydować o poziomie, na jakim zamierza zapewnić ochronę zdrowia publicznego i o sposobach osiągnięcia tego poziomu. W związku z tym, że poziom ten może być odmienny w różnych państwach członkowskich, należy uznać, iż państwom tym przysługuje pewien zakres swobodnego uznania<sup>120</sup>. Podobnie, z uwagi na uprawnienia dyskrecjonalne przysługujące państwom członkowskim dla celów określenia poziomu ochrony konsumentów i porządku społecznego, jaki zamierzają zapewnić w sektorze gier losowych, nie wymaga się, aby w świetle kryterium proporcjonalności ustanowiony przez organy państwa środek ograniczający odpowiadał koncepcji wspólnej dla wszystkich państw członkowskich, jeżeli chodzi o sposoby ochrony określonego uzasadnionego interesu<sup>121</sup>.

### Ciężar dowodu

Orzecznictwo TS nakłada na państwo członkowskie ciężar dowodu, że wymienione wyżej warunki zostały spełnione. Do właściwych władz krajowych należy zatem wykazanie, że ich przepisy są uzasadnione nadrzędnymi wymogami interesu ogólnego, są odpowiednie dla zapewnienia realizacji założonego celu oraz nie wykraczają poza to, co niezbędne do jego osiągnięcia<sup>122</sup>. Ten ciężar dowodu nie może jednak sięgać tak daleko, by wymagać od państwa członkowskiego wykazania w sposób pozytywny, iż żaden inny możliwy środek nie pozwala na osiągnięcie tego celu na tych samych warunkach, bowiem taki wymóg prowadziłby w praktyce do pozbawienia zainteresowanego państwa członkowskiego

---

porcjonalności zakres i forma działania Unii nie wykraczają poza to, co jest konieczne do osiągnięcia celów Traktatów”.

<sup>118</sup> Zob. wyrok TS z 17 lipca 2008 r. w sprawie C-389/05, *Komisja vs. Francja*, pkt 67. Więcej na ten temat zob. A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności jako gwarancja swobód rynku wewnętrznego Wspólnoty Europejskiej*, Warszawa 2009.

<sup>119</sup> Zob. wyrok TS z 8 września 2016 r. w sprawie C-225/15, *Politanò*, pkt 47.

<sup>120</sup> Zob. wyrok TS z 5 grudnia 2013 r. w sprawach połączonych od C-159/12 do C-161/12, *Venturini*, pkt 59.

<sup>121</sup> Zob. wyrok TS z 8 września 2010 r. w sprawach połączonych C-316/07, od C-358/07 do C-360/07, C-409/07 i C-410/07, *Stoß i in.*, pkt 80.

<sup>122</sup> Zob. np. wyroki TS z: 10 kwietnia 2008 r. w sprawie C-265/06, *Komisja vs. Portugalia*, pkt 39; 6 września 2012 r. w sprawie C-150/11, *Komisja vs. Belgia*, pkt 55.

jego kompetencji regulacyjnych w rozpatrywanej dziedzinie<sup>123</sup>. Co ważne, dla każdego ograniczenia przewidzianego w ustawodawstwie krajowym trzeba dokonać oddzielnej oceny wypełnienia wszystkich przesłanek<sup>124</sup>. Odpowiadając na pytania prejudycjalne, Trybunał Sprawiedliwości często wskazuje, że dokonanie tej oceny jest zadaniem sądu krajowego, który powinien brać przy tym pod uwagę udzielone przez TS wskazówki<sup>125</sup>.

Względem uzasadniającym, które mogą zostać powołane przez państwo członkowskie, musi towarzyszyć analiza trafności i proporcjonalności przyjętego przez to państwo środka restrykcyjnego oraz dane potwierdzające argumentację tego państwa<sup>126</sup>. Państwo członkowskie jest zobowiązane przedstawić odpowiednie informacje (np. dane statystyczne) uzasadniające niezbędność środków ograniczających swobodę przedsiębiorczości<sup>127</sup>. W przypadku gdy państwo nie wykazało ani niezbędnego charakteru, ani proporcjonalności spornych środków w stosunku do zamierzonego celu, ograniczenie przez takie środki swobody przedsiębiorczości uznaje się za niedopuszczalne<sup>128</sup>. W takiej sytuacji konieczne jest rozważenie, czy bardziej proporcjonalnym środkiem nie byłyby działania zmierzające do zapewnienia skuteczniejszego egzekwowania obowiązujących obecnie przepisów<sup>129</sup>.

## Dyrektywa 2006/123 (dyrektywa usługowa)

Zgodnie z poczynionym wcześniej zastrzeżeniem<sup>130</sup> dyrektywa 2006/123 nie stanowi przedmiotu niniejszego artykułu, jednakże konieczne jest nawiązanie do jej postanowień w zakresie bezpośrednio powiązanych z zaprezentowanym wyżej zestawem kryteriów testu Gebharda. W myśl art. 15 ust. 1 dyrektywy 2006/123 „państwa członkowskie sprawdzają, czy ich systemy prawne przewidują którykolwiek z wymogów wymienionych w ust. 2 oraz zapewniają zgodność takich wymogów z warunkami określonymi w ust. 3; państwa członkowskie dostosowują

<sup>123</sup> Wyrok TS z 4 lipca 2019 r. w sprawie C-377/17, *Komisja vs. Republika Federalna Niemiec*, pkt 64.

<sup>124</sup> Zob. wyrok TS z 6 marca 2007 r. w sprawach połączonych C-338/04, C-359/04 i C-360/04, *Placanica*, pkt 49.

<sup>125</sup> Zob. wyroki TS z: 6 listopada 2003 r. w sprawie C-243/01 *Gambelli i in.*, pkt 75; z 8 września 2016 r. w sprawie C-225/15, *Politanò*, pkt 49; 19 grudnia 2018 r. w sprawie C-375/17, *Stanley International Betting*, pkt 46.

<sup>126</sup> Zob. wyrok TS w sprawie C-147/03, *Komisja vs. Austria*, pkt 63.

<sup>127</sup> Zob. wyrok TS z 17 lipca 2008 r. w sprawie C-389/05, *Komisja vs. Francja*, pkt 103 i 105.

<sup>128</sup> Zob. wyrok TS w sprawie C-438/08, *Komisja vs. Portugalia* pkt 49.

<sup>129</sup> Zob. wyrok TS w sprawie C-356/08, *Komisja vs. Austria*, pkt 46.

<sup>130</sup> Zob. przypis 67.

swoje przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne w taki sposób, by były one zgodne z tymi warunkami. Zgodnie z ust. 2 przywołanego artykułu państwa członkowskie sprawdzają, czy w ramach ich systemu prawnego podejmowanie lub prowadzenie działalności usługowej jest uzależnione od spełnienia któregoś z niedyskryminacyjnych wymogów: a) ilościowe lub terytorialne ograniczenia zwłaszcza w postaci limitów ustalonych w związku z liczbą ludności lub minimalną odległością geograficzną pomiędzy usługodawcami, b) obowiązek przyjęcia przez usługodawcę określonej formy prawnej, [...] e) zakaz posiadania więcej niż jednego przedsiębiorstwa na terytorium tego samego państwa, [...]. W myśl art. 15 ust. 3 dyrektywy 2006/123 państwa członkowskie sprawdzają, czy wymogi określone w ust. 2 spełniają następujące warunki: a) niedyskryminacja: wymogi nie mogą prowadzić do bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową lub, w przypadku spółek, ze względu na miejsce statutowej siedziby; b) konieczność: wymogi muszą być uzasadnione nadrzędnym interesem publicznym; c) proporcjonalność: wymogi muszą być odpowiednie dla zapewnienia osiągnięcia wyznaczonego celu i nie mogą wykroczać poza to, co niezbędne do osiągnięcia tego celu; nie może istnieć możliwość zastąpienia tych wymogów innymi, mniej restrykcyjnymi środkami, za pomocą których można osiągnąć ten sam skutek<sup>131</sup>. Przesłanki wymienione w przytoczonym przepisie mają kumulatywny charakter<sup>131</sup>.

Jak stwierdził Trybunał Sprawiedliwości, art. 15 dyrektywy 2006/123 ma na celu pogodzenie kompetencji regulacyjnych państw członkowskich w zakresie wymogów podlegających ocenie na podstawie tego przepisu z jednej strony i skutecznego wykonywania swobody przedsiębiorczości z drugiej strony<sup>132</sup>. Należy podkreślić specjalną pozycję, jaką TS przyznaje przywołanym postanowieniom dyrektywy 2006/123 w zakresie ochrony swobody przedsiębiorczości, o czym świadczy fakt, że stwierdzenie przezeń uchybienia zobowiązaniom ciążącym na państwie członkowskim na mocy art. 15 tej dyrektywy skutkuje tym, że nie bada on spornych przepisów w świetle art. 49 TFUE<sup>133</sup>.

## Podsumowanie

Z przepisów prawa Unii Europejskiej oraz orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości wynika, że regulacje krajowe niewprowadzające dyskryminacji bezpośredniej ani pośredniej nie mogą również zakładać niedyskryminacyjnego ograniczenia swobody przedsiębiorczości. Państwa członkowskie dysponują

<sup>131</sup> Wyrok TS z 23 lutego 2016 r w sprawie C-179/14, *Komisja vs. Węgry*, pkt 67 i 90.

<sup>132</sup> Wyrok TS z 4 lipca 2019 r. w sprawie C-377/17, *Komisja vs. Republika Federalna Niemiec*, pkt 63.

<sup>133</sup> *Ibidem*, pkt 96 i 97.

wprowadzić możliwością określania zasad podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej, lecz wyłącznie pod pewnymi warunkami. Konsekwencją linii orzeczniczej TS usystematyzowanej wyrokiem w sprawie *Gebhard* jest przeniesienie uwagi z traktowania narodowego na liberalizację wykonywania działalności gospodarczej, która ma prowadzić do ustanowienia rzeczywistego rynku wewnętrznego<sup>134</sup>. Trzeba przy tym zauważyć, że kształtowanie się judykatury TS w omawianej dziedzinie nie jest procesem jednokierunkowym, ale przebiega raczej jako balansowanie między poszerzaniem zakresu swobody przedsiębiorczości a jej ograniczaniem w imię innych ważnych dóbr, chronionych w ramach porządku prawnego UE. Uwidocznieniem tego jest fakt, że wyjście poza granice traktowania narodowego skutkowało objęciem swobodą przedsiębiorczości szerokiego spektrum regulacji krajowych, co zostało w pewnym sensie przyhamowane za pomocą akceptowania kolejnych nadrzędnych wymogów interesu ogólnego, które z kolei były równoważone przez konieczność wypełniania przesłanek odpowiedniości i proporcjonalności.

W świetle powyższego warto zauważyć, że na konieczność dotrzymania przez prawo krajowe wymogów wyznaczonych przez prawo UE w dziedzinie podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej powinna być w większym stopniu uwzględniana na etapie projektowania (przyjmowania) przepisów. W poszczególnych przypadkach kwestia oceny zgodności rozwiązań krajowych ze standardem unijnym może być rozstrzygana w procesie stosowania prawa<sup>135</sup>, jednakże dochowanie staranności przy stanowieniu prawa krajowego ma istotny walor prewencyjny, gdyż pozwala uniknąć prowadzenia przed TS postępowań, których rezultatem może być stwierdzenie naruszenia przez państwo członkowskie zobowiązań traktatowych. W tym obszarze na aprobatę zasługuje generalna wskazówka, że państwa członkowskie są zobowiązane do kształtowania prawa krajowego w taki sposób, aby korzystanie ze swobód traktatowych było ułatwione i bardziej efektywne<sup>136</sup>.

Analiza projektowanych przepisów krajowych dotyczących działalności gospodarczej nie powinna ograniczać się do ich kontroli w świetle literalnego brzmienia art. 49 TFUE oraz innych przepisów prawa unijnego. Niezbędne jest sięgnięcie do bogatego, kilkudziesięcioletniego orzecznictwa TS w tej dziedzinie, bowiem niezależnie od poglądu, czy sądowi temu nie zdarza się dokonywać wykładni postanowień traktatowych (zbyt) rozszerzająco, obowiązującego stanu prawa UE nie da się zrekonstruować, pomijając jego orzeczenia. Kształtowanie

<sup>134</sup> Zob. M. Szwarc-Kuczer, Komentarz do art. 49, *op. cit.*, s. 867.

<sup>135</sup> Dotyczy to w szczególności spraw, w których sąd krajowy zwraca się z pytaniem prejudycjalnym, a orzekając TS wskazuje, że do sądu odsyłającego należy ustalenie, czy dane uregulowania krajowe są dopuszczalne. Zob. np. wyrok TS z 27 czerwca 2013 r. w sprawie C-575/11, *Nasiopoulos*, pkt 33–35.

<sup>136</sup> M. Szydło, *Swobody rynku wewnętrznego*, *op. cit.*, s. 234.

krajowej regulacji w zakresie działalności gospodarczej powinno opierać się na przemyślanym i elastycznym wykorzystywaniu dorobku orzeczniczego TS. Wymaga podkreślenia, że państwo członkowskie jest upoważnione do wprowadzania odstępstw od swobody przedsiębiorczości, w pewnych obszarach również z powołaniem się na własne uwarunkowania (np. kulturowe), jednak to na tym państwie spoczywa ciężar dowodu, że jego uregulowania są uzasadnione rzeczywistym celem, który ma być osiągnięty za pomocą adekwatnych i proporcjonalnych środków. W tym obszarze należyta staranność przy projektowaniu aktów prawnych odgrywa niebagatelną rolę także z tego powodu, iż klarowne umotywowanie przyjęcia określonych regulacji prawnych (np. w uzasadnieniu projektu ustawy) wzmacnia wiarygodność argumentów przedstawianych przez państwo członkowskie w razie prowadzenia w przyszłości postępowań dotyczących oceny zgodności tych regulacji z prawem UE.

## Bibliografia

- Besters M., Macenaite M., *Securing the EU Public Order: Between an Economic and Political Europe*, „German Law Journal” 2013, Vol. 14, No 10, <https://doi.org/10.1017/S2071832200002650>.
- Cieśliński A., *Konstrukcja prawna swobód rynku wewnętrznego Unii Europejskiej*, Wrocław 2013.
- Cieśliński A., *Rynek wewnętrzny w ujęciu strukturalnym* [w:] *Prawo rynku wewnętrznego*, red. D. Kornobis-Romanowska, Warszawa 2020.
- Cieśliński A., *Wspólnotowe prawo gospodarcze*, t. I, *Swobody rynku wewnętrznego*, Warszawa 2009.
- Drobysz M., Komentarz do art. 43 [w:] *Traktat o Unii Europejskiej. Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską z komentarzem*, red. Z. Brodecki, Warszawa 2002.
- Dybowski M., *Prawa fundamentalne w orzecznictwie ETS*, Warszawa 2007.
- Faustinelli E., *Purely Internal Situations and the Freedom of Establishment within the Context of the Services Directive*, „Legal Issues of Economic Integration” 2017, Vol. 44, No 1.
- Frąckowiak-Adamska A., *Zasada proporcjonalności jako gwarancja swobód rynku wewnętrznego Wspólnoty Europejskiej*, Warszawa 2009.
- Gawrysiak-Zabłocka A., *Swoboda przedsiębiorczości* [w:] *Podręcznik prawa Unii Europejskiej. Instytucje i porządek prawny. Prawo materialne*, red. A. Zawidzka-Łojek, A. Łazowski, Warszawa 2017.
- Grabitz E., Hilf M., *Swobody wspólnotowe w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską. Swoboda przepływu towarów, usług i przedsiębiorczości. Komentarz*, 2009, Legalis.
- Horubski K., *Wolność prowadzenia działalności gospodarczej w świetle art. 16 Karty praw podstawowych – wybrane problemy*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2018, No CXIV, <https://doi.org/10.19195/0137-1134.114.32>.

- Iglesias Sánchez S., *Purely Internal Situations and the Limits of EU Law: A Consolidated Case Law or a Notion to be Abandoned?*, „European Constitutional Law Review” 2018, Vol. 14, No. 1, <https://doi.org/10.1017/s1574019618000111>.
- Kingreen T., *Fundamental freedoms* [w:] *Principles of European Constitutional Law*, red. A. von Bogdandy, J. Bast, Hart Publishing 2010.
- Kowalik-Bañczyk K., *Klauzula spraw czysto wewnętrznych – kurczący się obszar niestosowania prawa wspólnotowego w państwach członkowskich Wspólnoty Europejskiej*, „Przegląd Prawa Europejskiego” 2003, nr 3.
- Napierała J., *Korzystanie przez spółki ze swobody przedsiębiorczości*, „Studia Prawa Prywatnego” 2015, z. 1.
- Skrzydło-Tefelska E., Komentarz do art. 56 [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, t. I, red. A. Wróbel, Warszawa 2012.
- Spaventa E., *From Gebhard to Carpenter: towards a (non-) economic European constitution*, „Common Market Law Review” 2004, Vol. 41, No. 3.
- Szwarc-Kuczer M., Komentarz do art. 49 [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, t. I, red. A. Wróbel, Warszawa 2012.
- Szydło M., *Swoboda prowadzenia działalności gospodarczej i swoboda świadczenia usług w prawie Unii Europejskiej*, Toruń 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.
- Szydło M., *Cross-border conversion of companies under freedom of establishment: Polbud and beyond*, „Common Market Law Review” 2018, Vol. 55, No. 5.
- Tietje C., *Freedom of Establishment* [w:] *European Fundamental Rights and Freedoms*, red. D. Ehlers, Berlin 2007.
- Weiss F., Kaupa C., *European Union Internal Market Law*, Cambridge University Press 2014.